

adoptó las decisiones que le afectaron en momento anterior a ser dictada la sentencia dicha, referida resolución, sin perjuicio de los efectos susceptibles de desplegar en su ámbito propio y según los términos dichos de la misma, carece de aptitud jurídica para por sí sola y por sí misma, dejar afectada la situación del demandante, siendo argumentable, como dice la S. de este T.S.J- de 24.09.99 en asunto similar, “en pretensión relativa a la adquisición de la plaza en propiedad, pero nunca al cese como trabajador temporal”.

**SEXTO.-** 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 los TSJ de Castilla-León y Castilla la Mancha...

La sentencia recurrida argumenta oportunamente en torno a la legalidad del cese del actor 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 del demandante ni lo discriminó, aplicando oportunamente para llevar a cabo los ceses derivados de la incorporación de los aprobados en el concurso oposición el criterio de cesar a los interinos con mayor antigüedad conforme a las instrucciones de 21.10.98, que declaraba aplicables las de 31.07.97. A partir de ello y de tal actuación como única probada, resulta que es 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, habiendo entendido la S. del T.S. de fecha 13.10.97 (Ar. 7.300) que el criterio de cesar por cobertura reglamentaria de plaza interina a quien más tiempo lleva ocupando una vacante temporal es legítimo. Por otro lado, las alusiones a la prueba no aportada carecen de la trascendencia que pretende la parte, máxime cuando en su momento no aparece formulada protesta en forma y en el recurso ni se interesa revisión de los HDP por la vía del art. 191.b) L.P.L. Igualmente carece de eficacia la apelación que se hace a una posible discriminación por el criterio de la antigüedad en la prestación de servicios adoptado por el Sergas (instrucciones de 31.07.97) para el orden de cese de sus

trabajadores interinos y no el principio de la antigüedad en la última contratación seguido por el Insalud (circular 14.02.95) a los mismos fines y que el recurrente defiende, pues en manera alguna ello supone un trato desigual injustificado porque, junto a lo que dejamos consignado, una y otra entidades ostentan legalmente la potestad organizativa y de gestión de los recursos sanitarios y asistenciales dentro de su respectivo ámbito territorial.

En consecuencia, ratificamos la sentencia de instancia que no apreció despido y entendió que el cese del actor fue conforme a derecho, por no tener la cualidad de trabajador fijo de plantilla y por haber sido cubierta la plaza que ocupaba por el trabajador codemandado como titular de la misma, cese en el que por otra parte no aparece obviada la aplicación de los criterios establecidos con carácter general y reglamentario al efecto.

Por todo ello y en consecuencia, se rechaza el recurso y se confirma la sentencia de Instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por don F.R.F.M., contra la sentencia dictada el día 10.05.99 por el Juzgado de lo Social nº Tres de Orense en autos nº 10/99, tramitados por despido a instancias del recurrente frente al Sergas y don B.C.M., confirmamos la sentencia recurrida.

## **2772 RECURSO N° 3.696/99**

S.S.

A REVOCACIÓN DO MANDATO DO REPRESENTANTE UNITARIO DETERMINA QUE, EN CASO DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE, A OPCIÓN ENTRE READMISIÓN E INDEMNIZACIÓN CORRESPONDA Ó EMPRESARIO.

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

A Coruña, a once de octubre 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 3.696/99 interpuesto por “Z.E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. tres de A Coruña.

#### Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 346/99 se presentó demanda por don J.A.P.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el “Z.E., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 15 de junio de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º) El actor prestaba servicios para la demandada desde el 15 de mayo de 1986 con la categoría de G2 N5 y puesto de trabajo de Tramitador SIN O.P. percibe un salario anual de 5.948.490 pts. que supone uno mensual con prorratoe de 495.707 pts.- 2º) Con fecha 15 de marzo de 1999 se le comunica el inicio de expediente disciplinario por los hechos que en el pliego de cargos se recogen. En él se le imputa que probándose posteriormente que la bolsa recogida en el contenedor, contenía los documentos que se relacionan. También se le imputa haber cometido una equivocación contable el día 5 de febrero de 1999, que supuso para la empresa una pérdida de 2,5 millones de pesetas. El actor presenta pliego de descargos negando los hechos imputados.- 3º) Con fecha 6 de abril de 1999 se le notifica al actor el despido en base a la carta unida a los autos que se da por reproducida.- 4º) Los hechos que la empresa imputa son los siguientes: El día 4 de marzo, como consecuencia de la visita de la Sra. M.S. se celebró reunión en el Departamento de Siniestros, a la que asistió el actor. Preguntado sobre si tenía cosas pendientes, el actor manifestó que sólo temas raros, motivo por el que se le pidió que revisara y separara los temas de interés. Esa misma mañana, y con posterioridad a la reunión se observó que el actor rompía y/o tiraba gran cantidad de documentación de Compañía a la papelera, en una bolsa de basura, operación que prosiguió por la tarde, llevando finalmente la bolsa de basura al contenedor situado frente a la sede de la Oficina. Dicha operación fue observada por la compañera doña M.B.L., la cual cuando lo vio salir con la bolsa y regresar sin ello lo puso en conocimiento de la Sra. M., la cual advirtió a dos empleados de la empresa que se dirigieron al contenedor y regresaron con aquélla. Se procedió a la apertura de la bolsa y se encontraron en la misma los documentos que figuran como prueba en las cajas anexas y relacionadas en la documental aportada. Dicha relación se efectuó en el mismo día 4, continuando el día 5 y siguientes.- 5º) Han quedado probados los

siguentes hechos: El día 4 de marzo, la Sr. M.S.G., responsable de siniestros y daños materiales de “Z.E.” a nivel nacional gira visita a la sede de La Coruña reuniéndose con el actor y otros trabajadores. En dicha reunión se trata diversos temas, relacionados con la organización empresarial, archivos, etc. y preguntados los trabajadores sobre la situación actual de su trabajo, el actor le indica que le quedan temas raros, comprobándose en el armario la existencia de mucha documentación. Doña M. le aconseja que proceda a ordenarlo. No se acredita la autoría del actor en relación con los hechos que se le imputan a partir de lo señalado anteriormente. El actor nunca fue llamado en relación con el registro de la bolsa de basura, la cual fue recogida del contenedor cuando el actor se había marchado de la oficina, esperando para hacerlo a que esto sucediera. Pese a que la relación se efectúa en sucesivos días, nunca fue interrogado el actor sobre la relación de documentos. La auditoría que se presenta se efectúa los días 12 y 16 de abril de 1999. Se realiza sobre los datos facilitados al auditor por la empresa. El actor tampoco tuvo intervención alguna en la misma a lo largo de su elaboración. La oficina es diáfana, tal como figura en el plano que se aporta. El actor trabaja con cinco empleados próximos a él. Únicamente se declara sobre el hecho de que el actor estuvo rompiendo documentos, una trabajadora. Se señala que el actor estuvo rompiendo documentos y/o tirándolos a la basura prácticamente todo un día. En las cajas aportados, en las que se dice se contienen los documentos recogidos de la bolsa, únicamente aparecen rotos 4 ó 5 de la caja A.- 6º) No se acredita el hecho imputado en la carta de despido relativo a los errores contables señalados in fine.- 7º) El actor es Delegado de Personal en el centro de trabajo de La Coruña elegido desde el 25.01.99. El día 6 de abril de 1999, se celebra Asamblea de los trabajadores de la empresa, a la que asisten 13 de una plantilla de 16, y acuerdan por unanimidad de los asistentes la revocación del mandato del actor. Formulada reclamación por el actor es desestimada por el Juzgado de lo Social número dos de esta ciudad en sentencia de 26 de abril de 1999, dictada en autos 275/99. Contra la misma se interpuso recurso de suplicación, pendiente de resolución.- 8º) Se celebró acto conciliatorio previo sin efecto.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda formulada por D. J.A.P.R., declaro la improcedencia de su despido, y condeno a la empresa “Z.E., S.A.” a que a opción del trabajador, dada su condición de delegado de personal, lo readmita en su puesto y condiciones de trabajo o le indemnice con la cantidad de nueve millones trescientas cuarenta y dos mil trescientas setenta y nueve pesetas

(9.342.379 pts.) y en todo caso a que abone los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, y que al día de la fecha ascienden a la cantidad de 1.140.126 pesetas.

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

#### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** “Z.E., S.A.” recurre la sentencia de instancia, que declaró la improcedencia del despido del trabajador demandante concediéndole el derecho de optar entre readmisión e indemnización, y solicita con amparo procesal correcto la revisión de los hechos probados y el examen del derecho que contiene aquel pronunciamiento para que, previa revocación del mismo, se declare la procedencia del despido o, subsidiariamente y de mantenerse la improcedencia, su derecho de opción.

**SEGUNDO.-** En el ámbito histórico, propone: 1) Sustituir el último párrafo del apartado 2º (“Con fecha 15 de marzo de 1999 se le comunica el inicio de expediente disciplinario por los hechos que en el pliego de cargos se recogen. En él se le imputa que el día 4 de marzo rompió expedientes de la empresa con posterior envío a la basura, comprobándose posteriormente que la bolsa recogida en el contenedor, contenía los documentos que se relacionan. También se le imputa haber cometido una equivocación contable el día 5 de febrero de 1999, que supuso para la empresa una pérdida de 2,5 millones de pesetas. El actor presenta pliego de descargos negando los hechos imputados”) por: “El actor presenta pliego de descargos en 16.03.99 en el que manifiesta no estar de acuerdo con los hechos relatados en el primer apartado del pliego de cargos ‘por suponer una tergiversación de lo ocurrido realmente, ya que en ningún momento rompió los documentos señalados en la comunicación de la apertura del expediente’. El actor no propuso prueba alguna a practicar durante la tramitación del expediente contradictorio”; se basa en los folios 109 a 128, 131 a 136, 316, 317, 214 y 250.

La sustitución se acepta, en cuanto tiene por objeto consignar la actitud del demandante ante su expediente contradictorio disciplinario, aunque es intrascendente al signo del fallo porque, cualquiera que sea el significado que pueda atribuirse a las expresiones con que la empresa recurrente describe su conducta, lo cierto es que tanto el hecho impugnado como los términos

alternativos admitidos revelan la negativa indubitable del actor a asumir el comportamiento que aquélla le imputa como causa de despido. 2) Eliminar el inciso inicial “los hechos que la empresa imputa son los siguientes” del apartado 4º (“Los hechos que la empresa imputa son los siguientes: El día 4 de marzo, como consecuencia de la visita de la Sra. M.S. se celebró una reunión en el Departamento de Siniestros, a la que asistió el actor. Preguntado si tenía cosas pendientes, el actor manifestó que sólo temas raros, motivo por el que se le pidió que revisara y separara los temas de interés. Esa misma mañana, y con posterioridad a la reunión se observó que el actor rompía y/o tiraba gran cantidad de documentación de la Compañía a la papelera, en una bolsa de basura, operación que prosiguió por la tarde, llevando finalmente la bolsa de basura al contenedor situado frente a la sede de la Oficina. Dicha operación fue observada por la compañera doña M.B.L., la cual cuando lo vio salir con la bolsa y regresar sin ella lo puso en conocimiento de la Sra. M., la cual advirtió a dos empleados de la empresa que se dirigieron al contenedor y regresaron con aquélla. Se procedió a la apertura de la bolsa y se encontraron en la misma los documentos que figuran como prueba en las cajas anexas y relacionadas con la documental aportada. Dicha relación se efectuó el día 4, continuando el día 5 y siguientes”); se basa en los folios 19 a 38, 65 a 101, 111 a 128.

La supresión no se acepta porque el hecho impugnado representa la versión judicial, si bien resumida, de la conducta que la empresa demandada atribuye al trabajador para justificar su decisión de despedir; en tal sentido y de mediar la oportuna solicitud de la recurrente, sí procedería eliminar los dos últimos párrafos del hecho atacado porque no forman parte de aquella imputación, al no recogerse en el expediente contradictorio ni en la carta de despido de acuerdo con la documental invocada.

Por otra parte, debemos indicar que la prueba de testigos no es idónea para acreditar el error judicial de hecho, cual disponen los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de procedimiento laboral (Lpl). 3) Suprimir el apartado 5º (“Han quedado probados los siguientes hechos: El día 4 de marzo, la Sra. M.S.G., responsable de siniestros y daños materiales de “Z.E., S.A.” a nivel nacional gira visita a la sede de La Coruña reuniéndose con el actor y otros trabajadores. En dicha reunión se trata diversos temas, relacionados con la organización empresarial, archivos, etc. y preguntados los trabajadores sobre la situación actual de su trabajo, el actor le indica que le quedan temas raros, comprobándose en el armario la existencia de mucha documentación. Doña M. le aconseja que proceda a ordenarlo. No se

acredita la autoría del actor en relación con los hechos que se le imputan a partir de lo señalado anteriormente. El actor nunca fue llamado en relación con el registro de la bolsa de basura, la cual fue recogida del contenedor cuando el actor se había marchado de la oficina, esperando para hacerlo a que esto sucediera. Pese a que la relación se efectúa en sucesivos días, nunca fue interrogado el actor sobre la relación de documentos. La auditoría que se presenta se efectúa los días 12 y 16 de abril de 1999. Se realiza sobre los datos facilitados al auditor por la empresa. El actor tampoco tuvo intervención alguna en la misma a lo largo de su elaboración. La oficina es diáfana, tal como figura en el plano que se aporta. El actor trabaja con cinco empleados próximos a él. Únicamente se declara sobre el hecho de que el actor estuvo rompiendo documentos, una trabajadora. Se señala que el actor estuvo rompiendo documentos y/o tirándolos a la basura prácticamente todo un día. En las cajas aportadas, en las que se dice se contienen los documentos recogidos de la bolsa, únicamente aparecen rotos 4 ó 5 de la caja A") o sustituirlo por: "El actor no estuvo presente en el momento de la recuperación de la bolsa tirada al contenedor ni en el examen de los documentos encontrados dentro de la misma, que fueron debidamente identificados y numerados tras su examen por los empleados de la compañía. La auditoría se practicó posteriormente al despido, sobre dichos documentos, no teniendo el actor participación en la misma"; se basa en los folios 10, 13, 15, 19 a 43, 102 y en que las expresiones "el actor trabaja con cinco empleados próximos a él" y "...en las que se dice" predeterminan el fallo.

La supresión no se acepta, porque el contenido de los documentos alegados no sirve a tal fin. Frente a las manifestaciones de la recurrente, constatamos: a) La ausencia de contradicción interna del hecho impugnado, porque la admisión judicial de la negativa del actor a asumir la conducta imputada como causa de despido no es incompatible con el relato fáctico de algunas circunstancias concurrentes. b) La demandada admite la veracidad del restante contenido del hecho atacado, limitándose a efectuar una crítica - como tal subjetiva- de la valoración judicial de las pruebas. c) Las expresiones señaladas no anticipan la decisión a adoptar porque, aparte de que la empresa no impugnó la documental en que se basan, describen el lugar de trabajo del demandante. d) La existencia, en su caso, de un mayor número de documentos 'irregulares', no implicaría la supresión total del hecho impugnado sino la modificación específica de dicho particular, sobre el cual y a la vista del folio 21 ("objetivo y balance" de la auditoría), ha tenerse en cuenta que ésta se confeccionó de acuerdo con

los datos documentados que la recurrente proporcionó a los auditores, quienes desconocen si coinciden con los encontrados en la bolsa donde, según la empresa, fueran depositados previamente por el actor.

La redacción alternativa propuesta con carácter subsidiario debe seguir igual suerte adversa, porque ya consta sustancialmente en el hecho impugnado.

4) Añadir un nuevo hecho probado (quinto bis) para hacer constar: "En su actuación laboral profesional el actor seguía una tramitación incorrecta, dada la gran pasividad, falta de interés y actualización de los expedientes, en particular los que tienen o han tenido gestión judicial. Ello ha producido un perjuicio económico para la empresa por no llevar a cabo las consignaciones precisas o realizarlas con tardanza que, en casos, generaron procedimientos de embargo, así como también perjuicios económicos derivados de la no cobranza tanto de mandamientos de devolución, como de otros recobros pendientes. Existía un malestar generalizado entre los profesionales asesores jurídicos, por las numerosas reiteraciones, en muchos casos, con referencia a escritos anteriores que ya eran a su vez recordatorios sobre todo en minutos pendientes de abono de abogados y procurados de fuera de La Coruña. Los siniestros extranjeros estaban muy mal gestionados. Se han recibido numerosas reclamaciones de clientes y compañías tanto nacionales como extranjeras. Todos los documentos auditados, por uno o varios motivos, tenían defecto de gestión, aunque fuera por estar mal archivados. Incluso se conservaba documentación sin comunicar correspondientes a otros centros de tramitación dentro de la estructura de "Z.E., S.A.". Consecuentemente, a esta actuación irresponsable en el trabajo de gestión y en el desempeño de sus tareas ha provocado, sin lugar a dudas, serios perjuicios a la demandada, no sólo económicos, sino también y quizás y más importante, para el buen curso, implantación local y desarrollo mercantil de una empresa de servicios como es la demandada, perjuicios derivados de la pérdida o disminución de su reputación, imagen, fama y prestigio, teniendo en cuenta la calidad del servicio prestado por la Compañía, frente a clientes, agentes y profesionales, internos y externos"; se basa en los folios 19 a 38, 111 y 191 a 213.

El complemento no se acepta, porque representa una indudable valoración de la recurrente acerca de determinadas circunstancias en que sustenta el despido, versión subjetiva que extrae de algunos de los documentos invocados que, por cierto, no dejan de ser manifestaciones de particulares sin ratificación judicial, a las cuales es aplicable lo

que dejamos consignado en el apartado 2) con referencia a los artículos 191.b) y 194.3 Lpl. 5) Añadir otro nuevo hecho probado (quinto ter) para hacer constar: “En los días 16 y 18 de marzo, a pesar de estar cautelarmente suspendido de empleo que no de sueldo, el actor compareció en las oficinas de la empresa en compañía de otras personas, específicamente el primero de dichos días y alterando el orden impidiendo el trabajo y molestando a sus compañeros el segundo de ellos. El 12 de mayo siguiente un grupo de personas entre las que se encontraba el actor y su esposa invadieron las oficinas, cortando el cable de la centralita y causando otros desperfectos, impidiendo el trabajo y amenazando a los compañeros del demandante. Con motivo de estos hechos el día 14 siguiente se presentó por el representante de la empresa denuncia ante la Jefatura Superior de Policía. En 26 del propio mes de mayo se presentaron otras tres denuncias por tres trabajadores de la empresa a quienes habían rajado las ruedas de sus vehículos y que habían sido objeto de amenazas físicas por parte del actor y/o de sus acompañantes”; se basa en los folios 132 a 142 y 155 a 159. El complemento no se acepta porque, de acuerdo con lo afirmado en el apartado anterior, también la documental ahora alegada es un conjunto de manifestaciones de algunos compañeros de trabajo del actor, efectuadas ante notario, quien no acreditó la realidad de las mismas a pesar de haberse personado en las instalaciones de la empresa, o ante la policía atribuyéndole la responsabilidad de ciertos daños, denuncias éstas no convalidadas por decisión judicial; por otra parte, unas y otras afirmaciones son ajenas al contenido de la carta de despido.

TERCERO.- En el ámbito jurídico, denuncia infringidos: A) Los artículos 55.4 del Estatuto de los trabajadores (Et) en relación con el artículo 54.2.d) del mismo código, y 55 del convenio de empresa. El relato histórico de la sentencia impugnada lleva a desestimar el motivo, porque los hechos que la empresa imputa al demandante carecen de la respectiva y exigible base en que pudieron sustentarse, los cuales, en otro caso, justificarían sin duda la decisión de despedir porque, entonces, revelarían un incumplimiento grave y culpable de las obligaciones laborales a cargo del trabajador, subsumible en la transgresión de la buena fe contractual que, según la jurisprudencia (ss. 18.01.84, 16.05.85, 26.05.86, 19.01.87, 19.09.89, 04.03.91) y la doctrina de suplicación (TTSSJJ ss. Andalucía 25.01.91, Galicia 26.03.96, 13 ó 21.03.97, 18-9, 29.10.98, Madrid 07.05.91), puede provenir no sólo de conductas intencionales o dolosas sino también de la falta de diligencia, sin que resulte necesario para su apreciación la existencia de

lucro personal ni la causación de daños a la empresa.

B) El principio “in dubio pro operario”, pues la duda en la descripción de los hechos se manifiesta reiterativamente en la sentencia impugnada a través de numerosas frases que la asumen o que implican juicios predeterminados del fallo. La denuncia tampoco es aceptable porque, junto a lo que consignamos en el apartado 3) del fundamento anterior, el principio del derecho de trabajo alegado no despliega su influencia en el aspecto fáctico, a la hora de configurar los hechos probados, sino en la interpretación normativa, cuando se trata de fijar unas consecuencias jurídicas determinadas, de entre varias posibles que pudieran derivar de una concreta situación de hecho; por otra parte, los argumentos de la recurrente se proyectan, no sobre la revocación de la sentencia, sino en orden a la declaración de nulidad de la misma por insuficiencia o ambigüedad de su relato fáctico que, sin embargo, no solicita.

C) El artículo 56.4 Et en relación con el artículo 68.c) del mismo código, pues la garantía que la primera norma concede al representante sindical ha de referirse al día en que éste pudo ejercitar la acción o, como máximo, al de la sentencia, pero no a la fecha del despido. El artículo 68 Et persigue garantizar el pleno ejercicio de los derechos y obligaciones que corresponden a los representantes de los trabajadores, así como la protección de éstos frente a cualquier acto empresarial que pueda perjudicarles en ese ámbito representativo. Según el hecho probado 7º y las afirmaciones fácticas del fundamento de derecho 5º de la sentencia impugnada, los datos objetivos del particular en cuestión se resumen así: 1) El 25.01.99 el actor fue elegido delegado de personal en el centro de trabajo que la empresa tiene en La Coruña. 2) La carta de despido de 23.03.99 le fue notificada, tras reiterados intentos, el 06.04.99. 3) En esta fecha (06.04.99) y en asamblea convocada al efecto, trece de los diecisésis trabajadores acordaron por unanimidad la revocación del mandato representativo del demandante, decisión que fue ratificada por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de La Coruña de 26.04.99.

Las indicadas doble finalidad de las garantías de los representantes laborales y las circunstancias del actual supuesto, llevan a estimar el presente motivo de recurso toda vez que: 1) La empresa actuó de buena fe porque, cuando el 23.03.99 acordó extinguir -por el despido litigioso- el contrato de trabajo del actor y cuando, antes del 06.04.99, intentó notificarle sin éxito su decisión extintiva, mantenía su calidad representativa como delegado de personal. 2) Junto a ello, la

simultaneidad o coincidencia de las fechas (06.04.99) de revocación del poder de representación y de efectos del despido, demuestra que el demandante ya no era delegado de personal cuando se le notificó la extinción de su contrato, y menos aún al tiempo de la celebración del juicio (09.06.99, folio 347), sin que ello suponga atribuir retroactividad alguna a la revocación del mandato representativo que, por cierto, fue decidida por la práctica totalidad de los empleados del centro de trabajo en cuestión. 3) Esa decisión revocatoria fue avalada por un pronunciamiento judicial inmediato (sentencia de 26.04.99) que, al menos en principio, implica la conformidad a derecho del acuerdo asambleario; resolución entonces pendiente de suplicación pero confirmada después por esta sala (sentencia 06.07.99, recurso nº 2.649-99). 4) En definitiva, la identidad de las causas de protección del artículo 68 Et y del derecho del artículo 56.4 del mismo código, determina que cuando se pierde la condición representativa también se pierde el derecho de opción.

**CUARTO.-** De acuerdo con el artículo 201 Lpl, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y a la consignación de la cantidad objeto de condena efectuados por la empresa recurrente. Por todo ello,

Fallamos

Estimamos la pretensión subsidiaria del recurso de suplicación de “Z.E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de La Coruña, de 15 de junio de 1999 en autos nº 346/99, revocamos en parte dicha resolución, declaramos que el derecho de optar que consigna corresponde a la empresa recurrente, a ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia de modo que si no lo hace procede la readmisión del trabajador demandante, y confirmamos sus restantes pronunciamientos.

## **2773 RECURSO N° 3.931/99**

S. S.

**CRITERIOS PARA A DETERMINACIÓN DO EMPRESARIO RESPONSABLE EN CASO DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE DE TRABALLADOR DO MAR.**

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

A Coruña, a dieciocho de octubre 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 3.931/99, interpuesto por empresa “P.V., S.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 305/99 se presentó demanda por don J.M.C.L. en reclamación de despido siendo demandado el empresa “P.V., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 9 de julio de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El actor don J.M.C.L. viene prestando sus servicios para la empresa “P.V., S.L.” de nacionalidad española, en el M/P Ciudad de Valverde, que navega bajo bandera británica, desde el 23.09.98, con la categoría de marinero y percibiendo un salario mensual de 133.704 pesetas con prorrata de pagas extras.- **SEGUNDO.-** La empresa prescindió de los servicios del actor el día 24.03.99 después de ser dado de alta el 23.03.99, según certificado médico de la misma fecha, el cual se reproduce.- **TERCERO.-** La representante legal de la empresa demandada, doña A.I.M.S. facilitó al actor el nombre de la Mutua “M.” para ser atendido de sus dolencias antes del alta médica.- **CUARTO.-** La empresa demandada tiene su objeto social, según los estatutos, la comercialización de pescado y, según la diligencia de habilitación del libro de matrícula del personal, la de pesca de arrastre, figurando inscrito un solo trabajador.- **QUINTO.-** La empresa demandada tiene su domicilio social en A Coruña y el M/P Ciudad de Valverde tiene su base en esta localidad, realizando descargas de mercancía.- **SEXTO.-** La empresa demandada aportó a juicio certificado británico de titularidad del barco Ciudad de Valverde a nombre de “V.F.L.”.- **SÉPTIMO.-** Al actor se le vio prestando servicios en el M/P Ciudad de Valverde.- **OCTAVO.-** En el M/P Ciudad de Valverde prestan servicios seis marineros, dos de ellos portugueses, sin dar de alta en la Seguridad Social española, siendo el actor de nacionalidad portuguesa.- **NOVENO:-** Los representantes de la empresa demandada realizaron a la Sra. Inspectora de Trabajo y

Seguridad Social las manifestaciones que se contienen en el informe de fecha 23-6-69(sic), el cual se da por reproducido.- DÉCIMO.- El actor no ostenta ni ha ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.- DÉCIMO(sic).- Se celebró acto de conciliación ante el SMAC el día 19.04.99, con el resultado de “sin avenencia”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, previa desestimación de las excepciones de falta de jurisdicción de los Tribunales españoles y de falta de legitimación pasiva y estimando la demanda interpuesta por don J.M.C.L., debo declarar y declaro improcedente el despido efectuado por la Empresa “P.V., S.L.” condenando a ésta a que, en un plazo de 5 días, opte entre la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad, o el abono de una indemnización de 83.565 pesetas mes, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución que asciende a 4.457 pts./día.- Con fecha 13 de julio de 1999 se ha dictado Auto de aclaración, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Se ratifica el fallo de la sentencia en el sentido siguiente: donde dice “...Una indemnización de 83.565 pesetas”, debo decir “...una indemnización de 100.278 pesetas”.

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara la improcedencia del despido efectuado por la empresa “P.V., S.L.”, condenando a esta a que, en un plazo de cinco días, opte entre la readmisión inmediata del actor, en las mismas condiciones existentes con anterioridad o el abono de una indemnización de 100.278 Pts y, en ambos casos el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, que ascienden a 4.457 Pts/día. Frente a dicha resolución se alza en Suplicación la empresa condenada para pedir la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

La primera revisión solicitada tiene por objeto la sustitución, en el hecho primero, del párrafo “...prestando sus servicios para la empresa “P.V., S.L.” de nacionalidad española...” por el siguiente “...prestando sus servicios a bordo del

Montespequero(sic) Ciudad de Valverde, que navega bajo bandera británica, propiedad de la empresa británica “V.F.L.”..., quedando, en consecuencia, el hecho primero redactado del siguiente tenor literal: “El actor D. J.M.C.L. viene prestando sus servicios a bordo del Motopesquero Ciudad de Valverde, que navega bajo bandera británica, propiedad de la empresa británica “V.F.L., desde el 23.09.98, con la categoría de marinero y percibiendo un salario mensual de 133.704 Pts con prorrato de pagas extras”.

No puede accederse a la revisión solicitada, habida cuenta que dichas circunstancias ya aparecen recogidas en la relación histórica de la resolución recurrida y por no darse los presupuestos necesarios para el éxito de la misma (evidencia de error a través de prueba documental o pericial), pues el que el Motopesquero Ciudad de Valverde sea titularidad de “V.F.L.”, hecho por otro lado que ya viene recogido en el ordinal sexto de la relación fáctica, no supone que el actor no venga prestando sus servicios para la empresa “P.V., S.L.”, que es en suma lo que se pretende suprimir del hecho primero.

También se postula la adición, al hecho cuarto, de la siguiente frase: “con la categoría profesional de descargador”, que deberá añadirse al final del citado hecho, quedando el mismo del siguiente tenor literal: “La empresa demandada tiene su objeto social, según los estatutos, la comercialización de pescado y, según la diligencia de habilitación del libro de matrícula de personal, la de pesca de arrastre, figurando inscrito un solo trabajador con la categoría profesional de descargador”. Petición que no hay inconveniente en aceptar aunque con nulos efectos prácticos, como a continuación se verá.

La última revisión solicitada tiene por objeto la sustitución en el hecho quinto del párrafo “tiene su base en esta localidad, realizando descargas de mercancía” por el siguiente “tiene su puerto de matrícula y base en el puerto de F...”. Al igual que en el primer caso no puede accederse a dicha revisión, al no darse los aquellos requisitos necesarios, y el hecho de que tenga su base en dicho puerto, no excluye que realice descargas de mercancía en el puerto de La Coruña, que es en suma lo que se pretende suprimir.

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción del artículo 97.2 de la L.P.L., artículo 25 de la L.O.P.J. e infracción del artículo 533.4º de la L.E. Civil, así como 9.3 y 14 de la Constitución, alegando que la documentación obrante a los autos es clara en el sentido de establecer que el motopesquero es propiedad de una empresa británica y no de la demandada, que se dedica exclusivamente a la

comercialización de pescado, no existiendo ninguna relación laboral entre el actor y la demandada.

En primer lugar no deja de sorprender que para combatir la sentencia de instancia que declara la improcedencia del despido, la empresa recurrente, que sostiene la tesis de que entre el trabajador despedido y la empresa demandada no existió relación laboral, se limite a denunciar la infracción de normas procesales. Por otro lado, el que la documentación del motopesquero “Ciudad de Valverde”, curiosamente aportada por la demandada, acredite que sea titularidad de “V.F.L.”, no excluye la relación laboral entre el actor y la empresa “P.V., S.L.”, cuando el Magistrado “a quo” llega a la razonada y lógica conclusión, no desvirtuada por la recurrente, de que el actor viene prestando sus servicios para la empresa “P.V., S.L.”, todo ello en base a la prueba testifical practicada y a que a la coincidente denominación “V.”, se une el hecho de que la empresa demandada ha venido actuando y efectuando manifestaciones que solo puede realizar quien tiene una evidente relación con el motopesquero en el que el actor prestaba sus servicios, y cita a modo de ejemplo, el informe de la Inspección de Trabajo obrante a los autos, la prueba documental aportada por la empresa, la de confesión del representante legal de la misma, el proceder de dicha empresa cuando el actor sufrió unas lesiones que determinaron su baja y todos los demás datos facilitados sobre los trabajadores portugueses de dicho buque y el cobro de salarios. Por último, respecto a la alegación de la recurrente de que se dedica única y exclusivamente a la comercialización de pescado, cabe señalar que no es exacta, pues si bien los Estatutos contemplan, como objeto social, dicha actividad, la diligencia de habilitación del libro matrícula del personal alude a la pesca de arrastre.

En consecuencia y por lo expuesto procede desestimar el recurso de Suplicación formulado y confirmar la resolución recurrida.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la EMPRESA “P.V., S.L.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de A Coruña de fecha 9 de julio de 1999, confirmando la expresada resolución. Se condena a la empresa recurrente al pago de 25.000 Pts, en concepto de honorarios de la parte impugnante. Dése a los depósitos el destino legal.

## **2774 RECURSO N° 3.932/99**

S. S.

**INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO POR EXISTIR TRANSFORMACIÓN DE POSTO DE TRABALLO LABORAL NOUTRO DE CARÁCTER ESTATUTARIO DO SERGAS, PREVIA AMORTIZACIÓN DO PRIMEIRO.**

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

A Coruña, a dieciocho de octubre 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. 3.932/99 interpuesto por don A.F.A.R. 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 A.F.A.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandado SERGAS, MINISTERIO DE DEFENSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 417/99 sentencia con fecha trece de julio 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.- El actor don A.F.A.R. viene prestando sus servicios en el “H.J.C.” dependiente del Sergas, desde el 26.09.94 con la categoría de médico especialista y percibiendo un salario mensual de 360.000 pesetas con prorrataeo de pagas extraordinarias./ Segundo.- El actor es facultativo transferido al SERGAS por el Ministerio de Defensa según se establece en el R/D 1.432/1996 como personal laboral eventual (L.E) y según contrato de 26.09.94 y prórrogas, que constan en autos y se reproducen, al igual que el expediente administrativo./ Tercero.- El actor, en fecha 22.01.99, firma la solicitud de integración en el Régimen Estatutario de la Seguridad Social, según establece la Orden 04.12.98 de la Consellería de Sanidad, siendo de denegada por resolución 16.03.99 en virtud de lo

siguiente: “De conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 4 del Decreto 447/96, de 26 de diciembre y en los artículos 1º y 2º de la Orden de 4 de diciembre de 1998 se deniega la integración de don A.F.A.R. en el Estatuto P. Médico de la Seguridad Social, con la categoría de facultativo especialista del Área del Servicio de Psiquiatría por no acreditar la condición de propietario por cuanto su vínculo es temporal y no puede ejercer por tanto, el derecho de opción a la integración en el Estatuto del Personal Médico de la Seguridad Social.”/ Cuarto.- El 16.03.99 el actor es nombrado facultativo interino en el Complejo Hospitalario “J.C.” de A Coruña como especialista área C.E./ Quinto.- Que se agotó la vía administrativa previa.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que previa desestimación de la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, debo desestimar y desestimo la demanda interpuesta por don A.F.A.R. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE Y EL MINISTERIO DE DEFENSA, absolviendo a los organismos demandados de los pedimentos contenidos en la misma.”

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se declare la nulidad o improcedencia del despido con sus efectos oportunos, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión de los H.P. y denuncia que aquella resolución infringe el art. 56 E.T. y el art. 52.c) del mismo cuerpo legal (redacción Ley 63/97).

SEGUNDO.- Invocando el documento obrante al folio 28, pide la parte que se declare como nuevo H.P. lo siguiente: “el actor recibió el 30.03.99 escrito firmado por el Director Gerente del Hospital “J.C.” que le comunica la extinción del contrato de trabajo que había celebrado el 26.09.94 con efectos de 15.03.99 dejando de cubrir el puesto de trabajo vacante de Médico Especialista de Psiquiatría, por la amortización del mismo”. La adición procede, puesto que al folio 28 el Director Gerente del “J.C.” comunica al actor lo que se indica en la adición, si bien procede remitirse al íntegro contenido de la comunicación, en especial en cuanto en ella se invoca la amortización del puesto de acuerdo con

lo establecido en el apartado 3º de la D.A. 2º de la O. 04.12.98.

TERCERO.- Invocando la documental de los folios 47 y 49, 61 y 59, pretende también la parte se adicione otro nuevo H.P. del siguiente contenido literal: “que el recurrente transferido del Ministerio de Defensa al Servicio Galego de Saúde. 1) trabajó en el “J.C.” desde julio 96 hasta marzo 99 inclusive como personal laboral, percibiendo salario con los conceptos del Convenio Colectivo; 2) siguió trabajando en el “J.C.” desde 01.04.99 como personal estatutario interino, percibiendo los conceptos que determinan los estatutos y reglamentos del personal Médico al Servicio de las II.SS de la Seguridad Social. La pretensión lleva a las siguientes consideraciones: A) No cabe adicionar a los HDP que el recurrente fue transferido del Ministerio de Defensa al Sergas y que trabajó en el “J.C.” como personal laboral, con su retribución propia, hasta marzo de 1999, puesto que todo ello ya se declara suficientemente en los H.P. 1º y 2º en relación con el contenido del H.P. 3º y el adiconado que quedó dicho en el fundamento precedente. y B) Procede adicionar que el actor siguió trabajando en el “J.C.” desde 01.04.99 como personal estatutario interino... ( lo que se consigna en el apartado 2 de la revisión propuesta), pues así lo acredita la documental invocada y está en armonía también con lo declarado en los H.P. 1º, 2º y 4º.

CUARTO.- Las infracciones relativas al derecho aplicado que denuncia el recurso han de examinarse tomando en consideración los siguientes fundamentales hechos acreditados en el proceso. 1) El actor viene prestando servicios en el Hospital “J.C.”, del Sergas, desde el 26.09.94 y como médico especialista. 2) El actor es facultativo transferido al Sergas por el Ministerio de Defensa “según se establece en el R.D. 1.432/96 como personal laboral eventual (L.E.) y según contrato de 26.09.94 y prórrogas” (H.P. 2º, incombaticido en el recurso) 3) En fecha 22.01.99 el actor solicitó la integración en el Régimen Estatutario del la S.S. conforme a la O. de 04.12.98, de la Consellería de Sanidad, denegada por resolución de 16.03.99 según se dice en el H.P. 3º. 4) El 16.03.99 el actor fue nombrado facultativo interino del “J.C.” de A Coruña como facultativo especialista Área C.E.; y en 30.03.99 se le comunica por el Director Gerente de dicho Hospital la extinción del contrato de trabajo de 26.09.94 con efectos de 15.03.99 dejando de cubrir el puesto por su amortización. Y 5) desde abril de 1999 el actor trabaja y se le retribuye como personal estatutario interino.

En este contexto acreditado, el recurso argumenta en esencia (motivo 3º) se le ha extinguido su

contrato de trabajo y que ello “da pie a la consiguiente acción por despido” y que “la continuidad en el servicio, tras la extinción del contrato laboral, seguida de nombramiento estatutario interino... sólo puede tener la consecuencia de descuento de salarios de trámite prevista en el art. 56.1.b) E.T., pero no la falta de acción...”; y también (motivo 4º) que no se han cumplido los requisitos para que se dé la amortización del puesto de trabajo.

QUINTO.- El demandante es facultativo transferido al Sergas por el Ministerio de Defensa conforme establece el R.D. 1.432/96 como personal laboral eventual (L.E.), es decir, como personal laboral con vínculo temporal; precisamente, el actor figura en el Anexo del R.D. 1.432/96 como personal eventual (L.E., folio 61 y H.P. 2º). Y para mencionado personal, el art. 2º de la Orden de 04.12.98 de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales (folios 67 y 68) disponía que no podrán ejercer el derecho de opción “cuálquiera que sean las características de tal vínculo”; de ahí que mediante resolución de 16.03.99 le fuese denegada al actor la integración en el Régimen Estatutario de la S.S. que había solicitado (H.P. 3º). A partir de ello, es lo cierto que la D.A. 2ª de la citada Orden de 1998, por la que se regula el proceso de integración en el régimen estatutario del personal del Hospital Militar de A Coruña transferido por el R.D. 1.432/96, dispone (folio 69) que “los puestos de trabajo vacantes ocupados por el personal temporal del art. 2 de esta norma, se consideran amortizados y reconvertidos en plazas de personal estatutario, por lo que el personal que los ocupa cesará en su desempeño. Por lo tanto, con efectos del día siguiente al del cese, se le expedirá el nombramiento que corresponda para ocupar la equivalente plaza de personal estatutario, con el mismo carácter temporal.”

Se contempla así una amortización y posterior reconversión en plazas de personal estatutario para el personal que tenga un vínculo de carácter temporal, y ello con la finalidad de la precisa homologación del personal que presta servicios al Sergas. Y esto es lo que llevó a cabo el Sergas en lo que atañe al demandante: decidió y comunicó al actor la extinción de su contrato laboral por amortización del puesto al amparo de la D.A. 2ª de la O. de 04.12.98 con efectos de 15.03.99 y desde el día siguiente, concertó con él una relación estatutaria interina. De esta manera, el Sergas llevó a cabo una actuación con la habilitación legal precisa que en absoluto puede propiciar la existencia del despido pretendido en demanda. Al amparo de las normas correspondientes, el Sergas se limitó a efectuar la amortización de puesto y su reconversión en

plaza de personal estatutario precisas para viabilizar la integración y la homologación al personal de los centros sanitarios, a cuyo efecto era necesario transformar el puesto laboral en estatutario respetando la misma vinculación temporal aunque jurídicamente variando, a través de los correspondientes cambios contractuales, la naturaleza del vínculo, que tras un cese en todo caso reglamentario en la relación laboral pasaría a ser estatutario. Por otra parte, en este contexto resulta extemporáneo discutir la naturaleza temporal de la relación laboral anterior, cuando podía haberlo sido en su día y el actor fue transferido como personal laboral eventual y como tal siempre lo consideró el Sergas.

Finalmente, ya la sentencia dictada por este TSJ en fecha 23.07.99 (Rec. nº 2.686/99) se hacía eco de la S. del T.S. de 02.04.97 (Ar. 3.045), que en supuesto relativo a la extinción de contratos de interinidad por vacante dejó establecido que aun cuando se hubiera pactado la duración de los contratos de interinidad hasta la provisión de los correspondientes puestos de trabajo con carácter fijo “la eficacia de tal pacto ha de entenderse sometida a la condición subyacente a la pervivencia de los puestos”, que “debe entenderse, por todo ello, que la suscripción de dichos contratos de interinidad no limita ni elimina las facultades de la Administración sobre modificación y supresión de los puestos de trabajo”, y que “la amortización de la plaza, en este caso la supresión de los puestos de trabajo de los demandantes, priva de viabilidad a los contratos de interinidad...”. Doctrina que viene a consolidar aun más lo que se dejó razonado sobre la viabilidad legal de la amortización y reconversión que subyace en las decisiones adoptadas por el Sergas en lo relativo al actor y la inexistencia en todo ello del despido que reclama la demanda.

Así pues no se aprecian las infracciones normativas que denuncia el recurso, por lo que procede su rechazo y la confirmación de la sentencia de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don A.F.A.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de A Coruña el día 13.07.99, en autos tramitados por despido bajo el nº 417/99 a instancias del recurrente frente al Sergas, confirmamos la sentencia recurrida.

**2775 RECURSO N° 3.923/99**

S. S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR EXTINCIÓN DO CONTRATO EN PERÍODO DE PROBA SUPERIOR Ó LEGALMENTE ESTABLECIDO.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a diecinueve de octubre 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 3.923/99, interpuesto por el letrado don R.I.P. en nombre y representación de la empresa “P.B., S.A.”, contra sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de los de Pontevedra.

**Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 330/99 se presentó demanda por don D.L.P., sobre DESPIDO NULO, frente a la empresa “P.B., S.A.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de junio del año en curso por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:  
1º.- El actor, don D.L.P., D.N.I. nº..., prestó servicios para la empresa “P.B., S.A.”, con una antigüedad de 12.01.99, categoría profesional de marinero-pescador y una base de cotización por contingencia profesional del mes anterior a la baja de 202.066'- pesetas. En el contrato se especificaba que la duración será indefinida y se establece un período de prueba de 60 días (ampliables a su término). La retribución pactada era de sueldo con un porcentaje de pesca del 0'20%. 2º.- Con fecha 13.03.99 sufrió un A.T. en el buque “P.” que estaba faenando en alta mar. Fue desembarcado en las Islas Malvinas (Inglaterra) y de ahí fue trasladado a España, regresando el uno de abril. Con fecha 30.04.99 fue dado de alta. 3º.- Con fecha cinco de abril la empresa le remitió carta de despido por no superar el período de prueba. 4º.- Se celebró, sin

efecto, la conciliación obligatoria previa ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: **FALLO:** Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por don D.L.P. contra la empresa “P.B., S.A.”, declaro la improcedencia del despido del trabajador demandante, condenando a la empresa “P.B., S.A.” a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir o, a su elección, al abono al actor de las siguientes percepciones económicas: A) En todo caso una indemnización cifrada en 45 días de salario por año de servicio, prorrataéndose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de 42 mensualidades que se concreta en el supuesto de autos en 93.632'- pesetas. B) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta sentencia o hasta que encontrara otro empleo si tal colocación es anterior a dicha sentencia y se pruebe por el empresario lo percibido para el descuento de los salarios de tramitación, de los que habrá que descontar el tiempo que el trabajador permaneció en I.T. La opción deberá hacerse mediante escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado de lo Social dentro del plazo de 5 días sin esperar su firmeza. En el supuesto de que el empresario no opte por la readmisión o indemnización, se entenderá que procede la primera. Notifíquese... etc.-

**CUARTO.-** Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada, que 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 parcialmente la demanda, declarando la improcedencia del despido del trabajador demandante y condenando a la empresa demandada a soportar las consecuencia legales inherentes a tal declaración. Frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación procesal de la empleadora, construyéndolo a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, con cobertura en el art. 191, apartado c), de la Ley Procesal Laboral, denuncia infracción de lo dispuesto en el art. 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por estimar que la resolución que impugna incurre en vicio de incongruencia, ya sea positiva o mixta, que conllevaría su nulidad; argumentando, esencialmente, que: a) En la demanda se solicita la nulidad del despido y la único que fue objeto de debate en lo alegado en los hechos sexto,

séptimo, octavo y noveno de la demanda, y el único argumento del actor es que en el contrato se pactó una duración del período de prueba de 60 días ampliables a arribada, embarcando el 12 de enero de 1999, arribando el buque el 1 de abril en las Islas Malvinas y notificándosele el despido el día 4 de este último mes; sin que en momento alguno se alegara ni debatiera, ni, obviamente, se propusiera prueba sobre la posible nulidad del período de prueba pactado en el contrato por una supuesta superación del período legal, y éste es el único argumento en que se apoya la sentencia para la estimación de la demanda; siendo evidente, afirma, la indefensión de la recurrente, ya que no se pudo practicar prueba sobre los TC2 de los meses de enero a abril de 1999 en los que figura la relación nominal de los trabajadores de la empresa, que es de 22, y la consecuencia de tal prueba sería que, aunque se admitiera, lo que niega, el argumento de la sentencia de que rige únicamente el art. 14 Estatuto de los Trabajadores, el tope de duración del período de prueba para empresas de menos de 25 trabajadores es de 3 meses, y si el período pactado en el contrato -60 días- ampliables a arribada, si ésta se produce antes de los 90 días desde el inicio de la relación laboral, está dentro del tope del citado artículo; estimando, por ello, que la extinción de la relación laboral se produce dentro de los tres meses; b) Tampoco ha podido alegar y probar que está en fase final de negociación el Convenio Colectivo de buques congeladores, en el que figura un artículo que prolonga los períodos de prueba hasta la arribada del buque, haciendo referencia a un acta de negociación, y que, asimismo, no ha podido esgrimir y acreditar documentalmente el criterio analógico de otros Convenios Colectivos, ya publicados, de la pesca en los que se regula la ampliación del período de prueba; c) El art. 14 del Estatuto de los Trabajadores da prioridad para la duración del período de prueba a la que se fije en Convenio Colectivo y solo cuando en el Convenio Colectivo no exista pacto al respecto, rige la duración fijada estatutariamente, y en el caso presente aún no se ha publicado el Convenio Colectivo, existiendo una laguna transitoria que debe cubrirse -art. 3.1.c) del citado Texto legal- por la voluntad de las partes, por lo usos y costumbres o por la analogía, pero no por la normativa genérica del repetido Estatuto, inaplicable a múltiples especialidades del trabajo en el mar; d) Insiste en que nada de lo que expone pudo aducirlo en el juicio, porque en ningún momento se debatió la posible nulidad de la cláusula del contrato, que es el único argumento del fallo recurrido; estimando que la sentencia es incongruente, no por estimar el despido improcedente y no nulo, como se solicitaba, pero si por modificar los términos del debate procesal y pronunciarse, por propia iniciativa, sobre una

cuestión que no ha sido promovida ni debatida por ninguna de las partes, siendo el razonamiento gratuito para llegar al fallo, por lo que estima que la sentencia es nula y debe ser dictada otra, ciñéndose la juzgadora, exclusivamente, a las cuestiones planteadas y debatidas; haciendo referencia genérica a sentencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia, sobre el vicio de incongruencia, citando, únicamente, la sentencia de esta Sala de 3 de julio de 1988.

SEGUNDO.- Del inalterado, por incombustible, relato fáctico de la sentencia, son de destacar los siguientes datos: A) El actor prestó servicios para la empresa demandada, desde el 12 de enero de 1999, con la categoría profesional de marinero-pescador; especificándose en el contrato de trabajo que su duración sería indefinida, estableciéndose un período de prueba de sesenta días, ampliables a arribada. B) El día 13 de marzo de 1999, el demandante sufrió un accidente de trabajo, en el buque "P.", cuando faenaba en alta mar; siendo desembarcado en las Islas Malvinas y de éstas fue trasladado a España, regresando el día 1 de abril siguiente; siendo dado de alta el 30 de este mes. C) Con fecha 5 del mencionado mes de abril la empresa remitió al actor carta de despido, por no superar el período de prueba.

Fijada, en los términos que quedan expuestos, la situación de hecho sometida a debate, resta ahora analizar si la sentencia recurrida ha incurrido en vicio de incongruencia, positiva o mixta, que conduciría a su nulidad, cual sostiene la parte recurrente, o si, por el contrario, no es merecedora de tal reproche jurídico y, en consecuencia, debe mantenerse el pronunciamiento que contiene. La disyuntiva debe resolverse optando por esta última alternativa; en primer término, y fundamentalmente, porque la pretensión deducida en la demanda se sustenta en la carta de despido remitida al actor por la empleadora interpelada, en la que se alegaba como causa resolutoria del contrato que unía a los colitigantes, la no superación del período de prueba por el trabajador accionante, y así lo pone de manifiesto el alegato vertido en el hecho sexto del escrito interpelador; independientemente de las consecuencias jurídicas que, a tal decisión unilateral del empresario, además de los que le son propias, le fueran asignadas por el accionante; siendo de resaltar que si bien es cierto que en la súplica del escrito promotor de la controversia se postula la declaración de nulidad del despido -sobre la que se argumenta en el fundamento de derecho tercero de la sentencia suplicada-, no lo es menos que, en el momento del juicio el demandante amplió la demanda, solicitando la declaración de improcedencia de acto extintivo,

petición ésta a la que ha dado acogida la sentencia suplicada, razonándose sobre ello en el segundo de los fundamentos de derecho de dicha resolución. De este modo, el pronunciamiento censurado ha resuelto las cuestiones en el debate planteadas, ajustándose, por tanto, a las exigencias previstas en el art. 359 de la Ley Procesal Civil. Por otro lado, es de significar que la situación de indefensión, a que alude la parte recurrente, no se ha producido, porque bien pudo, en momento procesal oportuno, hacer las alegaciones que estimara necesarias para justificar la impugnada decisión extintiva, proponiendo los oportunos medios de prueba “*ad exemplum*” aportando los impresos TC2 a que hace mención- y, en todo, caso, en trámite de recurso, también pudo haber solicitado la oportuna revisión de hechos probados y formular, sobre el fondo de la cuestión litigiosa, la oportuna censura jurídica.

Por todo lo que queda razonado procede rechazar el reproche jurídico a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido, con las consecuencias previstas en los arts. 202 y 233.1, ambos de la Ley Rituaria Laboral; en consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la empresa “P.B., S.A.”, contra la sentencia de fecha veintiséis de junio de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de Pontevedra, en proceso por despido promovido por don D.L.P., frente a la recurrente, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

## **2776 RECURSO N° 4.039/99**

S. S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR DENUNCIA EXTEMPORÁNEA DE CONTRATO DE TRABALLO DE INTERINIDADE.**

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

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación nº 4.039/99, interpuesto por don G.R.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Ferrol.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 186/99 se presentó demanda por don G.R.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el MINISTERIO DE DEFENSA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de mayo de 1999 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1.- El demandante viene prestando sus servicios por orden y cuenta de la demandada como personal laboral con la categoría de Oficial de Conservación, Mantenimiento y Oficios (pintor) en virtud del contrato de carácter interino de fecha de 23.02.98 suscrito para sustituir a otro trabajador don G.L.B. quién se jubiló a los 64 años de edad percibiendo una remuneración según Convenio Colectivo.- 2.- En fecha 19 de febrero de 1999 se acuerda el cese del actor por cumplimiento de la cláusula resolutoria 6ª del contrato interino con efectos de 22.02.99.- 3.- El trabajador sustituido por don G.L.B. nacido el 11.09.1933 con D.N.I... y de profesión habitual peluquero fue reclasificado el 01.01.90 a Oficial de C.M.O. y causó baja en la empresa el 23.02.98 por jubilación especial a los 64 años.- 4.- El actor no ha desempeñado en el último año cargo alguno de representación de los trabajadores.- 5.- La parte actora ha agotado la vía administrativa presentado Reclamación Previa.”

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que, DESESTIMANDO la demanda formulada por el actor califico como ajustado a derecho el cese de la actora en base a concurrir causa válida de extinción y en consecuencia ABSUELVO al MINISTERIO DE DEFENSA de las pretensiones de 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** Disconforme el actor con que, en la sentencia de instancia, se desestime su demanda, dirigida a que se declare la nulidad, o, subsidiariamente, la improcedencia del cese en la relación laboral, que le unió con el Ministerio de Defensa -fue contratado por éste, en fecha 23 de febrero de 1998, con carácter interino, con la categoría de Oficial de Conservación y Mantenimiento (pintor), para sustituir al trabajador don G.L.B., que se jubiló a los 64 años, y, causó, por ello, baja en la empresa en dicha fecha, con una duración improrrogable de un año; y fue cesado, al cumplirse este plazo, el 22 de febrero de 1999-, formula recurso de suplicación, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción, por interpretación errónea, o, en su caso, por aplicación indebida, de los artículos 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y de las normas reglamentarias que lo desarrollan (actualmente el artículo 4 del Real Decreto 2.720/1998, de 18 de diciembre) y 3, párrafos 1 y 2 del Real Decreto 1.194/1985, de 17 de julio, y de la jurisprudencia que los aplica, interpreta y desarrolla.

**SEGUNDO.-** Habiéndose llevado a cabo la contratación del demandante, al amparo de lo dispuesto en el artículo 57 del Convenio Colectivo del Ministerio de Defensa, y en el artículo 4 del Real Decreto 1.194/1985, de 17 de julio -que, pretendiendo mejorar la línea, marcada en la lucha contra el desempleo, por el Real Decreto Ley 14/1981, de 21 de agosto, en virtud del que se permitió anticipar la edad de jubilación a los trabajadores cuya empresa se comprometiera a sustituirlos por otros, que fueran perceptores de prestaciones económicas por desempleo o jóvenes demandantes de primer empleo, amplió las condiciones en que había de llevarse a efecto la referida sustitución, permitiendo que las nuevas contrataciones se pudieran celebrar utilizando cualquiera de las modalidades vigentes, con excepción de las de contrato a tiempo parcial y de las efectuadas por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos; y estableció la posibilidad de dichas nuevas contrataciones, regidas por la normativa específica reguladora de la modalidad contractual de que se trate, teniendo una duración mínima de un año y habiendo de formalizarse por escrito, con constancia del nombre del trabajador a quien se sustituye (artículo 3.2)-; y, habiéndose utilizado para ello el marco del contrato de interinidad -permitido en el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores para los casos en que se trate de sustituir a trabajadores con derecho a reserva del puesto de trabajo, siempre que se especifique el nombre del sustituido y la causa de sustitución; y desarrollado en el artículo 4 del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, en

el sentido de determinar, entre otros extremos, que se considera como tal el celebrado para sustituir a un trabajador de la empresa con derecho a reserva de puesto de trabajo en virtud de norma, convenio colectivo o acuerdo individual, o para cubrir temporalmente un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva; que su duración será la del tiempo durante el cual subsista el derecho del trabajador sustituido a reserva de puesto de trabajo, o la del tiempo que dure el proceso de selección o promoción para la cobertura definitiva, sin que en este último supuesto, la duración pueda ser superior a tres meses, si bien en los procesos de selección llevados a cabo por las Administraciones Públicas, coincidirá con el tiempo que duren dichos procesos, conforme a lo previsto en su normativa específica-; la Sala llega a la conclusión de que el cese del actor, acordado por el Organismo demandado, fue improcedente, ya que, al haber sido el contrato de interinidad, la modalidad, elegida para sustituir al trabajador jubilado, y al deber regirse, ante ello, la relación laboral, que surgió entre las partes, por la normativa específica reguladora de la misma -que determina, respecto a la finalización, que podrá extinguirse, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2.c) del Real Decreto 2.546/1994, por la reincorporación del trabajador sustituido, por el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la reincorporación, por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo, y, en los procesos de selección para la provisión definitiva, por el transcurso del plazo de tres meses o el que resulte en el supuesto de contratos celebrados por las Administraciones Públicas-, en ningún caso podría tener lugar dicha finalización por la causa utilizada, de haber transcurrido el plazo improrrogable de un año, por el que se concretó, ya que, por una parte, el hecho de haberse fijado esta duración, nada decisivo significaba al efecto, dado que tal circunstancia no pasó de ser una mera irregularidad formal, que no afectó a la esencia del contrato; y, por otra, esta causa de extinción, no estaba comprendida entre las que, con una enumeración cerrada, se determinaban en el citado artículo 4.2.c) del Real Decreto 2.546/1994.

**TERCERO.-** Lo anterior lleva a declarar improcedente el cese de la relación laboral, existente entre las partes, y a la consecuencia de que el demandante deberá permanecer, en su caso, en el puesto de trabajo, hasta que concluya el proceso de selección, llevado a cabo por el Ministerio de Defensa para la provisión del que ocupaba el trabajador sustituido -es obvio que no cabe la alternativa de que ello sea hasta que se reincorpore éste, ya que, precisamente, la causa

de su sustitución, fue la jubilación-. Por lo expuesto.

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por don G.R.C., contra la sentencia, dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de Ferrol, en fecha 19 de mayo de 1999; con revocación de su fallo; y con estimación de la demanda, debemos declarar y declaramos improcedente el cese del actor en el contrato de trabajo de interinidad, que le unía con el Ministerio de Defensa; pudiendo éste optar entre la readmisión de aquél hasta que concluya el proceso de selección, que se lleve a cabo para la provisión del puesto de trabajo, que ocupaba el trabajador sustituido, con abono de los salarios de tramitación, previstos en el artículo 56.1 del Estatuto de los Trabajadores, o entre el abono de la percepción económica a que se refiere este precepto; con condena del citado Ministerio de Defensa a estar y pasar por esta declaración.

**2777 RECURSO N°  
03/0008071/1996**

S. CA.

CONIVENCIA ENTRE EMPRESARIO E TRABALLADOR PARA OBTENER DE FORMA FRAUDULENTA PRESTACIONES POR DESEMPREGO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de octubre 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 03/0008071/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "P.H.S., S.L.", con D.N.I... domiciliado en c/... (Vigo), representado y dirigido por el Letrado don E.E.V. (Habilitado), contra Resolución de 29.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº

1.039/95; Expte. nº 20.217/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 505.000 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 5 de octubre 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 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 Pontevedra en Vigo de fecha 31 de agosto de 1995 en virtud de la cual se le impone una sanción de 505.000 ptas.

La citada resolución desestimó, en efecto, el recurso ordinario interpuesto por la empresa "P.H.S., S.L.", contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra, confirmatoria a su vez del Acta de Infracción núm. 1.039/95, de 26 de junio de 1995, por la que estimándose al recurrente responsable de una infracción muy grave de las definidas en el art. 29.3.2. de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, se le impuso la sanción de referencia, apreciándose a efectos del art. 36.1 y 37.4 de la ley precitada la sanción en su grado mínimo.

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 la trabajadora para la obtención por parte de ésta de prestaciones por desempleo en connivencia con el empresario. Se trata por tanto de un acto administrativo sancionador dictado por la Administración laboral cuya fiscalización corresponde a esta jurisdicción contenciosa, lo que no ocurriría si el recurso versara, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 31/84, de 2 de agosto, sobre una resolución del Instituto Nacional de Empleo relativa al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de las prestaciones por desempleo.

III.- Concretados en esos términos el objeto de la presente litis, hay que examinar el fondo del asunto; a este respecto, debe tenerse en cuenta que, como se revela del acta, en visita efectuada a la empresa el día 9 de mayo de 1995, hora 10.35 minutos por el Controlador Laboral que la extiende se pudo comprobar que en la pequeña cocina del establecimiento hostelero, se encontraba pelando patatas F.P.N., quien al comprobar la identidad del funcionario actuante, se puso muy nerviosa, quitándose aceleradamente el mandil que llevaba puesto, y sentándose en la sala del bar, en una mesa; que doña F. Manifestó al Controlador que ya no trabajaba en la empresa, pero que el 9 de mayo, había acudido al centro de trabajo, porque la trabajadora M.S.R.G., no había podido hacerlo, corroborando tales manifestaciones sus hijos trabajadores por cuenta ajena y socios del mencionado establecimiento; que el mismo día 9 de mayo de 1995 el Controlador a las 12 horas aproximadamente acudió a la Oficina de Empleo de... y pudo comprobar que doña F. era solicitante de prestaciones de desempleo desde el 24 de febrero de 1995, habiendo sido trabajadora por cuenta ajena y con la citada categoría en la empresa hasta el 20 de febrero de 1995, puesto que su marido la había despedido, y reconocido la improcedencia del despido en el acta conciliatorio ante el SMAC.

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 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.

En relación con el motivo de impugnación que se sustancia de no haber contemplado la relación laboral, en vez de tan breve período de tiempo: 01.01.95 a 01.05.95, desde sus inicios, esto es desde el año 1992, ni haber realizado referencia alguna a la experiencia alegada en las impugnaciones, el mismo deviene ajeno a los hechos constatados y que fueron sancionados, a los que sólo alcanza la presunción legal de certeza no sólo de los mismos sino también mucho más allá de sus justos límites -arguye-. De este exceso participan los juicios de valor vertidos en el acta, que irremisiblemente resultan ineficaces, pues los mismos son más bien producto de la imaginación que del razonamiento lógico que cupiese deducir de tales antecedentes fácticos -manifiesta igualmente-. Sin embargo ha de significarse que la sanción es consecuencia de un doble presupuesto fáctico, a saber el haber constatado el funcionario actuante que la trabajadora estaba pelando patatas y el haber comprobado de seguido que era perceptora de prestaciones por desempleo en la oficina de referencia.

Pudiera considerarse aquella actividad como una tarea esporádica, de haberse acreditado su declarada invalidez para el trabajo, si bien el único grado de invalidez en el que acredita haber estado en su situación de ILT mediante los correspondientes partes de baja laboral y no precisamente en el período en que acontecieron los hechos ahora sancionados; en realidad su situación laboral era la de trabajadora en situación de desempleo, consecuencia de su condición de asalariada, que en los autos aparece acreditada ha tenido, pues de lo contrario los trabajos familiares, estarían excluidos del ámbito de aplicación del ET (art. 1.3.a) en su día despedida.

Obviamente tal cúmulo fáctico contenido en el Acta de infracción, que se erige en auténticos indicios, permite obtener conclusiones sobre las que formar la convicción en torno a los elementos constitutivos de aquella infracción y su imputación al recurrente; ergo el recurso no puede prosperar.

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 "P.H.S., S.L." contra S. CA.

**2778 RECURSO N°  
03/0008134/1996**

S. CA

Ocupación de trabajador titular de prestaciones por desempleo sen teleo dado de alta con carácter previo na Seguridade Social.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de octubre 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 03/0008134/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por M.J.M.D., con D.N.I... domiciliado en c/... (Ferrol), representado y dirigido por el Letrado P.B.L. Notif. Proc. C.B., contra Resolución de 17.01.96 declarando inadmisibilidad del recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 177/95; Expte. nº 16.935/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 501.000 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 5 de octubre 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 17 de enero de 1996 por la Dirección General de Empleo, que desestima recurso ordinario contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de A Coruña en virtud de la cual se le sanciona como autora de una falta muy grave tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88 con una multa de 501.000 ptas.

La citada resolución trae su origen del acta de infracción 177/95 en la que se considera en efecto a la recurrente responsable de la infracción contenida en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, modificado por el art. 40 de la Ley 22/93, de 29 de diciembre, por haber dado ocupación a la trabajadora, doña M.R.D.E., perceptora de prestaciones por desempleo, sin haberla dado de alta en la Seguridad Social, con carácter previo al inicio de la relación laboral.

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 es de todo punto exorbitada, pues evidencia defectos formales que no pueden más que motivar su nulidad; en primer lugar se

basa en unas meras presunciones, toda vez que se dedica a recoger declaraciones de la trabajadora, la cual manifiesta que llevaba trabajando desde una semana antes a la visita de la inspección, manifestación desacertada, ya que empezó a prestar sus servicios el día de la inspección; que la actuación del controlador es viciosa, al no constar en la citación efectuada la fecha en que la empresa debía comparecer en las dependencias de la Inspección, ni se le hizo saber el objeto por el que tenía que presentar la documentación pedida, toda vez que si se le notificó el hecho de que tenía que haber dado de alta a la trabajadora desempleada en la Seguridad Social antes del inicio de la actividad, ésta hubiese sido más diligente y ese mismo día lo podía haber efectuado; que el cambio legislativo en los últimos años hace entendible que siguiese suponiendo la vigencia del plazo de cinco días establecido en la Orden de 28 de diciembre de 1996, para darla de alta en la Seguridad Social; que debido a ese error, creyó que actuaba dentro de la legalidad.

De entre las alegaciones de la recurrente merece deducirse, sin embargo, que en modo alguno niega la existencia de la infracción que ha cometido, esto es el haber dado ocupación a trabajadora perceptora de prestaciones por desempleo, aunque sí alega ignorar el plazo dentro del cual debía darle de alta en la Seguridad Social, pero lo cierto es que le dio ocupación sin haberle dado de alta con carácter previo al inicio de la relación laboral, como exige ya la OM de 17 de enero de 1994, sin que la ignorancia de esta normativa excuse de su incumplimiento a tenor del art. 6.1 del Código Civil y menos el supuesto error de derecho que tan solo produce los efectos que las leyes determinen y en el supuesto de autos tal normativa no determina el de la nulidad que se interesa; tampoco los supuestos defectos en la actuación de la Inspección que alega, al constarle con claridad el hecho determinante de la infracción.

Esta circunstancia de no haberla dado de alta en la Seguridad Social comportó la consecuencia de que el INEM no dejare de abonar no sólo la correspondiente prestación por desempleo a la que la trabajadora tenía derecho, sino también las aportaciones de empresa y trabajadora correspondientes a las cotizaciones a la Seguridad Social durante la percepción por dicha trabajadora de aquellas prestaciones, a tenor del art. 4 de la Ley 31/84, Básica de empleo, de 2 de agosto; obviamente el cumplimiento del deber de darle de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, le hubiera permitido constatar que daba ocupación a una trabajadora perceptora de prestaciones por desempleo.

La tesis argumental de la parte recurrente no puede abonar, pues, la estimación del recurso, por cuanto que el alta de la trabajadora condicionaba aquellas prestaciones, algo normalmente inherente hoy a la vida del trabajador.

Los razonamientos expuestos conducen, por tanto, a desestimar el recurso interpuesto, pues el análisis de los restantes argumentos esgrimidos únicamente conducen a poner de manifiesto que la infracción se ha cometido, “aunque sí le parece excesiva y desproporcionada”, lo que ciertamente no merece aceptarse, dada la gravedad de los hechos imputados.

III.- No se infiere de la conducta procesal de ninguna de las partes en el presente procedimiento, motivo suficiente para de conformidad con el art. 131 de la Ley Jurisdiccional, hacer expresa imposición de costas de este recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.J.M.D. contra Resolución de 17.01.96 declarando inadmisibilidad del recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 177/95; Expte. nº 16.935/95 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2779 RECURSO N°  
03/0008139/1996**

S. CA.

**CONIVENCIA ENTRE EMPRESARIO E TRABALLADOR PARA OBTER DE FORMA FRAUDULENTA PRESTACIÓNS POR DESEMPREGO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quitas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de octubre 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 03/0008139/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.S.D., con D.N.I... domiciliado en... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don J.F.G., contra Resolución de 10.04.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña de 26.09.95 sobre acta de infracción nº 1.297/95; Expte. 22.398/95. 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 5 de octubre 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 18 de abril de 1996 por la Dirección General de Empleo, que desestima recurso ordinario contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de A Coruña en virtud de la cual se le sanciona como autor de una falta muy grave tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88 con una multa de 500.100 ptas.

La citada resolución trae su origen del acta de infracción 1.297/95 en la que se considera en

efecto al recurrente responsable de la infracción contenida en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por haber manifestado connivencia con un trabajador para la obtención indebida por éste de prestaciones por desempleo.

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, amén de otras consideraciones que efectúa respecto del Acta, sobre la base de que -en sede de hechos- el trabajador con el que existe la supuesta connivencia por parte del empresario se encontraba dado de alta en la empresa, figurando inscrito en el libro de matrícula del personal, después de haber sido contratado a través de la Oficina de Empleo; las manifestaciones realizadas por el trabajador V.M.M.F., en el sentido de que no recordaba a J.H.D. como trabajador de la empresa, no constituye medio de prueba feaciente, pues mediante declaración jurada aclaró que el día que fue interrogado no identificó a J.D. como compañero suyo fue porque era conocido como "P.", no constándole los apellidos por ser reciente su contratación.

De entre las alegaciones del recurrente merece deducirse, sin embargo, que respecto de la declaración jurada del trabajador V.M. de que no identificó a J.H.D. como tal porque se le conocía como "P." ha de significarse la endeblez de tal prueba por su escaso grado de convicción, al ser como es notorio el homónimo J. y P.; en relación con el motivo de la inexistencia de tal connivencia, por cuanto que el Sr. P. era trabajador de la empresa, tal como figura en el libro de matrícula de personal, tal circunstancia no se acredita, pese a que en el recibimiento del pleito a prueba que interesó ésta habría de consistir en los documentos que obran en el expediente administrativo y tal libro no consta en el expediente, aunque en el Acta se reconoce que figura inscrito en el asiento 12 del mismo como peón -obsérvese, después de haber constituido una empresa, que luego adquiriría el actual recurrente-.

En relación con la presunción de inocencia, que -tal es su parecer- no se desvanece con la actuación inspectora, sí que queda desvirtuada desde el momento en que la Inspección hace constar en Acta las diversas contrataciones, (calificadas como fraudulentas por la Inspección), las cuales aquí no se discuten sino la valoración jurídica de tales hechos, puesto que es claro que el Sr. H.D. fue contratado eventualmente por un período de tres meses, resolviéndose el contrato a

los diez días por no superar el período de prueba, establecido a tenor del art. 14 del ET. mediante ese contrato se logró que el INEM computase como período de cotización, el tiempo que estuvo trabajando en la empresa "H.D., S.L." servicios por los que con anterioridad se le había denegado la prestación por desempleo, Acta en la que se refiere igualmente circunstancias relativas a la transformación de esa empresa, constituida en su momento por J.H.D. y su hermano A. -como queda dicho- y demás vicisitudes que se especifican, anudadas a la individual contratación del Sr. H.D. que se deja referida son exponente de los hechos constitutivos de la infracción que se imputa al ahora recurrente.

El recurso por consiguiente por lo precedentemente razonado ha de desestimarse.

III.- No se infiere de la conducta procesal de ninguna de las partes en el presente procedimiento, motivo suficiente para de conformidad con el art. 131 de la Ley Jurisdiccional, hacer expresa imposición de costas de este recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.S.D. contra Resolución de 10.04.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña de 26.09.95 sobre acta de infracción nº 1.297/95; Expte. 22.398/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2780 RECURSO N°  
03/0008171/1996**

S. CA.

COMPATIBILIZAR O PERCIBO DE PRESTACIÓN CO TRABALLO POR CONTA PROPIA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de octubre 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 03/0008171/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.G.R., con D.N.I... domiciliado en c... (Ourense), representado y dirigido por el Letrado don D.P.C., contra Resolución de 25.03.96 desestimatoria de r. ordinario interpuesto contra otra de 16.10.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Orense confirmando acta de Infracción nº 500/95 (Expediente 20.997/1995). Es parte la Administración demandada DIRECCIÓN GENERAL DEL EMPLEO, 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 5 de octubre 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 25 de marzo de 1996 por la Dirección General de Empleo, que desestima recurso ordinario contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de Ourense en virtud de la cual se le sanciona como autor de una falta muy grave tipificada en el art. 20.3.1 de la Ley 8/88 con la extinción del derecho al percibo de prestaciones por desempleo

del nivel contributivo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas desde el 06.07.95.

La citada resolución trae su origen del acta de infracción 500/95 en la que se considera en efecto al recurrente responsable de la infracción contenida en el art. 30.3.1 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por haber compatibilizado la prestación por desempleo con trabajo por cuenta propia.

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, amén de otras consideraciones que efectúa respecto del Acta, sobre la base de que en el presente caso falta la nota de la habitualidad como trabajador por cuenta propia así como la realización de la actividad a título lucrativo, como se exige en las disposiciones que se consideran vulneradas, circunstancias que no se dan en el recurrente, por lo que el acta no parte de hechos constatados sino de meras conjjeturas, faltando además en el caso que nos ocupa –manifiesta- tanto la imputabilidad como el dolo o culpa en el presunto infractor.

El recurso, sin embargo, no merece prosperar, por cuanto que las actas de la Inspección de Trabajo gozan de presunción legal de certeza, art. 13.1.2.c), de la LIT, a tenor del cual las actas tienen valor probatorio, salvo prueba en contrario y esta prueba no se ha producido, pese a que se adjunta a la demanda una acta notarial, en la que se vierten una serie de manifestaciones que no tienen más alcance que una mera declaración testifical sobre la que no se han ratificado a presencia judicial ni se han sometido al principio de contradicción para poder reconocerle virtualidad probatoria. Por consiguiente el Juez o el Órgano Jurisdiccional en este caso del Orden Contencioso no puede sustituir el contenido del acta “sin prueba ni convicción terminante” (sentencia del desaparecido TCT de 3 de marzo de 1982. El art. 137.3 de la LRJAP confirma que los hechos constatados por funcionarios -lo que aquí es el caso- tendrán valor probatorio. Asimismo el art. 52.2 de la LISS reconoce que si las Actas de Inspección reúnen los requisitos legales que son exigibles -y aquí los reúne- gozan de aquella presunción de certeza tan solo respecto de los hechos en la misma reflejados y constatados por el actuante.

En el supuesto que se examina el propio funcionario constata como el recurrente se halla con bata azul, colocando cajas de verdura, mientras su mujer titular del negocio atendía a un

cliente, reconociendo en ese mismo momento que su marido le ayudaba a colocar la mercancía porque es un trabajo que supone un mayor esfuerzo para ella y que (su marido) percibía prestaciones por desempleo, manifestaciones que hizo de manera voluntaria y libre -al menos no acredita y menos alega coacción alguna-; tan solo se arguye que el marido no es trabajador por cuenta propia, porque la habitualidad no se da cuando según el tenor literal de al propia acta ha manifestado su esposa que suele ayudar a su mujer colocando... y el ánimo de lucro tampoco; ahora bien, de no acreditar régimen de separación, acreditación que aquí no se ha efectuado, las ganancias del negocio que obtenga su esposa, con ella las comparte, por poseer carácter de bien de naturaleza ganancial.

El recurso por consiguiente por lo precedentemente razonado ha de desestimarse.

III.- No se infiere de la conducta procesal de ninguna de las partes en el presente procedimiento, motivo suficiente para de conformidad con el art. 131 de la Ley Jurisdiccional, hacer expresa imposición de costas de este recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por A.G.R. contra Resolución de 25.03.96 desestimatoria de r. ordinario interpuesto contra otra de 16.10.95 de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Orense confirmando Acta de Infracción nº 500/95 (Expediente 20.997/1995) dictado por DIRECCIÓN GENERAL DEL EMPLEO. Sin imposición de costas.

**2781 RECURSO N°  
03/0008185/1996**

S. CA.

INSUFICIENTE ACTIVIDADE  
INVESTIGADORA PARA SANCIÓN POR  
TER COMPATIBILIZADO O PERCIBO DE  
PRESTACIÓN CO TRABALLO POR CONTA  
ALLEA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve de octubre 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 03/0008185/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “M.G., S.L.”, con D.N.I... domiciliado en...(Pontevedra), representado por don R.D.S.Z. y dirigido por el Letrado don V.G.T., contra Resolución de 29.02.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.267/95; Expte. nº 20.532/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 505.000 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 5 de octubre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

#### **Fundamentos de derecho**

I.- Como ya recoge esta Sala en otras sentencias (r. c. a. núm. 7.731/94), para que se imputara la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la LISOS, en la que se ofrecía, entre otras razones para la estimación del recurso, la de que “concurría el importante dato de que la fecha de inicio de la

actividad laboral del trabajador (que era perceptor de prestaciones por desempleo en el momento de la visita inspectora) se sitúa en la misma fecha que la de la visita del actuaria, es decir, el 16 de marzo de 1993... Siendo ello así, conviene reparar ahora en que el tipo infraccional es el correspondiente a la redacción anterior a la otorgada por la Ley 22/93 que solamente exige para la exigencia de infracción la falta de inscripción previa en la Seguridad Social, particular no incluido en la redacción ahora aplicable, que se veía beneficiado de la posibilidad de proceder a la inscripción del trabajador en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social dentro del plazo mencionado en el art. 17.2 de la Orden de 18.12.66, ahora modificado por la Orden de 17 de enero de 1994 tal como sucede en el presente caso, vista la fecha en que se sitúa el inicio de la actividad laboral incompatible con la percepción de prestaciones por desempleo. Procede pues, por dicho motivo, la estimación de la petición principal contenida en la demanda...”.

II.- Siendo ello así, bastaría la argumentación jurídica contenida en dicha sentencia para la estimación del presente recurso, reforzada por la siguiente consideración: partiendo de la constatación de aquella circunstancia relativa al inicio de la relación laboral, resultaría muy forzado, desde el punto de vista jurídico, imputar al trabajador la comisión de la infracción tipificada en el art. 30.3.1 de la LISOS, si se advierte que la obligación que sobre él pesaba de comunicar a la Oficina de empleo la causa determinante de la suspensión o extinción del derecho a las prestaciones por desempleo, en este caso, por colocación, debía cumplimentarse “en el momento en que se produzca” (art. 28.3 del R.D. 625/85) y no antes, lo que viene a significar que en el momento de inicio de la actuación inspectora, por razones de orden temporal, la infracción imputada no se había perpetrado, siendo de advertir que la actuación inspectora vino a frustrar, precisamente, la posible comisión de la infracción imputada, a la vez que propició que tanto el trabajador como el empresario cumplimentasen sus respectivas obligaciones, y que el propio trabajador no llegase a compatibilizar las prestaciones por desempleo con la prestación de trabajo por cuenta ajena.

III.- En conclusión si de lo actuado se desprende que el trabajador que se hallaba percibiendo prestaciones por desempleo concedidas por el INEM desde el 2 de marzo de 1995 al 1 de marzo de 1996 fue sorprendido cargando troncos de maderas en un camión en el aserradero de su padre del cual era gerente y administrador, sin haber sido dado de alta en la S.S., no bastando para imponerle tan dura sanción sino está

corroborado con otras pruebas más contundentes por parte de la actuación inspectora, máxime cuando de una manera esporádica y momentánea realizaba tal operación sobre las 10 horas de la mañana, por ello si la presunción de objetividad e imparcialidad de las Actas han sido desvirtuadas por pruebas más convincentes como la relativa a la enfermedad irreversible que padecía el trabajador quien se había dado de baja laboral el 3 de marzo de 1995, sorprendido el 5 de junio de 1995 y al día siguiente era reconocido por el médico especialista la enfermedad grave, es evidente que al no existir y no acreditar la habitualidad y relación de dependencia laboral sujeto a un horario laboral tal y como exige a todo trabajador por cuenta ajena ha de considerarse exento de toda culpabilidad por el hecho que fuera denunciado realizando unas labores no bien precisadas de tal manera que justificó sobradamente a través de la documental y testifical la presencia de dicho trabajador en dicho Centro de Trabajo pese a las posibles dudas que pudieran presentarse al juzgador sobre la autenticidad y veracidad de los mismos dado la falta de reiteración y continuidad que no acreditó la actuación inspectora al levantar el acta por lo que ante el carácter restrictivo y sancionador de este proceso cabe la presunción de inocencia alegada.

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

Fallamos

Que estimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "M.G., S.L.", contra Resolución de 29.02.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.267/95; Expte. nº 20.532/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL; debiendo anular las resoluciones recurridas por ser contrarias a Derecho. Sin imposición de costas.

## **2782 RECURSO N° 3.612/99**

S. S.

NON SE PODE RECORRER POR RAZÓNS DE FONDO CONTRA A SENTENCIA DICTADA EN PROCESO SOBRE MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDICIÓNNS DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veinte de octubre 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 3.612/99, interpuesto por el letrado don C.R.R.M., en nombre y representación de doña A.M.C.A., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº tres de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 122/99 se presentó demanda por doña A.M.C.A., sobre IMPUGNACIÓN de MODIFICACIÓN SUSTANCIAL de sus CONDICIONES DE TRABAJO, frente al "G.E.A., S.A." y a doña A.G.M., doña R.G.G., doña C.C.S., doña J.M.C., doña J.S.V., doña A.L.P., doña M.M.G., doña M.C.M., doña O.F.I., doña M.M.B., doña M.G.G., doña I.G.A., doña C.G.A., don C.C.V., doña R.C.P., doña F.G.P., doña E.G.G., doña C.A.R., doña M.S.A., doña C.V.J., doña A.B.G.R., don E.C.C., doña M.B.D., don A.P.M., don F.G.C., don J.R.P., doña M.B.P., doña A.M.P.R., doña G.V.G., doña M.L.Y.S., doña S.D.A. y doña S.T.G. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de mayo de 1999 por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La actora, A.M.C.A., mayor de edad, con D.N.I. número..., viene prestando servicios para la empresa "G.E.A., S.A.", dedicada a la actividad de vidrio y cerámica y ello desde el 22.11.1962, con la categoría profesional de Oficial de 1ª Administrativa, prestando sus servicios desde junio de 1988 en el Departamento de Exportación, en el Centro de Trabajo de Estructuras, sito en Avenida... de Vigo, a jornada completa y percibiendo por sus servicios un salario mensual de 86.059 pesetas y 35.381 pesetas de complemento salarial de antigüedad; 1.979 pesetas de plus de asistencia; 14.370 pesetas de prima de producción; 1.405 pesetas de prima de calidad; 5.880 pesetas de retribución voluntaria; 11.044 pesetas de gratificación especial y tres pagas extraordinarias. 2º.- Que la actora causó baja por incapacidad temporal, derivada de enfermedad común, en fecha 02.04.1998 hasta el 26.01.1999. 3º.- Que con fecha de 27.01.1999, se le notificó por la

Directora de Personal de la empresa demandada, carta del tenor literal siguiente: "Por la presente le comunico que, en función de sentencia 335/98, de 24 de junio de 1998, se le repone en sus anteriores condiciones de trabajo de administrativa, en el Departamento de Exportación del centro de trabajo de Cabral, así como su horario habitual. De igual manera, le comunicamos a efectos de subsanar el error de forma, sobre cumplimiento de plazos legales en la modificación sustancial de condiciones de trabajo, comunicada a Vd. en fecha 20 de marzo de 1998, que: Existiendo las mismas razones técnicas y organizativas que nos impulsaron a tomar la decisión de destinarla a la fábrica de "S.C.", y puesto que ha sido ejecutado el plan de prejubilaciones, a tenor de los Expedientes de Regulación de Empleo 3/98 y 4/98, en fecha 8 de junio. Sirva la presente para dar comunicación en tiempo y forma de su traslado a la sección de collage de "S.C.", en la jornada estipulada en la factoría, a partir del 26 de febrero de 1999". Quedando de esta forma subsanado el error cometido en la anterior comunicación. 4º.- Que la actora había recibido anteriormente comunicación, con fecha de 20.03.1998, en la cual se le indicaba que dicha modificación sustancial se hacía "en función del Acuerdo firmado el 22 de diciembre de 1997, entre la Dirección de la Empresa y el Comité Intercentros, a tenor de los Expedientes de Regulación de Empleo 3/98 y 4/98, para la adecuación de la plantilla de "G.E.A., S.A." y "V.A.N., S.A.", en el cual se contempla la necesidad de reubicar el excedente para cubrir aquellos puestos vacantes, siguiendo los criterios de mejor acondicionamiento al puesto de trabajo por parte de la persona trasladada. Y con fecha de 25.04.1998, la actora y otros trabajadores, presentaron demanda ante esta jurisdicción social, de modificación de condiciones de trabajo y con fecha 24.06.1998, por este Juzgado de lo Social, se dictó sentencia estimando la demanda, declarando injustificada la medida, por no haber respetado el plazo de preaviso. 5º.- Tramitado el Expediente de Regulación de Empleo nº 3 de 1998, para la extinción de 214 puestos de trabajo, de una plantilla de 833 trabajadores en el "G.E.A., S.A.", por causa de crisis económica, toda vez que la misma se encuentra en situación de suspensión de pagos, el mismo fue aprobado por resolución de fecha 22.01.1998. El Expediente de regulación de Empleo nº 4 de 1998, se tramitó para la extinción de 29 contratos de trabajo en la plantilla de la empresa "V.", que cuenta con 122 trabajadores, también por causas económicas, que fue aprobado por resolución de 22.01.1998. 6º.- Por Acuerdo de fecha 27.11.1997, entre la Dirección de la Empresa y el Comité Intercentros del "G.E.A., S.A.", se plasmó un Plan de Viabilidad, que consta de dos

fases, la primera, de prejubilación voluntaria a la que pueden optar todos aquellos trabajadores que cumplan 50 años antes del 31.12.1997, pasando a desempleo y posterior subsidio, que dura hasta la jubilación, garantizándose unos determinados ingresos y una segunda fase de pensión, en la que se les garantiza hasta la edad de 70 años, un mínimo de pensión de jubilación. 7º.- Que por Acuerdo de fecha 22.12.1997 entre la Dirección y el Comité Intercentros y en aplicación del Plan de Viabilidad y para la reubicación de aquellos excedentes de trabajadores, una vez computados los que optaron voluntariamente por la prejubilación, se acuerda trasladar a 16 personas para "S.C.", 2 para "P.", 15 para "V." y 9 para "M.", acordándose asimismo que: "La reubicación de dicho excedente se hará siguiendo los criterios de mejor acondicionamiento el puesto de trabajo por parte de la empresa trasladada, encontrándonos en la necesidad de que dicha persona ha de regirse por las condiciones de trabajo en su fábrica de destino". 8º.- Que con fecha de 08.12.1998, la empresa "G.E.A., S.A." suscribió con M.L.Y.S., contrato de trabajo en prácticas de 6 meses de duración, para prestar servicio como Licenciada en Lengua Inglesa en el Departamento de Exportaciones y con fecha de 09.12.1998, la empresa demandada suscribió con S.D.A., contrato de trabajo en prácticas de 6 meses de duración, para prestar servicios como Licenciada en Económicas, como responsable de Marketing y con la misma fecha, la empresa suscribió también contrato de trabajo en prácticas de 6 meses de duración, como Técnico en el Departamento de marketing. Que la codemandada A.M.P.R. ha sido trasladada al Departamento de personal. 9º.- Se intentó conciliación ante el S.M.A.C., instada y celebrada los días 18 de febrero y 1 de marzo de 1999, con el resultado de sin efecto. 10º.- Se presentó demanda ante esta jurisdicción Social con fecha de 2 de marzo de 1999. 11º.- En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del procedimiento, a excepción del término para dictar sentencia, dada la existencia de asuntos urgentes de carácter preferente".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por doña A.M.C.A., contra la empresa "G.E.A., S.A.", doña A.G.M., doña R.G.G., doña C.C.S., doña J.M.C., doña J.S.V., doña A.L.P., doña M.M.G., doña M.C.M., doña O.F.I., doña M.M.B., doña M.G.G., doña I.G.A., doña C.G.A., don C.C.V., doña R.C.P., doña F.G.P., doña E.G.G., doña C.A.R., doña M.S.A., doña C.V.J., doña A.B.G.R., don E.C.C., doña M.B.D., don A.P.M., don F.G.C., don J.R.P., doña M.B.P., doña A.M.P.R., doña G.V.G., doña M.L.Y.S.,

doña S.D.A. y doña S.T.G., debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contenidas en demanda. Notifíquese... etc.”.

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

#### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados de las pretensiones contenidas en el escrito inicial, y frente a este pronunciamiento interpone recurso la representación procesal de la demandante, solicitando, en el primero de los motivos de Suplicación, la reposición de los autos al momento previo a dictarse sentencia, conforme a lo previsto en el art. 191, letra a) de la Ley de Procedimiento Laboral, por considerar que se han infringido normas o garantías de procedimiento que le han producido indefensión; alegando, al respecto, que solicitó en el apartado c) del otrosí primero de demanda la práctica de la siguiente prueba documental, que se acordó por el Juzgado de instancia, en providencia de fecha 3 de marzo de 1999: 1) que se requiera a la empresa demandada para que aporte y presente en el acto del juicio los siguientes documentos: Libro de Matrícula Oficial del Personal de la misma y los contratos de trabajo de todos los trabajadores demandados; y 2) que se requiera a la empresa demandada para que por la persona de la misma a quien corresponda se remita a ese juzgado relación por escrito de los trasladados de puesto de trabajo de que han sido objeto a lo largo de su vida laboral la actora y todos los trabajadores demandados, haciendo constar asimismo la antigüedad de todos ellos en dicha empresa y sus fechas de nacimiento. Añadiendo que en el acto del juicio oral reiteró, en el trámite de prueba la práctica de dicha prueba, no aportada por la empresa demandada, haciéndose constar en el acta del mismo que -folio 152 vtº.- que se acuerda para mejor proveer la prueba solicitada en demanda; y argumentando, además que con el Libro de Matrícula de Personal pretendía acreditar las fechas de los nuevos contratos laborales suscritos por la empresa y las categorías profesionales de los nuevos trabajadores y los puestos de trabajo que había desempeñado la recurrente y los trabajadores demandados, y al no haber practicado dicha prueba, por causas no imputables a la que recurre, que había sido admitida por la juzgadora “a quo”, se le ocasionó una situación de indefensión, ya que ni la empresa ni los trabajadores demandados, a excepción de dos de éstos, comparecieron a

prestar confesión judicial pese a estar citados al efecto, sin que tampoco se les haya tenido por confesos; no existiendo razón alguna para que no se haya practicado la referida prueba, pues desde la fecha de celebración del juicio hasta la fecha de la sentencia transcurrieron cuarenta y un días, tiempo que hubiera sido más que suficiente para llevar a cabo la misma para mejor proveer, tal como había manifestado en el acta del juicio.

La censura no puede prosperar, no ya porque la recurrente no haga cita alguna de norma procesal que pudiera haberse infringido en la tramitación del proceso en la instancia, sino porque la estimación del motivo que se analiza requiere, entre otros requisitos, que se haya formulado protesta en tiempo y forma, solicitando la subsanación de la falta, lo que no ha hecho la recurrente, la que se ha limitado a proponer, en el momento del juicio, que la prueba documental, antes indicada, se practicara como diligencia para mejor proveer, lo que no se hizo; mas, esta omisión, no puede conceptuarse como infractora de norma procesal alguna, puesto que su práctica es facultad exclusiva del juzgador “a quo” por imperio de lo normado en el art. 340, apartado primero, de la Ley de Enjuiciamiento civil, Texto legal éste supletorio de la Ley Procesal Laboral, por así disponerlo la Disposición Adicional primera de esta última. Pero es que, además, de la situación fáctica que se describe en los hechos probados tercero a séptimo, ambos inclusive, difícilmente puede extraerse la posibilidad de una situación de indefensión, habida cuenta de la temática litigiosa; de ahí que, en todo caso, podría estarse en presencia de una irregularidad procesal, la que, en modo alguno, podía constituir motivo del recurso.

**SEGUNDO.-** El recurso se construye, además, con otros dos motivos; dedicado el segundo a la revisión de hechos probados y destinado el tercero a censura jurídica; pero, al referirse ambos a la cuestión de fondo, no procede su análisis, y decisión, por cuanto al versar la controversia sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, la sentencia de instancia no es recurrible en Suplicación, de conformidad con lo preceptuado en el art. 138, nº 4, párrafo segundo, de la Ley Adjetiva Laboral.

**TERCERO.-** Por todo lo que queda expuesto procede, previa desestimación del recurso, dictar un pronunciamiento confirmatorio del recurrido; en consecuencia,

#### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de doña A.M.C.A., contra la sentencia de fecha

diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Vigo, en proceso sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, promovido por la recurrente frente al “G.E.A., S.A.”, doña M.T.J.C.M. y otros, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

## **2783 RECURSO N° 3.223/96**

S. S.

**RESPONSABILIDADE POR SUBROGACIÓN DO SERGAS EN DEMANDA SOBRE REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS PSIQUIÁTRICOS NON PRESCRITA.**

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

A Coruña, a veintitrés de octubre 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. 3.223/96 interpuesto por SERGAS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. DOS de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don M.A.G.G. en reclamación de GASTOS PSIQUIÁTRICOS siendo demandado SERGAS E INSALUD en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 99/96 sentencia con fecha veintitrés de abril de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Que el actor, afiliado al Régimen Especial Agrario, ingresó el día 19 de abril de 1989 en el Sanatorio Psiquiátrico de “C.”, diagnosticado de Trastorno Depresivo Mayor, remitido por el Servicio de Psiquiatría del “H.X.G.”/ Segundo.- Que tal ingreso fue comunicado a la Inspección Médica del área de

Sanitaria en fecha 5 de mayo de 1989./ Tercero.- Que mediante escrito presentado el 11 de noviembre de 1991 en la Dirección Provincial del Sergas, se solicitó el reintegro de los gastos efectuados como consecuencia del internamiento durante el período de 19 de abril de 1989 al 16 de mayo de 1989, por importe de ciento diecinueve mil seiscientas pesetas (119.600 ptas.)/ Cuarto.- Que ante el silencio de la Administración demandada se interpuso reclamación previa el 12 de julio de 1995 que no consta resuelta.”

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que desestimando las excepciones de prescripción y de falta de legitimación pasiva alegadas por el SERVICIO GALEGO DE ASUDE(sic), y por el INSALUD, y estimando la demanda promovida por don M.A.G.G., en reclamación de Reintegro de Gastos Médicos, debía condenar y condono al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, para que abone a la parte actora la cantidad de CIENTO DIECINUEVE MIL SEISCIENTAS PESETAS (119.600 ptas.), absolviendo al INSALUD de todas las pretensiones deducidas en su contra.”

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

### **Fundamentos de derecho**

**PRIMERO.-** El Servicio Galego de Saúde (Sergas) recurre la sentencia de instancia, que declaró el derecho del demandante al reembolso de los gastos devengados por su internamiento en una clínica psiquiátrica ajena al sistema de seguridad social en el período 19-4/16-5-89, e interesa con amparo procesal correcto, la nulidad de actuaciones y el examen del derecho que contiene aquel pronunciamiento. Previamente al estudio y resolución del recurso, rechazamos la causa de inadmisibilidad alegada de adverso con base en el artículo 198 de la Ley de procedimiento laboral (Lpl), en ejercicio de la potestad que legalmente confiere a esta Sala dicha normativa.

**SEGUNDO.-** El Sergas fundamenta su pretensión anulatoria, con referencia a los artículos 533.4 de la Ley de enjuiciamiento civil, disposición adicional 1ª Lpl, 1.137 y 1.196 del Código civil, 20 de la Ley de proceso autonómico, 8 del Real decreto 581/92 de 26-febrero (Normas de traspaso de servicios del Estado y funcionamiento de la comisión mixta de transferencias) y Real decreto 1.679/90 de 28-diciembre (Traspaso de funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud -

Insalud- a la Comunidad Autónoma de Galicia), ya que en la fecha de ingreso clínico del beneficiario el Insalud era el responsable de la asistencia sanitaria, por lo que debió ser demandado.

La Sala no comparte el argumento porque, como declara la jurisprudencia (ss. 12-12-96, 7-3, 8-5-97) reproducida por esta sala (ss. 17-9, 21-11-97, 6-2-98) decidiendo supuestos semejantes al actual, “el gasto que supone para la Seguridad Social el pago de las cantidades reclamadas, al estimarse la demanda en cuanto al fondo litigioso (cuestión aquí no discutida), es una obligación de la Seguridad Social nacida después de efectuada la transferencia al Sergas, derivada de una sentencia judicial dictada después del 01.01.91 (en el caso, 23.04.96), resolviendo también demanda posterior a dicha fecha (aquí, 13.02.96), como igualmente lo fue la reclamación previa (ahora, 12.07.95), aunque el gasto reclamado (en el actual supuesto 19-4/16-5-89) fuese anterior a la fecha de la transferencia del servicio desde el Insalud (la citada 01.01.91), a cuyo compromiso de pago debe hacer frente la Gestora demandada en la forma prevista en el artículo del Anexo antes referido (E, F-1), de modo que estamos ante un supuesto de subrogación legal”.

**TERCERO.-** El Sergas denuncia también la infracción del artículo 43.1 de la Ley general de seguridad social (Lgss), porque han transcurrido los cinco años desde la fecha de internamiento del beneficiario, que constituye el hecho causante de la prestación litigiosa. El motivo tampoco prospera tal como tenemos declarado (s. 22-5-98): a) En primer lugar, porque la naturaleza de la asistencia a cargo de los servicios de la Seguridad Social es difícilmente compatible con la figura de la prescripción, desde el momento en que aquélla tiene por objeto “conservar o restablecer la salud de los beneficiarios...”. b) En cualquier caso, porque la prescripción se interrumpe por las causas que el propio artículo 43.1 Lgss consigna, entre ellas y cual ahora acontece las reclamaciones anteriores a la vía judicial, pues no transcurrió el plazo legal de que se trata entre las fechas de ingreso hospitalario (19.04.89) y de solicitud del reintegro (11.11.91), ni tampoco desde el momento en que dicha solicitud debió entenderse denegada, ya que la Entidad Gestora no adoptó resolución expresa alguna, y la fecha de reclamación previa (12.07.95). Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Servicio Galego de Saúde contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago de Compostela, de 23 de abril de 1996 en autos nº 99/96, que confirmamos.

## **2784 RECURSO N° 3.959/99**

S. S.

**NATUREZA INDEMNIZATORIA DOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN, A EFECTOS DA RESPONSABILIDADE DO EMPRESARIO PRINCIPAL EN CONTRATAS.**

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

A Coruña, a veintitrés de octubre 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. 3.959/99 interpuesto por don C.P.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Orense.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don C.P.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandadas las empresas “C., S.L.” y “L.I., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 620/98 sentencia con fecha 21 de enero de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- Probado que el demandante trabaja para la empresa “C., S.L.” con la categoría profesional de peón desde el día 16.10.96./ Segundo.- Suscribió con la empresa diversos contratos a tiempo parcial, en horario alternativo de 9,00 a 13,00 horas y de 14,00 a 18,00 horas, según semanas alternas (20 horas semanales), por lanzamiento de nueva actividad, con la siguiente duración: 16.10.96 a 15.04.97; 16.04.97 a 15.10.97 y de 16.10.97 a 15.04.98. No obstante, el compareciente, vino trabajando con un horario alternativo de 6,00 a 14,00 horas y de 14,00 a 22,00 horas, de lunes a viernes. Asimismo, en sábados alternos, también realizaba trabajo laboral de 6,00 a 14,00 horas. Es decir, trabajaba realmente 44 horas semanales./ Tercero.- El demandante vino prestando sus servicios a la

demandada “C., S.L.” con un horario alternativo de 6 a 14 horas y de 14 horas a 20 horas de lunes a viernes, así mismo sábados alternos prestaba sus servicios en jornada de 6 a 14 horas./ Cuarto.- El demandante venía percibiendo como salario 77.735 pesetas mensuales con inclusión de pagas extra./ Quinto.- Con fecha 15.11.97 el demandante se incorporó al servicio militar. El día 17 de agosto de 1998 finalizó su prestación en el servicio militar. Con fecha 08.09.98 el actor solicita, por escrito, a la empresa “C., S.L.” su deseo de reanudar la relación laboral que le vincula con esta empresa. Con fecha 08.09.98 la empresa “C., S.L.” comunica por escrito al demandante que no será readmitido./ Sexto.- El demandante no ostenta cargo sindical alguno./ Séptimo.- Con fecha 29.09.98 se celebró sin avenencia acto de conciliación ante el SMAC./ Octavo.- Las empresas demandadas “L.I., S.A.” y “C., S.L.” se encuentran vinculadas por contrato en virtud del cual “L.I., S.A.” otorga licencia a “C., S.L.” para realizar el montaje de cablería y a tal efecto “L.I., S.A.” facilita a “C., S.L.” medios materiales así como asistencia técnica./ Noveno.- La empresa “L.I., S.A.” tiene por objeto social la fabricación de cablería para automóviles”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda formulada por don C.P.V. contra “C., S.L.” y “L.I., S.A.”, debo declarar y declaro la improcedencia del despido del demandante realizado por la demandada el día 08.09.98; en consecuencia de tal declaración, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la empresa demandada “C., S.L.” a estar y pasar por tal declaración y a que, a su opción y en el plazo de cinco días, readmita al actor en las mismas condiciones laborales que regían antes de producirse el despido o que indemnice al actor en la cantidad de 220.883 pesetas, con abono al actor de los salarios de tramitación desde la fecha del despido 08.09.98 hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 2.591 pesetas/día, respondiendo solidariamente del pago de dichos salarios la codemandada “L.I., S.A.”.

CUARTO.- La providencia del Juzgado de 03.02.99 tuvo por formulada en tiempo y forma la opción de no readmisión del trabajador demandante y en su consecuencia, por la extinción de las relaciones laborales existentes entre las partes con abono de las cantidades fijadas en la sentencia dictada. El auto del Juzgado de 21.04.99 decidió que no procedía aclarar la sentencia dictada en los autos 620/98, debiendo la actora interponer el correspondiente recurso de suplicación, en defensa de sus intereses, si le conviniere, manteniéndose

íntegramente los pronunciamientos contenidos en la misma.

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia declaró la improcedencia del despido del trabajador y condenó a “C., S.L.” a optar entre readmitirle o indemnizarle en la cantidad de 220.883 pesetas y a abonarle los salarios de tramitación en cuantía diaria de 2.591 pesetas, con la responsabilidad solidaria de la codemandada “L.I., S.A.” respecto del pago de dichos salarios. El demandante y “L.I., S.A.” recurren dicho pronunciamiento, y solicitan con amparo procesal correcto la revisión de los hechos probados y el examen del derecho que contiene.

SEGUNDO.- En el ámbito histórico, el trabajador solicita completar al apartado 4º (“El demandante venía percibiendo como salario 77.735 pesetas mensuales con inclusión de pagas extra”) con: “No obstante, el demandante, en base al horario real prestado, debía haber percibido un salario mensual de 171.017 pesetas, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias”; se basa en la confesión del representante de “C., S.L.” y en los hechos probados 2º y 3º de la propia sentencia recurrida. Por su parte, la codemandada solicita añadir un nuevo apartado para consignar: “Que la empresa “C., S.L.” cesó en su actividad en el mes de octubre de 1998”; se basa en la confesión del actor y en los folios 15 a 17.

Las pretensiones no se aceptan porque, de acuerdo con los artículos 191.b) y 194.3 de la Ley de procedimiento laboral (Lpl), la prueba de confesión en que se sustentan no es hábil para acreditar el error judicial de hecho que, por igual razón normativa, tampoco lo evidencian la resolución impugnada ni los recortes de prensa invocados por los litigantes. Además, señalamos que la adición sugerida por el actor es innecesaria y puede fijarse en el ámbito jurídico, una vez que el hecho impugnado consigna el horario laboral pactado y la retribución percibida a cambio así como el tiempo de trabajo diario que efectivamente cumplió.

TERCERO.- En el aspecto jurídico, el trabajador denuncia las siguientes infracciones: A) Los artículos 97.2 Lpl en relación con el artículo 359 de la Ley de enjuiciamiento civil, y 248.3 de la Ley orgánica del poder judicial, que alega de forma alternativa respecto de su pretensión fáctica

si se estima que ésta carece del respectivo soporte documental, pues tiene derecho a percibir el salario correspondiente a las 44 horas semanales realmente trabajadas que recogen los hechos probados 2º y 3º. B) Los artículos 42 y 44 del Estatuto de los trabajadores (Et), pues el hecho probado 8º, más que determinar la existencia de un vínculo subcontractual entre las empresas demandadas, del que deriva la peculiar responsabilidad solidaria del artículo 42 Et, revela la existencia de un grupo de empresas, al que afecta una integral responsabilidad por las obligaciones de cualquiera de las empresas del grupo.

Por su parte, la codemandada denuncia la infracción del artículo 42 Et en relación con el artículo 127 de la Ley general de seguridad social, pues no cabe exigirle responsabilidad por los salarios de tramitación del despido improcedente del actor o, subsidiariamente, sólo cabe afirmar la condena solidaria por dicho concepto hasta la fecha de vigencia de la contrata, en el caso octubre de 1998.

**CUARTO.-** A) La primera denuncia jurídica del trabajador se acepta, de acuerdo con las siguientes consideraciones: 1º) La jurisprudencia declara (ss. 7-12-90, 3-1-91, 25-2, 12-4-93, 8-6-98) que “el proceso por despido es donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley una reclamación inadecuada”. 2º) Aunque no invoca la norma (art. 56.1.a) y b) Et) que concretamente regula el tema planteado, no hay duda que su pretensión consiste, a efectos de indemnización y salarios de tramitación por su despido improcedente, en obtener la declaración del salario correspondiente al tiempo efectivo de trabajo, de ahí que sea aplicable la doctrina constitucional (ss. 18, 294/93, 93/97) cuando afirma, en interpretación de los requisitos formales del recurso de suplicación, que lo relevante “no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido” y que “desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinadoras del recurso, no debe rechazar ad limine el examen de su pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas, cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte”. 3º) La cuestión, que el juez de instancia pudo haber resuelto en el auto de aclaración de 21.04.99, se traduce en fijar el salario del demandante a los efectos señalados en la cuantía de cien mil cuatrocientas noventa y nueve pesetas mensuales (100.499 ptas./mes), de acuerdo con lo recogido en el fundamento anterior, en la tabla

salarial y en la jornada ordinaria de trabajo consignadas en el convenio colectivo aplicable incorporado a los autos.

B) Por el contrario, la segunda denuncia jurídica no se acepta porque carece del imprescindible soporte fáctico. Además, los hechos probados 8º (“Las empresas demandadas “L.I., S.A.” y “C., S.L.” se encuentran vinculadas por contrato -mercantil, según fundamento jurídico 1º- en virtud del cual “L.I.” otorga licencia a “C., S.L.” para realizar el montaje de cablería y a tal efecto “L.I., S.A.” facilita a “C., S.L.” medios materiales así como asistencia técnica”) y 9º (“La empresa “L.I., S.A.” tiene por objeto social la fabricación de cablería para automóviles”) se limitan a fijar la identidad de objeto social de las empleadoras codemandadas, lo que es notoriamente insuficiente para apreciar el pretendido grupo empresarial, en cuanto éste se caracteriza por la conjunción de algunos datos tales como el funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (TS. ss. 6-5-81, 8-10-87), la prestación de trabajo común simultánea o sucesiva a favor de las varias empresas del grupo (TS. ss. 4-3-85, 7-12-87), la creación de empresas aparentes sin sustento real determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (TS. ss. 12-7-88, 1-7-89) y la confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (TS. ss. 19-11-90, 30-6-93), notas acerca de las que no hay el menor indicio.

**QUINTO.-** “L.I., S.A.”, que parte de la inalterable calificación del supuesto actual como una contrata de obras y servicios, alega que no es responsable de los salarios de tramitación del despido improcedente acordado por “C., S.L.”, empresa contratista comprendida en el artículo 42 Et. La denuncia jurídica se acepta, porque la jurisprudencia (ss. 13-5-91, 14-7-98) afirma la naturaleza indemnizatoria -no salarial- de los salarios de tramitación y añade que “la obligación impuesta al empresario principal que responde durante el año siguiente a la terminación de su encargo de las obligaciones contraídas por los contratistas con sus trabajadores, por el artículo 42.2 del Estatuto de los trabajadores, se refiere a las obligaciones de naturaleza salarial”, de las que no participan, como queda dicho, los salarios de tramitación.

**SEXTO.-** De acuerdo con el artículo 201 Lpl, ha de darse el destino legal al depósito para recurrir y al aseguramiento de la cantidad objeto de condena efectuados por la empresa codemandada recurrente. Por todo ello,

Fallamos

Estimamos en parte el recurso de suplicación de don C.P.V. y estimamos el recurso de suplicación de “L.I. S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Orense, de 21 de enero de 1999 en autos nº 620/98, que revocamos en el sentido de fijar la indemnización por despido improcedente del actor recurrente en doscientas ochenta y ocho mil novecientas treinta y siete pesetas (288.937 ptas.) y los salarios de tramitación en cuantía de tres mil trescientas cincuenta pesetas diarias (3.350 ptas./día), con absolución de la empresa codemandada recurrente, confirmando los demás términos del pronunciamiento recurrido.

## **2785 RECURSO N° 3.764/96**

S. S.

**IMPROCEDENCIA DA RECLAMACIÓN DE REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS PSIQUIÁTRICOS POR NON EXISTIR NIN DENEGACIÓN INXUSTIFICADA DE ASISTENCIA NIN URXENCIA DA CARÁCTER VITAL.**

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

A Coruña, a veinticinco de octubre 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 3.764/96, interpuesto por don R.L.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de La Coruña.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 960/95 se presentó demanda por don R.L.S. en reclamación sobre REINTEGRO DE GASTOS MÉDICOS siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de mayo de 1996 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

“PRIMERO.- Que el demandante don R.L.S. con número de afiliación a la Seguridad Social... con derecho a asistencia sanitaria, acudió al médico de cabecera Dr. M.B. que extendió volante dirigido al Servicio de Urgencias del Hospital “J.C.” para ingreso hospitalario y tratamiento por probable psicosis maníaco depresiva, sin que acudiese a dicho centro médico. Sí haciéndolo el 13.04.95 que tras su exploración clínica (incluido TAC craneal) se remite a Neurología ambulatoria y control por su médico de cabecera./ SEGUNDO.- Que con fecha 17.04.95 el Dr. I.P. extendió volante urgente solicitando consulta al servicio de Neurología del “J.C.” por alteraciones del comportamiento, sin que conste que acudiese a dicha consulta. Y por el contrario ingresó de modo voluntario en el Sanatorio Psiquiátrico “L.A.” de La Coruña, en el que permaneció ingresado hasta el 02.06.95 en que fue dado de alta hospitalaria, diagnosticándole psicosis maníaco depresiva./ TERCERO.- Los gastos médico-hospitalarios en la medicina privada que tuvo que sufragar el demandante ascendieron a la suma de 612.000 pesetas./ CUARTO.- Que el actor en fecha 12.06.95 solicitó del Organismo demandado el reintegro de los gastos médicos hospitalarios ocasionados en la medicina privada, pretensión que le fue desestimada por resolución de fecha 31.08.95. Contra la que interpuso reclamación administrativa previa que asimismo le fue desestimada por resolución de fecha 31.10.95, que confirma la decisión impugnada.”

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la demanda interpuesta por don R.L.S. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo absolver y absuelvo al Organismo demandado de los pedimentos contenidos en la misma.”

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

Fundamentos de derecho

**ÚNICO.-** La sentencia de instancia desestima la pretensión actora sobre reintegro de gastos psiquiátricos. Dicha resolución es recurrida en Suplicación por el demandante y aunque en los motivos del recurso se expresa que tiene por objeto revisar los hechos declarados probados a la vista de la prueba documental señalada en los folios cuya numeración se hace constar, lo cierto es que ni se precisa el ordinal cuya modificación se interesa ni se propone redacción alternativa, lo que ineludiblemente conduce al rechazo del motivo, pues no cabe desconocer que el carácter

extraordinario de la Suplicación supone el respeto a la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, sólo impugnable cuando se evidencia error en los mismos a través de prueba documental o pericial obrante en autos, habiendo de expresarse en que consiste el error y solicitar la rectificación o modificación del hecho de que se trate, con expresión de la redacción que se pretende para sustituir a la que incurre en el mencionado error.

Aunque el recurso formulado también adolece de un requisito esencial, cual es el que no se denuncia la infracción -violación, interpretación errónea o aplicación indebida- de norma sustantiva, en cualquier caso es jurisprudencia reiterada que las alegaciones formuladas en el escrito de recurso implican una censura jurídica a la sentencia que desestima la pretensión actora, lo que obliga al Tribunal al examen de las mismas.

Según la relación histórica de la sentencia de instancia, que por lo arriba expuesto ha de permanecer inalterada, con fecha 17.04.1995 al actor se le extendió un volante solicitando consulta al servicio de Neurología del Hospital “J.C.”, por alteraciones del comportamiento, y sin que conste que hubiera acudido a dicha consulta, ingresó de modo voluntario en el Sanatorio Psiquiátrico de “L.A.” en el que permaneció ingresado hasta el 02.06.95, devengando unos gastos por importe de 612.000 Pts, aquí reclamados.

Los artículos 1, 18.3, 4 y 19.1 del Decreto 2.766/67 de 16.11.87, en relación con el artículo 103.1 de la L.G.S.S., y el R.D 63/95 de 20 de enero sobre Ordenación de prestaciones sanitarias del sistema Nacional de la Salud, regulan todo lo relativo al reintegro de gastos médicos sanitarios producidos en Instituciones privadas no concertadas con la Seguridad Social. Y en las disposiciones citadas, como no podía ser de otro modo, no se ampara ni se acoge la reclamación de gastos médicos de quien, prescindiendo de los servicios de la Seguridad Social, acude por iniciativa privada a centros médicos no concertados y ajenos al sistema de la Sanidad Pública. El gasto o desembolso que estos servicios le ocasionen al interesado no podrán ser asumidos por el sistema público, ya que no sería lícito cargarle unos gastos por una actuación médica realizada por quien acude voluntariamente a la medicina privada prescindiendo de la pública. Así pues, los requisitos o las causas que han de concurrir para que la persona que ha recibido asistencia médica u hospitalaria o que haya sido intervenido quirúrgicamente en una institución privada, pueda solicitar y obtener los gastos que aquel servicio le ha occasionado, son, según reiterada y unánime

jurisprudencia, que la entidad gestora, mutua o empresa colaboradora denegasen injustificadamente la prestación sanitaria o que la utilización de aquellos servicios médicos, distintos de los asignados por la Seguridad Social, haya sido debida a una asistencia urgente de carácter vital, entendiendo por tal aquel estado clínico que, por su especial gravedad o de peligro para la vida, el paciente necesita urgentemente asistencia médica quirúrgica para evitar su muerte inminente o prevenir un estado de deterioro irreversible, o como matizó la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de noviembre de 1990 “aquella situación que ante su presencia resulte inadecuado acudir a la Seguridad Social con el fin de evitar que la demora pueda perjudicar la supervivencia del enfermo”.

La Sala considera acertada la decisión adoptada por el Juzgador de instancia al rechazar la pretensión deducida en la demanda, al no concurrir los requisitos exigidos para su aprobación. A saber, el concepto de urgencia vital, en el sentido anteriormente aludido, de situación objetiva de riesgo que se traduce en la imposibilidad de utilizar los servicios sanitarios de la Seguridad Social porque la tardanza en obtener la asistencia de estos servicios o el hecho de que estos no estén en condiciones de prestarla en la forma requerida, ponga en peligro la vida o la curación del enfermo, no resulta aplicable al supuesto enjuiciado si tenemos en cuenta que el actor fue ingresado, por iniciativa propia, en un centro privado que radica en la misma ciudad donde existen centros públicos donde podía ser atendido, no siendo obstáculo el que se tratara de un ingreso urgente, porque los artículos 18 y 19 del Decreto 2.766/1967, aluden a “urgencia vital”, referida, como ya se ha dicho, a supuestos excepcionales en que peligre la vida del enfermo, lo que no cabe predicar de una depresión mayor, que es lo que padecía y por lo que fue ingresado el demandante.

Tampoco en el supuesto enjuiciado se ha producido una denegación injustificada de la asistencia debida por las instituciones de la Seguridad Social, al haber acudido el actor por propia iniciativa a servicios médicos ajenos a la sanidad pública, no intentando siquiera el ingreso en centro público o concertado, de los varios que hay en la misma ciudad dónde aquél tenía su residencia, sin que la posterior comunicación pueda subsanar aquella omisión inicial. En consecuencia, no pueden tenerse por cumplidos los requisitos exigidos en el repetido artículo 18 del Decreto 2.766/67, para poder acceder al reintegro de gastos médicos reclamados.

Por todo lo cual procede la desestimación del recurso de suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que con desestimación del recurso de Suplicación interpuesto por don R.L.S. contra la sentencia de fecha dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y seis dictada por el Juzgado de lo Social número dos de La Coruña, en autos seguidos a instancia del recurrente frente al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE sobre reintegro de gastos médicos, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Resolución de 29.02.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra sobre acta de infracción nº 1.039/95; Expte. nº 20.217/95, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

## **2786 RECURSO N° 3.854/96**

S. S.

**NULIDADE POR INCONGRUENCIA DA SENTENCIA DE INSTANCIA A PROPÓSITO DE DEMANDA DE OFICIO CURSADA POLA AUTORIDADE LABORAL.**

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

A Coruña, a veinticinco de octubre 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. 3.854/96, interpuesto por "S.I.P., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por doña P.S.R. en reclamación de otros extremos, siendo demandado "S.I.P., S.A." y Abogado del Estado, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 343/95 sentencia con fecha

9 de mayo de 1996, por el Juzgado de referencia, que estimó la pretensión planteada de oficio.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- Doña P.S.R., con D.N.I..., desde el 10 de marzo de 1990 hasta septiembre de 1994, en que cesó voluntariamente, vino prestando servicios para la entidad "S.I.P., S.A.", siendo su trabajo el de captación de publicidad para la revista "I.P." con un salario de 55.000 Ptas. mensuales, con 16 pagas al año, más las comisiones y en jornada de 9,30 a 16,30.- 2º.- La trabajadora no ha estado dada de alta en Seguridad Social hasta mayo de 1994. En marzo de 1995 se pacta en conciliación ante el Juzgado de lo Social número Dos la cantidad de 600.000 Ptas.- 3º.- El día 16 de marzo de 1995 se gira por la Inspección de Trabajo visita a la Empresa demandada, que levanta acta de infracción y liquidación de cuotas desde el período 10.03.90 a 30.05.94, acta que ha sido impugnado y cuyo contenido se da aquí por reproducido.- 4º.- Como consecuencia de dicho acta el D.P. del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social remitió a este Juzgado comunicación para iniciación de procedimiento de oficio, para determinar la naturaleza laboral de la relación jurídico objeto de la Inspección.- 5º.- Con fecha 20.11.95 se dictó sentencia por este Juzgado, que recurrida en suplicación, la Sala por sentencia de 05.02.96 declaró la nulidad reponiendo las actuaciones hasta el momento de citación para juicio, a fin de citar a todas las partes incluido el Abogado del Estado en la representación de la Administración".

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que estimando la pretensión planteada de oficio y por la actora doña P.S.R. contra "S.I.P., S.A.", debo declarar y declaro que la relación o contrato existente entre dichas trabajadora y empresa, es de carácter laboral e indefinido, siendo nulo el contrato posterior temporal realizado entre ellas y condono a la demandada a estar y pasar por tal declaración, con los efectos legales y reglamentarios correspondientes. Notifíquese esta resolución a la Dirección Provincial del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

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

Fundamentos de derecho

**ÚNICO.-** La sentencia de instancia estima la pretensión planteada de oficio por la Dirección

Provincial de Trabajo y por la actora contra la empresa demandada, y declara que la relación o contrato existente entre la trabajadora y la empresa es de carácter laboral e indefinido, siendo nulo el contrato posterior temporal realizado entre ellas, condenando a la demandada a estar y pasar por tal declaración. Contra dicha resolución se alza en Suplicación la empresa demandada que, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la L.P.L., plantea como primer y preferente motivo del recurso la nulidad de la sentencia por haberse infringido normas o garantías del procedimiento que le han producido indefensión, alegando incurrir la sentencia impugnada en la infracción de lo dispuesto en el artículo 359 de la L.E. Civil, al resolver el Magistrado “a quo” pretensiones no deducidas en el pleito y que al no haber sido planteadas eran desconocidas por la demandada, que nada pudo alegar ni oponer al respecto lo que provoca su indefensión.

Un detenido análisis de los autos permite señalar que el presente procedimiento se ha iniciado de oficio al amparo del artículo 146.c) en relación con el artículo 149, ambos del T.R.L.P.L., como consecuencia del acta de infracción y liquidación de cuotas 4S-467/95 levantada por la Inspección de Trabajo a la empresa recurrente, en relación con la trabajadora Sra. S.R. que, al haber sido impugnada por la empresa alegando que se trataba de una relación mercantil y no laboral, propició que la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social efectuase la comunicación a que se refieren los artículos 146.c) y 149 del T.R.L.P.L. solicitando que se dicte sentencia por la que se determine la naturaleza jurídica de la relación que vincula a las partes (folio 1 de las presentes actuaciones). Por providencia de 27 de abril de 1995 el Juzgado de lo Social requiere a la empresa demandada para que en el plazo de 10 días remita el expediente administrativo tramitado en relación con la demanda (folio 6), señalándose día para juicio oral por providencia de 8 de septiembre de 1995 (folio 10), fijándose aquél para el 18 de octubre. En el acta de juicio (folios 42, 43 y 44 de las actuaciones) la representación de la trabajadora manifiesta su conformidad con el informe de la Inspección y pese a efectuar una serie de alegaciones en el sentido de significar y tratar de demostrar que se dan todos los requisitos que señala el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores para determinar que existe una clara relación laboral de la trabajadora con la empresa, lo cierto es que no solicita pronunciamiento alguno al respecto sin que el Juzgador de instancia, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 81 de la L.P.L. o más concretamente de lo establecido en el artículo 87.4 del precitado texto legal, hubiera advertido o requerido a la

parte para que concrete y precise la pretensión ejercitada.

En la posterior acta de juicio levantada el día 7 de mayo de 1996 (folio 72 de los autos) ya que este Tribunal había anulado la sentencia de instancia recaída ordenando reponer lo actuado al momento de la citación de las partes a juicio a fin de que sean citados al mismo todas las partes, con inclusión de la Administración del Estado que no había sido citado, la demandante se afirma y ratifica en las alegaciones efectuadas en el acta anterior, y se limita a solicitar la estimación de la demanda que, según dejamos expuesto tenía por objeto determinar la naturaleza jurídica de la relación que vincula a las partes y que en juicio se concreta en que se declare el carácter laboral de la relación existente entre trabajadora y empresa.

Expuesto cuanto antecede y teniendo en cuenta el contenido de la parte dispositiva de sentencia de instancia que se pronuncia sobre aspectos que no han sido planteados ni pedidos y sobre los que no ha existido discusión en el pleito, es evidente que se produce una discrepancia entre lo resuelto y lo que ha sido objeto de debate, y cuando se resuelven cuestiones que no han sido debatidas surge la indefensión y la incongruencia, puesto que por el principio de rogación, los Tribunales no pueden resolver más cuestiones de hecho y de derecho que las que las partes someten a su conocimiento en forma y oportunidad adecuadas; sin que quepa admitir, como postula el impugnante del recurso, que la cuestión planteada en aquellos términos permitía hacer referencia a otros elementos esenciales que configuran la relación entre las partes, y no cabe admitirlo porque el determinar el carácter indefinido, declarando nulo el contrato temporal posterior como hace la sentencia de instancia, sin haber sido objeto de debate, produce indefensión a la parte condenada al haberse visto privada de la posibilidad de hacer las alegaciones y la defensa que estime pertinente acerca de esos extremos que ni siquiera figuran en la relación histórica de la resolución de instancia. Por ello estimamos que procede declarar la nulidad de lo actuado, con devolución de los autos al Juzgado de origen, para que se celebre nuevo juicio en el que las partes deberán formular y concretar sus peticiones para que sean resueltas por el Juzgador, con absoluta libertad de criterio.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación formulado por la Entidad Mercantil “S.I.P., S.A.”, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Vigo, de fecha 09.05.1996, debemos anular la resolución recurrida con devolución de los autos al Juzgado de origen,

para que se celebre un nuevo juicio en el que subsanen los defectos apuntados.

## **2787 RECURSO N° 4.217/99**

S. S.

**IMPROCEDENCIA DA ESIXENCIA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPRESARIO, A CONSECUENCIA DE CONTRAER O TRABALLADOR ENFERMIDADE PROFESIONAL CON RESULTAS DE INCAPACIDADE PERMANENTE TOTAL.**

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

A Coruña, a veinticinco de octubre 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. 4.217/99 interpuesto por don J.S.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de Vigo.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don J.S.A. en reclamación de OTROS EXTREMOS (INDEMNIZACIÓN DAÑOS Y PERJUICIOS) siendo demandado “A., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 1/96 sentencia con fecha 15 de junio 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 demandante, mayor de edad, con DNI nº..., vino trabajando desde el 01.09.86 para la empresa “A., S.A.”, como profesional de obrador en la sección de pastelería, con salario mensual prorratoeado de 150.3000 ptas. Con fecha 24.01.94 fue despedido, medida declarada procedente por sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Vigo de fecha 27.03.94, siendo la causa del despido haber trabajado en una panadería de esta ciudad los días 5, 8, 10 y 11 de enero/94,

hallándose en situación de I.L.T. por asma extrínseca reagínica. Segundo.- El actor causó baja por I.L.T. el 01.02.93 por asma alérgica, siendo diagnosticado de asma extrínseca reagínica, situación en que permaneció hasta su alta el 30.06.94, e iniciando expediente por incapacidad permanente, se le diagnostó por la CEI: asma bronquial con hiperreactividad al medio laboral. Prick Test: hipersensibilidad reagínica frente a los alergenos: gramíneas y llantén. Test de brancomotricidad: patrón broncoespástico reversible. Rast muy alto frente a trigo y gramíneas. Por dichas dolencias fue declarado por el INSS el 28.04.95 en situación de invalidez permanente total con efectos 10.01.95, derivada de enfermedad profesional, por cuanto previamente el actor obtuvo el 23.09.94 sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de esta ciudad, en la que se declaraba derivada de enfermedad profesional la situación de I.L.T. del actor en el período de 01.02.93 a 30.06.94. Tercero.- El actor por proceso catarral había sido examinados en fechas 14-040-89(sic), 11.01.90 y 05.07.90 en el hospital “X.C.”, siendo diagnosticado de asma bronquial sin objetivar alergia extrínseca; posteriormente, el 17.11.92 fue examinado en “P.”, y diagnosticado de asma extrínseca reagínica a trigo y llantén. Cuarto.- Despues de ser despedido el actor formuló denuncia frente a “A., S.A.” ante la Inspección de Trabajo, que acompañada por técnicos del Centro de Seguridad e Higiene, procedieron en jornada nocturna a efectuar mediciones en la sección de panadería del centro de trabajo, encontrando una concentración media M6/m<sup>3</sup> de 5,8 y 5,6, siendo el valor límite umbral que no debe superarse el de 4, por lo que la Inspección requirió a la empresa para que procediese a instalar un sistema de renovación de aire ya que las amasadoras carecen de extracción localizada y no existe ventilación directa natural o forzada y la cámara de fermentación da directamente al obrador de panadería. Quinto.- El actor prestaba servicios en la sección de pastelería en turno de noche; sección separada de la de panadería y conectadas por un hueco con cortina de lamas de plástico. Las mediciones efectuadas por el Centro de Seguridad e Higiene de Pontevedra lo fueron única y exclusivamente en la sección de panadería. Las prendas de trabajo utilizadas consistían en: camisa, pantalón, zuecos, mandil, guantes, gorro y mascarilla. Sexto.- Por resolución de la Dirección General del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 19.10.95 se acordó denegar la petición de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo solicitadas por el actor, habiendo sido también desestimada la reclamación previa interpuesta; y presentándose por este demanda, que dio lugar al procedimiento 344/96 del Juzgado de lo Social nº

3 de esta ciudad, que finalizó por sentencia de 28-11-96, desestimatoria de la demanda. Séptimo.- El actor con fecha 16.09.86 fue sometido a reconocimiento médico prelaboral por la Mutua "A.", siendo declarado apto. Octavo.- El actor trabajó con anterioridad en otras panaderías.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don J.S.A. contra "A., S.A.", debo absolver al mismo de las pretensiones en su contra deducidas.

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor en solicitud de que con revocación de la sentencia de Instancia, se estime la demanda, que pide el abono de la indemnización de 14.597.850 ptas., a cuyo efecto interesa la revisión de los H.P. y denuncia la infracción de los arts. 1.101 y 1.902 C.C. y de cierta jurisprudencia, con cita de las SS. del T.S. de 3/10/95, 25/2/92 y 13/12/90 y otras.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.b) L.P.L. el recurso pide las dos siguientes revisiones de H.P.: 1) Del H.P. 4º, para que en su párrafo 3º y cuando dice que se procedieron a efectuar mediciones en la sección de panadería, se añada "pastelería" y 2) Del el H.P. 5º, para que se suprima la afirmación de que "las mediciones efectuadas por el Centro de S. e H. de Pontevedra lo fueron única y exclusivamente en la sección de panadería".

TERCERO.- El invocado por la parte informe de la Inspección de Trabajo de Pontevedra obrante a los folios 13 a 17, y también reproducido a los folios 70 a 72, constituye fehaciente acreditación (de tal modo que permite la revisión de los H.D.P. vía art. 191.b) L.P.L.) de que el día 02.02.94 la Inspección de Trabajo giró visita al centro de trabajo que fue del actor, en concreto a la sección de panadería-pastelería, a partir de lo cual el siguiente día 7 fue vuelto a inspeccionar nuevamente con dos técnicos del Centro de S. e H. "a efectos de presenciar el proceso de trabajo realizado, evaluar los niveles de exposición..."; realizándose como resultado de ello, mediciones de muestras de polvo de harina en el ambiente con los resultados que se indican en el H.P. 4º, concluyéndose así, dentro del integral contexto del informe, que las mismas fueron hechas en la sección de panadería y pastelería, ambas contiguas y conectadas por un hueco con

cortinilla de plástico. No desvirtúa lo dicho el informe de Gabinete de S. e H. de Pontevedra del folio 74 y 75, ó 150 y 151, que sí afectó sólo a la zona de panadería de "A." pero que fue realizado en diversas fechas de abril y mayo de 1993 y en septiembre, oct. y noviembre de 1994, tratándose por tanto de informes distintos en cuanto objeto, tiempo y contenido del anteriormente comentado de febrero de 1994.

En consecuencia, procede la adición que al H.P. 4º se pide en el recurso, sin perjuicio en todo caso de valorar los resultados de las mediciones efectuadas en las secciones de panadería y pastelería en el contexto íntegro del informe que las recoge, y en concreto tomando también en consideración lo que respecta del T.L.V. se hace constar al folio 16 y 72 en exposiciones de corta duración. Como una consecuencia derivada de lo anterior procede también la revisión del H.P. 5º, si bien no en el sentido pedido de suprimir del mismo el párrafo que se dejó anteriormente, sino en el de incorporar al referido H.D.P. que las mediciones efectuadas por el Centro de S. e H. de Pontevedra lo fueron el día 07.02.94 en las secciones de panadería y pastelería, con los resultados que se declaran en el H.P. 4ª y según constata a través del informe de los folios 13 a 17 ó 70 a 72.

CUARTO.- Al hilo de denunciar la infracción normativa que se dejó dicha, el recurrente insiste en que "reclaman una indemnización por daños y perjuicios, por la enfermedad profesional en grado de I. Total contraída, en base a una responsabilidad contractual y extracontractual de la empleadora... En el supuesto de autos, la obligación de indemnizar de reparación del daño causado -I.P. para su profesión habitual- está anudada en el incumplimiento por parte del empresario, del deber de seguridad o protección exigible en el caso, como el diagnóstico de enf. profesional, y la falta absoluta de controles médicos...". Es lo cierto, sin embargo, que lo que consta probado en el proceso resulta ser, esencialmente, lo siguiente: 1) El actor trabajó en turno de noche para "A., S.A." como profesional de obrador en la sección de pastelería (separada de la de panadería y comunicadas por un hueco con cortina de plástico) desde el 01.09.86, hasta que el 24.01.94 fue despedido por trabajar en otra panadería los días 5, 8, 10 y 11.01.94 hallándose en I.L.T. por asma extrínseca reaginica; despido declarado procedente por sentencia firme. 2) El actor había causado baja por I.L.T. el 01.02.93 por asma diagnosticada de "extrínseca reaginica", siendo alta el 30.06.94 y calificado su estado en expediente de I.P., siendo declarado por el INSS con fecha 28.04.95 en situación de I.P. Total derivada de enf. profesional; como con tal origen también había sido calificado su proceso de I.T.

por sentencia del juzgado. 3) En el proceso patológico del actor constan como vicisitudes las que se declaran en el H.P. 3º, que han de ponerse en relación con lo que también con valor de H.P. declara la Sentencia recurrida en su Fto. Jurídico 2º: “los trabajadores estaban dotados de ropa adecuada y mascarillas, el actor había sido reconocido por los servicios médicos de la Mutua... y en la empresa se realizaban los correspondientes reconocimientos médicos periódicos, como resulta de la testifical practicada y...”. 4) Tras su despido, el actor denunció a “A., S.A.” ante la Inspección de trabajo, que con técnicos del Centro de S. e H. giró visitas en febrero de 1994 a las secciones de panadería y pastelería encontrando concentraciones de polvo de harina en el ambiente con valores de concentración media MG/M3 de 5,8 y 5,6 siendo el valor límite umbral de 4, con puntualizaciones para exposiciones de corta duración, en las que puede sobrepasarse hasta 3 veces el valor límite dicho, por lo que la Inspección requirió a la empresa para que procediese a instalar un sistema de renovación de aire. Las prendas de trabajo utilizadas por el personal eran camisa, pantalón... guantes, gorro y mascarilla. Y 5) El actor también solicitó para “A., S.A.” responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, que fue denegada por la D.G. del INSS primero y luego, en vía jurisdiccional.

Una valoración oportuna de los referidos hechos conduce a estimar improcedente el recurso, considerando inviable la pretensión indemnizatoria articulada en la demanda, que cuantifica la indemnización que reclama a través de una doble vía: por el tiempo en que el actor estuvo en I.T. (01.02.93 a 30.06.94) pide una indemnización diaria de 7.000 ptas. (3.605.000 ptas.); y por la I.P. total declarada, la de 10.992.850 ptas.

QUINTO.- Resulta oportuno traer a colación la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo expuesta, entre otras, en las sentencias de 15 noviembre 1990 (Ar. 8.575), 24 mayo y 27 junio 1994 (Ar. 4.296 y 5.489), 3 y 23 mayo 1995 (Ar. 3.740), y 30 septiembre 1997 (Ar. 6.853), señalándose en la de 24 mayo 1994, que: “el daño producido por un accidente de trabajo -o una enfermedad profesional-puede dar origen a diversos mecanismos de reparación, generando las correspondientes obligaciones para sujetos también distintos”, de tal modo que si la responsabilidad del empresario es civil o criminal, el trabajador y sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables debiendo plantear la acción ante el correspondiente orden jurisdiccional... Pero, el término civil se utiliza en

el artículo 97.3 de la L.G.S.S. de 1974 (y 127.3 de la vigente de 20.06.94) en un sentido amplio que comprende, frente a la penal, tanto la responsabilidad estrictamente civil como la que surge de un incumplimiento laboral, pues el empresario puede ser responsable civilmente cuando el daño causado se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo... Pero cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (artículo 3 del Estatuto de los trabajadores), la responsabilidad ya no es civil, sino laboral y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento laboral, que atribuye al orden social las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo.

Sentencias también de la Sala 1º del T.S. han venido estimando que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente o, incluso, proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas que más se acomoden (S.S. de 15/6/96, 18/2 y 19/5/97...).

En el recurso precisamente se denuncia la infracción tanto del art. 1.101 como la del art. 1.902 del Código civil; en ambos casos, constituye presupuesto necesario para la exigencia de responsabilidad indemnizatoria el que se constate, aparte del daño, una conducta calificable con una cierta culpa o negligencia empresarial en nexo causal con aquel daño. De preceptos tales como los arts. 4 y 19 del E.T., 123 y 127 L.G.S.S. de 1994 y 42.1 y 3 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, se desprende que un mismo hecho, un accidente laboral o una enf. profesional, puede dar lugar a distintas y compatibles responsabilidades, entre ellas el nacimiento de la acción civil de reparación de daño causado; acción ésta que es la ejercitada en el proceso y que ha sido matizada en su concepción y exigencia por la propia doctrina del T.S. en sentencias tales como la de 30.09.97. Esta sentencia (Sala 4º) pone de relieve la necesidad de poner límites a las responsabilidades empresariales “pues venir a duplicar por la vía de la responsabilidad contractual o aquiliana... más que ser una mejoría social se transforma en un elemento de inestabilidad y desigualdad. Por ello, en este ámbito, la responsabilidad por culpa ha de ceñirse a su sentido clásico y tradicional, sin

ampliaciones que están ya previstas...". Realmente, se viene a afirmar que no en todo accidente de trabajo o enf. profesional necesariamente ha existir responsabilidad empresarial, que deben aplicarse las normas protectoras de la S.S. y que sólo cuando conste o se acredite una efectiva conducta empresarial causante directa del daño o que haya servido para aumentar el riesgo propio del trabajo realizado podrá ser exigida la complementaria indemnización con base en responsabilidad contractual o extracontractual.

En el caso presente, conforme a los hechos que constan, anteriormente explicitados, no se desprende la conducta empresarial necesaria para que, conforme a lo puntualizado, se haya generado la responsabilidad indemnizatoria de daños y perjuicios que se reclama como así lo consideró razonadamente y al margen de la modificación introducida en los H.P. el Juzgador de Instancia.

Si bien el actor fue declarado en situación de I.P. Total derivada de enf. profesional, asma extrínseca reaginica, y su trabajo en "A., S.A." era en la sección de pastelería como obrador, es lo cierto que sin ser ello suficiente para generar la responsabilidad aquí pedida, no aparece acreditada una conducta culposa empresarial concreta y jurídicamente relevante respecto de tal proceso patológico: A) Por un lado, durante la vigencia de la relación laboral con "A., S.A." se ha constatado que el demandante estaba dotado de ropa adecuada y mascarillas, que fue reconocido médicalemente al tiempo de iniciarse la relación, que la empresa (Fto. Jurídico 2º de la sentencia recurrida) realizaba los correspondientes reconocimientos médicos periódicos... Asimismo, no consta infracción o sanción a la empresa, en su sección de pastelería, en lo relativo a medidas de S. e H.; incluso al folio 74 se habla de actuaciones del Gabinete de S. e H. habidas en mayo de 1993 en relación a la enf. profesional de otro trabajador, pero en la sección de panadería exclusivamente y tampoco constan consecuencias, refiriéndose el resto del informe a fechas y situación posteriores al cese laboral del actor. B) Por otro y al hilo de la enfermedad profesional del actor, aparte de que éste simultaneó en cierto modo y medida su actividad laboral en "A., S.A." con la prestada en otra panadería (y precisamente cuando se encontraba en I.L.T., lo que provocó su despido), consta que pretendido un recargo por falta de medidas de seguridad e higiene frente al "A., S.A.", fue denegado administrativa y jurisdiccionalmente; y el citado recargo de prestaciones exige un incumplimiento empresarial

de alguna medida de seguridad general o especial en relación causal con el daño de que se trate, y una culpa o negligencia a partir de lo que debe ser la diligencia propia de un prudente empleador, lo cual no fue apreciado en el caso. Y C) Finalmente, no desvirtúa lo anterior la actividad e inspección habida tras el despido del demandante y por denuncia de éste al efecto. El informe de lo actuado en febrero de 1994 por la Inspección de Trabajo se limita a constatar la existencia en estas fechas de un nivel de concentración de polvo de harina en el ambiente superior al de concentración media para una jornada normal; si bien en el propio informe, aparte de reflejarse la existencia para su utilización de prendas de trabajo tales como camisa... guantes, gorro y mascarilla..., se relativiza el valor límite umbral al hacerse constar también que "en exposiciones de corta duración podrá sobrepasarse hasta 3 veces el valor TLV durante un tiempo en total no sea superior a los 30m minutos... los niveles de concentración (11,6 y 11,2) se acercan a ese valor techo"; y en él, además, la medida adoptada fue la de requerir la implantación de un sistema de renovaciones de aire. De ello nada definitorio cabe deducir a los efectos de una posible estimación del recurso: por significado temporal y de contenido dentro del contexto de lo integralmente probado y de lo que anteriormente quedó razonado al hilo de ello.

**SEXTO.-** Consiguentemente, el Tribunal no considera acogibles los argumentos vertidos en el recurso al hilo de denunciar la infracción legal y jurisprudencial que se dejó dicha, de tal manera que la sentencia de Instancia a la postre ha desestimado la demanda de modo ajustado a derecho al no aparecer el incumplimiento empresarial preciso que pudiera hacer surgir la responsabilidad generadora de la indemnización de daños y perjuicios reclamada. Se rechaza, pues, el recurso y se confirma la resolución de instancia.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don J.S.A.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Vigo el día 15.06.99 en Autos tramitados bajo el nº 1/96 a instancias del recurrente frente a la empresa "A., S.A.", Confirmamos la Sentencia recurrida.

**2788 RECURSO N°  
03/0008252/1996**

S. CA.

**Ocupación de traballador titular de prestacións por desemprego sen teo dado de alta con carácter previo na Seguridade Social.**

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

En la Ciudad de A Coruña, veinticinco de octubre 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 03/0008252/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "E.R.D.A., S.L." con D.N.I... domiciliado en c... (A Coruña), representado y dirigido por el Letrado don C.B.P., contra Resolución de 09.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.510/94; Expte. 8.010/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 501.000 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 13 de octubre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

**Fundamentos de derecho**

I.- Es objeto de impugnación a través del presente recurso contencioso-administrativo las resoluciones de la Administración Laboral que ratificaron acta de infracción en la que se imputó a la empresa recurrente la infracción tipificada en el art. 29.3.2 de la Ley 8/88, en razón de haber dado ocupación a una trabajadora titular de las prestaciones por desempleo, sin haberla dado de alta con carácter previo en la Seguridad Social.

Pasamos a extractar la postura impugnatoria de la recurrente: Que en contra de lo expresado en el acta, el representante legal de la empresa recurrente no admitiera los hechos ante el Controlador Laboral actuante. Que, en todo caso, no era de apreciar la infracción imputada, pues la propia Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social estimara el recurso ordinario que formulara la recurrente contra resolución que declarara "su responsabilidad solidaria" en acta de infracción en la que se imputaba a la trabajadora la infracción tipificada en el art. 30.3.1 de la LISOS. Por último que, de conformidad con el art. 36.1 de la referida Ley, los hechos imputados no podían calificarse como de infracción muy grave.

II.- De los términos del alegato impugnatorio de la recurrente, ya se advierte que viene a cuestionar la actividad de comprobación de la Inspección.

Sobre el particular ha de señalarse que una 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 acto de la visita al centro de trabajo, o que resulten acreditados bien documentalmente o por testimonios entonces recogidos o, en su caso, mediante la instrucción del oportuno expediente.

En referencia al requisito de la inmediatez, insiste la STS de 16 de abril de 1996 y 7 de octubre de 1997, en que la presunción de certeza atribuible a

las actas de inspección, se refiere no sólo a los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el inspector, o a los inmediatamente deducibles de aquéllos, sino también a los acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta como pueden ser documentos o declaraciones incorporadas a la misma.

Por último, señalar 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, 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 Tribunal Constitucional 62/94, de 28-II y 133/95, de 25-IX, entre otras.

Pues bien, en el acta de infracción se viene a expresar” que en virtud de visita efectuada el 22.07.94 a las 12,30 horas, al centro de trabajo dedicado a la actividad de hostelería, que la empresa... posee en la Plaza... se constató por el Controlador Laboral actuante... la prestación de servicios en dicho centro, de doña I. Quien se encontraba en el interior de la cocina del establecimiento manipulando alimentos, manifestando la misma trabajar para la empresa titular del Acta desde hacía 20 días, con categoría profesional de ayudante de cocina, a jornada completa y salario de 80.000 ptas/m.” Citada la empresa para el día 27.07.94 en las oficinas de la Inspección Provincial... compareció don A. socio de la misma, quien reconoció a la Controladora Laboral actuante... los extremos manifestados por doña I. En el momento de la visita y no haber comunicado, a pesar de ello, el alta de dicha trabajadora en el Régimen General de la Seguridad Social. Solicitada información a la Dirección Provincial de a Coruña del INEM, se comprobó que doña I. Es perceptora de prestaciones por desempleo desde el 17.12.93.

De los términos del acta ya se concluye que existió actividad de comprobación, pues aún excluyendo, a efectos probatorios, el reconocimiento o confesión llevada a cabo por el representante de la empresa ante dicho funcionario, es lo cierto que el Controlador Laboral sorprendió a la trabajadora en el centro de trabajo realizando una actividad propia del objeto social de la empresa, y la propia trabajadora prestó testimonio comprensivo de

datos detallados sobre la existencia de una plena y permanente relación laboral, que excluye la percepción o idea de una presencia circunstancial de la trabajadora en el centro de trabajo, circunstancia sobre la que basara la recurrente su alegato defensivo en vía administrativa. Si a ello se añade la no documentación de dicha relación laboral, así como la no comunicación por la empresa a la Seguridad Social, del ingreso de la trabajadora a su servicio, y consiguiente dación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, auténticos vestigios de signo negativo que permiten inferir que la empresa conocía la condición de perceptora de prestaciones de desempleo de la trabajadora, ya se advierte que los elementos constitutivos de la infracción quedaron plenamente constatados, sin que por la recurrente se hubiera desplegado prueba en contrario tendente a enervar la eficacia de aquellos medios probatorios, eficacia enervante que tampoco es reconocible a la circunstancia de la Administración Laboral estimara el recurso ordinario que formulara la recurrente contra resolución que declarara “su responsabilidad solidaria” en acta de infracción en la que se imputaba a la trabajadora la infracción tipificada en el art. 30.3.1 de la LISOS, pues con señalar que lo que excluyó dicha resolución fue la responsabilidad solidaria a que se refiere el art. 29.3.5 de la LISOS por las razones allí apuntadas, tal pronunciamiento no prejuzgaba la responsabilidad personal en que pudiera haber incurrido la empresa por la circunstancia de haber dado ocupación a una trabajadora perceptora de prestaciones por desempleo.

III.- Por último, señalar que no resulta atendible la pretensión degradatoria que interesa la recurrente, pues los hechos fijados en el acta de infracción son constitutivos de la referida infracción muy grave, y como quiera que la sanción fue impuesta en su grado y extensión mínimas, por mucho que apreciáramos la concurrencia de alguna circunstancia de atenuación que, por cierto, no señala ni identifica la recurrente, salvo una genérica alusión a que “resulta desproporcionada a las circunstancias del caso”, no sería posible una reducción de la sanción impuesta.

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 “E.R.D.A., S.L.”, contra Resolución de 09.04.96 desestimatoria de

recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 1.510/94; Expte. 8.010/95 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2789 RECURSO N°  
03/0008259/1996**

S. CA.

**CONIVENCIA ENTRE EMPRESARIO E  
TRABALLADOR PARA OBTER DE FORMA  
FRAUDULENTA PRESTACIÓN POR  
DESEMPEGO.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veinticinco de octubre 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 03/0008259/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por J.H.D., con D.N.I... domiciliado en c/...(A Coruña) representado y dirigido por el Letrado don J.F.G., contra Resolución de 14.05.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 71/95 perdida de prestaciones por desempleo; Expte. nº 22.628/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCAL, 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 13 de octubre 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 14 de mayo de 1996 por la Dirección General de Empleo, que desestima recurso ordinario contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo de A Coruña en virtud de la cual se le sanciona como autor de una falta muy grave tipificada en el art. 30.3.3 de la Ley 8/88 con extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo con devolución de las cantidades indebidamente percibidas.

La citada resolución trae su origen del acta de infracción 71/95 en la que se considera en efecto al recurrente responsable de la infracción contenida en el art. 30.3.3 de la Ley 8/88, de 7 de abril, por haber manifestado connivencia con un trabajador para la obtención indebida por éste de prestaciones por desempleo, considerando a los efectos previstos en el art. 45.3 del citado texto legal responsable subsidiario al empresario J.S.D.

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, amen de otras consideraciones que efectúa respecto del Acta, sobre la base de que -en sede de hechos- el trabajador con el que existe la supuesta connivencia por parte del empresario se encontraba dado de alta en la empresa, figurando inscrito en el libro de matrícula de personal, después de haber sido contratado a través de la Oficina de Empleo; las manifestaciones realizadas por el trabajador V.M.M.F., en el sentido de que no recordaba a J.H.D. como trabajador de la empresa, no constituye medio de prueba fehaciente, pues mediante declaración

jurada aclaró que el día que fue interrogado no identificó a J.D. como compañero suyo fue porque era conocido como “P.”, no constándole los apellidos por ser reciente su contratación.

De entre las alegaciones del recurrente merece deducirse, sin embargo, que respecto de la declaración jurada del trabajador V.M. de que no identificó a J.H.D. como tal porque se le conocía como P. ha de significarse la endeblez de tal prueba por su escaso grado de convicción, al ser como es notorio el homónimo J. y P.; en relación con el motivo de la inexistencia de tal connivencia, por cuanto que el Señor P. Era trabajador de la empresa, tal como figura en el libro de matrícula de personal, tal circunstancia no se accredita, pese a que en el recibimiento del pleito a prueba que interesó esta habría de consistir en los documentos que obran en el expediente administrativo y tal libro no consta en el expediente, aunque en el Acta obrante en el expediente del que derivó el recurso 8.139/96, promovido por el empresario y con resultado desestimatorio, se reconoce que figura inscrito en el asiento 12 del mismo como peón - observándose que lo fue, después de haber constituido una empresa, que luego adquiriría el empresario-.

En relación con la presunción de inocencia, que - tal es su parecer- no se desvanece con la actuación inspectora, sí que queda desvirtuada desde el momento en que la Inspección hace constar en Actas las diversas contrataciones, (calificadas como fraudulentas por la Inspección), las cuales aquí no se discuten sino la valoración jurídica de tales hechos, puesto que es claro que el Sr. H.D. fue contratado eventualmente por un período de tres meses, resolviéndose el contrato a los diez días por no superar el período de prueba, establecido a tenor del art. 14 del ET. mediante ese contrato se logró que el INEM computase como período de cotización, el tiempo que estuvo trabajando en la empresa “H.D., S.L.” servicios por los que con anterioridad se le había denegado la prestación por desempleo, Acta en la que se refiere igualmente circunstancias relativas a la transformación de esa empresa, constituida en su momento por J.H.D. y su hermano A. -como queda dicho- y demás vicisitudes que se especifican, anudadas a la individual contratación del Sr. H.D. que se deja referida son exponente de los hechos constitutivos de la infracción que se imputa al ahora recurrente.

El recurso por consiguiente por lo precedentemente razonado ha de desestimarse.

III.- No se infiere de la conducta procesal de ninguna de las partes en el presente procedimiento, motivo suficiente para de

conformidad con el art. 131 de la Ley Jurisdiccional, hacer expresa imposición de costas de este recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.H.D. contra Resolución de 14.05.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 71/95 pérdida de prestaciones por desempleo; Expte. nº 22.628/95 dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2790 RECURSO N°  
03/0008274/1996**

S. CA.

CÓMPUTO DA SANCIÓN EN VIRTUDE DA CAL SE DENEGA Á EMPRESA SUBVENCIÓN PARA CONVERSIÓN DE CONTRATO DE TRABALLO TEMPORAL EN INDEFINIDO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la ciudad de A Coruña, veinticinco de octubre 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 03/0008274/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “M.C., S.A.”, con D.N.I./C.I.F... domiciliado en..., representado por doña M.A.O.L. y dirigido por el Letrado don J.R.V., contra Resolución de 15.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. del I.N.E.M. de Vigo sobre solicitud de subvención al amparo del R.D. Ley 3/93 por conversión en indefinido de contrato temporal, Ex. 33.507/94. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL,

representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 250.000 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 13 de Octubre 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 de la Dirección General de Servicios, Subdirección General de Recursos, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de fecha 15 de abril de 1996, confirmatoria de resolución de la Dirección Provincial del INEM en Vigo, mediante la que se había denegado a la recurrente subvención por transformación de contrato a tiempo en contrato indefinido, por estar sancionada.

La resolución impugnada trae su origen de los siguientes hechos: La recurrente fue expedientada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en virtud de Acta núm. 3.257/90, clave 52 S de fecha 19.11.90, mediante la cual fue sancionada por una falta grave, en mérito a la cotización por bases inferiores a las que procedía cotizar durante el período 01.01.89 a 28.02.90, afectando a los trabajadores de su plantilla. Con fecha 24.06.94 solicitó subvención a la Administración por transformación de contrato a tiempo en contrato de duración indefinida del trabajador don M.P.F., al amparo de lo establecido en el art. 17 del R.D. Ley 3/93, de 26 de febrero, beneficio que alcanzaba la cantidad de 250.000 ptas.; por resolución que hora impugna tal beneficio le fue denegado.

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

II.- La resolución impugnada es impertinente - según alega la recurrente- por cuanto que la exclusión de un año para acceder a los beneficios derivados de la aplicación del programa de empleo, como consecuencia de la referida sanción, ha de computarse a partir de la fecha de la infracción, la cual según el acta de inspección, se produjo durante los años 89 y 90; de adverso se sostiene en cambio que tal período ha de computarse desde la firmeza de la resolución sancionadora.

Concretados en esos términos el objeto de la presente litis, la ratio decidendi se contrae a la mera inteligencia de la premisa normativa aplicable, esto es del art. 45 de la Ley 8/88 de 7 de abril.

Ha de tomarse en consideración, al margen de lo que pueda disponer o no la normativa aplicada, que la sanción de la que fue objeto la recurrente se entiende impuesta desde que adquirió firmeza la resolución impugnada.

Un acto o resolución firme, sin duda, es aquel que, al margen de que haya causado esto o no, constituyen manifestaciones judicialmente indiscutibles de la voluntad de un órgano administrativo, porque su recurribilidad resulta vetada por el transcurso de los plazos establecidos para su impugnación, sin que la persona legitimada para ello hay interpuesto el correspondiente recurso administrativo o judicial. A ello se refería la derogada ley de la jurisdicción contenciosa de 1956 en su art. 40.a). El Tribunal Supremo ha utilizado expresiones tales como firmeza de cosa juzgada administrativa (sentencias entre otras de 6 de noviembre de 1980), recordando la identidad de este concepto con el de cosa juzgada del art. 1.252 del Código Civil (sentencia de fecha 25 de abril de 1984); obviamente mientras el acto no adquiera tal firmeza tendrá carácter de provisional, siendo susceptible de ser impugnada y en consecuencia de ser revocada, por lo que para saber si existe o no una sanción sólo habrá de estarse a la resolución definitiva -no a la provisional- que la haya impuesta; es este el criterio que autoriza a confirmar la resolución impugnada, y no tanto el que la ley en su art. 45.2 nada establezca al respecto, siendo por el contrario -en opinión de la recurrente- el RD 396/90, de 1 de marzo el que de verdad ha establecido que el período de exclusión previsto en el art.45.2 y 46.3 de la ley 8/88, se computará desde la fecha de la resolución que

confirma la propuesta de sanción, disposición no aplicable al caso que nos ocupa, por el elemental principio de irretroactividad (art. 9.3 de la CE), pues es claro que el término inicial para el cómputo de su exclusión al acceso a beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo, ha de efectuarse a partir de la firmeza de la resolución sancionadora, según criterio sólido de la jurisprudencia, como queda expuesto.

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 "M.C., S.A." contra Resolución de 15.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. del I.N.E.M. de Vigo sobre solicitud de subvención al amparo del R.D. Ley 3/93 por conversión en indefinido de contrato temporal, Ex. 33.507/94. dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2791 RECURSO N°  
03/0008275/1996**

S. CA.

**DENEGACIÓN DE SUBVENCIÓN POR TRANSFORMACIÓN DE CONTRATO TEMPORAL EN INDEFINIDO POR SER PREVIAMENTE SANCIONADA A EMPRESA POR INFRACOTIZACIÓN NO ANO ANTERIOR Á SOLICITUDE.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veinticinco de octubre 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 03/0008275/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "M. y C., S.A.", con D.N.I... domiciliado en c/... (Vigo), representado por doña M.A.O.L. y dirigido por el Letrado don J.R.V., contra Resolución de 30.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. del I.N.E.M. de Vigo sobre solicitud de subvención al amparo del R.D. Ley 3/93 por conversión en indefinido de contrato temporal; Ex. 2.552/95 E. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 250.000 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 13 de octubre 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 de la Dirección General de Servicios, Subdirección General de Recursos, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de fecha 30 de abril de 1996, confirmatoria de resolución de la Dirección Provincial del INEM en Vigo, mediante la que se había denegado a la recurrente subvención por transformación de contrato a

tiempo en contrato indefinido, por estar sancionada.

La resolución impugnada trae su origen de los siguientes hechos: La recurrente fue expedientada por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en virtud de Acta núm. 3.257/90, clave 52 S de fecha 29.11.90, mediante la cual fue sancionada por una falta grave, en mérito a la cotización por bases inferiores a las que procedía cotizar durante el período 01.01.89 a 28.02.90, afectando a los trabajadores de su plantilla. Con fecha 17.10.94 solicitó subvención a la Administración por transformación de contrato a tiempo en contrato de duración indefinida del trabajador don J.A.C.N., al amparo de lo establecido en el art. 17 del R.D. Ley 3/93, de 26 de febrero, beneficio que alcanzaba la cantidad de 250.000 ptas; por resolución que ahora impugna tal beneficio le fue denegado.

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

II.- La resolución impugnada es impertinente - según alega la recurrente- por cuanto que la exclusión de un año para acceder a los beneficios derivados de la aplicación del programa de empleo, como consecuencia de la referida sanción, ha de computarse a partir de la fecha de la infracción, la cual según el acta de inspección, se produjo durante los años 89 y 90; de adverso se sostiene en cambio que tal período ha de computarse desde la firmeza de la resolución sancionadora.

Concretados en esos términos el objeto de la presente litis, la ratio decidendi se contrae a la mera inteligencia de la premisa normativa aplicable, esto es del art. 45 de la Ley 8/88 de 7 de abril.

Ha de tomarse en consideración, al margen de lo que pueda disponer o no la normativa aplicada, que la sanción de la que fue objeto la recurrente se entiende impuesta desde que adquirió firmeza la resolución impugnada.

Un acto o resolución firme, sin duda, es aquel que, al margen de que haya causado estado o no, constituyen manifestaciones judicialmente indiscutibles de la voluntad de un órgano administrativo, porque su recurribilidad resulta vetada por el transcurso de los plazos establecidos para su impugnación, sin que la persona legitimada para ello haya interpuesto el correspondiente recurso administrativo o judicial. A ello se refería la derogada ley de la jurisdicción

contenciosa de 1956 en su art. 40.a). El Tribunal Supremo ha utilizado expresiones tales como firmeza de cosa juzgada administrativa (sentencias entre otras de 6 de noviembre de 1980), recordando la identidad de este concepto con el de cosa juzgada del art. 1.252 del Código Civil (sentencia de fecha 25 de abril de 1984); obviamente mientras el acta no adquiera tal firmeza tendrá carácter de provisional, siendo susceptible de ser impugnada y en consecuencia de ser revocada, por lo que para saber si existe o no una sanción sólo habrá de estarse a la resolución definitiva -no a la provisional- que la haya impuesta; es este el criterio que autoriza a confirmar la resolución impugnada, y no tanto el que la ley en su art. 45.2 nada establezca al respecto, siendo por el contrario -en opinión de la recurrente- el RD 396/90, de 1 de marzo el que de verdad ha establecido que el período de exclusión previsto en el art. 45.2 y 46.3 de la Ley 8/88, se computará desde la fecha de la resolución que confirma la propuesta de sanción, disposición no aplicable al caso que nos ocupa, por el elemental principio de irretroactividad (art. 9.3 de la CE), pues es claro que el término inicial para el cómputo de su exclusión al acceso a beneficios derivados de la aplicación de programas de empleo, ha de efectuarse a partir de la firmeza de la resolución sancionadora, según criterio sólido de la jurisprudencia, como queda expuesto.

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 "M. y C., S.A." contra Resolución de 30.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Direc. Provinc. del I.N.E.M. de Vigo sobre solicitud de subvención al amparo del R.D. Ley 3/93 por conversión en indefinido de contrato temporal; Ex. 2.552/95 E dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

**2792 RECURSO N° 3.679/96**

S. S.

COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL, Ó NON EXISTIR SOLUCIÓN ADMINISTRATIVA ENTRE OS ACTORES E A CORPORACIÓN LOCAL DEMANDADA.

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

A Coruña, a veintiséis de octubre 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 3.679/96 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SANXENXO contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 308/96 y 309/96 se presentó demanda por doña C.S.F. y don J.R.S. en reclamación de OTROS EXTREMOS (DERECHO Y CANTIDAD) siendo demandado el AYUNTAMIENTO DE SANXENXO en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 28 de mayo 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.- Doña C.S.F., mayor de edad, DNI..., prestó servicios, de 06.10.1982 a 04.02.1996, para el Concello de Sanxenxo, al amparo de un contrato administrativo de prestación del servicio de "Conserjería y limpieza del Colegio Público de "M.D.", con el siguiente clausulado: Primera: Doña C.S.F.; como Empresario se compromete a la prestación de servicio de referencia, con sujeción estricta al Pliego de condiciones aprobado por el Ayuntamiento Pleno con fecha 20.04.1982, que sirvió de base al concurso (cuya copia literal se adjunta a este contrato)./ Segunda: Se hace constar que dicho Empresario presentó su proposición con fecha 11.09.1982, (cuya copia autenticada también se adjunta este contrato)./ Tercera: El contrato fue adjudicado definitivamente por la Corporación Municipal en

Pleno, en sesión del día 21 de septiembre del actual (copia de la certificación que también se adjunta a este contrato). Cuarta: El adjudicatario ha formalizado la garantía definitiva que responderá de las obligaciones del contrato. Quinta: De conformidad con lo que determina el apartado g) del mentado Art. 50 del Reglamento de Contratación, se pacta expresamente que el personal que el adjudicatario adscriba al servicio, así como el mismo empresario, no mantendrá con el Ayuntamiento ningún vínculo ni relación de empleo, dependiendo exclusivamente de la Sra. C.S.F., siendo por lo tanto de su cuenta, todo lo referente a la Seguridad Social del Personal, accidentes de trabajo y en general cualquier obligación derivada de la Seguridad Social y de materia fiscal, quedando el Ayuntamiento exonerado de toda responsabilidad, con el abono del precio de adjudicación de los servicios. Sexta: Conforme con este contrato, ambas partes se obligan a su cumplimiento, conforme al Pliego de Condiciones de referencia, suscribiéndolo en ejemplar duplicado, uno para cada parte./ 2º.- La Sra. C.S.F. prestó sus servicios, con remuneraciones inferiores a las que, si fuese laboral, le corresponderían, de modo personal, salvo períodos de enfermedad, sustituida por su madre. Estaba sometida a control de su trabajo. Solamente no trabajaba un mes al año. Trabajaba a lo menos, 40 horas semanales. Percibió de 01.02.1995 a 31.01.1996, la cantidad de 608.827 pts./ 3º.- D. J.R.S., mayor de edad DNI..., prestó servicios, de 05.10.1982 a 31.01.1996, para el Concello de Sanxenxo, al amparo de un contrato administrativo de prestación del servicio de "Limpiezas del Mercado Municipal de Abastos de Sanxenxo", con el siguiente clausulado: Primera: D. J.R.S., como Empresario se compromete a la prestación del Servicio de "LIMPIEZA DEL MERCADO MUNICIPAL DE ABASTOS DE SANXENXO".-, con sujeción estricta al Pliego de Condiciones aprobado por el Ayuntamiento Pleno con fecha 20.04.1982, que sirvió de base al concurso (cuya copia literal se adjunta a este contrato)./ 3º.- El Contrato fue adjudicado definitivamente por la Corporación Municipal en Pleno, en sesión del día 21 de septiembre del actual (copia de la certificación que también se adjunta a este contrato)./ 4º.- El adjudicatario ha formalizado la garantía definitiva que responderá de las obligaciones del contrato./ 5º.- De conformidad con lo que determina el apartado g) del mentado Art. 50 del Reglamento de Contratación, se pacta expresamente que el personal que el adjudicatario adscriba al servicio, así como el mismo empresario, no mantendrá con el Ayuntamiento ningún vínculo ni relación de empleo, dependiendo exclusivamente del Sr. J.R.S. siendo por lo tanto de su cuenta, todo lo referente a la Seguridad Social del Personal, accidentes de trabajo y en general cualquier

obligación derivada de la Seguridad Social y de materia fiscal, quedando el Ayuntamiento exonerado de toda responsabilidad, con el abono del precio de adjudicación de los servicios; Sexta: Conforme con este contrato, ambas partes se obligan a su cumplimiento, conforme al Pliego de Condiciones de referencia, suscribiéndolo en ejemplar duplicado, uno para cada parte./4º.- El Sr. J.R.S. prestó sus servicios, con remuneraciones inferiores a las que, si fuese laboral, le corresponderían, de modo personal, salvo períodos de enfermedad, sustituido por un contrato. Estaba sometido a control de su trabajo. Trabajaba a jornada parcial, según el horario del mercado. Percibió de 01.02.1995 a 31.01.1996, la cantidad de 580.602 pts./5º.- Previos los trámites legales idóneos, el Concello de Sanxenxo decidió laboralizar los puestos de trabajo ocupados por la Sra. S.F. y el Sr. R.S., de ahí que con posterioridad a una reunión con estos y otros afectados, se firmaron a 05.02.1996 y a 31.01.1995, respectivamente, contratos de trabajo de carácter temporal, como limpiadora, a tiempo completo, y, como limpiador, a tiempo parcial, de 24 horas semanales, también respectivamente. No consta existiese coacción alguna, ni concurriese vicio alguno del consentimiento./ 6º.- Quedó agotada la vía previa administrativa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Estimando las demandas interpuestas por doña C.S.F. y don J.R.S. contra el CONCELLO DE SANXENXO, declaro la condición de laborales fijos de los trabajadores demandantes, con antigüedad de 06.10.1982 y de 05.10.1982, respectivamente, y en consecuencia, condeno a la empleadora demandada a abonarles, respectivamente, las cuantías de 933.993 Pts. (NOVECIENTAS TREINTA Y TRES MIL NOVECIENTAS NOVENTA Y TRES PESETAS) y de 358.563 Pts. TRESCIENTAS CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTAS SESENTA Y TRES).

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La entidad local demandada recurre la sentencia de instancia, que estimó sustancialmente la acción de los demandantes sobre fijeza laboral, antigüedad y diferencias económicas, y solicita con amparo procesal correcto el examen del derecho que contiene aquél pronunciamiento, por entender que infringe el artículo 533.1 de la Ley de enjuiciamiento civil

y la doctrina de suplicación que cita, pues la normativa legal que amparó los contratos suscritos en 1982 determina la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, sin que la novación contractual que aconteció en 1996 mediante la firma de contratos de trabajo temporales puede considerarse fraudulenta.

SEGUNDO.- Con el fin de establecer los límites del actual trámite procesal y de acuerdo con la infracción normativa imputada a la sentencia por la recurrente, hacemos constar que ésta únicamente persigue la declaración de incompetencia objetiva de esta jurisdicción social, porque no impugna de forma expresa las cuestiones de fondo planteadas en demanda y decididas por la sentencia recurrida.

Al efecto, los datos objetivos de la excepción procesal alegada son: 1) Los días 5 y 06.10.82 los litigantes suscribieron contratos al amparo del Reglamento de contratación de las corporaciones locales de 1953, por los que fueron adjudicatarios de los servicios de limpieza del mercado de abastos y de conserjería y limpieza del colegio público, respectivamente, en los términos consignados en el relato de hechos de la resolución de instancia. 2) La entidad demandada acordó laboralizar dichos servicios y los días 31.01 y 05.02.96 los litigantes suscribieron contratos de trabajo temporales con el mismo fin.

Los antecedentes reseñados llevan a desestimar el recurso: Tenemos declarado para casos semejantes al presente (ss. 24-12-91, 7-2-95) y a pesar de la cobertura legal administrativa de los contratos de 1982, que el carácter personal de la prestación contratada, el importe mínimo de las garantías (fianzas) prestadas por los demandantes, la retribución mensual percibida por éstos o la supervisión de su actividad por la entidad adjudicante, hacen inaplicable el artículo 1.3.a) del Estatuto de los trabajadores y, al tiempo, proclaman la vigencia de la presunción de laboralidad del artículo 8.1 del mismo código, más aún si, como ahora ocurre y declara la jurisprudencia (s. 13-7-98), la actual demanda se presenta una vez adquirida por los actores la cualidad de personal laboral (temporal), porque entonces el contenido de su pretensión principal, relativa a la declaración de fijeza laboral, se inserta en la rama social del derecho determinante de la competencia de esta jurisdicción social de acuerdo con los artículos 9.5 de la Ley orgánica del poder judicial (Lopj) y 1 de la Ley de procedimiento laboral (Lpl), orden jurisdiccional que además (arts. 10 Lopj, 4 Lpl) extiende su competencia para conocer las cuestiones prejudiciales (salvo las penales) cuya decisión sea presupuesto indispensable para decidir el fondo

de la pretensión, que ahora no es objeto de recurso cual dejamos indicado.

TERCERO.- De acuerdo con el artículo 233.1 de la Lpl, la entidad recurrente ha de abonar los honorarios de la Sra. letrada de los actores impugnantes por importe de veinticinco mil pesetas.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación del Ayuntamiento de Sanxenxo contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, de 28 de mayo de 1996 en autos nº 308 y 309/96, que confirmamos.

## **2793 RECURSO N° 4.480/96**

S. S.

**EXISTENCIA DA INCAPACIDADE PERMANENTE PARCIAL PERO NON TOTAL A CONSECUENCIA DE ACCIDENTE DE TRABALLO**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación nº 4.480/96 interpuesto por "M.G.A.T." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 1.015/94 se presentó demanda por doña M.P.G. en reclamación de INVALIDEZ derivada de accidente siendo demandado la empresa "B.S.", "G.P.", "M.G.A.T.", Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 21 de junio de 1995 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- Que la actora doña M.P.G., nacida el 23 de abril de 1939, figura afiliada al Régimen General de la Seguridad Social, con el nº..., siendo su profesión habitual la de ayudante de producción, solicitó de la Entidad Gestora demandada, prestación de invalidez permanente, derivada de accidente de trabajo, reconociéndole hallarse afecto de lesiones permanentes no invalidantes según baremo 78, ascendiendo su importe a 204.000 ptas. La empresa "B.S.", "G.P.", tiene cubierto el riesgo de accidente de trabajo en la "M.G.A.T.". - SEGUNDO. Contra la anterior resolución interpuso reclamación administrativa previa, que asimismo le fue desestimada, confirmando la decisión impugnada.- TERCERO.- Que en su estado clínico actual presenta: "El 26 de noviembre de 1993 sufrió un accidente de trabajo con fractura desviada y muy comminuta de extremidad distal de radio derecho; fractura abierta de falange distal del dedo pulgar de la mano derecha, con pérdida de la uña y lesión en su matriz; fractura de la base del dedo pulgar de la mano derecha; heridas contusas en tercio medio de la cara posterior del antebrazo derecho. Retirándole osteosíntesis, realizó tratamiento para osteoporosis, dada de alta laboral el 03.10.94, actualmente en situación de permiso retribuido. Secuelas: Diestro. Limitación de la movilidad de la muñeca derecha, con una pérdida casi completa de sus arcos de recorrido normales para la flexión palmar, la flexión dorsal, las inclinaciones radial y cubital y la pronosupinación, producida por un importante cuadro doloroso residual y por la existencia de una deformidad ósea postraumática en flexión palmar de los huesos del antebrazo fracturados, visible a la simple inspección; reacción muy dolorosa a la presión y la manipulación a nivel de la muñeca y de los dedos de la mano derecha; Existencia de trastornos tróficos cutáneos en el antebrazo derecho, con edema, tumefacción y cianosis a nivel de la mano; Discreta atrofia de los músculos flexores de la muñeca derecha; cambios postraumáticos antiguos con formación de callos de fractura defectuosamente consolidados a nivel de los tercios distales de cúbito y radio derechos, con desaxación de los ejes de ambos huesos e imágenes de rarefacción en la metáfisis radial distal; Calcificación de partes blandas en cara anterior de extremo distal de radio derecho, sugestiva de osificación postraumática ("miosis osificante"); Osteoporosis difusa y distrofia ósea a nivel de muñeca derecha, sugestivas de Enfermedad de Sudeck (osteoporosis dolorosa postraumática)". - CUARTO.- Que la base reguladora asciende a la suma de: 113.100 pesetas."

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda promovida por doña M.P.G. contra la Empresa “B.S.”, “G.P.”, la “M.G.A.T.”, el INSS, y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que la actora se encuentra en situación legal constitutiva de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, con derecho a pensión vitalicia correspondiente de su base reguladora, condenando a la demandada “M.G.A.T.”, a su abono, en la cuantía, forma y efectos reglamentarios, con las mejoras y revalorizaciones correspondientes. Condenando asimismo al INSS y a la TGSS en sus respectivas responsabilidades. Y absolviendo a la empresa demandada “B.S.”, “G.P.” de todos los pedimentos contenidos en aquélla.”

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

#### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** La demandante fue declarado afecta de lesiones permanentes no invalidantes en vía administrativa, indemnizables según baremo en la cantidad de doscientas cuatro mil pesetas; y disconforme con ello, después de interponer reclamación previa, que ha sido desestimada, formuló demanda postulando el reconocimiento de incapacidad permanente en el grado de total, pretensión que ha sido estimada en la sentencia de instancia, la que declaró a la actora afecta de tal grado de incapacidad, derivada de accidente de trabajo, con derecho a percibir la correspondiente prestación vitalicia, a cuyo abono condenó a la codemandada “M.G.A.T.”, en la cuantía, forma y efectos reglamentarios, con las mejoras y revalorizaciones correspondientes; condenando, asimismo, a los también demandados Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, en sus respectivas responsabilidades y absolviendo a la empresa codemandada; y frente a ésta interpone recurso la Mutua condenada, construyéndolo a través de dos motivos de Suplicación, dedicado el primero a la revisión de hechos probados y destinado el segundo al examen del derecho aplicado.

**SEGUNDO.-** Por el cauce revisor, y con cobertura en el art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, se solicita que el hecho probado tercero de la sentencia recurrida sea modificado en el siguiente sentido: “TERCERO: El 26 de noviembre de 1993 sufrió un accidente de trabajo con fractura de cúbito y radio derecho que fue

tratada quirúrgicamente. Posteriormente realizó tratamiento rehabilitador y tratamiento para osteoporosis. Causó alta el 3 de octubre de 1994 presentando como secuelas: (diestro) limitación de la muñeca derecha en más del 50%”. Se pretende apoyar la revisión en el dictamen de la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades y en los informes emitidos por el especialista traumatólogo Dr. M.C.G., de 3 de octubre de 1994 -folio 37- y 16 de enero de 1995 -folio 63-. No se accede a ello, por cuanto los medios de prueba mencionados carecen de fuerza probatoria para apreciar error de hecho en la valoración probatoria llevada a cabo por el juzgador de instancia, al hacer uso de la facultad que le venía conferida por el art. 97.2 de la Ley Adjetiva Laboral, en relación con el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Siendo de resaltar que el relato judicial combatido no se basa, únicamente, en el informe emitido por el médico Dr. J.R.M.E., como afirma la recurrente, sino que también se han tenido en cuenta por el juzgador de instancia, como por éste se razona en el inciso final del fundamento jurídico de su resolución, en los informes médicos de la Clínica “T., S.L.” y del Dr. S., donde fue tratada la demandante.

**TERCERO.-** En el segundo de los motivos y al amparo del art. 191, letra c), de la Ley Adjetiva Laboral se denuncia infracción, por violación y aplicación indebida del art. 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, por estimar que las secuelas que padece la demandante, como consecuencia del accidente de trabajo, no le impiden realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual de Ayudante de Producción ni le producen una disminución en su rendimiento superior al 33%, por lo que no está incapacitada en grado alguno, ya que la actora conserva integras y sin disminución de movilidad el hombro, codo y los dedos de la mano derecha, por lo que la pequeña merma que padece en la articulación de la muñeca puede ser suplida con las demás articulaciones del brazo que conserva intactas, así como la fuerza; estimando la recurrente que las secuelas estuvieron bien calificadas en vía administrativa; citando diversas sentencias del extinto Tribunal Central de Trabajo y una del Tribunal Superior de Justicia de Madrid; añadiendo que de estimarse por esta Sala que la demandante se encuentra en situación de invalidez permanente, sin duda alguna habrá de ser calificada como incapacidad permanente parcial, y ello haciendo una interpretación excesivamente favorable a los intereses de la parte actora, puesto que en ningún caso le hace tributaria de la total; y termina suplicando que se dicte sentencia estimando el recurso, revocando la recurrida y desestimando la demanda y, subsidiariamente, que se declare que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente

parcial, con derecho a una indemnización de 24 mensualidades de su base reguladora y ordenando en todo caso la devolución de los depósitos consignados por la recurrente para recurrir.

La demandante-recurrente, trabajadora de la empresa codemandada “B.S.”, “G.P.”, con la categoría profesional de ayudante de producción, con ocasión de prestar dichos servicios, sufrió un accidente de trabajo el día 26 de noviembre de 1993, que le produjo fractura desviada y muy conminuta de extremidad distal de radio derecho; fractura abierta de falange distal del dedo pulgar de la mano derecha, con pérdida de la uña y lesión en su matriz; fractura de la base del dedo pulgar de la mano derecha; heridas contusas en tercio medio de la cara posterior del antebrazo derecho. Retirándole osteosíntesis, realizó tratamiento para osteoporosis, dada de alta laboral el 03.10.94, actualmente en situación de permiso retribuido. Secuelas: Diestro. Limitación de la movilidad de la muñeca derecha, con una pérdida casi completa de sus arcos de recorrido normales para la flexión palmar, la flexión dorsal, las inclinaciones radial y cubital y la pronosupinación, producida por un importante cuadro doloroso residual y por la existencia de una deformidad ósea postraumática en flexión palmar de los huesos del antebrazo fracturados, visible a la simple inspección; reacción muy dolorosa a la presión y la manipulación a nivel de la muñeca y de los dedos de la mano derecha; Existencia de trastornos tróficos cutáneos en el antebrazo derecho, con edema, tumefacción y cianosis a nivel de la mano; Discreta atrofia de los músculos flexores de la muñeca derecha; cambios postraumáticos antiguos con formación de callos de fractura defectuosamente consolidados a nivel de los tercios distales de cúbito y radio derechos, con desaxación de los ejes de ambos huesos e imágenes de rarefacción en la metáfisis radial distal; Calcificación de partes blandas en cara anterior de extremo distal de radio derecho, sugestiva de osificación postraumática (“miosisitis osificante”); Osteoporosis difusa y distrofia ósea a nivel de muñeca derecha, sugestivas de Enfermedad de Sudeck (osteoporosis dolorosa postraumática”); y estas lesiones residuales se estima que le producen a la accidentada una disminución no inferior al treinta y tres por ciento en su rendimiento normal para el ejercicio de su profesión habitual, aunque sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma; estando, por ello, comprendido el supuesto litigioso dentro de la normativa prevista en el art. 137.3 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, definidor de la incapacidad permanente parcial, sin que pueda, por tanto, subsumirse en el número 4 del citado precepto, que conceptúa la incapacidad

permanente total; procediendo, por ello, dar acogida a la censura jurídica principal que en el recurso se dirige a la sentencia recurrida, y, asimismo, compartir la tesis que la recurrente sostiene en apoyo de la petición subsidiaria que formula. Por lo que procede revocar la sentencia y, en su lugar dictar un pronunciamiento estimatorio de la petición subsidiaria postulada por la parte recurrente; en consecuencia,

Fallamos

Que estimando, en su petición subsidiaria, el recurso interpuesto por la representación procesal de la “M.G.A.T.” contra la sentencia de fecha veintiuno de junio de mil novecientos noventa y cinco, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de A Coruña, en proceso promovido por doña M.P.G. frente a la recurrente, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa “B.S.”, “G.P.”, con revocación de la misma, y estimando parcialmente la demanda, debemos declarar y declaramos que la actora está afecta de incapacidad permanente parcial, derivada de accidente de trabajo y, en consecuencia, condenamos a la Mutua recurrente a que abone a la actora una indemnización equivalente a veinticuatro mensualidades de la base reguladora de ciento trece mil cien pesetas que asciende a dos millones setecientas catorce mil cuatrocientas pesetas; sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder a los organismos también demandados; y debemos absolver y absolvemos a la empresa codemandada. Hágase devolución a la recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir; dejándose sin efecto el aseguramiento prestado -ingreso del capital coste de la pensión-. Sin imposición de costas.

## **2794 RECURSO N° 4.181/99**

S. S.

**CONCORRENCEA DE CAUSA ECONÓMICA QUE XUSTIFICA A PROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO OBXECTIVO ACORDADO.**

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

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 4.181/99, interpuesto por doña M.C.F.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Santiago.

### Antecedentes de hecho

**PRIMERO.**- Que según consta en autos nº 779/98 se presentó demanda por doña M.C.F.B. en reclamación sobre DESPIDO siendo demandado el la empresa “G.T.I., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 13 de julio 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 prestaba sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada “G.T.I., S.L.”, dedicada a la actividad de Agencia de Viajes y con domicilio en... Santiago, con antigüedad desde el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y uno, con categoría profesional de Auxiliar Administrativa y percibiendo un salario mensual de ciento cincuenta y seis mil novecientas ochenta pesetas (156.980 pts.), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras./ **SEGUNDO.**- Que la actora es accionista minoritaria de la empresa desde 1996./ **TERCERO.**- Que mediante carta de fecha treinta de octubre de mil novecientos noventa y ocho, notificada a la actora en la misma fecha, se le comunicó que la empresa había sufrido pérdidas en el ejercicio de 1996 por importe de dieciséis millones setenta y ocho mil doscientas ochenta y una pesetas (16.078.281 pts.); en 1997 por importe de veintidós millones doscientas cincuenta y nueve mil setecientas treinta ocho pesetas (22.259.738 pts.) y hasta el treinta de septiembre de mil novecientos noventa y ocho por importe de tres millones setecientas setenta y seis mil ochocientas trece pesetas (3.776.813 pts.), por lo que era preciso amortizar su puesto de trabajo. Se adjuntaban cuentas anuales, se ponía a disposición de la actora la cantidad de ciento una mil doscientas sesenta y nueve pesetas (101.269 pts.), en concepto de compensación por falta de concesión del plazo de preaviso de 30 días y se le indicaba que por causa de la situación económica no se podía poner a su disposición la indemnización que le correspondía por importe de setecientas diecisiete mil cuatrocientas cincuenta y cinco pesetas (717.455 pts.)/ **CUARTO.**- Que en la fecha en que se produjo la extinción del contrato, la demandada tenía un saldo en la cuenta..., aperturada en la sucursal del Banco “M.” de esta Ciudad, de cuarenta y una mil cuatrocientas setenta y ocho

pesetas (41.478 pts.); en la cuenta..., aperturada en la misma sucursal y entidad, de quince millones seiscientas veinticinco mil trescientas ochenta y siete pesetas (15.625.387 pts.). A fecha tres de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y en la cuenta..., de treinta y cinco millones de pesetas (35.000.000 pts.)/ **QUINTO.**- Que en fecha diecisésis de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, la demandada tenía un saldo en la cuenta de crédito personal..., aperturada en la Oficina Urbana de... de esta Ciudad, de la entidad “B.”, de –tres millones doscientas veinticuatro mil seiscientas ochenta y seis pesetas (3.224.686 pts.); en la cuenta corriente..., de la misma entidad, oficina y a fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y, de veinticinco mil doscientas setenta y ocho pesetas (25.278 pts.); en la cuenta corriente..., de la misma entidad, oficina y fecha, de un millón doscientas veintidós mil trescientas veintisiete pesetas (1.222.327 pts.); en la cuenta corriente..., de la misma entidad, oficina y fecha, de dos millones quinientas once mil cuatrocientas cincuenta y una pesetas (2.511.451 pts.); en la cuenta corriente... de la misma entidad, oficina y fecha, de 25.865 escudos portugueses; en la cuenta de préstamo personal de la misma entidad, oficina y a fecha uno de octubre de mil novecientos noventa y ocho de –5.808.414 pesetas; en la cuenta corriente..., de la misma entidad, oficina y a fecha once de diciembre de mil novecientos noventa y ocho cero pesetas (0 pts.)/ **SEXTO.**- Que la actora comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la demandada el trece de marzo de mil novecientos noventa y uno, habiendo finalizado su contrato el doce de diciembre de mil novecientos noventa y uno, percibiendo la actora la correspondiente liquidación y suscribiendo el finiquito, sin que conste que posteriormente y hasta el veintitrés de diciembre de mil novecientos noventa y uno volviera a prestar servicios./ **SÉPTIMO.**- Que la empresa “G.T.I., S.L.” se constituyó mediante escritura pública otorgada en fecha seis de octubre de mnn(sic) siete. Tiene por objeto social el ejercicio de las actividades propias de una agencia de viajes mayorista y minorista, podrá programar, organizar y realizar servicios combinados, viajes “a forfait” para su ofrecimiento o venta a otras Agencias y también directamente al público y, en general, todo lo directa o indirectamente relacionado con los fines sociales expresados, participando incluso en suministros al Estado, Regiones Autónomas, Diputación y Municipios./ **OCTAVO.**- Que en Junta General celebrado el 14 de diciembre de 1998 y a la que asistieron tres de sus socios, representando uno de ellos a una cuarta socia y estando representando el 79.035 del capital social, se acordó cambiar el domicilio social de la sociedad a la c... de esta Ciudad, aprobar el

balance de la sociedad cerrado a 31 de agosto de 1998, en el que constaban pérdidas de ejercicios anteriores por importe de treinta y ocho millones trescientas treinta y ocho mil diecinueve pesetas (38.338.019 pts.), cinco millones doscientas setenta y seis mil ochocientas sesenta y cinco pesetas (5.276.865 pts.) de acreedores a largo plazo y ciento cincuenta y seis millones cuatrocientas setenta y ocho mil trescientas diecinueve pesetas (156.478.319 pts.) de acreedores a corto plazo y reducir el capital social en veintinueve millones seiscientas noventa y ocho mil veinte pesetas (29.698.020 pts.), quedando éste fijado en dieciocho millones una mil novecientas ochenta pesetas (18.001.980 pts.), dividido en 4.770 participaciones sociales de tres mil setecientas cuarenta y cuatro pesetas (3.744 pts.) cada una de ellas./ NOVENO.- Que en las cuentas anuales presentadas ante el Registro Mercantil y correspondientes al año 1993, figura un beneficio de ocho millones novecientas cuarenta y nueve mil doscientas treinta y tres pesetas (8.949.233 pts.), empleado en dotar reservas voluntarias. Los sueldos y salarios ascendieron a once millones doscientas trece mil seiscientas ochenta y cinco pesetas (11.213.685 pts.); la Seguridad Social y otros gastos sociales a dos millones ciento dos mil sesenta y una pesetas (2.102.061 pts.) y las ventas en mercado nacional a seiscientas diecinueve millones setecientas noventa y una mil ciento siete pesetas (619.791.107 pts.)./ DÉCIMO.- Que en las cuentas anuales presentadas ante el Registro mercantil y correspondientes al año 1994, figura un beneficio de dos millones doscientas sesenta y tres mil setecientas cuarenta y dos pesetas (2.263.742 pts.), empleado en dotar reservas voluntarias. Los sueldos y salarios ascendieron a dieciséis millones ciento setenta y seis mil veinticinco pesetas (16.176.025 pts.); la Seguridad Social y otros gastos sociales a dos millones seiscientas treinta y cuatro mil cuatrocientas ochenta y nueve pesetas (2.634.489 pts.) y las ventas en mercado nacional a trescientas sesenta y un millones quinientas noventa y tres mil seiscientas diecisiete pesetas (361.593.617 pts.). Se procedió a ampliar el capital social en diez millones de pesetas (10.000.000 pts.), con cargo a reservas voluntarias./ UNDÉCIMO.- Que en las cuentas anuales presentadas ante el Registro Mercantil y correspondientes al año 1995, figura un beneficio de un millón ochocientas noventa y dos mil quinientas treinta y siete pesetas (1.892.537 pts., empleado en dotar reserva legal. Los sueldos y salarios ascendieron a veintitrés millones sesenta y cinco mil seiscientas cinco pesetas (23.065.605 pts.); la Seguridad Social y otros gastos sociales a cuatro millones novecientas noventa y ocho mil trescientas catorce pesetas (4.998.314 pts.) y las ventas en mercado nacional a quinientas treinta y

cuatro millones cuatro mil ochocientas noventa y dos pesetas (534.004.892 pts.)./ DUODÉCIMO.- Que en las cuentas anuales presentadas ante el Registro Mercantil y correspondientes al año 1996, figuran unas pérdidas de dieciséis millones setenta y ocho mil doscientas ochenta y una pesetas (16.078.281 pts.). Los sueldos y salarios ascendieron a veinticinco millones veinticuatro mil ochocientas ochenta y ocho pesetas (25.024.888 pts.); la Seguridad Social y otros gastos sociales a cinco millones doscientas veinte mil novecientas veintitrés mil ciento ochenta y seis pesetas (369.023.186 pts.). Se amplió el capital social a cuarenta y siete millones setecientas mil pesetas (47.700.000 pts.)./ DÉCIMO TERCERO.- Que en las cuentas anuales presentadas ante el Registro Mercantil y correspondientes al año 1997, figuran unas pérdidas de veintidós millones doscientas cincuenta y nueve mil setecientas treinta y ocho pesetas (22.259.738 pts.). Los sueldos y salarios ascendieron a dieciséis millones setecientas cuarenta y cinco mil novecientas noventa y tres pesetas (16.745.993 pts.); la Seguridad Social y otros gastos sociales a tres millones quinientas sesenta mil ciento ochenta y siete pesetas (3.560.187 pts.) y las ventas en mercado nacional a trescientas once mil quinientas setenta y cinco mil doscientas treinta pesetas (311.575.230 pts.)./ DÉCIMO CUARTO.- Que en 1996 el Administrador de la demandada realizó ingresos en diversas cuentas de titularidad de ésta, por importe de ocho millones de pesetas (8.000.000 pts.). En 1997 los ingresos lo fueron por importe de ocho millones quinientas mil pesetas (8.500.000 pts.). En 1998 la esposa del Administrador ingresó en una cuenta de titularidad de la demandada la cantidad de dos millones de pesetas (2.000.000 pts.)./ DÉCIMO QUINTO.- Que desde el uno de abril de mil novecientos noventa y seis hasta el treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho el representante de la demanda no recibió abono alguno en sus cuentas ordenado por "G.T.I., S.L.", habiendo recibido cantidades por cuenta de aquélla, en las que se practicaron retenciones sobre IRPF en los siguientes ejercicio y por los siguientes importes: en 1992 cuatro millones quinientas ochenta mil cuatrocientas veinte pesetas (4.580.420 pts.); en 1994 seis millones seiscientas catorce mil trescientas setenta y nueve pesetas (6.614.379 pts.); en 1995 cuatro millones trescientas cuarenta y ocho mil cuatrocientas ocho pesetas (4.348.408 pts.); en 1996 tres millones seiscientas setenta y tres mil setecientas noventa pesetas (3.673.790 pts.); y en 1997 dos millones ciento sesenta y siete mil doscientas treinta y seis pesetas (2.167.236 pts.)./ DÉCIMO SEXTO.- Que a partir de julio de 1998 la Asesoría que presta servicios para la demandada procedió a reducir temporalmente el importe de sus

honorarios en la cantidad de diecinueve mil quinientas pesetas (19.500 pts.) mensuales./ DÉCIMO SEPTIMO.- Que en fecha 1 de junio de 1994 el representante de la demandada procedió a suscribir contrato de arrendamiento de un local comercial sito en...de esta Ciudad, de unos 210 metros cuadrados de extensión, con duración de cinco años y por una renta mensual de trescientas cuarenta mil pesetas (340.000 pts.) más IVA, pagaderas por mensualidades adelantadas, incrementadas cada año según el índice de la vida, contrato que fue resuelto el 1 de diciembre de 1998, con pérdida del depósito de dos mensualidades en su día prestado./ DÉCIMO OCTAVO.- Que en fecha 1 de diciembre de 1998 el representante de la demandada y la empresa "I.I.G.S."(sic) suscribieron contrato de arrendamiento de local sito en la c/..., por término de un año y por una renta mensual de ciento veinticinco mil pesetas (125.000 pts.), más IVA./ DÉCIMO NOVENO.- Que el administrador de la demandada solicitó del "B.E.C., S.A.", en fecha 18 de octubre de 1998, la renegociación de préstamos y reducción y cancelación de avales, con su garantía personal, siendo desestimada su petición en fecha 22 de octubre de 1998./ VIGÉSIMO.- Que el representante de la demandada obtuvo de un primo suyo un préstamo a cinco meses de plazo y al 6% de interés, por importe de diez millones de pesetas (10.000.000 pts.), que fue ingresado, en tres cheques, en cuenta corriente de titularidad de la demandada en fechas comprendidas entre el 25 de marzo de 1998 y el 13 de mayo de 1998./ VIGÉSIMO PRIMERO.- Que en fecha 1 de marzo de 1991 don A.R.M., representante de la demandada, suscribió, en nombre propio, con la empresa "E., S.A.", contrato de colaboración como asesor profesional y técnico en Agencias de Viajes, Hoteles y Empresas del sector turístico a fin de asesorar, desarrollar y elaborar en colaboración con el equipo de "E., S.A." de análisis funcionales como soporte de la información de las necesidades de este sector para que los aplicativos se ajustaran lo más posible a lo que demanda el mercado y prestando asesoramiento comercial como captador de clientes y como apoyo técnico en las demostraciones y asesor de campañas, seminarios, etc./ VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que D. A.R.M. es Administrador único de la Sociedad Limitada "T.E. y O.S.", constituida mediante escritura pública otorgada ante el notario de Santiago don I.S.M., en fecha 19 de abril de mil novecientos noventa y seis. Sus socios con el citado don A.R.M. y su esposa doña M.C.A.M.; su capital social de quinientas cincuenta mil pesetas (550.000 pts.), dividido en 55 participaciones sociales, divididas entre los socios a razón de 53 y 2 respectivamente. El objeto social es la realización de actividades de

asesoramiento financiero y empresarial, de estudios económicos y comerciales, consultoría de empresa gestión y organización financiera, contable, fiscal e informática, formación de empresas o particulares; la compraventa, importación y exportación de artículos de escritorio, papelería, librería, fotografía, oficina, muebles, artículos de tocador y perfumería, relojes, joyería, prendas de vestir, calzado, artículos de cuero, artículos de hogar, cuadros y figuras decorativas de porcelana o de cualquier otro material; la producción, organización, realización, comercialización, explotación y patrocinio de congresos, eventos culturales y deportivos, parques y recintos feriales; la producción, realización, distribución y exhibición de películas comerciales, publicitarias, culturales e industriales, y videos; la compraventa y desarrollo de software y hardware, equipos informáticos, suministros y producción tecnológicos; prestación de servicios de gestión comercial y administrativa de hoteles, cadenas hoteleras, compañías aéreas y touroperadores. La Sociedad podrá participar en relación con los fines sociales expresados, en suministros al Estado, Comunidades Autónomas, Diputaciones y Municipios. Si las disposiciones legales exigen algún título profesional para el ejercicio de alguna actividad comprendida en el objeto social, se realizará por medio de persona que ostente la requerida titulación. Las actividades integrantes del objeto social pueden ser desarrolladas total o parcialmente de modo indirecto, mediante la titularidad de acciones o de participaciones en sociedades con objeto idéntico o análogo. Su domicilio social se fijó en Santiago de Compostela, Polígono Industrial del Tambre.../ VIGÉSIMO TERCERO.- Que en fecha 30 de septiembre de 1996 el representante de la demandada "G.T.I." vendió la finca de titularidad de aquella sita en Santiago, Polígono Industrial del Tambre... por importe de doce millones de pesetas (12.000.000 pts.) a don E.A.M./ VIGÉSIMO CUARTO.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores./ VIGÉSIMO QUINTO.- Que en fecha 27 de noviembre de 1998 tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el S.M.A.C. de Santiago, con el resultado de celebrado sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda formulada por doña M.C.F.B., contra la empresa "G.T.I., S.L.", debía declarar y declaraba la extinción del contrato que vinculaba a las partes, con la obligación para la demandada de abonar a la actora la indemnización por extinción de contrato por importe de setecientas diecisiete mil cuatrocientas cincuenta y cinco pesetas (717.455

pts.), que en su día no se puso a su disposición y la cantidad de ciento una mil doscientas sesenta y nueve pesetas (101.269 pts.), en concepto de indemnización por falta de preaviso, si la actora no la hubiera ya percibido.”

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia desestima la demanda sobre despido objetivo y declara la extinción del contrato que vinculaba a las partes con la obligación para la demandada de abonar a la actora la indemnización por extinción de contrato por importe de 717.455 Pts y la cantidad de 101.269 Pts en concepto de indemnización por falta de preaviso. Dicha resolución es recurrida por la actora para pedir la revisión de los hechos declarados probados y para denunciar la infracción de normas sustantivas.

Se pretende en primer lugar la modificación del ordinal cuarto en el sentido de que además del saldo bancario de las cuentas, la demandada había adquirido el día 26 de octubre de 1998, con cargo a la cuenta..., de dicha entidad activos financieros por importe de 59.891.457 Pts, quedando redactado dicho hecho probado cuarto de la siguiente manera: “CUARTO.- En la fecha en que se produjo la extinción del contrato, la demandada tenía un saldo en la cuenta..., aperturada en la sucursal del Banco “M.” de esta ciudad, de cuarenta y una mil cuatrocientas setenta y ocho pesetas (41.478 pts.); en la cuenta..., aperturada en la misma sucursal y entidad, de quince millones seiscientas veinticinco mil trescientas ochenta y siete pesetas (15.625.387 pts.). En la misma fecha en que se produjo la extinción del contrato, la demandada tenía valores o activos financieros por valor de CINCUENTA Y NUEVE MILLONES OCHOCIENTAS NOVENTA Y UNA MIL CUATROCIENTAS CINCUENTA Y SIETE PESETAS (59.891.457 pts.), adquiridos en fecha 26 de octubre de 1998 con cargo a la cuenta..., de dicha entidad. A la fecha 3 de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y en la cuenta..., de treinta y cinco millones de pesetas (35.000.000 pts.)”. A fecha 3 de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y en la cuenta..., de treinta y cinco millones de pesetas (35.000.000 pts.)”.

Petición que no se acepta, dado que se basa en unos meros apuntes contables de la citada cuenta que constan en unas hojas sin sello de la respectiva entidad bancaria ni firma autorizada

que constate su autenticidad y que al carecer de la condición de documentos no sirven para modificar un hecho probado que fue redactado en base a una certificación expedida por el propio Banco (folio 19 de los autos) que, además, hace referencia a que los saldos certificados están referidos al día 15 de diciembre de 1998.

Se postula también la modificación del ordinal décimo cuarto para que se haga constar que no consta acreditado la identidad de quien efectuó el ingreso de tres millones de pesetas de fecha 28 de febrero de 1997 en “C.G.”, ni tampoco se ha acreditado quien fuese la persona que ingresó los cheques por importe de un millón quinientas mil pesetas y dos millones de pesetas el día 21 de marzo de 1997 en “B.”. Por lo que dicho hecho probado debe quedar redactado de la siguiente manera: “DÉCIMO CUARTO.- que en 1996 el administrador de la demandada realizó ingresos en diversas cuentas de titularidad de ésta, por importe de ocho millones de pesetas (8.000.000 pts.). En 1997 el administrador de la demandada realizó ingresos en cuenta de titularidad de ésta, por importe de DOS millones de pesetas (2.000.000 pts.). En este mismo año 1997, constan ingresos en cuentas de la demandada por importe de otros SEIS MILLONES QUINIENTAS MIL PESETAS (6.500.000 pts.) SIN QUE CONSTE LA IDENTIDAD DE QUIÉN HUBO REALIZADO DICHOS INGRESOS. En 1998 la esposa del Administrador ingresó en una cuenta de titularidad de la demandada la cantidad de dos millones de pesetas (2.000.000 pts.)” Que en el Balance de situación al 31 de agosto de 1998, elaborado por el Administrador de la Sociedad demandada no figura como acreedor por las cantidades que se afirman ingresadas en 1996, 1997 y 1998 ni el Sr. Administrador ni su esposa, figurando en el capítulo “otras deudas no comerciales” únicamente la cantidad de 2.069.997 de pesetas como pasivo en el epígrafe “otros acreedores no comerciales.”

Que en 1996 el administrador de la demandada realizó ingresos en diversas cuentas de titularidad de ésta, por importe de ocho millones de pesetas (8.000.000 pts.). En 1997 los ingresos lo fueron por importe de ocho millones quinientas mil pesetas (8.500.000 pts.). En 1998 la esposa del Administrador ingresó en una cuenta de titularidad de la demandada la cantidad de dos millones de pesetas (2.000.000 pts.)”.

Como la finalidad no es otra que dejar constancia de que se desconoce quien fue el que ingresó parte de aquellos depósitos, ha de venir rechazado de plano, al basarse en la misma prueba que sirvió de base para que el Juzgador de instancia obtuviese la convicción de que fueron realizados

por el Administrador en los años 1996 y 1997 y por la esposa en el año 1998.

Se propone, así mismo, la modificación del hecho décimo quinto para que quede redactado como sigue: “DÉCIMO QUINTO.- Que desde el uno de abril de mil novecientos noventa y seis hasta el treinta de junio de mil novecientos noventa y ocho el representante de la demandada no recibió abono alguno en sus cuentas de “B.” ordenado por “G.T.I., S.L.”, habiendo recibido cantidades por cuenta de aquélla, en las que se practicaron retenciones sobre IRPF en los siguientes ejercicios y por los siguientes importes: en 1992 cuatro millones quinientas ochenta mil cuatrocientas veinte pesetas (4.580.420 pts.); en 1994 seis millones seiscientas catorce mil trescientas setenta y nueve pesetas (6.614.379 pts.); en 1995 cuatro millones trescientas cuarenta y ocho mil cuatrocientas ocho pesetas (4.348.408 pts.); en 1996 tres millones seiscientas setenta y tres mil setecientas noventa pesetas (3.673.790 pts.); y en 1997 dos millones ciento sesenta y siete mil doscientas treinta y seis pesetas (2.167.236 pts.”).

La misma suerte de rechazo que los motivos precedentes ha de seguir la modificación solicitada que pretende deducir, de la lectura de los folios que cita, que sólo en una concreta entidad bancaria –“B.”– no efectuaron ingresos, por lo que –añade el recurrente– no se puede extrapolar al resto de las cuentas en otras entidades financieras. La propia argumentación esgrimida para revisar conduce a su fracaso, pues es sabido que sólo puede accederse a la modificación fáctica con el apoyo de prueba documental o pericial, no siendo válidas operaciones deductivas más o menos lógicas.

Además de las revisiones propuestas, se postulan tres adiciones del siguiente tenor literal: “VIGÉSIMO-SEXTO.- Que en el balance provisional del año 1998 (período de 01.01.98 a 31.08.98) figura la cantidad de VEINTE MILLONES NOVECIENTAS OCIENTA Y SIETE MIL SETECIENTAS TRES PESETAS en la cuenta 215 como saldo deudor en concepto de aplicaciones informáticas./ Que, asimismo, en el balance provisional del año 1998 (período de 01.01.98 a 31.08.98) figura la cantidad de DOCE MILLONES QUINIENTAS CUARENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTAS DIECISIETE PESETAS en la cuenta 227 como saldo deudor en concepto de equipos procesos de información./ En el Memorándum confidencial “para accionistas” procedente de “dirección” de fecha jueves, 20 de noviembre de 1997, cuyo concepto es “informe situación empresa” se hace figurar textualmente en el punto 6 de las acciones necesarios:/ “6. Terminación del programa

informático y su aplicación al 100%./ A mediados de abril de 1998 está prevista la terminación de la aplicación TURNET. El objetivo es conseguir la comercialización de la misma en ese año. En caso contrario se debe proceder a rebajar en lo posible el gasto en ese proyecto”. “VIGÉSIMO-SÉPTIMO.- Que desde antes de que se produjera la extinción contractual, las relaciones entre la actora y el Administrador de la demandada se habían ido deteriorando profundamente en el ámbito SOCIETARIO, siendo malas las relaciones entre ambos.”. “VIGÉSIMO OCTAVO.- Que la Dirección de la Empresa demandada propuso a finales de 1997, al objeto de contener el gasto substituir labores de asesoría externa por incremento y potenciación de la labor del departamento administrativo, estableciendo incentivos económicos al personal; y que la actora venía disfrutando ya desde el año 1994 de tales incentivos económicos.”

En los casos de la primera y última adición carecen de transcendencia por lo que a continuación se dirá al analizar la cuestión jurídica y en el caso restante porque tal afirmación está basada en conjeturas, y es ocioso recordar que el error imputado al Juez “a quo” ha de ser claro patente y emanado directamente de un documento o pericia, con radical exclusión de cualquier otro medio de prueba y sin que sea válido la mera conjeta u operaciones deductivas más o menos lógicas.

SEGUNDO.- En el examen del derecho aplicado se denuncia la infracción por aplicación incorrecta del artículo 52.c) en relación con el 51.1 y 53.5 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto refundido del estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que la génesis de la supuesta crisis se encuentra fuera de la empresa, en proyectos informáticos desarrollados de modo extraestatutario desde el momento en que se constituyen actividades ajenas al objeto social y a la actividad comercial de la empresa; que la demandada no acreditó que medidas correctoras, tendentes a superar la crisis, iba a tomar o estaba aplicando; y que la extinción contractual de la actora – despidio a juicio de la recurrente – se produce no por circunstancias económicas sino por enfrentamiento de la actora con el administrador de la demandada en sede societaria. El artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores dispone que el contrato de trabajo podrá extinguirse “cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 del mismo texto legal...” Por su parte el citado artículo 51 prescribe que “se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas

económicas, técnicas, organizativas o de producción..." explicando a continuación que "se entenderá que concurren las causas a que se refiere el artículo cuando la adopción de las medidas propuestas contribuya, si las aducidas son económicas, a superar una situación económica negativa de la empresa...".

Reiterada doctrina del Tribunal Supremo, citamos, entre otras muchas la de 24 de abril de 1996(RJ 1996, 5.297) y la de 14 de junio de 1996 (RJ 1996, 5.162) ha declarado que el despido por motivos económicos descrito en el artículo 51.1 al que remite el artículo 52.c), ambos del Estatuto de los Trabajadores, se integra de tres elementos: a) El primer elemento es la concurrencia de una causa o factor desencadenante que incide de manera desfavorable en la rentabilidad de la empresa -situación económica negativa, que no ha de ser irreversible necesariamente, pudiendo ser superable- o en su eficiencia, carencia o necesidad de una más adecuada organización de los recursos; b) El segundo elemento es la amortización de uno o varios puestos de trabajo, pudiendo consistir en la supresión total o en la mera reducción de la plantilla, en este segundo caso puede tratarse de un plan de recuperación del equilibrio de la empresa, pudiendo acompañarse de otras medidas encaminadas a superar la situación negativa o a procurar una más adecuada organización de los recursos y c) El tercer elemento, cuando la medida viene dada por la negativa situación económica, es que la adopción de la medida extintiva contribuya a garantizar la viabilidad futura de la empresa.

No ofrece la menor duda de que en el presente caso la extinción de la relación laboral de la actora se debe a causas económicas, en concreto las pérdidas sufridas durante los ejercicios 1996 que arrojó unos resultados negativos por importe de 16.078.281 Pts; en el año 1997 por importe de 22.259.738 Pts y hasta el 30 de septiembre de 1998 que ascendían a 3.776.813 Pts. Siendo indiscutible también que a lo largo de las presentes actuaciones ha quedado plenamente demostrado la concurrencia y realidad de esa situación económica de la empresa, sin que por su parte la actora haya, siquiera, reproducido en el recurso las mismas alegaciones hechas en la instancia y que el Juez, con acertado criterio ha rechazado, sino que introduce nuevas alegaciones como atribuir la situación negativa al hecho de haber invertido ingentes cantidades de dinero en un desarrollo informático que no se correspondía con el objeto social ni con la actividad comercial de la empresa, cuando en la instancia lo alegado fue que el administrador de la empresa y su esposa constituyeron una sociedad para obtener beneficios del desarrollo de un programa informático a costa de la empresa demandada, o

la más sorprendente de señalar que la extinción contractual de la actora, en realidad es un despido porque se produce, no por circunstancias económicas, sino por enfrentamiento de la actora con el administrador de la demandada en la sede societaria.

Por otro lado ha quedado acreditado en hechos probados que ni siquiera han venido combatidos por la recurrente, que la dirección de la empresa, aún antes del cese de la demandante, ha adoptado una serie de medidas encaminadas a superar la situación económica negativa que se cernía sobre la empresa, sirvan a título de ejemplo, el ingreso de las cantidades que se consignan en el ordinal 14 de la resolución recurrida, realizadas por el administrador y su esposa en cuentas de la sociedad tratando de dotarla de liquidez; la supresión de las cantidades que, en concepto de retribución venía percibiendo el administrador (hecho 15); la reducción del capital social de la empresa a que se alude en el hecho probado octavo; la reducción de gastos de alquiler originada por el cambio de oficina que supuso un ahorro en la renta (hechos 17 y 18); la reducción de gastos de Asesoría (hecho 16); la consecución y obtención de préstamos de familiares destinados a dar liquidez a la sociedad (hecho 20) e incluso el intento por parte de los órganos directivos de la empresa de renegociar la deuda existente con entidades bancarias.

En consecuencia, resulta patente e incuestionable la existencia y realidad de la causa económica justificadora de la extinción del contrato de la actora, debido a las elevadas pérdidas que experimentó la sociedad demandada durante los ejercicios 1996, 1997 y durante el señalado período de 1998, así como la adopción de otras medidas llevadas a cabo por la dirección de la empresa para tratar de paliar aquella situación negativa, por lo que debe entenderse que el cese de la trabajadora demandante acordado por la empresa demandada contribuye, directa y adecuadamente, a superar aquella mala situación económica. Por lo expuesto y razonado,

Fallamos

Que con desestimación del recurso de Suplicación interpuesto por doña M.C.F.B. contra la sentencia de fecha trece de julio de mil novecientos noventa y nueve dictada por el Juzgado de lo Social número uno de Santiago, en autos seguidos a instancia de la recurrente frente a la empresa "G.T.I., S.L." sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

**2795 RECURSO N° 3.636/99**

S. S.

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE POR  
EXTINCIÓN EXTEMPORÁNEA DE  
CONTRATO TEMPORAL CONCLUIDO EN  
FRAUDE DE LEI.**

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

A Coruña, a veintisiete de octubre 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 3.636/99 interpuesto por la empresa “C.B., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 303/99 y acumulados, 317/99, 318/99 y 320/99 se presentó demanda por don A.S.S.S., doña M.M.G.A., doña M.M.S. y doña M.J.S.S. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa “C.B., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de junio de 1999 por el Juzgado de referencia que ESTIMÓ la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Que don A.S.S.S. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada “C.B., S.A.”, dedicada a la actividad de platos cocinados y precocinados en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en abril de 1995, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y cinco, teniendo por objeto el contrato la limpieza de 60 toneladas de pota./ SEGUNDO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en julio de 1995, para la prestación de servicios como peón, con idéntica

categoría profesional, a partir del diez de julio de mil novecientos noventa y cinco, teniendo por objeto el contrato la limpieza de 100 toneladas de pota./ TERCERO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en diciembre de 1995, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del dos de enero de mil novecientos noventa y seis, teniendo por objeto el contrato la duración de cámaras y almacenes de la empresa./ CUARTO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en enero de 1996, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del ocho de enero de mil novecientos noventa y seis, teniendo por objeto la limpieza de 300 toneladas de pota./ QUINTO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en mayo de 1996, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis, teniendo por objeto la elaboración de 110 toneladas de chipirón./ SEXTO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en junio de 1997, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del cinco de junio de mil novecientos noventa y siete, teniendo por objeto la limpieza de 40 toneladas de pota./ SÉPTIMO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en noviembre de 1997, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del once de noviembre de mil novecientos noventa y siete, teniendo por objeto la elaboración de cien toneladas de precocinados./ OCTAVO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en febrero de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto la elaboración de cincuenta toneladas de calamar a la romana./ NOVENO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en mayo de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto la elaboración y envasado de 90 toneladas de gamba y 20 toneladas de mejillón rebozado./ DÉCIMO.- Que el actor suscribió nuevo contrato con la

demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en enero de 1999, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y nueve, teniendo por objeto el contrato la fabricación de 100 toneladas de anilla rebozada./ **DÉCIMO PRIMERO.**- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en febrero de 1999, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve, teniendo por objeto el contrato la elaboración de 80 toneladas de calamar a la romana./ **DÉCIMO SEGUNDO.**- Que el actor suscribió nuevo contrato con la demandada de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en marzo de 1999, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, teniendo por objeto el contrato la elaboración de 40 toneladas de calamar a la romana./ **DÉCIMO TERCERO.**- Que el actor cumplió el servicio militar entre el 12 de agosto de mil novecientos noventa y seis y el doce de mayo de mil novecientos noventa y siete y sufrió un accidente de tráfico el seis de marzo de mil novecientos noventa y nueve, ocasionándose fractura de cabeza de radio izquierdo, permaneciendo de baja médica en el día de hoy./ **DÉCIMO CUARTO.**- Que don A.S.S.S. permaneció de alta en la Seguridad Social, en los siguientes períodos: del veinticuatro de abril de mil novecientos noventa y cinco al ocho de junio de mil novecientos noventa y cinco, del diez de julio de mil novecientos noventa y cinco al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, del dos de enero de mil novecientos noventa y seis al cinco de enero de mil novecientos noventa y seis, del ocho de enero de mil novecientos noventa y seis al veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y seis, del veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis al treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y seis, del cinco de junio de mil novecientos noventa y siete al siete de noviembre de mil novecientos noventa y siete, del once de noviembre de mil novecientos noventa y siete al veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho, del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho al veintisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho, del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho al veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve, del veinticinco de enero de mil novecientos noventa y nueve al tres de febrero de mil novecientos noventa y nueve, del ocho de febrero de mil novecientos noventa y nueve al diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve y del

ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve al diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y nueve./ **DÉCIMO QUINTO.**- Que Dña. M.M.S. comenzó a prestar servicios pro cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada “C.B., S.A.”, dedicada a la actividad de platos cocinados y precocinados, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en noviembre de 1997, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del once de noviembre de mil novecientos noventa y siete, teniendo por objeto el contrato la limpieza de 150 toneladas de pota y vaina, siendo dada de baja en la Seguridad Social el veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho./ **DÉCIMO SEXTO.**- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en febrero de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto el contrato el eviscerado y limpieza de 200 toneladas de cefalópodos, siendo dada de baja en la Seguridad Social el veintisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho./ **DÉCIMO SÉPTIMO.**- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en mayo de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto el contrato el eviscerado y limpieza de 170 toneladas de plancha y potón peruano, siendo dada de baja en la Seguridad Social el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho./ **DÉCIMO OCTAVO.**- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en diciembre de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto el contrato la limpieza de 150 toneladas de vaina de Nueva Zelanda, siendo dada de baja en la Seguridad Social el diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve/ **DÉCIMO NOVENO.**- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en febrero de 1999, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y nueve./ **VIGÉSIMO.**- Que doña. M.M.G.A. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada “C.B., S.A.”, dedicada a la a

actividad de platos cocinados y precocinados, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en noviembre de 1997, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del once de noviembre de mil novecientos noventa y siete, teniendo por objeto la limpieza de 150 toneladas de pota y vaina, siendo dada de baja en la Seguridad Social el veintisiete de febrero de mil novecientos noventa y ocho./ VIGÉSIMO PRIMERO.- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en marzo de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto el eviscerado y limpieza de doscientas toneladas de cefalópodos, siendo dada de baja en la Seguridad Social el veintisiete de abril de mil novecientos noventa y ocho./ VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en mayo de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del cuatro de mayo de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto la limpieza y eviscerado de 170 toneladas de plancha y potón peruano, siendo dada de baja en la Seguridad Social el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho./ VIGÉSIMO TERCERO.- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en diciembre de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del ocho de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto la limpieza de 150 toneladas de vaina de Nueva Zelanda, siendo dada de baja en la Seguridad Social el diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve./ VIGÉSIMO CUARTO.- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en febrero de 1999, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y nueve, teniendo por objeto el corte, eviscerado y la limpieza de 40 toneladas de potón./ VIGÉSIMO QUINTO.- Que doña M.J.S.S. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa demandada "C.B., S.A.", dedicada a la actividad de platos cocinados y precocinados, en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, suscrito en mayo de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica

categoría profesional, a partir del once de mayo de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto el contrato la limpieza de 50 toneladas de plancha y potón peruano, siendo dada de baja en la Seguridad Social el catorce de agosto de mil novecientos noventa y ocho./ VIGÉSIMO SEXTO.- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en agosto de 1998, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del diecisiete de agosto de mil novecientos noventa y ocho, teniendo por objeto el contrato el empacado de 50 toneladas de alas 12 x 1, siendo dada de baja en la Seguridad Social el diecisiete de febrero de mil novecientos noventa y nueve./ VIGÉSIMO SÉPTIMO.- Que la actora suscribió con la demandada nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, en febrero de 1999, para la prestación de servicios como peón, con idéntica categoría profesional, a partir del veintidós de febrero de mil novecientos noventa y nueve, teniendo por objeto el contrato el corte eviscerado y limpieza de 40 toneladas de potón./ VIGÉSIMO OCTAVO.- Que don A.S.S. percibía un salario mensual de noventa y tres mil seiscientas noventa pesetas (93.690 pts), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras y las otras tres actoras de noventa mil trescientas veinte pesetas (90.320 pts), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras./ VIGÉSIMO NOVENO.- Que en fecha dieciséis de abril de mil novecientos noventa y nueve la empresa notificó a las tres actoras y no a D. A.S.S. el fin de contrato y percibieron a la finalización del último contrato, las correspondientes liquidaciones, suscribiendo los finiquitos./ TRIGÉSIMO PRIMERO.- Que los actores no han ostentado la condición de representantes legales o sindicales de los trabajadores, en el año inmediatamente anterior a la fecha del cese./ TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Que don A.S.S. presentó papeleta demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Santiago en fecha veinte de abril de mil novecientos noventa y nueve, celebrándose el correspondiente acto en fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve, con el resultado de celebrado sin avencencia./ TRIGÉSIMO TERCERO.- Que las otras tres actoras presentaron las correspondientes papeletas demanda de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, en fecha veintiséis de abril de mil novecientos noventa y nueve, celebrándose los

correspondientes actos en fecha seis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, con el resultado de celebrados sin avenencia.

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la excepción de caducidad de la acción formulada por la representación de “C.B., S.A.”, con respecto a la acción ejercitada por D. A.S.S.S. y estimando las demandas formuladas por don A.S.S.S., doña. M.M.G.A., doña. M.M.S. y doña. M.J.S.S. contra la empresa “C.B., S.A.”, debía declarar y declaraba la improcedencia de los despidos de los actores, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte, en término de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de la sentencia, entre readmitir a los actores en sus puestos de trabajo y en las mismas condiciones que tenían antes de los despidos o abonarles las siguientes cantidades, en concepto de indemnización por despido: a don A.S.S.S. la de quinientas cuarenta y siete mil quinientas nueve pesetas (547.509 pts); a doña. M.M.S. y doña. M.G.A. la de ciento noventa y tres mil ciento treinta y tres pesetas (193.133 pts)a cada una de ellas, y a doña. M.J.S.S. la de ciento veinticinco mil setecientas noventa y cinco pesetas (125.795 pts), y a que les abone, en todo caso, en concepto de salarios de tramitación y A CADA UNA DE LAS TRES ULTIMAS ACTORAS la cantidad de ciento treinta y ocho mil quinientas seis pesetas (138.506 pts), devengada hasta el día de la fecha, más el haber diario de tres mil once pesetas (3.011 pts) desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia, sin que proceda hacer abono de cantidad alguna, en concepto de salarios de tramitación a don A.S.S.S., por encontrarse suspendido su contrato de trabajo, y debiendo de posponerse la readmisión de éste, si la empresa opta por ello, hasta el momento en que cause alta médica”.

**CUARTO.-** La anterior Sentencia fue aclarada por Auto de fecha 7 de junio de 1999 del siguiente tenor literal: “Que debía aclarar y aclaraba el Hecho Probado 29 en el sentido de que debe decir: “...y percibió doña. M.J.S.S. en la finalización del último contrato la correspondiente liquidación, suscribiendo el finiquito”. Manteniéndose todos los demás pronunciamientos de la sentencia.

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

Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** Recurre la empresa demandada en solicitud de la revocación de la Sentencia de Instancia y de que las demandas sean desestimadas, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L. interesa la revisión del H.P. 29 (motivo 1º) y denuncia la infracción del art. 103.1 L.P.L. (motivo 2º) y de la doctrina en torno al fraude en la contratación, aduciendo concretas sentencias del T.S. y de T.S.J. y que se está en presencia de una extinción de contratos “por finalización de la obra y no ante un despido” (motivo 3º).

**SEGUNDO.-** Se interesa que el H.P. vigésimo noveno se modifique de modo que pase a declarar probado lo siguiente: “En fecha 17 de marzo don A.S.S.S. cesó como trabajador de la empresa “C.B., S.A.” y percibió la liquidación, y el 16.04.99 la empresa notificó a las 3 actoras el fin de contrato y percibieron a la finalización del último contrato, las correspondientes liquidaciones, suscribiendo los finiquitos”. Está revisión plantea la procedencia de declarar probado, por una parte, que el actor Sr. S. cesó definitivamente en la empresa el 17.03.99; y de otra, que en 16.04.99 la empresa notificó a las 3 actoras el fin de contrato y percibieron liquidaciones... Esta última petición revisora resulta inviable de plano, pues si bien coincide con el texto que inicialmente se contenía en el H.P. 29, el mismo fue objeto de aclaración (Auto dictado el 7/6/99), pasando el texto probado a declarar que percibió liquidación y suscribió finiquito solamente doña. M.J.S.S.; y de esta referida declaración probada no se pide revisión con fundamento en el pertinente documento o pericia, que al constituir exigencia legal ineludible (arts. 191.b) y 194 L.P.L.) provoca la inviabilidad de la petición revisora.

**TERCERO.-** En lo que atañe a la pretensión de que se declare probado que el actor Sr. S. cesó en la empresa, con liquidación por ello, en fecha 17.03.99, también resulta inviable por las siguientes consideraciones: 1) El Juzgador de Instancia ostenta facultades de valoración de las pruebas (art. 97.2 L.P.L.), y solo un patente error en tal valoración, revelada a través de especialmente fiable prueba documental o pericial, permite revisar los hechos que aquel declaró en base a la prueba practicada y a su imparcial criterio. 2) En el caso presente, el Juzgador de Instancia, declarando probado que el Sr. S.S. vino prestando servicios de forma ininterrumpida para la empresa desde la suscripción del contrato inicial salvo durante la prestación del Servicio Militar (H.P. 3º), razona en el Ftº. Jurídico 1º de la sentencia recurrida acerca del H.P. 29 lo siguiente: “...por lo que no resulta comprensible que la demandada le diera

de alta en la S.S. en el período comprendido entre el 8 y el 17.03.99, pretendiendo que en esta última fecha finalizó el contrato... siendo más creíble la versión del actor, ratificada por los testigos, de que se le concedió un período de vacaciones de 15 días y que ante el cese del resto de las actoras, acudió a los Servicios de la T.G.S.S., dándose cuenta de que había sido dado de baja unilateralmente por la demandada, sin conocimiento por su parte, sobre todo si se tiene en cuenta que, a través de la testifical prestada se deduce que el actor desde la suscripción del primer contrato... prestó servicios de forma ininterrumpida...”.

Y 3) La invocaciones documentales del recurso y sus argumentos en orden a justificar la revisión del H.P. 29 no desvirtúan la valoración del Juzgador de Instancia y su criterio imparcial al efecto, no revelando error alguno por su parte. Y es que si bien el actor aparece firmando la comunicación de fin de contrato efectuada el 12.02.99, para el día 17 siguiente, y la nómina-liquidación del mismo por el período entre el 8 y el 17.02.99, así como el parte de alta en S.S. de fecha 08.03.99 y el contrato de trabajo para prestar servicios desde el 08.03.99 (Folios 281 y siguientes), nada de esto desvirtúa el fundamento probatorio y las razones en virtud de las cuales el Juzgador de Instancia declara en el H.P. 29 lo que aparece en la Sentencia recurrida, y que ya anteriormente quedaron consignadas, pretendiéndose meramente en el recurso sustituir el imparcial criterio Judicial por el interesado de la parte. Sólo puntualizar al respecto: A) por un lado, que en el recurso ni siquiera se impugna el H.P. 31, que declara que el actor de que se habla prestó servicios sin cesar en ningún momento desde la suscripción del primer contrato (salvo el período de prestación del Servicio militar), lo que pone de relieve que los numerosos contratos que se suscribieron, con días que mediaban entre los mismos, y las altas y bajas habidas entre ellos (H.P. 14) respondían a una mera apariencia no real, en cuyo contexto también ha de enmarcarse tanto la comunicación de fin de contrato para el 17.02.99 y su liquidación, como el contrato de 08.03.99 y la liquidación al 17 de marzo; B) Por otro, que consta que el actor sufrió un accidente de tráfico el 06.03.99, permaneciendo de baja médica a la fecha de la Sentencia de Instancia (H.P. 13), de tal manera que carece de todo sentido suscribir realmente con él un contrato de trabajo temporal para prestar servicios del 8 al 17.03.99 y su alta en la S.S. por derivación de ello; y C) Finalmente, que en el contexto acreditado de la relación de servicios permanente y continuada que del actor da por acreditada la Sentencia recurrida y ofreciendo la suscripción de los contratos meras y desacreditadas apariencias formales, tiene pleno sentido y oportuno apoyo

probatorio, incluso en testifical inmediada por el Juzgador de Instancia, lo que deja sentado la sentencia recurrida en su Ftº. Jurídico primero: “siendo más creíble la versión del actor, ratificada por los testigos, de que se le concedió un período de vacaciones de 15 días y que, ante el cese del resto de las actoras, acudió a los Servicios de la T.G.S.S...”.

En definitiva, la revisión que del H.P. vigésimo noveno se pretende en el recurso resulta inacogible por las razones expuestas en este Ftº. y en el precedente.

**CUARTO.-** Denuncia el recurso en su motivo 2º la infracción del art. 103.1 L.P.L., al hilo de lo cual sostiene lo siguiente: “Si atendemos al motivo anteriormente argumentado, don A.S.S.S. consideró despido su cese el 17.03.99, y a partir de dicha fecha dispuso de 20 días hábiles en los que pudo reclamar, a pesar de lo cual no lo hizo hasta el día 20 de abril del mismo año, por lo que...”.

El motivo no prospera. Realmente, la referida infracción se sustenta en el éxito de la revisión interesada del H.D.P. 29, de tal modo que fracasada ésta, la caducidad que se alega respecto del actor Sr. S.S. resulta inviable. Y es que conforme a los H.D.P., el referido actor, que consta había sufrido accidente de tráfico con baja médica en 06.03.99, no tuvo conocimiento del cese laboral del 17.03.99, sólo enterándose –y así se dice en el Fundamento Jurídico 1º de la Sentencia de Instancia también con su oportuno valor de hecho probado- cuando se produjo el cese de las otras actoras y por ello acudió a la T.G.S.S., donde constató que había sido dado de baja unilateralmente por la empresa y la conducta inequívoca de ésta de poner fin a la relación laboral; fechas desde las que en absoluto transcurrió el plazo de caducidad de 20 días hábiles previsto para accionar por despido, pues la empresa notificó el cese a las otras actoras en 16.04.99 (H.P. 29) y el actor presentó papeleta y celebró conciliación ante el SMAC en 20 y 30.04.99 (H.P. 32), presentando la demanda el 04.05.99.

**QUINTO.-** Por último, denuncia el recurso en su tercer motivo que la Sentencia de Instancia ha apreciado indebidamente fraude de ley en la contratación, sosteniendo que los contratos de trabajo temporales suscritos con los actores fueron depositados ante el INEM, que la modalidad contractual fue adecuada... y, en fin, que “nos hallamos ante una extinción de contratos de trabajo por finalización de la obra y no ante un despido...”. Consta probado que los cuatro actores han venido prestando servicios para la empresa recurrente, dedicada a la actividad de platos

cocinados y precocinados, desde abril de 1995 (A.S.), 11.11.97 (M.M.), 01.05.98 (M.J.S.) y 11.11.97 (M.G.), suscribiendo sucesivamente cada uno de los contratos de obra o servicio determinado que se recogen en los H.D.P. y con el objeto explicitado que en ellos se hace constar (en los H.P. 1 al 12 respecto de A.S.; en los H.P. 15 a 19 respecto de M.M.; en los H.P. 20 a 24 respecto de M.G.; y en los H.P. 25 a 27 respecto de M.J.S.); a pesar de ello y de las altas y bajas en S.S. que también se declaran probadas que propiciaron, “los actores (H.P. 31) no cesaron en ningún momento de prestar servicios desde la suscripción del inicial contrato, salvo don A.S.S.S., que no prestó servicios durante la prestación del Servicio Militar” (también, H.P. 13), si bien el 16.04.99 la empresa notificó a las actoras, y no a don A.S., “el fin del contrato” (con cese en los servicios), de lo que enterado el actor ahora citado, que estaba de baja médica por un accidente sufrido el día 06.03.99, propició que conociese también la baja que de él había efectuado la empresa en la S.S. en 17.03.99 (por fin de contrato).

De todo ello se concluye que la Sentencia recurrida se ajusta a derecho cuando aprecia fraude en la contratación de los demandantes por parte de la empresa y considera la existencia en sus ceses de despidos, y de despidos sin causa o justificación legal alguna, resultando inviable el motivo de recurso examinado, el recurso en sí mismo.

Los contratos de trabajo suscritos y su objeto, y la realidad subyacente constatada de una ininterrumpida prestación de servicios por parte de los actores desde el contrato inicial, puestos en relación con la actividad de la empresa y demás acreditado ponen de relieve lo que argumenta la Sentencia recurrida en su Fundamento Jurídico 2º. Y es que, efectivamente lo que ha hecho la empresa ha sido fraccionar formal y artificialmente la relación laboral de los actores, contratados para labores de manipulación y limpieza de pescado y elaboración de productos precocinados; y ello por razones de mera conveniencia y no de exigencia estricta de la actividad en sí misma, por estacionalidad o fluctuación de los suministros para la producción u otra causa justificativa que conste, y de tal modo que la utilización de la modalidad contrato para obra o servicio determinado aparece como inequívocamente inapta y destinada a evitar sin causa protegible, en fraude de ley en suma, la fijeza en el empleo. Los contratos suscritos y su objeto, en el contexto de la actividad empresarial de la demandada, no armonizan con los fines legalmente previstos para la contratación para obra o servicio determinado, máxime cuando la empresa lleva a cabo una utilización continua y

desde hace tiempo de la contratación temporal dicha y cuando consta que en ella, al margen y a pesar de la formalidad contractual, lo que ha existido ha sido realmente una prestación de servicios ininterrumpida.

Así pues, se está en presencia de una única relación laboral a partir del primer contrato suscrito por los actores, devenida en indefinida y no de duración temporal, y sin que los posteriores contratos habidos hayan dado cobertura legal alguna a los definitivos ceses por derivación de su formal extinción; y ello aún cuando hubiera habido algún finiquito o aparezcan períodos de inactividad o formales rupturas contractuales a lo largo de la íntegra prestación de servicios.

Aparte de que está declarado probado que los actores no cesaron en ningún momento de prestar servicios desde la suscripción del contrato inicial, salvo el período de prestación del Servicio Militar por parte del actor A.S. (H.P. 31 y Ftº Jurídico 2º de la Sentencia recurrida), por un lado, la S. del T.S. de 20.02.97 dejó establecida la siguiente doctrina, de aplicación en todo caso como consecuencia de lo que anteriormente se dejó razonado en torno a los contratos suscritos: “...la Sala sigue manteniendo lo que ha sido doctrina constante suya de que un contrato temporal invalido por falta de causa o infracción de límites establecidos en su regulación propia con carácter necesario constituye una relación laboral indefinida. Y no pierde esta condición por novaciones aparentes con nuevos contratos temporales, que ello lo es por constituir una sola relación laboral. Que esta unidad de la relación laboral no se rompe por cortas interrupciones que buscan aparentar el nacimiento de una nueva. Que la afirmación de que “en el caso de contrataciones temporales sucesivas el examen de los contratos debe limitarse al último de ellos” es una afirmación que sólo podría ser aceptada de modo excepcional, cuando de las series contractuales reflejadas en los hechos probados no se infiere defecto sustancial alguno en los contratos temporales, o fraude de ley”.

Por otro lado, en lo relativo al valor de los finiquitos en supuestos de contratos sucesivos temporales suscritos en fraude de ley, este Tribunal, en Sentencias como, entre otras, la de 17.03.94, dejó razonado que acreditada “la prestación ininterrumpida de servicios para las Empresas codemandadas, todo contrato limitado en el tiempo y posterior a la extinción formal del primero concertado es fraudulento (la relación había devenido indefinida, por la continuidad del vínculo tras la expiración del contrato inicial) y todos los recibos de finiquito firmados por la actora son contrarios a Derecho, por implicar

prohibida renuncia al indisponible carácter indefinido de la relación (art. 3.5 ET)".

Todo esto ratifica definitivamente la existencia de los despidos improcedentes que declara la sentencia de Instancia, sin que en el caso del actor A.S. obste a ello el período de cumplimiento del Servicio Militar, pues se ha calificado la relación laboral de única desde el inicio y de duración indefinida, en cuyo contexto hay que insertar aquel período en términos de los arts. 45 y 48 E.T., máxime cuando la relación prosiguió tras cumplirse el servicio dicho y desaparecer la obligada suspensión contractual.

**SEXTO.-** Todo lo expuesto en fundamentos precedentes conduce al rechazo del recurso y de sus íntegras argumentaciones con la consiguiente confirmación de la Sentencia de Instancia, sin que hayan sido objeto de censura jurídica los concretos términos de la condena que la misma establece como efecto de la declaración de la existencia de despidos improcedentes en los ceses de los cuatro demandantes (quienes a su vez y al hilo de impugnar el recurso de la empresa, interesan la confirmación de la Sentencia de Instancia.). Proceden costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 231.1. L.P.L.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "C.B., S.A." contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Santiago el día 01.06.99 en Autos acumulados tramitados bajo los números 303, 317, 318 y 320/99 por demandas interpuestas por don A.S.S.S., doña M.M.G.A., doña M.M.S. y doña M.J.S.S. frente a la empresa antes citada, confirmamos la Sentencia recurrida.

## **2796 RECURSO N° 3.953/99**

S. S.

**ALCANCE DA INDEMNIZACIÓN PACTADA ENTRE BALONCESTISTAS PROFESIONAIS E CLUB, EN CASO DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE.**

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

A Coruña, a veintisiete de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

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. 3.953/99 interpuesto por "C.O.B., S.A.D." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Ourense.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.H.C. y don C.Y.D.S.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "C.O.B., S.A.D." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 286/99 sentencia con fecha 1 de junio de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor D. J.M.H.C. ha prestado servicios para la entidad demandada "C.O.B., S.A.D.", desde el 1 de octubre de 1997 en virtud de contrato como deportista profesional (jugador de baloncesto) para las temporadas deportivas que han ido transcurriendo, siendo el último contrato el suscrito en fecha 10 de julio de 1998, el cual figura incorporado a autos, teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido. Igualmente en fecha 10 de julio de 1998 el actor la representación legal del Club demandado suscriben contrato en el cual entre otras estipulaciones establece: Que sin perjuicio de lo pactado en el contrato firmado en el día de hoy, 10 de julio de 1998, por las partes arriba citadas, EL "C.O.B., S.A.D." abonará al jugador DON J.M.H.C. 81.500.000.-(sic) por la temporada 1998/99, pagaderas en diez mensualidades iguales, la primera de las cuales tendrá lugar en los cinco primeros días de septiembre de 1998". Dicho contrato figura aportado a autos teniendo aquí su contenido igualmente por reproducido.

**SEGUNDO.-** El actor don C.Y.D.S.V. ha prestado servicios para la entidad demandada "C.O.B., S.A.D.", desde el 1 de julio de 1996, en virtud de contratos como deportista profesional -jugador profesional de baloncesto- para las temporadas deportivas que han ido transcurriendo, siendo el último contrato suscrito en fecha 9 de julio de 1998, para la temporada 98/99 el cual figura incorporado a autos teniendo aquí su contenido por reproducido. Igualmente en fecha 9 de julio de 1998 el citado demandante y la representación del Club demandado suscriben contrato, el cual entre otras estipulaciones establece: "Que sin perjuicio de lo pactado en el

contrato firmado en el día de hoy, 09 de julio de 1998 por las partes arriba citadas, el “C.O.B., S.A.D.” abonará al jugador don C.Y.D.S.V. en concepto de dietas la cantidad de UN MILLÓN CIEN MIL PESETAS (1.100.000.-) por la temporada 1998/99, pagaderas en diez mensualidades iguales, la primera de las cuales tendrá lugar en los cinco primeros días de septiembre de 1999”. Dicho contrato figura incorporado a autos teniendo aquí su contenido íntegro por reproducido. TERCERO.- El actor don C.Y.D.S.V. prestó servicios como jugador profesional de baloncesto para el “F.V.C.B., S.A.D.” desde el 01.04.99 al 17.04.99. CUARTO.- En fecha 10 de marzo de 1999, los actores recibieron sendas comunicas del Club demandado del siguiente tenor literal: “Muy Sr. Nuestro: El Consejo de administración de “C.O.B., S.A.D.” acordó en su reunión celebrada el día de ayer, RESCINDIR EL CONTRATO que le liga con VD. por los siguientes motivos: -El bajo rendimiento observado por Vd. desde el inicio de la temporada. -Ir Vd. en contra de los intereses deportivos del club. La rescisión tiene efectos desde esta misma fecha. Sin otro particular, aprovechamos la ocasión para saludarle muy atentamente.”. QUINTO.- Se celebró sin avenencia la conciliación ante el SMAC. El 08.04.99 en virtud de papeleta de conciliación presentada el 18.03.99. presentaron demanda el 13.04.99.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don J.M.H.C. y don C.Y.D.S.V. contra la EMPRESA “C.O.B., S.A.D.” debo declarar y declaro improcedente el despido de los actores llevados a cabo por la demandada el diez de marzo de mil novecientos noventa y nueve y en consecuencia condeno a la empresa demandada a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a los actores las siguientes cantidades en concepto de indemnización: a don J.M.H.C.: cinco millones de pesetas y a don C.Y.D.S.V.: cinco millones cien mil pesetas.

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. Contra la sentencia de instancia, que estimando la demanda interpuesta por J.M.H.C. y C.Y.D.S.V. contra la empresa “C.O.B., S.A.D”, declaró improcedente el despido de los actores llevado a cabo por la demandada el 10 de marzo de 1999, condenando a la empresa demandada a

estar y pasar por lo declarado y a abonar a los actores en concepto de indemnización, respectivamente, las cantidades de 5.000.000 pesetas y 5.100.000 pesetas, se alza en suplicación la entidad demandada articulando su recurso en base a cuatro motivos.

SEGUNDO. Con carácter previo deviene necesario establecer la procedencia de la admisión de la documental aportada en esta instancia por la empresa demandada, a la sazón copia de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense de fecha 11 de junio de 1999, en autos nº 358/99 en demanda de reclamación de cantidades interpuesta por los aquí actores contra la propia empresa interpelada de la que se hace eco la parte demandante al impugnar el recurso admitiendo sin ambages que dicha resolución devino firme, lo que releva de la necesidad de dar traslado a la parte actora para conocimiento de la pretensión de la recurrente de incorporación a los presentes autos de aquella resolución, que, dada la fecha en que fue dictada y la índole de lo allí controvertido, reúne los requisitos exigibles al efecto.

TERCERO. En el primero de los motivos de su recurso la empresa demandada, “C.O.B., S.A.D”, interesa, en relación con el relato histórico de la sentencia de instancia, la adición al ordinal 1º del texto siguiente: “En la cláusula cuarta del contrato de 10 de julio de 1998 se fija como retribución para la temporada 98/99 la cantidad bruta de 3.500.000 pesetas, habiendo cobrado las mensualidades de agosto 98 hasta diciembre 98, ambas inclusive, y reclamadas judicialmente las restantes, es decir, la liquidación definitiva al 10 de marzo de 1999, fecha del despido, que le fue reconocido por sentencia de 11 de junio de 1999 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 también de los de Ourense.”. Asimismo interesa, como integrante del mismo motivo, la adición del texto siguiente: “La cláusula octava del citado contrato profesional señala que si el Club procediera a rescindir unilateralmente el presente contrato sin causa justificada, el jugador tendrá derecho a percibir la totalidad de las retribuciones acordadas en anterior cláusula cuarta”. Apoya sus pretensiones de revisión en la documental obrante a los folios 66, 67 y 68, relativos al contrato profesional suscrito entre las partes con fecha 10 de julio de 1998; la documental de los folios 69, 70, 71, 72 y 73, correspondiente a las nóminas u hojas salariales y en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense antes aludida, aportada como anexo al escrito de interposición del recurso.

No hay inconveniente en admitir la primera de las adiciones “ut supra” referidas, por venir amparada en prueba hábil al efecto, aunque no

debe accederse a incorporar al relato fáctico la adición relativa a la cláusula octava del contrato de 10 de julio de 1998 pues ya obra en la fundamentación jurídica de la combatida sentencia la mención a dicha estipulación, sin perjuicio de lo que al respecto sea dado establecer en los fundamentos de derecho de la presente resolución.

**CUARTO.** Asimismo, en relación con el relato histórico de la sentencia “a quo”, solicita, en base a los folios 62 a 65 ambos inclusive - contrato profesional del jugador - y los folios 74 al 79 de autos -nóminas u hojas salariales-, la adición al ordinal segundo del siguiente texto: “En la cláusula cuarta del contrato profesional del 9 de julio de 1998 se fija como retribución para la temporada 98/99, la cantidad bruta de 4.000.000 pesetas, habiendo cobrado el jugador las mensualidades de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1998 y enero de 1999, y reclamadas y reconocidas judicialmente las – restantes, es decir, la liquidación definitiva al 10 de marzo de 1999, es decir, hasta la fecha del despido, reconocimiento que se materializa por medio de la sentencia del 11 de junio de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 también de los de Ourense.”

Constituyendo la documental invocada apoyatura asaz, procede acceder a la pretensión de que se adicione al ordinal segundo la redacción a que se contrae el referido motivo segundo del recurso.

**QUINTO.** Interesa también la parte demandada recurrente la incorporación de un nuevo ordinal al relato de Hechos Probados de la sentencia impugnada a fin de que se haga constar, con apoyo documental en la sentencia de 11 de julio de 1999, recaída en autos de reclamación de cantidades nº 286/99 del Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, el texto siguiente: “La sentencia del 11 de julio de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense reconoce a favor de los aquí actores las cantidades correspondientes por los conceptos que se recogen en el HP 4º de dicha resolución y que corresponde a la liquidación definitiva al 10 de marzo de 1999, fecha de los despidos”.

No se accede a lo peticionado pues, sin perjuicio de lo que al respecto pueda establecerse en el ámbito de lo estrictamente jurídico, ya consta en el relato histórico de la sentencia, por mor de las revisiones a que se contrae los anteriores motivos, lo esencial de los datos reflejados en el texto propuesto por la parte demandada recurrente.

**SEXTO.** En sede jurídica, como motivo cuarto de su recurso, denuncia la empresa interpelada la infracción del artículo 15 del RD 1.006/1985, en

relación con el artículo 3.c) y d) del ET y artículo 3 del Código Civil. Incide la recurrente en la afirmación de que, en primer lugar, en la cláusula cuarta del contrato se hace referencia a la rescisión unilateral por parte del Club, lo que le lleva a aseverar que siendo -en su opinión- dicha institución distinta y diferente al despido, no procedería la aplicación de tal cláusula, para, a continuación, asegurando que aún en la consideración de que se entendiese procedente la aplicación de aquélla, no devendría acogible la interpretación que de la misma hace el Órgano Jurisdiccional de instancia, haciendo, además, especial referencia al hecho de que en la resolución “a quo” se incluye en la indemnización la suma correspondiente al capítulo de dietas que no se contemplan en la cláusula cuarta a la que se remite la octava, ambas de los contratos que ligaban a las partes en litigio, finalizando con la solicitud de que se disminuya el importe de las indemnizaciones reconocidas en la sentencia a favor de los actores y subsidiariamente se fijen aquéllas de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del RD 1.006/1985.

**SÉPTIMO.** Aún cuando carece de razón al pretender que la cláusula octava no sea de aplicación al presente supuesto, por cuanto, cuestiones semánticas aparte, no cabe duda que, cuando allí se hace referencia a la rescisión unilateral del contrato sin causa justificada, por parte del Club, se está contemplando la situación de despido derivada de tal resolución unilateral y estableciendo, por vía del pacto, el alcance de la indemnización que, en tal caso, habría de corresponder al trabajador, lo que excluye la fijación judicial contemplada en el artículo 15 del RD regulador de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, siendo así que, incombustible la resolución de instancia en el aspecto relativo a la existencia de sendos despidos improcedentes por haber procedido el Club a rescindir el contrato de los actores por bajo rendimiento e ir en contra de los intereses deportivos sin especificar en qué consistirían uno y otros, no es menos cierto que la literalidad de la controvertida cláusula octava de los respectivos contratos de los demandantes, al decir que: “Si el Club procediera a rescindir unilateralmente el presente contrato sin causa justificada, el jugador tendrá derecho a percibir la totalidad de las retribuciones acordadas en anterior cláusula cuarta”, pone de relieve que no se está contemplando la determinación de una indemnización equivalente a la suma pactada contractualmente en concepto de retribución de los servicios prestados por el jugador - y llegados a este punto no está de más señalar que la cláusula cuarta establece literalmente, en lo atinente al Sr. H.C., que: “Como retribución de los servicios prestados por el jugador, el Club se

compromete a abonarle las cantidades brutas que a continuación se especifican: Temporada 1998/1999: Tres millones quinientas mil pesetas (3.500.000 pesetas). Las indicadas cantidades deberán ser satisfechas por el Club distribuidas en diez mensualidades consecutivas, la primera de las cuales se satisfará en los cinco primeros días del mes de septiembre de 1998", siendo sustancialmente coincidente, en cuanto al Sr. D.S.V., excepción hecha del importe de la retribución a abonar por el Club que en este caso se fijó en la suma de cuatro millones de pesetas (4.000.000 pesetas), asimismo a satisfacer en diez mensualidades consecutivas a partir del mes de septiembre de 1998 sino de una suma equivalente a las mensualidades aún no devengadas por no haber vencido al tiempo de producirse la rescisión del contrato por parte del Club; esto es, la cláusula objeto de controversia garantiza al jugador -más propiamente a los jugadores- el cobro de la totalidad de la retribución acordada en la cláusula cuarta sea cual fuere el tiempo en que, dentro del iter contractual, se produjese la rescisión por parte de la empresa; no quiere ello decir que las partes no hubiesen podido consensuar la especificación en el contrato de una cláusula con el alcance indemnizatorio que la parte actora pretende atribuir a la plasmada en el ordinal octavo de las estipulaciones de la convención de julio de 1998, esto es una cláusula que contemplase como indemnización una suma equivalente a la establecida como retribución de los servicios prestados por jugador, sino que lo relevante a efectos de dilucidar la cuestión litigiosa es que la Sala en uso de las facultades de hermenéutica y valoración que le son propias llega a la consideración antes referida de que lo establecido en la tan referida cláusula octava es que al trabajador se le abone, en cada caso, el importe de las cantidades que faltaren por percibir una vez producida la rescisión a instancia de la entidad deportiva para la que prestaba sus servicios.

OCTAVO. Y no es que con ello se confunda lo concerniente al capítulo indemnizatorio con la reclamación de cantidades salariales objeto del procedimiento seguido ante el Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense que finalizó por la sentencia de 11 de junio de 1999 a que antes se hizo referencia, porque es claro que en dicho procedimiento reclamaban los actores, y obtuvieron a tenor de lo acordado por el Órgano Jurisdiccional de referencia, el abono de determinadas cantidades correspondientes a salarios y dietas de los meses de febrero y 10 días de marzo, en el caso del Sr. D., y enero, febrero y 10 días de marzo en el caso del Sr. H., esto es, cantidades que se les adeudaban en el momento de la rescisión del contrato por parte del Club, mientras que aquí se dilucida el alcance de la

indemnización correspondiente derivada de la declaración de improcedencia del despido de que aquellos fueron objeto, por más que, en atención al contenido de la cláusula octava sea menester tomar en consideración lo establecido en la cláusula cuarta de los respectivos contratos que ligaban a los actores con la empresa demandada y, en consecuencia, como quiera que en dicha cláusula no se contemplan más que las cantidades antes especificadas en concepto de retribución, siendo así que el capítulo de dietas fue acordado, en ambos casos, en un documento distinto, aunque de la misma fecha, de aquél en que se contemplan las tan citadas cláusulas octava y cuarta, no puede entenderse incluidas en el ámbito de la indemnización las cantidades acordadas en concepto de dietas, aún de considerar éstas como un concepto de carácter salarial.

NOVENO. En atención a lo antedicho, procede acoger el recurso articulado por la entidad demandada, minorando el importe de la indemnización en los términos que se dirá.

Fallamos

Estimando el recurso articulado por "C.O.B., S.A.D" contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, de fecha 1 de junio de 1999, en autos nº 286/99 y acumulado, modificamos el importe de las indemnizaciones a que fue condenada dicha empresa que habrán de concretarse en el importe de las retribuciones dejadas de percibir, esto es, las devengadas desde el 10 de marzo de 1999 a 31 de mayo de 1999 (1.163.333 pesetas en el caso de C.Y.D.S.V. y 1.000.000 pesetas en el caso de J.M.H.C.), manteniendo los demás pronunciamientos de la sentencia recurrida.

**2797 RECURSO N° 3.924/99**

S. S.

**INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO Ó  
MEDIAR DENUNCIA TEMPORÁNEA DE  
CONTRATO TEMPORAL DE  
SUBSTITUCIÓN DE PERSONAL CIVIL NON  
FUNCIONARIO Ó SERVICIO DE  
ESTABLECIMENTOS MILITARES.**

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

A Coruña, a veintinueve de octubre 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 3.924/99, interpuesto por doña M.D.B.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Ferrol.

### Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 134/99 se presentó demanda por doña M.D.B.S. en reclamación de despido siendo demandado el ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (MINISTERIO DE DEFENSA) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 26 de abril de 1999 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** La demandante, doña M.D.B.S., comenzó a prestar servicios laborales para el Ministerio de Defensa el día 28 de enero de 1998 mediante un contrato temporal que tenía como causa la “sustitución interina por jubilación especial a los 64 años de don G.S.V.”. En dicho contrato, obrante en autos y que se da aquí por reproducido en su integridad, las partes pactaron lo siguiente en la cláusula sexta: “El presente contrato producirá plenos efectos en la fecha de su firma y tendrá una duración improrrogable de un año”. La categoría profesional pactada fue la de subalterno de 2º y el salario mensual ascendía a la cantidad de 129.900 pts. mensuales, incluido el prorrato de las pagas extras.- **SEGUNDO.-** El día 27 de enero del presente año 1999 el Ministerio de Defensa le notificó a la actora el cese en su puesto de trabajo alegando como causa la transcrita cláusula sexta del contrato y la consiguiente finalización del mismo por la jubilación del sustituto a los 64 años. Contra esta resolución formuló la actora escrito de reclamación previa, la cual fue desestimada tácitamente.- **TERCERO.-** La plaza que quedó vacante por la jubilación de don G.S.V. fue cubierta por traslado por un trabajador fijo del Ministerio de Defensa.”

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Desestimo la demanda sobre DESPIDO formulada por DOÑA M.D.B.S. contra la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO (MINISTERIO DE DEFENSA) y, en consecuencia, declaro que no ha existido despido,

sino extinción del contrato por la causa válidamente prevista en el mismo y, por ello, absuelvo a la parte demandada de las pretensiones de la misma.

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

### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** Desestimada la demanda de despido, recurre la actora a través de los siguientes motivos: A) revisión fáctica, dirigida a hacer constar que (1) causó baja no voluntaria en el centro de trabajo sito en la Delegación de Defensa el 31-3-99(sic) con nueva alta el 1.4.99(sic) en el centro de reclutamiento del Ministerio de Defensa sito en la calle San Francisco s/n, en A Coruña, donde siguió prestando servicios hasta el 27.01.99 y que (2) la plaza no se cubrió hasta el 30.03.99 o, subsidiariamente, que se suprima el hecho declarado probado tercero por falta de acreditación de la fecha en que se produjo la cobertura; B) infracción, por aplicación indebida, del art. 4 del R. SD. 2.546/1994, de 29 de diciembre, e infracción, por no aplicación, del art. 9 del R.D. 2.205/1980, de 13 de junio, regulador del trabajo del personal civil no funcionario en establecimientos militares; D) infracción de la Disposición Transitoria 13ª del Convenio del Personal laboral de la Administración del Estado -B.O.E, de 01.12.98- en lo relativo a la consolidación del empleo temporal y E) fraude de ley por la sucesiva ocupación de la trabajadora en dos centros de trabajo, cuando en su contrato sólo se identificaba uno.

**SEGUNDO.-** Partiendo de la naturaleza extraordinaria del recurso de Suplicación, la alteración de la versión judicial del relato fáctico requiere la imputación al juez “a quo” de un error de interpretación derivado de prueba documental o pericial (art. 194.3 de la L.P.L.), error que debe ser claro, patente y directamente emanado de tales medios de prueba, con radical exclusión de todos los demás, sin caer en la pura conjectura o intención de sustituir la objetiva e imparcial versión judicial de los hechos por la subjetiva, parcial e interesada de la parte recurrente; conectado con ello, 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 incorporadas.

Pues bien, ninguna de tales características reúnen los documentos invocados por la recurrente

(folios 24 a 38, 33 a 45 y 98) que trata de reforzar con la prueba testifical y con conjeturas sobre el alcance de los documentos seleccionados frente al resto de la documental aportada, llegando a propone alternativamente un texto u otro en la configuración fáctica.

**TERCERO.-** La demandante suscribió el 28.01.98 un contrato para la “sustitución por jubilación especial a los 64 años de don G.S.V.”, pactándose que el contrato “tendrá una duración improrrogable de 1 año”. El 27.01.99 el Ministerio de Defensa le comunicó el cese, siendo cubierta la plaza por traslado de un trabajador fijo de dicho Ministerio.

Así las cosas, no es atribuible a la Administración contratante una irregularidad determinante de la consecuencia pretendida (despido improcedente). Se trata de un contrato celebrado para sustituir a un trabajador que se jubila con un año de anticipación, susceptible de duración determinada (1 año en este caso) y que se extingue al término de la misma pasando a ocupar la plaza un trabajador fijo por el sistema de traslados. Esta duración incluso la restringe el invocado art. 9.2, 3 del R.D. 2.205/80 a un año como máximo, sin que en tal extremo interfiera la también invocada Disposición Transitoria 13<sup>a</sup> del Convenio Colectivo para el personal laboral de la Administración Civil del Estado referida al proceso de consolidación del empleo temporal en funciones permanentes con objeto de reducirlo drásticamente, habida cuenta de la propia naturaleza del contrato suscrito y de la duración estipulada.

En definitiva y por lo expuesto.

Fallamos

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por doña M. D.B.S. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de Ferrol de fecha 26 de abril de 1999, confirmando íntegramente la resolución recurrida.

## **2798 RECURSO N° 4.236/99**

S. S.

FURTO DE BENS DA EMPRESA QUE XUSTIFICA O DESPEDIMENTO POR TRANSGRESIÓN DA BOA FE CONTRACTUAL.

PONENTE: Ilma. Sra. Doña Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a veintinueve de octubre 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. 4.236/99, interpuesto por empresa “L.G., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Lugo.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don A.G.C. en reclamación de despido, siendo demandado empresa “L.G., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 425/99 sentencia con fecha 23 de julio de 1999, por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- El actor, don A.G.C., cuyos datos personales constan en autos, viene prestando sus servicios por cuenta y orden de la demandada “L.G., S.A.”, dedicada a la actividad de industria láctea, con arreglo a las siguientes circunstancias laborales: antigüedad de 17 de noviembre de 1971, con contrato indefinido, categoría profesional de peón, funciones sección de fabricación cadena de envasado, jornada y horario turno rotatorio 6,30 a 14,30; 14,30 a 22,30 y 22,30 a 6,30 semanales, salario de 183.000 pesetas con inclusión de prorrata de extras y centro de trabajo factoría de “S.”. No ostenta ni ha ostentado la representación de los trabajadores (Comité de empresa, delegado de personal, delegado sindical o de prevención.- SEGUNDO.- El trabajador con fecha 26 de mayo de 1999, recibió carta de despido, con efectos inmediatos, y con el siguiente contenido: “El viernes 21 de mayo 99, terminó su turno a las 6,30 de la mañana y salió de la fábrica a las 6,41 horas llevándose 2 packs de 6 litros de leche “C.” entera (12 litros). No había hecho ningún pedido previamente ni respetó el procedimiento de venta al personal. Se sirvió directamente del almacén de la fábrica y tenemos constancia de que no fue la única vez. Este extremo es un robo, que constituye una falta muy grave obligándonos a significarle su despido inmediato, con fecha de

26.05.99. Mañana 27/5 a partir de las 16,00 tendremos a su disposición en las oficinas el finiquito correspondiente. Siguen firmas".- TERCERO.- Se presentó papeleta de despido el 15 de junio de 1999, resultando el actor intentado sin efecto el día 25 del mismo mes.- CUARTO.- En el tablón de anuncios del centro de trabajo está expuesta la circular que consta al folio 25 de autos, según la cual "el sistema adoptado para la compra de productos en fábrica por parte del personal y de los transportistas es de obligado cumplimiento, les recuerdo que los pedidos se tienen que entregar antes del miércoles de cada semana en el despacho de recepción. Posteriormente se entregarán a expediciones para efectuar la preparación de los pedidos, cuya retirada se hará el viernes. No se entregarán productos sin que esté hecho el pedido y todos los pedidos pasados después del miércoles quedarán para la semana siguiente".- QUINTO.- El día 21 de mayo de 1999 (viernes), el actor había trabajado en turno de noche (desde las 22,30 a las 6,30), horario éste durante el cual no se encuentran abiertas las oficinas. Al salir del trabajo, a las 6,41 de la mañana, el actor llevaba 2 cajas de leche de 6 litros cada una y las metió en su coche. El lugar de trabajo y el aparcamiento, que se encuentra en zona iluminada, distan aproximadamente 200 metros. El trabajador demandante no había cursado el pedido previo a que se refiere la circular."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que, estimando íntegramente la demanda presentada por don A.G.C. contra la empresa "L.G., S.A." declaro IMPROCEDENTE el despido de que el actor fue objeto, y, en consecuencia, condeno a la demandada a que, a su elección, que podrá ejercitarse en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, readmita al trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o bien le indemnice en la cantidad de SIETE MILLONES QUINIENTAS CINCUENTA Y SEIS MIL SETENTA (7.556.070) pesetas, equivalente a 45 días de salario por año de servicios, y, en caso de no optar el empresario entre la readmisión o la indemnización se entenderá que procede la primera. En todo caso, la demandada abonará al acto los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido veintiséis de mayo de mil novecientos noventa y nueve, hasta la notificación de esta sentencia, que hasta la presente resolución ascienden a TRESCIENTAS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y TRES (354.193) PESETAS".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandada

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Se interpone Recurso de Suplicación , contra la Sentencia de fecha 23 de julio 1999 del Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo seguido a instancia de don A.G.C. contra la Empresa "L.G., S.A.", por la propia empresa demandada, basando el mismo como primer motivo en la revisión de los hechos declarados probados en la Sentencia, al amparo del art. 191.b) de la LPL., concretamente, el hecho probado cuarto el cual dice: "En el tablón de anuncios del centro de trabajo esta expuesta la circular que consta al folio 25 de autos , según el cual" el sistema adoptado para la compra de productos en fábrica por parte del personal y de los transportistas es de obligado cumplimiento, les recuerdo que los pedidos se tienen que entregar antes del miércoles de cada semana en el despacho de recepción. Posteriormente se entregarán a expediciones para efectuar la preparación de los pedidos, cuya retirada se hará el viernes. No se entregarán productos sin que esté hecho el pedido y todos los pedidos pasados después del miércoles quedarán para la semana siguiente, para que en base a la prueba documental que cita se añada un nuevo párrafo a continuación del anterior en el mismo hecho probado el cual diría: "El actor realizó pedidos de conformidad con lo establecido en la circular, durante los meses de enero, febrero, marzo, abril, junio y agosto del año 1996, febrero, abril, mayo, julio, octubre y noviembre del año 97, y marzo de 1998, pedidos cuyo importe le fue descontado en la nómina del mes siguiente a la realización de los mismos".

Efectivamente, de los folios que cita constan las horas de pedidos firmadas por el trabajador, por todo lo cual procede la revisión interesada añadiendo el párrafo dicho por el recurrente en el Hecho Probado cuarto de la Sentencia.

Dentro de éste mismo motivo se propone también la modificación del Hecho Probado quinto de la Sentencia, el cual dice: "El 21 de mayo de 1999 (viernes), el actor había trabajado de turno de noche (desde las 22.30 a las 6.30), horario éste durante el cual no se encuentran abiertas las oficinas. Al salir del trabajo, a las 6.41 de la mañana, el actor llevaba dos cajas de leche de 6 litros cada una y las metió en su coche. El lugar de trabajo y el aparcamiento, que se encuentran en zona iluminada, distan aproximadamente 200 metros. El trabajador demandante no había cursado el pedido previo a que se refiere la circular". Suprimiendo la referencia a que el aparcamiento se encuentra en zona iluminada y

añadiendo, según el recurrente el siguiente párrafo: "Posteriormente no abonó la mercancía, ni siquiera realizó el pedido ni puso en conocimiento de la empresa que se había llevado las cajas de leche", sustentando ésta última revisión en la prueba de confesión. Se desestima ésta última revisión que se pretende del hecho probado quinto de la Sentencia, ya que la prueba de confesión no es método o prueba hábil para proceder a la misma, de conformidad con el art. 191 de la LPL, solo cabe la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia en base a prueba documental o pericial.

**SEGUNDO.-** Se alega, igualmente, por el recurrente, infracción por aplicación indebida de los art. 54.2.d) y 56 del ET así como del art. 55.7 del mismo Texto, amparado en el motivo c) del art. 191 de la LPL. Ciertamente, los actos de hurto, apropiación indebida u otras conductas tipificadas penalmente, son supuestos que encajan en el despido disciplinario del art. 54.2.d) como transgresión de la buena fe contractual, o abuso de confianza, y esto es así admitido por reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ha quedado acreditado que la empresa advirtió con anterioridad, a través de la circular que detallaba el obligado cumplimiento de las formalidades por los trabajadores en la realización de los pedidos, lo cual incumplió el actor, ya que no sólo se llevó los packs de leche sino que tuvo desde que se los llevó hasta que se le comunicó el despido tiempo de decir a la empresa que se había llevado los paquetes de leche y reembolsar su precio. Dicha conducta de llevarse productos de la empresa, con independencia de su tipificación penal, transgrede la buena fe que debe mediar en toda relación laboral, supone también una violación a la confianza que se puede depositar en el trabajador, que más allá del cumplimiento o no de una circular con instrucciones empresariales, ha de comunicarse cualquier incidencia sobre los productos o los medios de producción al empresario propietario de los mismos.

Por todo lo cual considerando que se ha producido la infracción alegada se estima el motivo del recurso.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por empresa "L.G., S.A." contra la sentencia de fecha 23 de julio de 1999, dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Lugo, y con revocación de la misma debemos declarar y declaramos la absolución de la empresa de la demanda inicial, declarando el despido de don A.G.C. procedente.

**2799 RECURSO N  
03/0008364/1996**

S. CA.

**INEXISTENCIA DE CADUCIDADE NO PROCEDEMENTO SANCIONADOR DE INFRACCIÓN EMPRESARIAL.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de octubre 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 03/0008364/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por A.M., con D.N.I... domiciliado en c/... (Vigo), representado por don R.T.D.C. y dirigido por el Letrado don R.G.L., contra Resolución de 11.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra de 28.12.94 sobre acta de infracción 1.759/94; exp. 144/95. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES, representada por el ABOGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 505.000 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 13 de octubre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

#### Fundamentos de derecho

I.- Por don R.T.D.C., Procurador de los Tribunales y de don A.M. se impugna en esta vía jurisdiccional la resolución del Director General de Inmigraciones por la que se desestima recurso ordinario interpuesto contra otra de la Delegación Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales Pontevedra (Vigo) en virtud de la cual se le sancionaba, al amparo de la Ley 8/88, de 7 de abril, por la presunta comisión de una infracción tipificada en el art. 35 como muy grave en relación con el art. 36 y 37 de la mentada ley y sancionada con multa de 505.000 ptas.

La parte recurrente aduce como motivos impugnatorios básicamente, aparte de otros igualmente esgrimidos, que -fundamento de derecho VI de la demanda- el expediente sancionador ha finalizado por caducidad ya que ha transcurrido con exceso el tiempo a que se refiere el art. 20.6 del Real Decreto 1.398/93 en relación con lo establecido en el art. 43.4 de la Ley 40/92 y en relación con el acta de la que trae causa la resolución impugnada no contiene más que apreciaciones subjetivas de los Controladores Laborales, por lo que no goza de presunción de certeza.

La demandada Administración Autonómica comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por cuanto que la resolución impugnada resulta ser conforme a Derecho.

II.- El demandante interpuso recurso ordinario contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra (Vigo) dictada con fecha 29 de diciembre de 1994 con la que culmina el expediente incoado con motivo del Acta de Infracción núm. 1.759/94 el día 11.11.94; por lo tanto, pese a ser un procedimiento de los iniciados de oficio no susceptible de producir un acto favorable para el recurrente, no procede el archivo del expediente y consiguiente finalización por caducidad, por cuanto que la resolución correspondiente fue dictada por el órgano competente dentro del plazo de los seis meses contados a partir de la iniciación, pues si el acta es de fecha 11.11.94, la resolución lo es de 29.12.94, mediante la cual se confirma infracción y la sanción impuesta.

Cosa distinta es que deducido recurso ordinario contra la misma en el plazo de un mes (art. 114.2 de la Ley 30/92) y transcurridos tres meses desde la interposición sin que recaiga resolución expresa, se entienda desestimado y quede expedita la vía jurisdiccional (art. 117 del referido texto legal) o lo que es igual puede ya recurrir en vía jurisdiccional o en su caso esperar a la resolución tardía de fecha 18 de abril de 1996 para proceder a su impugnación, lo que, dicho sea de paso, aún hizo el 28 de junio de 1995; por consiguiente el procedimiento no ha terminado por caducidad, como afirma, de ahí que el recurso por este motivo no merezca estimarse.

Tampoco por los restantes motivos que resultan desenvueltos, por cuanto que las actas de no ser desvirtuadas gozan de la presunción de veracidad y certeza de los hechos en ella consignados, siempre que resulten personalmente constatados por el Inspector o controlador y verificados en su caso por el Inspector de Trabajo, y tal constatación en doble ocasión de los hechos se ha producido.

Las actas gozan por tanto de presunción legal de certeza en cuanto a los hechos que resultan solamente apreciados (sentencia básica del TS/CA de fecha 06.04.88, entre otras). La LISS en su art. 52.2 reconoce tal presunción de certeza en las actas de inspección, siempre que reúnan los requisitos legales previstos en su párrafo 1, en coherencia con lo dispuesto en el art. 137.3 de la LRJPAC.

Tampoco merece ser estimado el recurso por el mero defecto de que quien ha realizado la instrucción falla, por cuanto que sendas fases en el caso de autos quedan bien delimitadas, pues el expediente lo ha instruido la Inspección y en cambio la resolución ha correspondido a la Dirección Provincial.

En consecuencia, procede desestimar el recurso planteado por caducidad del procedimiento sancionador y restantes motivos impugnatorios.

III.- Al no apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, no procede hacer expresa condena en las costas del mismo, de conformidad a las previsiones del art. 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "A.M." contra Resolución de 11.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra de 28.12.94 sobre acta de infracción 1.759/94; Expte. 144/95, dictado por MINISTERIO DE ASUNTOS SOCIALES. Sin imposición de costas.

**2800 RECURSO N°  
03/0008365/1996**

S. CA.

**INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA LABORAL  
DO EMPRESARIO POR FALTA DE ALTA NA  
SEGURIDADE SOCIAL DE TRES  
TRABALLADORES.**

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Antonio Vesteiro Pérez

En la Ciudad de A Coruña, veintinueve de octubre 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 03/0008365/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por AYUNTAMIENTO DE PADRÓN (A Coruña), representado por don J.A.C.B. y dirigido por el Letrado don U.C.B.G., contra Resolución de 11.04.96 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 365/94; Expte. 22.861/94. Es parte la Administración demandada MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, representada por el ABOAGADO DEL ESTADO. La cuantía del asunto es determinada en 240.000 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 lo 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 13 de octubre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

**Fundamentos de derecho**

I.- Se impugna en el presente proceso contencioso-administrativo la sanción que por importe de 80.000 ptas. se le impuso a la Administración Local por no haber dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social a 3 trabajadores que prestaban servicios de limpieza en un Colegio Público de EGB al infringir con ello lo dispuesto en el art. 14.1.2 de la LISOS en relación con los artículos 64 y 66 de la Ley de Seguridad Social de 1974, estimando que siendo el Ayuntamiento un órgano que por su función debe cumplir y observar los citados preceptos al perseguir el interés público, por lo que es obvio el perjuicio que se causó a los trabajadores (3) sin que pretenda disculparse o exonerarse de su responsabilidad por no haber calificado la jurisdicción social la prestación de dichos servicios, cuando de los autos se deduce que prestaban servicios de limpieza en el Colegio Público de EGB por orden y cuenta del Ayuntamiento desde las cinco de la tarde durante cinco horas diarias, lo que implica la obligación de comunicar y cotizar por las correspondientes cuotas al Régimen General.

II.- Evidentemente la Administración demandada esgrime que se trata de un caso de incompetencia jurisdiccional de esta jurisdicción contencioso-administrativa perteneciendo a la jurisdicción social la calificación y naturaleza de las prestaciones laborales, pero indudablemente revisada la documentación junto con las declaraciones de los directivos del Colegio Público donde prestan los servicios no se puede incardinaria a la jurisdicción social cuando esta jurisdicción especial contencioso-administrativa se limita a definir y sancionar los hechos, pero lo que es indudable que se trata de personal laboral por ocupar puestos de trabajo clasificados como tales y sujetos a virtud de contrato laboral donde

entra en juego el Derecho Laboral, por ello cuando se trata de puesto de trabajo que desarrollan tareas de trabajo discontinuo, no permanente, periódicos o instrumentales referidos a las prestaciones de ciertos servicios son regulados por la legislación laboral y por ende se establece una línea nítida y separada entre el personal laboral y estatutario sujeto al Derecho Administrativo regulado en los arts. 89 a 104 de la LBR de 2 de abril de 1985 aprobando las plantillas de personal laboral, eventual y funcionarios de carrera, aprobado por Presupuesto anual las retribuciones de los mismos, seleccionados de acuerdo con los principios de igual, mérito, capacidad y publicidad, así se recoge en el art. 104, constituyendo indudablemente tal personal laboral contratado una excepción en relación con los funcionarios de carrera, funcionario laboral que sin estar asimilado al concepto de funcionario ha de estar respaldado por unas retribuciones y seguridad social que no se ha cumplido en el presente caso.

III.- El hecho de que la relación de servicios cuestionada en autos haya estado amparada formalmente por un contrato sujeto a la regulación laboral habrá que estar a la auténtica realidad del mismo, y no a la calificación que le hayan dado las partes. Cuando un mismo tipo de servicios puede ser objeto de contratación laboral o administrativa, uno de los criterios diferenciales lo constituye la existencia de una normativa con rango de ley que autorice este último tipo de contratación (TS S 17 mar. 1989).

En el caso, el Ayuntamiento contrató a las trabajadoras y tal actividad la que es objeto de remuneración, con independencia de su resultado, retribución que incluso se paga por mensualidades vencidas; concurre la nota de ajeneidad por los servicios prestados por cuenta del Ayuntamiento, el cual los incorpora y los ofrece a la colectividad como servicios municipales; la retribución la cobra por la prestación de su actividad, con independencia de la ejecución de una obra o producto específico de trabajo; también se da la nota de dependencia, con sometimiento a una jornada mínima y a un horario, y el contenido de la actividad a desarrollar está claro a través de la designación de tareas. Concurren, por lo tanto, todas las notas que, según los términos del art. 1 núms. 1 y 2 ET 1995 caracterizan un vínculo laboral, y de tal naturaleza hay que calificar la relación de servicios, por lo que, habiendo contratado el Ayuntamiento -para prestar una actividad dependiente, remunerada y sometida a jornada y horario-, haya que concluir en el carácter laboral de tal relación (TS S. 13 de abr. 1989).

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 AYUNTAMIENTO DE PADRÓN (A Coruña) contra Resolución de 11.04.96 desestimatoria de recurso de alzada contra otra de la Direc. Provinc. de Trabajo y S. Social de A Coruña sobre acta de infracción nº 365/94; Expte. 22.861/94, dictado por MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL. Sin imposición de costas.

## **2801 RECURSO N° 4.383/99**

S.S

**DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE Ó NON MEDIAR FURTO QUE TRANSGREDA A BOA FE CONTRACTUAL.**

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

A Coruña, a tres de noviembre 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. 4.383/99 interpuesto por "A.P., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.P.V.A. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "A.P., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 20/99 sentencia con fecha veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "Primero.- Que la actora comenzó a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la

demandada “A.P., S.A.”, dedicada a la actividad de venta al por menor de prendas de vestir y con domicilio en A Coruña, Avda..., Polígono Industrial de Sabón, en el centro de trabajo sito en Santiago, c/..., en virtud de contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios por tiempo inferior a 12 horas semanales o 48 horas mensuales como dependienta, con categoría profesional de Ayudante, en jornada de 4 horas semanales, distribuidas por la empresa según necesidades y teniendo por objeto el contrato de los trabajadores correspondientes a la temporada otoño-invierno 97, siendo dada de baja el seis de junio de mil novecientos noventa y ocho, por fin de contrato, percibiendo la correspondiente liquidación./ Segundo.- Que en fecha diez de junio de mil novecientos noventa y ocho las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como dependienta, con categoría profesional de Ayudante, en jornada de 40 horas semanales, de lunes a sábados y teniendo por objeto el contrato los trabajos correspondientes a la campaña primavera-verano 98 y cambio de temporada, siendo dada de baja el doce de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, por fin de contrato, percibiendo la correspondiente liquidación./ Tercero.- Que en fecha quince de septiembre de mil novecientos noventa y ocho las partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de duración determinada, bajo la modalidad de obra o servicio determinado, para la prestación de servicios como dependienta, con categoría profesional de Ayudante, en jornada de 40 horas semanales, de lunes a sábados y teniendo por objeto el contrato los trabajos correspondientes a la Temporada otoño invierno 99./ Cuarto.- Que la actora percibía un salario mensual de ciento veintiséis mil pesetas (126.000 pts), con inclusión de la parte proporcional de pagas extras./ Quinto.- Que la actora siempre prestó servicios en jornada de mañana y tarde./ Sexto.- Que en fecha dieciocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho la empresa realizó inventario en la tienda sita en la c/... de la Ciudad de Santiago, tarea en la que ayudó la actora, detectando la falta de 41 prendas./ Séptimo.- Que desde la apertura de la tienda, hace unos cuatro años, no se había realizado nunca un inventario./ Octavo.- Que la actora había cogido un traje color gris, dejando depositada la etiqueta en una caja. Lo mismo había ocurrido con un pantalón recogido por un cliente y pagado con posterioridad, siendo estas dos de las prendas que faltaban en el inventario y comunicándoselo la actora a la encargada el dos de diciembre de mil novecientos noventa y nueve./ Noveno.- Que la empresa comunicó a las empleadas la falta de

prendas en fecha posterior a la realización del inventario./ Décimo.- Que sobre el quince de noviembre de mil novecientos noventa y ocho fue despedida la anterior Encargada de la tienda, alcanzándose conciliación y reconociéndose la improcedencia del despido./ Undécimo.- Que la nueva encargada de la tienda comenzó a prestar servicios el doce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, encontrándose en ese momento la actora disfrutando de unos días de permiso./ Duodécimo.- Que tenían llave de la tienda al menos cuatro personas./ Décimo Tercero.- Que en fecha cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y ocho la empresa entregó a la actora carta de despido de la misma fecha y con efectos desde el mismo día, imputándole haber retirado de la tienda, sin conocimiento de la empresa un traje color gris, referencia 11509-601-81, talla 38 y con precio de venta al público sesenta y nueve mil quinientas pesetas (69.500 pts), sin comunicárselo a la empresa./ Décimo cuarto. Que en la misma fecha la Gestora de Tiendas de “A.P., S.A.” doña M.M.R.F. presentó denuncia en la Comisaría de Policía de Santiago, por faltar de la caja de ésta la cantidad de doscientas cuarenta y seis mil novecientas pesetas (246.900 pts), correspondientes a las ventas del día veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y ocho y una falta de prendas por valor de un millón ciento veintidós mil novecientas pesetas (1.122.900 pts.)./ Décimo quinto.- Que la actora no ha ostentado la condición de representante legal o sindical de los trabajadores en el año inmediatamente anterior a la fecha del despido./ Décimo Sexto.- Que en fecha ocho de enero de mil novecientos noventa y nueve tuvo lugar el preceptivo acto de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, con el resultado de intentado sin efecto por incomparecencia de la demandada.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando parcialmente la demanda formulada por doña M.P.V.A., contra la empresa “A.P., S.A.” debía de declarar y declaraba la IMPROCEDENCIA DEL DESPIDO efectuado, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y a que opte, en término de cinco días, a contar desde el siguiente al de la notificación de esta sentencia, entre readmitir a la actora en su puesto de trabajo, de forma inmediata y en las mismas condiciones que tenía antes del despido, o abonarle la correspondiente indemnización en cuantía de doscientas veintidós mil seiscientas cincuenta y ocho pesetas (222.658 pts), y a que le abone , en todo caso, la cantidad de novecientas setenta y cuatro mil cuatrocientas pesetas (974.400 pts) en concepto de salarios de tramitación devengados

hasta el día de la fecha, más el haber diario de cuatro mil doscientas pesetas (4.200 pts), desde este día hasta la fecha de notificación de la sentencia y desestimando la demanda formulada, en cuanto a la diferencia de salario regulador reclamado, debía de absolver y absolvía a la demandada del citado pedimento.”

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

#### Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** Recurre la empresa demandada en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, que declara improcedente el despido de la actora, se desestime la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) LPL denuncia, en un único motivo de recurso, la infracción del art. 54.1 y 2.d) en relación con el art. 55.4 primer párrafo, ambos del E.T., y de concreta jurisprudencia, con cita de diversas sentencia de TSJ.

**SEGUNDO.-** Sostiene el recurso, en síntesis, que el despido de la actora ha de ser declarado procedente dado que -dice- “la actora transgredió la buena fe contractual por activa y por pasiva toda vez que no sólo cogió un traje de color gris sin comunicárselo a la empresa, sino que el 18.11.98 cuando se lleva a cabo el inventario en el que ella colabora no comunica que una de las prendas que faltan era la que ella misma había retirado...”. La carta de despido imputa a la actora (H.P. 13) haber retirado de una tienda de la empresa, sin conocimiento de ésta, un traje de color gris, referencia 11509-601-81, talla 38, y con un PVP de 69.500 pts., lo que no comunicó a la empresa. A partir de ello y de que la recurrente no interesa revisión alguna de los HDP por la correspondiente vía del art. 191.b) LPL, lo que en la sentencia recurrida se declara en torno a la imputación motivante del despido propicia el rechazo del recurso, considerando el Tribunal que se ajusta a derecho la conclusión final explicitada en su fundamento jurídico 3º de que “la conducta de la actora no es justificadora del despido efectuado, debiendo ser calificado este como improcedente, a tenor de lo dispuesto en el art. 55.4 del E.T...”.

**TERCERO.-** Se declara en los H.P. 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11º y 14º de la sentencia de instancia lo siguiente: que en fecha 18.11.98 la empresa realizó inventario en la tienda de la C... de Santiago (en la que desde su apertura -unos 4 años- nunca se había hecho), tarea en la que ayudó la actora, detectándose la falta de 41

prendas, lo que la empresa comunicó a las empleadas posteriormente; la actora había cogido un traje gris, dejando depositada la etiqueta en una caja, al igual que había ocurrido con un pantalón recogido por un cliente y pagado con posterioridad, siendo éstas dos de las prendas que faltaban en el inventario, y que fue comunicado por la actora a la encargada el 02.12.99; el 15.11.98 fue despedida la anterior encargada de la tienda antedicha, reconociéndose en conciliación la improcedencia del despido, y su nueva encargada comenzó a prestar servicios el día 12.11.98, fecha en que la actora disfrutaba unos días de permiso; finalmente, el 04.12.98 la empresa presentó denuncia ante la policía de Santiago por faltar de la caja 246.900 pts. por ventas del día 24.10.98 y prendas por valor de 1.122.900 pts.

Asimismo, se declara en el fundamento jurídico 3º de la sentencia de instancia, aunque en lugar inadecuado también con su correspondiente valor de H.P, lo siguiente: “...no existe duda de que la actora retiró la prenda de vestir que se señala en la carta de despido...”; y que “...pues mientras la empresa manifiesta y acredita mediante la testifical prestada a su instancia, que el sistema de retirada de prendas para uso de su personal, a las que se aplica un porcentaje de descuento, debía ser comunicada previamente por fax... de la testifical prestada por la propia encargada de la tienda parece deducirse que el sistema empleado en la tienda de Santiago, hasta el cese de la anterior encargada... era retirar las prendas y dejar las etiquetas en una caja hasta el momento del pago, en el que se daba de baja la prenda en el inventario, sistema que también se empleaba con algunos clientes, no pudiendo deducirse de la conducta de la actora ni mala fe, ni abuso de confianza, ni mucho menos apropiación indebida de la prenda, cuando no consta que conociera el sistema instaurado por la empresa para la retirada de prendas para uso propio y el empleado le era consentido por la anterior encargada de la tienda...”.

Consecuentemente y por las siguientes definitivas consideraciones, la sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción legal que le imputa el recurso: A) Si bien la actora retiró de la tienda el traje a que se refería la carta de despido, es lo cierto que consta lo hizo “dejando depositada la etiqueta en una caja (HP. 8º); como también se hacía en el caso de algunas clientas que llevaban prendas que pagaban con posterioridad y que era el sistema empleado en aquella tienda, admitido por la encargada de la misma para la retirada de prendas para uso propio por parte de las empleadas: se retiraba la prenda y se dejaban las etiquetas en una caja hasta el momento del pago, en el que se daba de baja en el inventario. B) Con

independencia de que éste no fuera el sistema implantado por la empresa con carácter general para la retirada de prendas para uso de su personal, si era el sistema establecido-autorizado por la encargada en la tienda en que la demandante cogió el traje a que se refería la carta de despido, lo cual proporcionaba a su conducta la oportuna y suficiente cobertura de legalidad, eliminando en la misma cualquier ilicitud laboral sancionable disciplinariamente. Y es que no puede hablarse de incumplimiento laboral, y menos grave y/o culpable, de transgresión de la buena fe contractual o de abuso de confianza que propicie sanción disciplinaria cuando resulta que la actora se limitó a actuar conforme la encargada de la tienda indicaba y autorizaba, cumpliendo con los requisitos al efecto de dejar en una caja las etiquetas hasta el momento del pago... y, además, desconociendo -y así lo declara la sentencia recurrida en su fundamento jurídico 3º- otro sistema implantado por la empresa. C) A partir de ello, carece ya de verdadera trascendencia que al tiempo del inventario realizado en la tienda el día 18.11.98 faltase aquel traje dicho. Por otro lado consta que cuando la nueva encargada de la tienda comenzó a prestar servicios el día 12.11.98, la actora disfrutaba de unos días de permiso, y que en la fecha de realización del inventario no se comunicó a las empleadas la falta de prendas sino días después, lo cual justifica la conducta de la actora de no comunicar al tiempo del inventario que una de las prendas que faltaban era la retirada por ella; lo que además sí consta hizo a la encargada de la tienda el día 02.12.98 (HP 8º), con la circunstancia que relata la sentencia recurrida en su fundamento jurídico 3º: "...sobre todo cuando, preguntada por la encargada sobre unas etiquetas aparecidas en una caja, inmediatamente manifestó que una correspondía a una prenda retirada por un cliente y otra a una prenda retirada por ella". Y d) En definitiva, de los hechos probados, establecidos por el juzgador de instancia como consecuencia de su imparcial criterio de valoración de las pruebas practicadas, aparece una conducta por parte de la demandante en la que, como ya ha considerado la sentencia recurrida, no hay causa justificadora del despido efectuado, de tal manera que su declaración de improcedencia se ajusta a derecho. Y es que -se reitera- no puede apreciarse el incumplimiento grave y culpable que se imputa a la trabajadora, infracción laboral valorable disciplinariamente en suma, cuando lo que aparece es que se limitó a retirar la prenda a que se refería la carta de despido con oportuna buena fe y ateniéndose al sistema que al efecto regía en la tienda pues su encargada lo conocía y venía consintiendo y manteniendo.

CUARTO.- Procede, consiguientemente, el rechazo del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia. Se imponen costas conforme al art. 233.1 LPL.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa "A.P., S.A" contra la sentencia dictada el día 24.07.99 por el Juzgado de lo Social nº uno de Santiago en Autos tramitados por despido bajo el nº 20/99 a instancias de doña M.P.V.A. frente a la recurrente, confirmamos la sentencia recurrida.

## **2802 RECURSO N° 4.423/99**

S. S.

**INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO, POR TERSE OPERADO A TRANSFORMACIÓN DE LABORAL EN ESTATUTARIO DO SERGAS DO POSTO DE TRABALLO OCUPADO POLO DEMANDANTE.**

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

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación nº 4.423/99 interpuesto por SERVICIO GALEGO DE SAÚDE (SERGAS) Y don E.M.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cuatro de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 423/99 se presentó demanda por don E.M.C. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el SERGAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha uno de julio 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.- Que el demandante don E.M.C., viene prestando sus servicios para la demandada SERGAS con antigüedad de 28.06.90, con la categoría profesional de Médico Especialista en Oftalmología, prestando sus servicios en el centro de trabajo, Complejo Hospitalario “J.C.” de esta ciudad, con salario de 427.238 ptas. SEGUNDO.- Que el demandante suscribió en fecha 28.06.90, con el Ministerio de Defensa contrato de trabajo de carácter interino, para prestar sus servicios como médico en el antiguo Hospital Militar de esta ciudad, y en sustitución de doña J.P.G., con duración hasta la reincorporación de la anteriormente mencionada y en todo caso no más de un año. Con fecha 01.07.91 suscribió nuevo contrato de trabajo de carácter interino para prestar sus servicios como médico Oftalmólogo, en el mencionado Hospital y por existir vacante de categoría y especialidad en dicho establecimiento, con duración hasta que se provea definitivamente la vacante y en todo caso con duración de un año. En fecha 01.07.92 se suscribió nuevo contrato de las mismas condiciones y circunstancias que el anterior, y con idéntica duración. En fecha 02.07.93 se suscribió nuevo contrato idéntico a los dos anteriores, si bien en el mismo con fecha 08.07.93 se adiciona una nueva cláusula en la que se consignaba lo siguiente: “Según B.O.D. núm. 132 de fecha 08.07.93 se adiciona una nueva cláusula que modifica la VI del contrato en los siguientes términos. SEXTA.- El presente contrato producirá plenos efectos a la fecha de su firma y finalizará cuando se produzca su cobertura por los procedimientos reglamentarios o convencionalmente establecidos o se proceda a su amortización”. Todos los contratos obran en autos y se dan aquí por reproducidos. TERCERO.- El demandante en julio de 1996 fue transferido al Servicio Galego de Saúde como consecuencia del cierre del Hospital Militar de esta ciudad, prestando desde ese momento servicios, sin solución de continuidad, en el complejo Hospitalario “J.C.” en el puesto de trabajo que le fue adjudicado, concretamente en el servicio de urgencias. Dicho puesto de trabajo está recogido en la RPT del mencionado Hospital, formando parte de servicio de urgencias. CUARTO.- Por R.D. 1.432 de 1996 de 7 de junio se traspasan a la comunidad autónoma de Galicia los medios personales adscritos al Hospital Militar de La Coruña. Y por Decreto 276/96 de 4 de julio se asumen dichos medios personales. Por orden de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de 4 de diciembre de 1998, se regula el proceso de integración en el régimen estatutario de determinado personal del Hospital Militar de La Coruña transferido por el Real Decreto anteriormente mencionado. QUINTO.- En fecha 30.03.99 el actor recibió comunicación del Servicio Galego de Saúde por la que se ponía en

su conocimiento que en fecha 15.03.99, se extinguió el contrato de trabajo celebrado en fecha 02.07.93, dejando desde dicha fecha de cubrir el puesto de trabajo de Titulado Superior por amortización del mismo, de acuerdo con lo establecido en el apartado tercero de la disposición adicional segunda la orden de 4 de diciembre de 1998, de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais. Sin solución de continuidad el actor ha pasado a prestar servicios para el Servicio Galego de Saúde demandado como personal interino estatutario en virtud de nombramiento de 16.03.00. SEXTO.- Ha quedado agotada la vía administrativa previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda promovida por don E.M.C. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE debo declarar y declaro IMPROCEDENTE el despido efectuado al actor en fecha 15.03.99 condenando a la demandada a que en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta resolución, opte entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o el abono de la cantidad de 5.588.624 ptas. en concepto de indemnización”.

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia estimatoria de instancia, declarando improcedente el despido por el que se accionaba, el demandado SERGAS interpone recurso en el que -vía art. 191.c) LPL- se insiste en la falta de acción, por infracción del art. 2 y de la Disposición Adicional Primera (apartados tercero y cuarto) de la Orden de la Consellería de Sanidade de 4/diciembre/1998, en relación con Resolución dictada por la Dirección Xeral de Presupuestos de la Consellería de Economía y Hacienda, por la que se autoriza la modificación del cuadro de personal del C.H. “J.C.” 1.- Con carácter previo ha de situarse fácticamente la litis, conforme a los HDP. Y son hechos incompatibles que en 28.06.90 el actor suscribió con el Ministerio de Defensa contrato de interinidad para prestar servicios como Oftalmólogo interino en el Hospital Militar de La Coruña, para sustituir a otro facultativo, hasta la reincorporación de éste y en todo caso con duración no superior a un año; que en 01.07.91 firma nuevo contrato, para cubrir plaza vacante y con los límites de cobertura definitiva de la vacante y año; que en 01.07.92 y 02.07.93 se

hacen nuevos contrato, en idénticos términos, si bien el último de ellos añade cláusula expresiva de que “el presente contrato [...] finalizará cuando se produzca su cobertura por los procedimientos reglamentarios o convencionalmente establecidos o se proceda a su amortización”; que en Junio-96 (RD 1.432/96, de 7/junio) se traspasan a la Comunidad Autónoma de Galicia los medios personales adscritos al Hospital Militar de La Coruña, y –por su virtud– en julio/96 el actor fue transferido al SERGAS, y desde tal fecha presta servicios –sin solución de continuidad– en el Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario “J.C.”, en puesto de trabajo recogido en el RPT; que en aplicación de la Orden de 04.12.98 (relativa al proceso de integración en el régimen estatutario de determinado personal del Hospital Militar), en 30.03.99 se le comunica que con fecha 15.03.99 se le había extinguido su contrato de trabajo por amortización del puesto desempeñado, pasando a prestar servicios –sin solución de continuidad– como personal interino estatuario, por nombramiento de 16.03.99. 2.- Tampoco puede omitirse que por Resolución de 23/marzo/1999, dictada por la Dirección Xeral de Presupuestos de la Consellería de Economía y Hacienda, se autoriza la modificación del cuadro de personal del “C.H. J.C.”, amortizándose 143 plazas (concretamente 1 de Titulado Superior y 10 de Médicos Especialistas) y creándose otras 132. Y que en la RPT del Hospital se halla recogido el puesto de trabajo desempeñado por el actor en el Servicio de Urgencias. 3.- Asimismo parece oportuno traer a colación –el dato consta en el expediente, siquiera no tenga expresión en el relato de los HDP– que el actor solicitó su integración en el Régimen Estatutario de la Seguridad Social (folio 54) y que la misma le fue rechazada por el Director General de la División de Recursos Humanos, al entender que su vínculo era de naturaleza temporal (folio 57). 4.- Desde el punto de vista normativo ha de destacarse que la Orden –Consellería de Sanidade e Servicios Sociais– de 4/12/1998-diciembre(sic), por la que se regula el proceso de integración en el régimen estatutario de determinado personal del Hospital Militar de La Coruña, transferido por RD 1.432/96 (7-junio), dispone en su art. 1 que “el personal laboral fijo del Hospital Militar de La Coruña [...] podrá homologarse al régimen estatutario e integrarse en el correspondiente estatuto de personal de la Seguridad Social, en los términos y condiciones que se establecen en la presente norma”; se establece en el art. 2 que “no podrá ejercer el derecho de opción el personal con vínculo temporal transferido [...], cualquiera que sean las características de tal vínculo”; el art. 6 preceptúa que “al personal que no se integre en los estatutos del personal de la Seguridad Social se le respetarán el régimen económico y jurídico que se derive de su situación de origen con

dependencia orgánica y funcional del Sergas”; en la Disposición Adicional Segunda se norma que “los puestos de trabajo de origen del personal que opte por su integración en los regímenes estatutarios, se consideran amortizados y convertidos en los correspondientes estatutarios que determina para cada caso la tabla de homologaciones”, y que “los puestos de trabajo ocupados por el personal temporal del artículo 2º de esta norma [los que no puede ejercer opción para homologarse con personal estatuario], se consideran amortizados y reconvertidos en plazas de personal estatutario, por lo que el personal que los ocupa cesará en su desempeño. Por lo tanto, con efectos del día siguiente al del cese, se les expedirá el nombramiento que corresponda para ocupar la equivalente plaza de personal estatutario, con el mismo carácter temporal”.

**SEGUNDO.-** Sobre esta base, la Magistrada razona que la superación –con mucho– del plazo máximo de un año previsto en el RD 2.205/80 (13-junio) para la prestación de servicios de los contratados interinamente determina que el actor hubiese alcanzado condición de trabajador indefinido –que no fijo de plantilla– en su relación laboral con el Ministerio de Defensa y que su transferencia al SERGAS lo hubiese sido con tal cualidad, de manera que al no haberse producido la amortización del puesto de trabajo –a juicio de la Magistrada “no se produce, por cuanto que la plaza del actor continúa existiendo y siendo desempeñada por el mismo– supone que el como trabajador laboral y correlativo nombramiento como personal estatutario interino supone el despido improcedente por el que se acciona.

**TERCERO.-** Discrepamos de tal planteamiento, en primer término por no considerar que el accionante hubiese obtenido cualidad de trabajador indefinido del Ministerio de Defensa por el exclusivo dato de que su prestación de servicios como interino hubiese superado el plazo máximo de un año previsto en el art. 9.2.3.c) del RD 2.205/80 (13-junio). Para el similar supuesto que representaba la interpretación de los arts. 5.2 y 51 del EJPM de la SS, aprobado por Decreto 23/diciembre/66, redactados ambos de acuerdo con la reforma establecida por el RD 1.033/1976 (9/abril), el Tribunal Supremo tiene declarado que la esencia de la interinidad consiste en la necesidad de suplir al titular de un puesto y debe mantenerse al sustituido en tanto permanezca la plaza vacante hasta que no sea ocupada por el titular correspondiente» (SSTS 27-febrero-1991 Ar. 880, 20-mayo-1993 Ar. 6.287 y 21-septiembre-1993 Ar. 6.891, 29-enero-94 Ar. 391, 18-febrero-1994 y 19-mayo-1997 Ar. 4.104). Reproduciendo palabras de la STS 25-octubre-1994 Ar. 8.110 ha de decirse que esta doctrina se

inició con la Sentencia de 11-junio-1988 Ar. 6.021, a la que siguieron las de 24-septiembre-1990 Ar. 7.039 y 6-marzo-1991 Ar. 1.833, siendo acogidos los criterios mantenidos en esas sentencias por la de 1-abril-1991 Ar. 3.241 (dictada en Sala General), y posteriormente han seguido reiterando esta doctrina las Sentencias de 24-abril-1991 Ar. 3.385, 26-abril-1991 Ar. 3.391, 11-julio-1991 Ar. 5.982, 16-octubre-1991 Ar. 7.663, 30-noviembre-1991 8.426, 11-mayo-1992 Ar. 3.539, 22-mayo-1992 Ar. 3.590, 6-junio-1992 Ar. 4.532, 13-junio-1992 Ar. 4.574, 9-julio-1992 Ar. 5.598, 21-julio-1992 Ar. 5.640, 19-octubre-1992 Ar. 8.845, 30-noviembre-1992, 2-abril-1993 Ar. 2.902, 20-mayo-1993 Ar. 6.287, 14-junio-1993 Ar. 4.670, 22-julio-1992 Ar. 5.752, 21-septiembre-1993 Ar. 6.891, 29-enero-1994 Ar. 391, 18-febrero-1994, 11-junio-1994 Ar. 5.425, 16-junio-1994 Ar. 5.441 y 25-octubre-1994 Ar. 8.110. Esta doctrina se resume en las siguientes frases de la Sentencia citada de 29 enero 1994: “La interinidad concedida a un facultativo sólo debe terminar, salvo caso de amortización de la plaza, cuando ésta se cubra bien por reintegrarse a la misma su titular (en caso de reserva) bien por la incorporación de un nuevo titular mediante el procedimiento reglamentario. No es, pues, jurídicamente correcto el cese de un médico interino con la finalidad de que sea nombrado otro facultativo, con el mismo carácter de interinidad: tal solución no es la adecuada a la normativa vigente..., y además, como expresa la ya citada Sentencia de 31 octubre 1990 (RJ 1990\7.939), “(es) contraria a la propia naturaleza de la interinidad y a los principios de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución) y de estabilidad en el empleo, aunque tal estabilidad ha de entenderse referida a la conservación del puesto de trabajo con carácter interino hasta el momento en que se produzca su cobertura definitiva u otra causa justificativa del cese del actor”. Y no altera esta conclusión –añade incluso la indicada doctrina– el hecho de que exista un pacto entre el SERGAS y los sindicatos regulando el sistema de nombramiento de los médicos interinos, toda vez que la citada Sentencia de 29 enero 1994 precisa, en relación a este extremo, que “los acuerdos habidos entre la Dirección General de Recursos Humanos, la Dirección Provincial de SERGAS y los representantes sindicales... han de entenderse en función de la necesidad de provisión temporal de plazas vacantes, pero no cuando ya están desempeñadas por otro interino, cual el supuesto de autos”.

CUARTO.- 1.- De otra parte, aunque se admitiese esa cualidad –que negamos– de trabajador indefinido, la conclusión a que llegaríamos no sería la mantenida por la Juzgadora de instancia, puesto que la normativa que reproducíamos en nuestro

primer fundamento de Derecho es inequívoca respecto de que la posible integración homologada como personal estatutario del SERGAS queda reservada para “el personal fijo” procedente del Hospital Militar de La Coruña (así, el art. 1 Orden de 4/diciembre/98), siendo coherente prescripción la que se hace en el art. 2 y consistente en que “no podrá ejercer el derecho de opción el personal con vínculo temporal transferido [...], cualquiera que sean las características de tal vínculo”. 2.- Aunque es ciertamente argumentable que el actor –supuesta su cualidad de trabajador indefinido– no se halla expresamente contemplado en la citada Orden de la Consellería, pues ni es trabajador fijo de plantilla ni propiamente temporal, sino ese tercer género –de creación jurisprudencial– que constituye el trabajador indefinido, tal matización tampoco puede llevar a la conclusión que la decisión recurrida mantiene, porque –tal como señalábamos en la Sentencia de 24-Septiembre-99 R. 3.291/99, reproduciendo la STS 22-septiembre-98 Ar. 7.423–, a partir de la STS 7-octubre-96 Ar. 7.492 (seguida por las sentencias de 10-diciembre-96 Ar. 9.139, 30-diciembre-96 Ar. 9.864, 11-marzo-97 Ar. 2.312 y 14-marzo-97 Ar. 2.471) se establece nueva línea jurisprudencial que distingue, en orden a la determinación de los efectos derivados de irregularidades trascendentales en la contratación temporal por parte de las Administraciones Pùblicas, entre trabajador “fijo de plantilla” y “contratado con carácter indefinido”, reservando la primera calificación a los contratados por el procedimiento reglamentario. Y precisando tal distinción, las SSTS 20-enero-98 Ar. 1.000 y 21-enero-98 Ar. 1.138, dictadas en Sala General, sientan la doctrina de que las AA PP están situadas “en una posición especial en materia de contratación laboral, en la medida en que las irregularidades de los contratos temporales, no pueden dar lugar a la adquisición de la fijeza, pues con ello se vulnerarían las normas de derecho necesario sobre la limitación de los puestos de trabajo en régimen laboral y la reserva general a favor de la cobertura funcionarial, así como las reglas imperativas que garantizan que la selección debe someterse a los principios de igualdad, mérito y publicidad en el acceso al empleo público”. Añadiendo las mismas que el reconocimiento de las irregularidades no llevará a consecuencias prácticas distintas de las que se derivarian de un contrato de interinidad con la garantía de empleo hasta la cobertura del puesto que se desempeñase, y que el “carácter indefinido del contrato” implica que no esté sometido –directa o indirectamente– a un término, pero como la Administración empleadora está obligada a adoptar las medidas precisas para la provisión regular del puesto de trabajo, resulta que “producida esa provisión en la forma legalmente procedente, existirá una causa lícita para extinguir

el contrato". 3.- Y en el concreto caso de autos es a nuestro juicio innegable que se ha producido la amortización de la plaza que determina la válida extinción del contrato en trabajadores indefinidos, porque la misma no ha de entenderse en sentido objetivo de desaparición del puesto de trabajo, sino en el jurídico de supresión de su cualidad laboral y conversión en estatutaria, realizada precisamente al amparo de la Orden de 4/12/1998-diciembre y por la Resolución de 23/marzo/1999, dictada por la Dirección Xeral de Presupuestos de la Consellería de Economía y Hacienda, que modifica el cuadro de personal del "C.H.J.C.". En este sentido –ya lo indicábamos– la Disposición Adicional Segunda establece que "los puestos de trabajo de origen del personal que opte por su integración en los regímenes estatutarios, se consideran amortizados y convertidos en los correspondientes estatutarios que determina para cada caso la tabla de homologaciones", y que "los puestos de trabajo ocupados por el personal temporal del artículo 2º de esta norma [los que no puede ejercer opción para homologarse con personal estatuario], se consideran amortizados y reconvertidos en plazas de personal estatutario, por lo que el personal que los ocupa cesará en su desempeño. Por lo tanto, con efectos del día siguiente al del cese, se les expedirá el nombramiento que corresponda para ocupar la equivalente plaza de personal estatutario, con el mismo carácter temporal". Y esto es precisamente lo ocurrido en el supuesto de autos, en que al demandante se le cesa por amortización de plaza laboral y sin solución de continuidad se le nombra para el mismo destino como personal estatutario interino; de esta forma, por virtud de la transferencia y de las disposiciones dictadas en su desarrollo, su situación ni se mejora por conversión en personal estatutario fijo, ni se le perjudica por el cese como laboral, por cuanto que –lo mismo que por anteceden-  
su posible extinción del vínculo sigue siendo únicamente factible por la cobertura reglamentaria de la plaza (ya como plaza estatutaria) o por amortización definitiva la misma. Por todo lo indicado y por considerar que la medida del SERGAS no integra despido, sino que es decisión ajustada a Derecho,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, revocamos la sentencia que con fecha 1-junio-1999 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de La Coruña, y desestimamos la demanda presentada por don E.M.C., absolviendo a la parte demandada.

## 2803 RECURSO N° 3.744/99

S. S.

PROCEDENCIA DO PAGAMENTO DE XUROS LEGAIS POR SUPERACIÓN DO PRAZO LEGALMENTE PREVISTO LOGO DE EMANARSE AUTO DE INSOLVENCIA.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a cinco de noviembre 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 3.744/99 interpuesto por INSS contra el Auto del Juzgado de lo Social núm. uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 690/97-EJEC. 18/98 en el recurso de Suplicación nº 3.744/99 interpuesto por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra el Auto de fecha 24 de mayo de 1999 dictado por el Juzgado de lo Social número uno de A Coruña.

SEGUNDO.- Con fecha 1 de abril de 1998, por el Juzgado de referencia, se dictó sentencia, en proceso promovido por la Mutua Gallega de Accidentes de Trabajo, declarando a la empresa "B., S.L." responsable directa del pago de prestaciones, por importe de 304.307 pesetas, condenándola a su pago y declarando como responsables subsidiarios al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social.

TERCERO.- Por sentencia de fecha 26 de diciembre de 1997, en pleito interpuesto por la antes nombrada Mutua Patronal, se declaró responsable directa a la prenombrada empresa, del reintegro a la demandante de la cantidad de un millón veinticuatro mil cuatrocientas sesenta y cinco pesetas y responsables subsidiarios, en caso de insolvencia de la empleadora, a los antes designados Organismos INSS y TESORERÍA.

**CUARTO.-** Instados e iniciados procesos de ejecución de las mencionadas sentencias, que fueron acumulados, ejecuciones nº 18/98 y 66/98, se decretó el embargo correspondiente, y ante la carencia de bienes de la ejecutada, ésta fue declarada insolvente en Auto de fecha 18 de junio de 1998.

**QUINTO.-** En providencia de fecha 7 de julio de 1998, se acordó requerir al INSS y a la Tesorería, para que abonaran a la ejecutante -Mutua Patronal- la cantidad de un millón trescientas veintiocho mil setecientas setenta y dos pesetas; y en virtud de este requerimiento, por la Tesorería, en escrito presentado el 15 de dicho mes, adujó que era el INSS, como subrogado en las obligaciones del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo, el que debía ordenar el pago, y dado traslado a la Mutua, ésta mostró su conformidad. Habiéndose acordado, en providencia de fecha 22 del citado mes dar traslado al INSS.

**SEXTO.-** En escrito presentado por el INSS el 7 de septiembre de 1998 se manifestó que se había procedido a abonar a la Mutua Gallega la cantidad de un millón veinticuatro mil cuatrocientas sesenta y cinco pesetas, en concepto de incapacidad temporal y de ciento cuarenta y una mil pesetas, en concepto de lesiones permanentes no invalidantes; acordándose en proveído de fecha 11 del mismo mes poner el referido escrito en conocimiento de las partes, por término de tres días; presentándose por la Mutua escrito con fecha 17 del propio mes de septiembre, aduciendo que no constaba el ingreso y que la cantidad era de un millón trescientas veintiocho mil setecientas setenta y dos pesetas, no abonada, y que fueran requeridos el INSS y la Tesorería a que le reintegren, efectivamente, el principal, más la que prudencialmente se fijara para intereses; recayendo providencia, en la misma fecha, dando traslado a las demás partes, para alegaciones en el plazo de tres días.

**SÉPTIMO.-** En nuevo escrito, presentado el 15 de enero de 1999, por la Mutua se pone en conocimiento del juzgado que se le notificó el 15 de diciembre de 1998 el abono de un millón ciento sesenta y cinco mil cuatrocientas sesenta y cinco pesetas; manifestando, así bien, que habían transcurrido desde el 18 de junio de 1998 -fecha de la declaración de insolvencia de la empresa ejecutada- más de tres meses, por lo que procedía el abono de intereses por mora de la cantidad abonada -desde el 18 de junio hasta el 15 de diciembre de 1998- y que se requiriera a los Organismos ejecutados para el abono del resto de principal, por importe de ciento sesenta y tres mil cuatrocientas siete pesetas más los intereses; acordándose, en providencia de la fecha de presentación del mencionado escrito, practicar los

requerimientos en el mismo interesados, y en contestación al mismo, el INSS presentó escrito el 29 de enero de 1999, haciendo una serie de alegaciones sobre las resoluciones objeto de ejecución, auto de insolvencia de la empresa, abonos efectuados, para afirmar, en definitiva, que no procede el abono de intereses legales al no haber transcurrido más de tres meses entre el auto de insolvencia de la empresa y el pago efectuado por el contestante, ya que el primero de los abonos se ordenó el 30 de julio de 1998 y el segundo el 14 de octubre; acordándose en providencia de 18 de febrero dar traslado a la Mutua del referido escrito, la que contestó aduciendo, entre otras cosas, que la cantidad de un millón ciento sesenta y cinco mil trescientas sesenta y cinco pesetas ha sido abonada por la Tesorería con fecha 15 de diciembre de 1998 y no con fecha 30 de julio del mismo año como dice en INSS en su escrito, ya en esta fecha es cuando por el ente gestor da las órdenes a la Tesorería para el pago, pero la cantidad no es abonada efectivamente hasta el 15 de diciembre, y que las restantes cantidades, que ascienden a ciento cuarenta y tres mil doscientas cincuenta y siete pesetas, todavía no han sido abonadas efectivamente a la recurrente, pues aunque el INSS señala que los pagos fueron ordenados por la Intervención el 14 de octubre de 1998, la Tesorería aún no las ha abonado; añadiendo la recurrente, en el escrito de referencia que se ratificaba en el escrito que presentó el 14 de enero, ya que la Tesorería ha abonado, con fecha 15 de diciembre de 1998 -y no con fecha 30 de julio de 1998- la cantidad de un millón ciento sesenta y cinco mil cuatrocientas sesenta y cinco pesetas, restando todavía por abonar del principal, que asciende a un millón trescientas veintiocho mil ochocientas setenta y dos pesetas la cantidad de ciento sesenta y tres mil pesetas -de las cuales ciento treinta y cuatro mil, el INSS dice que ha ordenado su abono el 14 de octubre, pero todavía no lo ha realizado y veintinueve mil cincuenta pesetas que reconoce no haber sido abonadas ni ordenado su pago.

**OCTAVO.-** Por providencia de fecha 31 de marzo de 1999 se acordó requerir al INSS a fin de que abonara a la Mutua ejecutante la cantidad de ciento sesenta y tres mil cuatrocientas siete pesetas y no haber lugar, de momento al abono de intereses en virtud de lo dispuesto en la Ley General Presupuestaria; y frente a dicha providencia interpuso recurso de reposición la Mutua, a medio de escrito presentado el 16 de abril siguiente, alegando, sustancialmente, que el INSS ya reintegró un millón doscientas noventa y nueve mil setecientas veintidós pesetas, de las que un millón ciento sesenta y cinco mil trescientas sesenta y cinco, lo han sido el 15 de diciembre de 1998 y ciento treinta y cuatro mil doscientas

cincuenta y siete, el 1 de febrero de 1999; teniéndose por interpuesto el recurso en providencia de la fecha de presentación de escrito y dar traslado, por tres días, al INSS; oponiéndose por éste que la cantidad de un millón ciento sesenta y cinco mil trescientas cincuenta y cinco pesetas habiendo sido abonadas el 30 de julio de 1998 y ciento treinta y cuatro mil doscientas cincuenta y siete pesetas lo habían sido el 14 de octubre de 1998; añadiendo que restaba por abonar la cantidad de veintinueve mil cincuenta pesetas, cuyo abono se hizo el 2 de febrero de 1999. En Auto de fecha 24 de mayo de 1999 se estimó el recurso de reposición interpuesto por la Mutua, acordándose en el mismo modificar la resolución recurrida en el sentido de que el capital que le resta por reintegrar al INSS y a la Tesorería, asciende a la suma de veintinueve mil cincuenta pesetas, con imposición de los intereses respecto de todas las cuantías abonadas al haber transcurrido más de tres meses desde el auto de insolvencia empresarial y hasta el abono efectivo de cada una de ellas.

NOVENO.- Frente a este último Auto se interpuso recurso de Suplicación por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social; que ha sido impugnado de contrario. Elevadas las actuaciones a esta Sala, se dispuso el pase de las mismas al Ponente.

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El recurso que la representación letrada del ente gestor formula frente al auto de instancia se construye a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, con cobertura en el art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, censura la resolución que impugna por estimar que en ésta se infringe, por interpretación errónea, el art. 921.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 45 de la Ley General Presupuestaria; y después de hacer una serie de consideraciones acerca de las sentencias de las que deriva la ejecución, la declaración de insolvencia de la empresa y los abonos efectuados por el recurrente -reiterando lo manifestado en anteriores escritos que había presentado en la tramitación del incidente de ejecución- a la Mutua Gallega ejecutante; argumenta, esencialmente, que no procede el abono de intereses legales respecto de la cantidad abonada por el INSS el 30 de julio de 1998, por importe de 1.165.365 pesetas, puesto que el Auto de insolvencia es de 18 de junio de 1998, no habiendo un plazo de tres meses, pues la obligación de ordenación de pago fue cumplida en plazo por el INSS, sin perjuicio que la Tesorería la materializase con posterioridad, concluyendo que cumplió su obligación dentro del plazo legal. El motivo, y por ende, el recurso, está llamado a fracasar,

porque el plazo de tres meses, a que se remite el art. 45 de la Ley General Presupuestaria, ha sido superado ampliamente, partiendo de que el auto que declaró insolvente a la empresa condenada en la sentencias que se ejecutan, ha sido dictado con fecha 18 de junio de 1998, siendo esta fecha el “dies a quo” para el cómputo del plazo, como ha declarado esta Sala en sentencia de 30 de noviembre de 1998, al decir “...habiéndose dictado auto de insolvencia provisional respecto de la empresa ‘F., S.A.’ con fecha 25 de febrero de 1997, y notificado -y consentido- dicho auto por las Gestoras condenadas como responsables subsidiarios, es desde ese momento cuando nace su obligación de pago y la del abono de intereses, al no haber hecho efectivo el importe de la condena en el plazo de gracia de tres meses previsto en el art. 45 de la Ley General Presupuestaria, tal como se desprende de la doctrina sentada por las STC 69/96, de 18 de abril, y 113/1996, de 25 de junio, pues una vez producida la mora sus efectos se retrotraen al instante en que efectivamente se produjo su incumplimiento”. Y si, como queda dicho, el auto de insolvencia es de fecha 18 de junio de 1998 y la fecha de abono de la cantidad a que el recurso se contrae -un millón ciento sesenta y cinco mil trescientas sesenta y cinco pesetas- ha sido la de 15 de diciembre de 1998, como alegó la Mutua a lo largo de la ejecución -además de otros momentos, en el escrito de 15 de enero de 1999, a que se refiere el antecedente de hecho sexto de la presente resolución- o, en todo caso, como aduce en la impugnación del recurso que el pago no se ha efectuado en el mes de septiembre, sino en fecha posterior; siendo de resaltar que la fecha a tener en cuenta a estos efectos es la de efectividad del abono de la cantidad objeto de condena del recurso, debiendo acreditarla el Ente Gestor, lo que no hizo, ya que la orden de pago emitida por éste, al no haberse demostrado que se hubiera materializado en tiempo oportuno, no puede tener el efecto pretendido por el recurrente. Finalmente, es de destacar que el Auto recurrido resuelve no sólo la cuestión planteada por el recurrente, sino también otras, no combatidas ahora, por lo que la estimación del recurso, como se pretende por el recurrente sería inviable.

SEGUNDO.- Por todo lo expuesto procede, previa desestimación del recurso, dictar un pronunciamiento confirmatorio de la resolución impugnada; en consecuencia,

#### Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra el Auto de fecha veinticuatro de mayo de mil novecientos noventa y nueve, dictado por el

Juzgado de lo Social número Uno de A Coruña, en proceso de ejecución de sentencia, promovido por la Mutua de Gallega de Accidentes de Trabajo, frente al recurrente y la Tesorería General de la Seguridad Social, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

## **2804 RECURSO N° 4.583/99**

S. S.

**INCOMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DOS EVENTUAIS DESCONTOS POR IRPF E COTIZACIÓNNS SOCIAIS NOS SALARIOS DE TRAMITACIÓN.**

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

A Coruña, a cinco de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación nº 4.583/99 interpuesto por don J.B.D. contra el Auto de fecha 23 de septiembre de 1999 del Juzgado de lo Social núm. uno de Ourense.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** El Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense dictó sentencia declarando improcedente el despido efectuado a don J.B.D. y condenando a la demandada “Asociación de Empresarios del Polígono Industrial “S.C.V.” a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, ejercitase la opción en el sentido de abonar al actor la cantidad de 3.538.424 pesetas de indemnización o le readmitiese en las mismas condiciones y puesto de trabajo que venía desempeñando con anterioridad al despido, con abono en cualquier caso de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de notificación de la sentencia a razón de 15.498 pesetas día.

**SEGUNDO.-** Que el día 10 de febrero de 1999, la demandada ejercitó la opción en el sentido de abonar al actor la indemnización señalada más los salarios de tramitación. En la misma fecha,

anunció recurso de suplicación contra la sentencia de instancia. En idéntica fecha la parte actora anunció también recurso de suplicación contra la mentada Sentencia. El 5 de junio de 1999 este Tribunal Superior de Justicia dictó Sentencia desestimatoria de los recursos interpuestos y confirmatoria íntegramente de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Ourense.

**TERCERO.-** Que con fecha 13 de julio de 1999, la parte demandante solicitó la ejecución de la sentencia por importe total de 5.392.188 pesetas, de principal más intereses y costas de la ejecución, desglosadas de la siguiente forma: 3.538.424 pesetas de indemnización; 1.828.764 pesetas de salarios de tramitación entre el 16.10.98 fecha del despido y 10.02.99 fecha de la opción en favor de la no readmisión y 25.000 pesetas de honorarios a este Letrado por la impugnación del recurso de suplicación interpuesto por la empresa. El día 19 de julio de 1999, se notifica al demandante la providencia del Juzgado otorgándole un plazo de cinco días para que manifieste lo que en derecho convenga al mismo en relación con el escrito presentado por la parte demandada Asociación de Empresarios del Polígono Industrial “S.C.V.”, en cuanto al importe de los salarios de tramitación señalados por dicha parte ejecutada y deducciones practicados por dicha empresa en concepto de cuotas de Seguridad Social e I.R.P.F. con la advertencia que de no hacer manifestación alguna en dicho plazo, se entenderá conforme con la liquidación practicada (folio 471 de la ejecutoria pieza separada). El 23.07.99 el Juzgado de lo Social dicta Auto denegado la ejecución promovida por sta parte(sic), teniendo por cumplimentada la sentencia por la demandada con el ingreso de 4.822.817 pesetas por indemnización, salarios de tramitación y honorarios de Letrado (folio 480). Contra dicho Auto la parte demandante interpuso el 03.08.99 recurso de reposición, argumentando la exigencia de cumplimentar los fallos de la Sentencia en sus estrictos términos, sin que ello contradiga la doctrina del Tribunal Supremo citada por el Juzgador de instancia de 18.11.98, Sala Cuarta, sobre la no competencia del orden jurisdiccional social para establecer “si han de realizarse o no retenciones a cuenta del I.R.P.F. y en su caso por qué importe.

Finalmente el 23 de agosto de 1999, el Juzgado dicta nuevo Auto acordando no reponer el de fecha 23.07.99. Contra este último, se anunció el 09.09.99 recurso de Suplicación, que ahora se formaliza. Y elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

**ÚNICO.-** La cuestión litigiosa se limita a determinar si en la ejecución de la sentencia que declaró la improcedencia del despido, condenando a la empresa al pago de la indemnización preceptiva y de los salarios de tramitación, el empleador puede deducir de estos salarios el importe a cuenta de IRPF y los Seguros Sociales. Y en segundo lugar cual ha de ser el período a tener en cuenta para el cálculo de dichos salarios de tramitación.

El primer aspecto de la cuestión planteada ha sido reiteradamente resuelto por el Tribunal Supremo, entre otras sentencia de 23 de enero de 1996 (Rec. 2.799/1994) y la más reciente de 18 de noviembre de 1998 (Rec. 4.879/1997), que declaró que “los Tribunales de la Jurisdicción Social carecen de competencia para determinar si han de realizarse o no retenciones a cuenta del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, y en su caso por qué importe puesto que este tema esta sujeto a leyes de naturaleza fiscal y no laboral, cuya interpretación y aplicación corresponde a los Tribunales del orden jurisdiccional Contencioso Administrativo y también declaró la incompetencia de la Jurisdicción Social para conocer de las cuestiones que se plantean en relación con el descuento de la cuota obrera de la Seguridad Social, por cuanto que tales cuestiones entran dentro del ámbito de la gestión recaudatoria de la Seguridad Social, que han de ser examinadas por la Jurisdicción Contencioso Administrativo tal como se desprende del artículo 3.b) de la L.P.L.”

Por lo que atañe a cual ha de ser el período a tener en cuenta para el cálculo de los salarios de tramitación, aquél viene regulado por disposición legal y va desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia, como viene establecido en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores y no, como pretende el ejecutante, hasta la fecha en que el empresario ejerce la opción a favor del pago de la indemnización.

En consecuencia procede declarar la incompetencia de este Orden Jurisdiccional Social para conocer de la pretensión litigiosa que hace referencia al descuento practicado por el empleador sobre el pago de los salarios de tramitación en concepto de retención del IRPF y de la cuota de la Seguridad Social a cargo del trabajador.

Fallamos

Se declara la incompetencia de este Orden Jurisdiccional Social, para conocer de la cuestión planteada que hace referencia a los descuentos

practicados por la empresa “ASOCIACION DE EMPRESARIOS DEL POLIGONO INDUSTRIAL DE “S.C.V.” sobre los salarios de tramitación en concepto de retención de IRPF y de la cuota de la Seguridad Social a cargo del trabajador; desestimándose el recurso de Suplicación interpuesto por don J.B.D., en lo que atañe a la pretensión sobre el período comprendido para el cálculo de dichos salarios de tramitación, que necesariamente ha de ir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declaró la improcedencia del mismo.

## **2805 RECURSO N° 4.062/99**

S. S.

**INEXISTENCIA DE DISCRIMINACIÓN SALARIAL POR MOTIVOS SINDICAIS, EN VISTA DA ACTIVIDADE PROBATÓRIA DESPREGADA POLA EMPRESA DEMANDADA.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a ocho de noviembre 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. 4.062/99 interpuesto por don R.S.G. y como parte coadyuvante FEDERACIÓN LOCAL DE VIGO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos se presentó demanda por don R.S.G. y como parte coadyuvante FEDERACIÓN LOCAL DE VIGO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO en reclamación de TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTAD SINDICAL siendo demandado “B.B.V., S.A.” y el MINISTERIO FISCAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 339/99 sentencia con fecha dos de julio 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: “1º.- El actor R.S.G., mayor de edad, con D.N.I. número..., viene prestando sus servicios para el demandado “B.B.V., S.A.” y ello desde el 16/5/1968(sic), con la categoría profesional de Administrativo Nivel IX y ello en la Oficina de... (Clave 0609) y percibiendo una retribución mensual de 342.000 pesetas.- 2º.- que el actor ostenta el cargo de delegado sindical en la Sección Sindical del BBV, de la Confederación General del Trabajo (CGT) desde el año 1995, disponiendo para ello de 40 horas mensuales de crédito horario sindical durante el año 1998.- 3º.- Que el BBV, durante el año 1999 y respecto del ejercicio de 1998, ha procedido, con carácter voluntario y gracieble, al abono a diversos trabajadores de su plantilla, de concederles en cuantía variable bajo el concepto de Asignación Voluntaria Extraordinaria (AVE) para cuya concesión se han tenido en cuenta dos criterios - AVE valoración ventas- que atiende a la calificación de oficinas destacadas, en razón a encontrarse entre el 25% de las mejores oficinas, según ranking al efecto, obtenido a nivel nacional y dentro de ellos, se premia a los empleados que hayan tenido una evaluación muy notable o excelente, tanto en su desempeño profesional, como en implicación con las políticas generales de la empresa y para ser perceptores de este complemento personal, los trabajadores han de contar con una puntuación mínima de 120 puntos. que por tanto, para ser preceptor de estos complementos AVE, han de darse dos circunstancias que la oficina en la que presta servicios el trabajador, se encuentra entre el 25% de las mejores oficinas y que el empleado haya obtenido una puntuación mínima de 120 puntos.- 4º.- Que la Oficina 0609 del BBV, sita en... donde presta servicios al actor, se trata de una oficina de Banca Comercial, que durante el año 1998, ha sido calificada como oficina destacada, al encontrarse entre el 25% de las mejores oficinas.- 5º.- Que el actor obtuvo en la valoración correspondiente -102 puntos-, habiendo sido evaluado por J.M.F.A., habiendo sido también evaluado el actor en los años 1997 y 1996, no alcanzando tampoco la puntuación requerida en esos años.- 6º.- Que la Oficina de..., contaba en el año 1998 con tres empleados, J.M.G.V., que obtuvo 174,50 puntos en la evaluación, J.M.F.A., que obtuvo en la evaluación 155 puntos y el actor R.S.G., que obtuvo 73 puntos.- 7º.- Que en la región Galicia-Asturias, existe 1.029 empleados del BBV, en Banca Comercial de los cuales, 880 han cobrado el AVE y 149 trabajadores no han cobrado el AVE, por no haber obtenido 120 o más puntos y de los 149 trabajadores, que no han cobrado el AVE, 27 tenían la condición de representantes de personal

o candidatos a representantes de personal, que del total de 1.029 empleados, 229 ostentan la condición de representantes de personal o candidatos al representantes de personal, de los cuales 202, han cobrado el AVE y 27 no han cobrado el AVE.- 8º.- Que la Oficina 6624 del BBV, sita en la calle... de Vigo, cuenta con cinco empleados y los cinco han sido beneficiarios del AVE, al haber obtenido una puntuación superior a 120 puntos, uno de ellos, J.M.L.C., posee la condición de representante de personal y otros tres, han figurado como candidatos a representantes de personal en las elecciones sindicales de 1998. Y en la Oficina 6625 del BBV, sita en la calle... de Vigo, que cuenta con cinco empleados, tres de ellos, han obtenido una puntuación igual o superior a 120 puntos y han sido beneficiarios del AVE y los otros dos, no han percibido dicho complemento (AVE), al no haber alcanzado dicha puntuación y no figuran como candidatos ni representantes de personal en las elecciones de 1998.- 9º.- que con fecha de 28.05.1996, el actor presentó demanda frente al BBV, solicitando que se le reconociese el derecho al percibo de 150.000 pesetas por el concepto de Asignación Voluntaria Especial de la empresa, demanda que fue turnada al Juzgado de lo Social nº 2 de Vigo y con fecha de 10.02.1997, por el citado Juzgado, se dictó sentencia, desestimando la demanda.- 10º.- Se presentó demanda ante esta jurisdicción social con fecha 22 de junio de 1999.- 11º.- Que con fecha de 25.06.1999, por el Sindicato Confederación General del Trabajo (CGT), se presentó escrito en este Juzgado, para personarse como Coadyuvante y con fecha de 25.06.1999, se dictó Providencia, teniendo com parte en el procedimiento, en calidad de Coadyuvante a la Federación Local de Vigo de la Confederación General de Trabajo.- 12º En la tramitación de los presentes autos se han observado las formalidades legales del Procedimiento”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el demandante don R.S.G. y Coadyuvante FEDERACION LOCAL DE VIGO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, contra el “B.B.V., S.A.” y el MINISTERIO FISCAL, debo absolver y absuelvo a dicho demandado de las pretensiones contenidas en demanda”.

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

Fundamentos de derecho

**PRIMERO.**- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta sobre Tutela de Derechos Fundamentales y Libertad Sindical, absolviendo libremente de la misma a la empresa demandada. Y contra este pronunciamiento recurre la parte demandante articulando un primer motivo de suplicación al amparo del art. 191.b) de la L.P.L., en el que pretende la revisión de los hechos declarados probados y en concreto el ordinal tercero, a fin de que quede redactado del tenor literal siguiente: “Que el BBV, durante el año 1999 y respecto del ejercicio de 1998, ha procedido, con carácter voluntario y gracieble, al abono a diversos trabajadores de su plantilla, de unas cantidades, en cuantía variable, bajo el concepto de Asignación Voluntaria Extraordinaria (AVE). Dicha Asignación Voluntaria Extraordinaria se ha concedido bajo dos modalidades o denominaciones distintas: AVE personal y AVE Valoración Ventas Oficina. a) el AVE personal o individual se ha abonado a aquellos empleados que, en su actuación durante 1998, han tenido una evaluación muy notable o excelente, tanto en su desempeño profesional, como en implicación, dedicación e identificación con las políticas generales de la empresa. El perceptor ha de contar con una puntuación mínima de 120 puntos. b) El AVE- Valoración Ventas Oficina, en Banca Comercial, atiende a la calificación de oficinas destacadas, en razón a encontrarse entre el 25% de las mejores oficinas, según ranking al efecto obtenido a nivel nacional. Para percibir este segundo complemento voluntario han de darse dos circunstancias: que la oficina en la que presta servicios el trabajador, se encuentre entre el 25% de las mejores oficinas, y que el empleado haya obtenido una puntuación mínima de 120 puntos”. Modificación que no merece favorable acogida, pues prácticamente recoge las circunstancias que han de darse para que se pueda tener derecho al cobro del AVE - que ya constan en dicho ordinal tercero-, implicando en ciertos aspectos calificaciones o valoraciones jurídicas más propias de la fundamentación jurídica de la sentencia que del relato fáctico de hechos probados. Se interesa igualmente, la adición al ordinal sexto de la sentencia de un texto del tenor literal siguiente: “En años anteriores, hasta el 20.01.98, en que causó baja definitiva F.J.F.L., la Oficina de... contaba con cuatro empleados fijos. Del 05.06.98 al 30.09.98 trabajó en esta Oficina también M.D.R.G., y desde el 01.07.98 hasta el 15.09.98 trabajó E.F.S. Del ejercicio 98 sólo han cobrado AVE J.M.G.V., que cobró por AVE.- Valoración Ventas Oficina 1998 la cantidad de 305.375 pesetas y por AVE personal 1.081.900 pesetas; y J.M.F.A., que cobró por AVE- Valoración Ventas Oficina 1998 la cantidad de 295.050 pesetas y por AVE personal 354.060 pesetas”. Adición que si

bien se acepta, al estar acreditada, por la documental (obrante a los folios 108, 144 y 145 de los autos), es irrelevante, de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho. Se interesa igualmente, se adicione al hecho probado quinto de la sentencia, un texto del tenor literal siguiente: “La evaluación contiene una puntuación, a veces, de indicadores cuantitativos, otra puntuación siempre de objetivos tácticos y otra puntuación siempre de valoración discrecional en su 20%. Las instrucciones salen de la Dirección de la Empresa”. Adición que se rechaza, al implicar conceptos o valoraciones jurídicas, en todo caso irrelevantes a los efectos de la resolución de la litis. Se interesa igualmente la modificación del hecho probado séptimo de la sentencia en dos puntos, a fin de que se suprima: “que algunos trabajadores no han cobrado el AVE por no haber obtenido 120 o más puntos...” y se añada el siguiente texto: “en la región de Galicia y Asturias han cobrado el AVE. -Valoración Ventas Oficina 243 empleados”; modificación que se rechaza al ser irrelevante y no aportarse documento que demuestre la equivocación del juzgador, sin necesidad de deducciones presunciones o conjetas; interesa igualmente se adicione al ordinal octavo de la sentencia, un texto del siguiente tenor: “En la oficina 010601 de... son diez empleados, sólo uno ha cobrado el AVE-Valoración Ventas Oficina, hay ocho con más de 120 puntos y sólo dos con menos, seis tienen referencia sindical”. Y se adicione al ordinal noveno un texto del tenor literal siguiente “Con fecha 22.02.99 el actor dirigió sendas cartas a su Director de Oficina y al Director territorial sobre las evaluaciones, que no han tenido respuesta. La CGT y el actor como Delgado sindical han mantenido una continua tensión con la empresa que está reflejada en denuncias a la Inspección de Trabajo, Informes de la Inspección y, en su caso, actas de infracción sobre presuntos despidos fraudulentos, contrataciones de ETT, jornadas laborales, falta de información...”. Con relación a la primera adición se rechaza, al no aportarse documento que de modo directo demuestre la equivocación del juzgador, y con relación a la segunda, si bien se ha acreditado que el actor dirigió sendas cartas a su director de oficina y al director territorial sobre evaluaciones, que no han tenido respuesta, así como la tirantez entre la empresa la C.G.T. y el actor como Delegado Sindical que esta reflejado en denuncias a la Inspección de Trabajo, informes de la Inspección y en su caso actas de infracción levantadas por la misma, ello es irrelevante a los efectos de la litis, de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de derecho.

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

recurrida-, y con adecuado amparo procesal, denuncia infracción, por no aplicación del art. 14 y 28.1 de la C.E. en relación con los arts. 2.1.d) y 10.3 de la Ley Orgánica sobre Libertad Sindical 11/1985, de 2 de agosto art. 135 de la I.O.T., así como jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En concreto sus sentencias 95 y 191 de fechas respectivamente 29 de mayo del 96 y 29 de septiembre del 98, alegando que la exclusión del actor en el percibo de la asignación voluntaria extraordinaria (AVE), radicaba en su condición de Delegado Sindical, lo que suponía vulneración del derecho de libertad sindical y del derecho a no ser discriminado.

Por la parte actora se argumenta fundamentalmente, que existen una serie de comportamientos empresariales, que suponen vulneración del derecho a la libertad sindical y tratamiento discriminatorio por motivos sindicales, comportamientos empresariales que concreta en los hechos que plasma en demanda, cuales son, los siguientes: "Que conforme el plan anual de incentivación, que el BBV tiene programado, la Oficina del BBV de..., donde presta servicios el demandante, resultó seleccionada como destacada por los resultados del ejercicio de 1998, concediéndole el incentivo llamado Asignación voluntaria Especial (AVE), como premio al esfuerzo colectivo, incentivo que consiste en una cantidad de dinero, que se ha distribuido entre todos los empleados de la oficina, a razón de 250.000 pesetas a cada uno, que se hicieron efectivos en el mes de febrero de 1999 y sin que la citada cantidad se haya hecho efectiva al demandante, ni se le haya notificado por escrito la razón justificativa de tal demora o exclusión. Que el actor es delegado de la Sección Sindical de la CGT, con un crédito horario de 40 horas mensuales, y que la razón de ser de la exclusión en la percepción de ese incentivo, radica en su condición de delegado sindical, lo cual supone vulneración del derecho de libertad sindical y el derecho a no ser discriminado.

Para una más acertada resolución de esta litis se ha de tener en cuenta: A) Conforme tiene declarado reiterada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo (STC 38/1986, de 21 de marzo; 14/1993, de 18 de enero; 180/1994, de 20 de junio; 85/95 de 6 de junio; STS de 27 de septiembre de 1993, Ar. 7.045), "cuando se alegue por el trabajador que un acto del empresario encubre una conducta lesiva a sus derechos fundamentales, o una represalia por su ejercicio legítimo, incumbe al empresario probar que tal acto obedece a motivos razonables y ajenos a aquel propósito. Con ello se responde no sólo al interés de tutelar de manera primordial los derechos fundamentales, sino a la dificultad que en la práctica encuentra el

trabajador para probar la existencia de una actuación lesiva a aquellos derechos (SSTC 38/1981, 104/1987, 114/1989, 135/1990, 197/1990, 21/1992, 266/1993 y 293/93). Pero igualmente tampoco se ha de situar al empresario ante la prueba diabólica de un hecho negativo, como es la inexistencia del referido móvil lesivo, y que sólo se le puede exigir el acreditamiento de que su proceder obedece a motivos razonables ajenos a todo propósito contrario al derecho fundamental en cuestión. A lo que debe añadirse que para imponer esta carga probatoria al empresario no basta la simple alegación por parte del trabajador, sino que ha de comprobarse la existencia de indicios de que la causa atentatoria a un derecho fundamental se hubiera producido (SSTC 135/1990, 21/1992, 266/1993); y a ello se refieren, precisamente los arts. 96, 179.2 y 181 de la L.P.L que precisan, que de lo alegado por la parte actora se ha de deducir la existencia de indicios de discriminación por razón de sexo, por motivos sindicales o por vulneración de los demás derechos fundamentales. B) La tutela de los derechos fundamentales está articulada en el ordenamiento jurídico con un grado de protección de fuerte intensidad como se desprende del art. 53 de la Constitución Española, de las normas que lo desarrollan y de la jurisprudencia que las interpreta, y por eso dada la grave dificultad, que comporta el acreditar la voluntad discriminatoria, el art. 96 de la LPL, establece una especie de contrapeso procesal a la posición en principio prevalente del demandado y, una vez que parecen los indicios de violación de un derecho fundamental, impone una corrección a los principios de la carga de la prueba del art. 1.214 del Código Civil para hacer que ésta se desplace al demandado, no para que acredite la inexistencia del ataque que, como prueba que versa sobre hechos negativos es difícilmente practicable, sino que le impone la carga procesal de acreditar que su actuación ha estado movida por causas objetivas o razonables que excluyen la voluntad discriminatoria o lesiva del derecho fundamental y esto no viola el principio de igualdad de armas que deben inspirar el proceso, sino que viene a recomponer el desequilibrio que normalmente se produce en lo laboral, y más en materia de derechos fundamentales, por lo que se entiende que sólo pretende acercarse al principio de igualdad real proclamado en el art. 9.2 CE.

A la vista de los hechos declarados probados, aparece acreditado: A) Que el B.B.V. durante el año 1999 y respecto del ejercicio de 1998, ha procedido con carácter voluntario y gracieble al abono a diversos trabajadores de su plantilla, de un complemento en cuantía variable, bajo el concepto de Asignación Voluntaria Extraordinaria (AVE) para cuya concesión se han tenido en cuenta dos criterios -AVE Valoración

Ventas- que atiende a la calificación de oficinas destacadas, en razón a encontrarse entre el 25% de las mejores oficinas, según ranking al efecto, obtenido a nivel nacional y dentro de ellos, se premia a los empleados que hayan tenido una valoración muy notable o excelente, tanto en su desempeño profesional como en la aplicación de las políticas generales de la empresa, y para ser perceptores del mismo, los trabajadores han de contar con una puntuación mínima de 120 puntos, B) Que la oficina 0609 del B.B.V. sita en... donde presta servicios el actor, en la que ostenta el cargo de Delegado Sindical del B.B.V., de la confederación Nacional del Trabajo (C.G.T.) desde el año 1995 disponiendo para ello de 40 horas mensuales de crédito horario sindical durante el año 1998, se trata de una oficina de banca comercial que durante 1998 ha sido calificada como oficina destacada, al encontrarse entre el 25% de las mejores, si bien a aquél no se le asignó dicho complemento especial al no haber alcanzado la puntuación de 120 puntos exigida; C) De los trabajadores adscritos a la Dirección Territorial de Galicia-Asturias, existen 1.029 empleados de B.B.V en banca comercial, y de ellos sólo 880 han cobrado el AVE al obtener una puntuación superior a 120 puntos y de esos que cobraron el AVE 202, tenía la condición de representantes de personal o fueron candidatos en las últimas elecciones sindicales, y únicamente no han cobrado el AVE un total de 149 trabajadores, de los cuales sólo 27 tienen la condición de representantes sindicales y precisamente por no alcanzar la citada puntuación; de lo que se infiere que no existe una relación directa ni indirecta entre la percepción de dicho complemento, y la actividad sindical y que el único motivo o criterio seguido para la concesión del mismo es la puntuación obtenida tras la valoración correspondiente, existiendo una justificación objetiva y razonable de dicha diferencia de trato en lo económico, que no tiene relación con la actividad sindical, sino con la actividad laboral, concretado en la mayor puntuación obtenida.

Por lo expuesto

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don R.S.G. y como parte coadyuvante FEDERACIÓN LOCAL DE VIGO DE LA CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Vigo, de fecha dos de julio de mil novecientos noventa y nueve, dictada en autos seguidos a instancia de los recurrentes contra “B.B.V. S.A.” y el MINISTERIO FISCAL sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LIBERTAD SINDICAL, debemos confirmar y

confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

## **2806 RECURSO N° 4.502/99**

S. S.

### **INEXISTENCIA DE INDICIOS REVELADORES DA DISCRIMINACIÓN SINDICAL ALEGADA.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Domínguez López

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

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

En nombre del Rey  
ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En el recurso de Suplicación nº 4.502/99, interpuesto por el letrado don G.C.L., en nombre y representación de don M.S.M., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de los de Ferrol.

#### **Antecedentes de hecho**

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 190/99 se presentó demanda por don M.S.M., sobre TUTELA de los DERECHOS de LIBERTAD SINDICAL, frente a la “EMPRESA NACIONAL DE ELECTRICIDAD, S.A. (ENDESA)”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 28 de junio 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 viene trabajando para la Empresa, desde el día 2 de febrero de 1977, ocupando la categoría profesional de Técnico de 3<sup>a</sup> asimilado a 2<sup>a</sup> Técnica Nivel 3, y percibiendo un salario de 392.700’- pesetas mensuales, con prorratae de pagas extras. **SEGÚNDO.-** Que el actor es afiliado al Sindicato de CC.OO., y durante su vida laboral en la Empresa, hasta la actualidad, ha ostentado los siguientes cargos sindicales: Miembro del Comité de Empresa, desde el mes de enero de 1978 a febrero de 1979. Delegado Sindical, por el Sindicato de CC.OO., desde el año 1980 al año 1982. Miembro del Comité de Empresa, desde noviembre de 1982 a noviembre de 1986. Delegado sindical, por el Sindicato de CC.OO., desde febrero de 1988

hasta marzo de 1991. Delegado Sindical, por el Sindicato de CC.OO., desde junio de 1995 hasta abril de 1996. Miembro del Comité de Empresa desde abril de 1996 hasta noviembre de 1998.

**TERCERO.-** Que el actor ostenta los títulos y diplomas que a continuación se señalan, los cuales fueron presentados ante la empresa, para su reconocimiento y posterior promoción:

- \*Título de Licenciado en Derecho, en el mes de diciembre de 1994.
- \*Título de Graduado Social, en el mes de diciembre de 1988.
- \*Título de Maestro Industrial, en la Rama de Electricidad, en el mes de julio de 1974.
- \*Título de Oficial Industrial, en la Rama de Electricidad, y Especialidad de Instalador-Montador, en el mes de diciembre de 1971.
- \*Título de Master en Derecho del Trabajo y Asesoría Laboral, en el mes de octubre de 1995.
- \*Diploma de Curso Superior de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en el mes de julio de 1997.
- \*Diploma de Informática Jurídica en el mes de julio de 1.995.
- Diploma de Seminario sobre A Reforma das Prestacíons de Seguridade Social, en el mes de noviembre de 1995.
- \*Diploma de Seminario sobre A Reforma das Prestacíons de Seguridade Social, en el mes de septiembre de 1996.
- \*Diploma de Xornadas sobre o Emprego e a Seguridade Social, Balance e Perspectivas, en el mes de diciembre de 1998.

\*Terminación Cursos Doctorado en Derecho, en el mes de octubre de 1997 (actualmente realizando la Tesis Doctoral).

**CUARTO.-** Que desde el año 1995, el actor se presentó a las siguientes plazas de promoción interna:

- 2º Categoría año 1.995: 1) Una plaza de Jefe de Negociado de Terrenos en Ponferrada con categoría 2ª Adva. Nº 2, de libre designación, convocatoria nº 4.849; hubo 21 solicitantes y se ocupó por R.P. que era Jefe de Negociado de Terrenos en Puentes con categoría 2ª Adva. Nº 2. El actor era Montador jefe Eléctrico Excavaciones retén con categoría 3º Técnico.
- 2) Una plaza de jefe Servicio Oficina técnica, planificación en Ponferrada con categoría 2º técnica nº 2, de libre designación, convocatoria nº 4.878; hubo 15 solicitantes y se ocupó por A.F.R. que era Jefe Servicio Operación de 2º técnica N.O. de Ponferrada, el actor era Montador Jefe Eléctrico Excavaciones retén de categoría 3º en Puentes.
- 3) Una plaza de Jefe Negociado Administración y Salarios de 2º categoría Adva. Nº 1 adscrita a la Subdirección de Organización y RRMM, convocatoria especial confianza; hubo 8 solicitudes y se adjudicó a J.L.A. que era Subjefe de Negociado S.S. y categoría 3º Admva. en Ponferrada; el actor era Subjefe de Servicio Eléctrico 3º técnica.
- 4) Una plaza de Jefe de Servicio de Seguridad Industrial en Ponferrada de especial confianza por libre designación de 2ª categoría técnica nº 2. Hubo 17 solicitudes; se nombró a F.J.S.T., quien ocupaba el puesto de cuadro técnico categoría 3ª técnica en Ponferrada,

el actor era subjefe Sector Eléctrico 3º técnica en Puentes.

**QUINTO.-** En el año 1996 el actor se presentó a las siguientes plazas de 2ª categoría:

- Una plaza de 2º técnica nº 1 en Ponferrada, convocatoria nº 5.000, hubo 17 solicitudes, se ocupó por L.M.A. que ocupaba el puesto de Jefe de Servicio Seguimiento y Asistencia Técnica de categoría 2º Técnica nº 1 en Ponferrada, el actor era Subjefe Servicio Eléctrico de categoría 3º técnica en Puentes.

**SEXTO.-** El actor en el año 1995 se presentó a las siguientes convocatorias de la 1ª categoría:

- Convocatoria número 393. Puesto MP04 1.401. Cuatro plazas de 1º categoría de Auditor, adscritas a la dirección de control. Se requiere Titulación de Económicas o similar y/o una amplia experiencia demostrada en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos del Sector, Legislación Mercantil y Medioambiental, de Informática e Inglés. Disponibilidad para realizar frecuentes viajes.
- Convocatoria número 396. Puesto M010 1.301. Plaza de primera categoría Asistencia Laboral y Sindical, adscrita a Organización y Recursos Humanos. Se requiere Titulación en Derecho y/o una amplia experiencia laboral demostrable en el área jurídico-laboral, valorándose haber trabajado en puestos que guarden relación con las funciones del puesto de trabajo.
- Convocatoria número 407. Puesto MF02 1.702. Plaza de Primera Categoría Operaciones Financieras Internacionales, adscrita a Administración Financiera. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar y/o una experiencia demostrable en el área económico-financiera y con conocimientos de los mercados internacionales. Se exige dominio del idioma inglés y buenos conocimientos de informática personalizada. Fue adjudicada a don G.A.O., personal ajeno a Endesa, Licenciado en Ciencias Empresariales con experiencia tan solo adquirida a través de diversas prácticas laborales.

**SÉPTIMO.-** El actor en el año 1996 se presentó a las siguientes Convocatorias de plaza de la Primera Categoría:

- Convocatoria número 411. Puesto MK07 1.701. Una plaza de Primera Categoría de Planificación y Seguimiento de Inversiones, adscrita a la Dirección de Control. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y una amplia experiencia profesional en las principales funciones del puesto, con conocimientos de técnicas de control de gestión y de análisis de inversiones. Se precisan conocimientos amplios de inglés. Se ocupó por doña R.P.B., nº 2 en el orden de valoración de Psicotec, Licenciada en Ciencias Económicas con numerosos cursos de carácter técnico y desarrollando toda su experiencia profesional en Endesa en el área financiera.
- Se excluyó la candidatura del actor por no acreditar la titulación en el área Económica (Economista, Administración de Empresas, Empresariales o

Icade) ni inglés, ni experiencia profesional. Convocatoria número 422. Puesto AS08 1.413. Una plaza Servicios Económicos y Coordinación Administrativa, adscrita a la Agrupación ENDESA – C.S.E. C.T.L. ALMERÍA A.I.E. Se requiere Titulación Superior en Económicas o similar y/o una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de contabilidad general, tributación y control de gestión, e informática a nivel de usuario. Se adjudicó a F.B.U., nº 2 en el orden de valoración de Psicotec de un total de 5 candidatos, Licenciado en Ciencias Económicas con trayectoria profesional en Endesa en ámbitos de Contabilidad financiera y de Gestión de C.T.L. siendo además Jefe de Negociado de Contabilidad de Gestión (el actor era el último en dicho orden). Convocatoria número 433. Puesto MF 15 1.301. Plaza de Primera Categoría de Cuentas Personales, adscrita a la Dirección Económica. Se requiere Titulación en Económicas o similar y/o una amplia experiencia en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos de contabilidad, legislación mercantil y normativa del sector. Informática a nivel de usuario e inglés. Fue ocupada por F.B.R. nº 1 en el orden de valoraciones de Psicotec, no tiene titulación superior siendo Diplomado en Ciencias Empresariales con 16 años en Endesa y siendo Jefe de Negociado de Contabilidad. El actor obtuvo el nº 6 en el orden de valoraciones efectuadas por psicotec de 7 candidatos. Convocatoria número 434. Puesto TS32 1.200. Plaza de Primera Categoría de Jefe Prevención y Seguridad. Adscrita a la Dirección de ANDORRA. Se requiere Titulación técnica Superior y/o una experiencia en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos de Seguridad, Prevención e Higiene Industrial. Fue ocupada por J.S.S., Ingeniero Técnico de Minas (no es titulado superior), nº 1 en el orden (de 2) de Psicotec y trabajador de Endesa desde 1982 e integrante del Comité de Seguridad e Higiene de la Empresa donde ha recibido formación específica. El actor fue el nº 2 en dicho orden de valoraciones. Convocatoria número 435. Plaza de Primera Categoría de Ofertas de Generación, adscrita a la Dirección de Control y Gestión de Energía. Se requiere Titulación Técnica Superior preferentemente con buena formación económica, y/o una experiencia en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos del sector Energético, Control de la Producción Eléctrica y de mercado. Informática a nivel de usuario e inglés. Fue ocupada por M.A.R. nº 1 en el orden de valoración de Psicotec, Ingeniero Técnico Industrial, especialidad en máquinas eléctricas con más de seis años de experiencia en el Centro de Control de Energía de Endesa. no tiene la titulación superior. El actor fue el nº 6 del orden

de valoración de psicotec de un total de 6 candidaturas. OCTAVO.- El actor en el año 1997 se presentó a las siguientes convocatorias de la Primera Categoría: Convocatoria número 437. Una plaza de Proyectos Internacionales, adscrita a la Dirección Financiera del Grupo. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o una experiencia en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos sobre los aspectos financieros. Informática a nivel de usuario e inglés. Fue ocupada por J.L.G.B. con categoría profesional de 1<sup>a</sup> (prioridad según R.R.H.H.) con experiencia en el campo de la financiación internacional e inversión extranjera, formación acorde de Ciencias económicas y dominio del idioma inglés, fue el nº 1 en el orden de valoraciones de Psicotec. El actor fue el nº 7 de 7 candidaturas. Convocatoria número 438. Coordinación Financiera, adscrita a la Dirección Financiera del Grupo. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o una experiencia en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos sobre los aspectos financieros, bursátiles y de deuda, informática a nivel de usuario e inglés. Fue ocupada por J.G.T., licenciado en Ciencias de la Información con más de 20 años en el área Económica-financiera muy centrada en los últimos años en actividades afines al puesto de Coordinación Financiera y nº 2 en el orden de valoraciones de Psicotec. Como nº 1 en dicho orden de valoraciones figuraba J.A.G.G., Licenciado en Ciencias Empresariales con experiencia en el área financiera. El actor era el 9 de 9 candidaturas. Convocatoria número 441. Análisis de Proyectos, adscrita a la Dirección Financiera del grupo. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar y/o una experiencia en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos sobre análisis de proyectos. Informática a nivel de usuario e inglés. El actor fue el nº 5 en el orden de valoraciones de psicotec de un total de 5 candidatos. El nº 1 fue el Sr. K.O., Ingeniero de Minas con cursos sobre Informática de Gestión, contabilidad y finanzas. No se nombró a nadie por no cumplir ningún candidato el perfil. Quedó desierta. Convocatoria número 442. Coordinación Financiera de las Empresa NO Grupo, adscrita a la Dirección Financiera. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o una experiencia en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos sobre los aspectos financieros, bursátiles y de deuda. Informática a nivel de usuario e inglés. Se declaró desierta. El actor era el 7 de 7 candidaturas según Psicotec. El nº 1 en el orden de valoraciones del Psicotec fue el Sr. K.O., Ingeniero de Minas con cursos sobre Informática de Gestión, contabilidad y finanzas. Convocatoria número 454. Puesto MF09 1.303. Gestión y Tributación Operaciones

Financieras, No Residentes y Subvenciones, adscrita a la Dirección Económica de ENDESA. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Derecho, Económicas o Empresariales, y/o una experiencia profesional de dos años, valorándose los conocimientos en materia fiscal. Asimismo, se valorarán los conocimientos de inglés y/o francés. Fue ocupada por M.E.S.D. personal del Grupo Endesa quien en fecha 17.04.98 solicitó se le tuviese en consideración sin que conste en el análisis de valoraciones de Psicotec. Hubo 5 candidatos ocupando el nº 1 del orden de valoraciones el Sr. C.B., Licenciado en Derecho, Master en Dirección de R.R.H.H. con dos cursos de Doctorado en la U.N.E.D. y con dos cursos aprobados de Ingeniería Técnica de Telecomunicaciones con práctica jurídica desde 1992 en un despacho de Abogados y con experiencia laboral en la Empresa en el área técnica. El actor fue el 5º de un total de 5 candidatos. Convocatoria número 455. Control y Seguimiento de Inversiones, adscrita a la Dirección de Control. Se requiere Titulación Superior y/o una experiencia profesional en funciones similares a este puesto. Fue ocupada por C.G.P. sin titulación superior y nº 2 en el orden de Valoración de Psicotec, Diplomada en Geografía e Historia con experiencia profesional en Endesa como responsable de Control de Inversiones en curso (1984-1987), en Tesorería-cuentas a pagar como Jefe de Negociado (1979-1984). Desde 1993 a 1997 fue responsable en ENDESA de presupuestos de Inversiones y Control de Costes Proyecto integral Teruel y del Proyecto de Inversión del Ciclo combinado DOCK-SUD en la Dirección de Ingeniería. Hubo 7 candidatos ocupando el actor el nº 7 en el orden de valoración de Psicotec. El nº 1 fue J.F.G., Licenciado en Derecho con experiencia profesional en Endesa, adscrito a Control de Inversiones desde 1982. Convocatoria número 460. Puesto CM04 1.301. Control Económico, adscrita a la Dirección de Zona de As Pontes. Se requiere Titulación Superior y/o una experiencia demostrada en las funciones de control de costes, así como tener conocimientos de Instalaciones de Minería a Cielo Abierto y técnicas de control de gestión e informática a nivel de usuario. Hubo 3 candidatos ocupando el actor el nº 3 en el orden de valoración de Psicotec. El nº 1 fue G.D. con Licenciatura en Ciencias empresariales. Convocatoria número 461. Puesto MO10 1310. Asistencia de Relaciones Industriales, adscrita a la Dirección de Organización y Recursos Humanos. Se requiere Titulación en Derecho y/o una experiencia laboral demostrada en el área jurídico-laboral, valorándose haber trabajado en puestos que guarden relación con las funciones del puesto de trabajo. Fue declarada desierta. Constan las candidaturas de J.F.G. licenciado en Derecho y Master en Dirección de R.R.H.H.; la

de E.G.S. Licenciado en Derecho y con ejercicio profesional de Abogado desde 9-93 a 9-96 y desde 10-96 a la actualidad de Abogado de la Entidad "C.M.S., S.A." entre otras Empresas; V.S.J.M., Licenciado en Derecho, Técnico superior en Relaciones Industriales y con cursos en el área jurídico-laboral. Convocatoria número 463. Puesto CS27 1301. Relaciones Industriales, adscrita a la Dirección e Zona de As Pontes. Se requiere Titulación Superior y/o una experiencia demostrada en las principales funciones del puesto, con conocimientos específicos sobre las Relaciones industriales. Hubo 8 candidatos, ocupando el actor el nº 8 en el orden de valoración de psicotec. El nº 1 en dicho orden fue para el Sr. B.R., sin titulación superior, graduado social y centrado en los últimos años en el Área de Relaciones Industriales asignado a la zona de As Pontes. Convocatoria número 464. Puesto CS29. 1301. Administración de personal, adscrita a la Dirección de Zona de As Pontes. Se requiere Titulación Superior y/o una experiencia demostrada en las principales funciones del puesto, con conocimientos específicos sobre la gestión de administración de personal. Hubo 8 candidatos ocupando el actor el nº 8 en el orden de valoraciones de Psicotec. El nº 1 en dicho orden fue para F.A.B.P., Licenciado en Ciencias Empresariales, con experiencia profesional en ese campo de actividad. Convocatoria número 472. Puesto MF04 1306. Oficina e Accionista, adscrita a la Dirección Económica del Grupo. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o una experiencia demostrada en las principales funciones del puesto, con conocimientos sobre Análisis de Balances, Gestión Económica y Bolsa, así como informática personalizada e inglés. Hubo 6 candidatos, ocupando el actor el nº 6 en el orden de valoración de Psicotec. El nº 1 fue A.M., jefe de Negociado de Información Económica con titulación superior. NOVENO. El actor se presentó a las siguientes convocatorias de la Primera Categoría en el año 1998: Convocatoria número 478. 3 plazas de Gestores de Cuentas, adscrita a la Dirección General de Comercialización. Se requiere Titulación Superior (Ingeniería, Económicas o similar), /o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de informática y dominio del inglés. Constan como candidatos 9 personales de los que nadie era titulado superior en Económicas, dos lo era en Ingeniería Industrial, una en Farmacia, dos de Derecho (entre ellos el actor). El resto no consta titulación superior. Se declararon desiertas. Convocatoria número 479. Una plaza de Puesta en Marcha de Nuevos Canales, adscrita a la Dirección General de Comercialización. Se requiere Titulación Superior (Ingeniería, Económicas o similar), y/o

tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de informática y dominio del inglés. Se declaró desierta. Hubo 9 candidatos de los que sólo 3 tenía la titulación superior bien en Ingeniería o en Económicas. Dominio del inglés los candidatos Sres. C., D.H., S.G., C.A., T.T. y F.M. Ninguno tenía experiencia comercial. Convocatoria número 480. Diseño Técnico de Cláusulas de Contratos, adscrita a la Dirección General de Comercialización. Se requiere Titulación Superior (Ingeniería, Económicas o similar), y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de informática y dominio del inglés. Se declaró desierta. Hubo 9 candidatos de los que constan sólo 2 eran Ingenieros Industriales y uno licenciado en económicas. Tenían dominio del inglés los candidatos Sres. C., D.H., S.G., C.A., T.T., F.M. y R.G. Ninguno tenía experiencia comercial. Convocatoria número 481. Tres plazas de Fijación de precios a Clientes, adscrita a la Dirección General de Comercialización. Se requiere Titulación Superior (Ingeniería, Económicas o similar), y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de informática y dominio del inglés. Fue declarada desierta. Hubo 9 candidatos de los que constan sólo 3 eran Ingenieros Técnicos Industriales. Tenían dominio del inglés los candidatos Sres. C., D.H., S.G., T.T., F.M., R.G. y S.M.U. Ninguno tenía experiencia comercial. Convocatoria número 483. Técnico de Comunicación Interna, adscrita a la Dirección Corporativa de Comunicación. Se requiere Titulación Superior (Derecho, CC. de la Información o similar), y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimiento de informática aplicados a la gestión. Se declaró desierta. Hubo 8 candidatos de los que constan 3 licenciados en Derecho, uno en Ciencias de la información, otro en geografía e Historia y otro en Económicas. Convocatoria número 484. Analista de Inversiones, adscrita a la Dirección General de Diversificación. Se requiere Titulación Superior y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, y en análisis financiero de proyectos de inversión, y estudios de sectores industriales, así como tener conocimientos de informática y dominio del inglés. Se declaró desierta. Hubo 6 candidatos de los que consta que 5 era titulados superiores. Constan con dominio del inglés los Candidatos Sres. C., C. y R.G. Convocatoria número 485. Analista de Reporting y Control, adscrita a la Dirección General de Diversificación. Se requiere Titulación, preferentemente Económicas o similar, y/o tener una experiencia profesional en las principales

funciones del Puesto, así como tener conocimientos de consolidación de estados financieros e informática y dominio del inglés. Fue declarada desierta. Constan 4 candidatos de los que sólo uno era Licencia en Económicas. Convocatoria número 486. Financiación, adscrita a la Dirección General de Diversificación. Se requiere Titulación en Económicas o similar, y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, y en valoración de proyectos y compañías, así como tener conocimientos del sistema fiscal español, e informática, y dominio del inglés. Hubo tres candidatos, dos licenciados en Derecho y el tercero en Farmacia. Se declaró desierta. Convocatoria número 487. Analista de Proyectos, adscrita a la dirección de Ingeniería e I+D. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de control de costes, de las área económicas administrativas, informática a nivel de usuario y dominio del inglés. Hubo 9 candidatos ocupando el actor el nº 9 en el orden de valoración de la Empresa psicotec. El nº 1 lo ocupaba J.A.F.A., Pero mercantil(sic) y Graduado social con más de 40 años de experiencia profesional en el área económico-adva. Convocatoria número 488. puesto MF09 1301. Imposición Directa, adscrita a la Dirección Económica. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de impuestos sobre sociedades y consolidación fiscal, informática y dominio del inglés. Hubo 4 candidatos de los que el actor ocupó el nº 3 en el orden de valoraciones de Psicotec. El nº 1 lo ocupaba el Sr. S.D. a falta de tres asignaturas para la Licenciatura en Ciencias Empresariales con experiencia en el área de la Administración en su práctica totalidad en "P.". Convocatoria número 489. Puesto MK15 1301. Analista de control de Explotaciones, adscrita a la Dirección de Control. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de Control de Gestión e informática personalizada. Hubo 13 candidatos de los que el actor ocupó el nº 10 en el orden de valoración e Psicotec. El nº 1 lo ocupó el Sr. J.F.G., Licenciado en Derecho, con más de 15 años de experiencia profesional en el área de control de inversiones. Convocatoria número 490. Consolidación, adscrita a la Dirección Económica del Grupo. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos sobre técnicas de consolidación,

contabilidad financiera y análisis de balances. Hubo 5 candidatos, ocupando el actor el nº 4 del orden de valoraciones de psicotec. El nº 1 fue F. M., Licenciado en Ciencias Económicas con experiencia profesional en Endesa en el área financiera. Convocatoria número 491. Análisis de Inversiones y Seguimiento de Negocios en Consorcio, adscrita a la Dirección de Control. Se requiere Titulación Superior, preferentemente Económicas o similar, y/o tener una experiencia personal en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de Control de Gestión e Informática personalizada. Hubo 7 candidatos de los que el actor ocupó el nº 7 en el orden de valoraciones de Psicotec. el nº 1 lo ocupó J.I.S., Ingeniero Superior Industrial cursando estudios de Ciencias económicas. Convocatoria número 493. Elaboración y Cálculo, adscrita a la Dirección de mercado Eléctrico Grupo. Se requiere Titulación Superior y/o tener una experiencia profesional en las principales funciones del puesto, así como tener conocimientos de Operación en los Sistemas Eléctricos, estrategias y regulación del Sector, y de herramientas informáticas. Hubo 7 candidatos de los que el actor ocupó el nº 6 en el orden de valoración de Psicotec. El nº 1 fue E.R., sin titulación superior, Ingeniero Técnico Eléctrico con experiencia profesional en el Centro de Control de Energía de ENDESA. Convocatoria número 495. Puesto MF79 1401. Operaciones Financieras y de Análisis, adscrita a la Dirección de Finanzas del Grupo. Se requiere Titulación en Económicas o similar, y/o tener una experiencia demostrada en las principales funciones del puesto, con conocimientos específicos de finanzas, informática personalizada e inglés. Se declaró desierta. Hubo 4 candidatos de los que uno era Licenciado en C.C.E.E. y los otros dos pendientes de 1 asignatura de dicha Licenciatura y cursando 4º curso de la misma respectivamente. Convocatoria número 496. Puesto MG88 1201. Relación con Inversores, adscrita a la Dirección Económica Grupo. Se requiere Titulación Superior preferentemente Económicas o similar, y/o una experiencia demostrada en estudio y análisis económico-financieros en compañías de intermediación o análisis bursátil. Imprescindible dominio del idioma inglés. Se declaró desierta. Constan como candidatos el actor y Dª. F.S. pendiente de la última asignatura de la Licenciatura de CC.EE. Convocatoria. Control Deuda, dependiente de la subdirección de Finanzas. Se requiere Titulación Superior, preferentemente en Económicas o similar. Experiencia demostrable en las principales funciones del puesto, con conocimientos específicos de finanzas. Convocatoria. Contabilidad. Dependiente de la Subdirección Económica. Se requiere Titulación Superior, preferentemente en Económicas o similar.

Experiencia demostrable en las principales funciones del puesto, conocimientos específicos de técnicas de consolidación, contabilidad financiera, legislación sobre consolidación y análisis de balances. Convocatoria. Proyectos y participadas, dependiente de la Dirección Financiera y Control. Se requiere Titulación Superior, preferentemente en Económicas o similar. Experiencia demostrable en las principales funciones del puesto. Convocatoria número 497. Servicio Comercial, adscrita a la Dirección de la Zona de Ponferrada. Puesto LS22 1201. Se requiere Titulación Superior y/o una experiencia demostrable en gestión de compras, peticiones de ofertas y gestión de stocks, valorándose los conocimientos de sistemas informáticos. Fue ocupada por R.A.D. de entre 6 candidatos cuyo anterior puesto era el de Jefe Servicio Almacén. Convocatoria número 504. Relaciones laborales, adscrita a la Dirección de Relaciones laborales del Grupo. Se requiere Titulación en Derecho y/o una experiencia demostrada en las principales funciones del puesto, valorándose conocimientos técnicos amplios y específicos de dominio en procesos informáticos y, concretamente, en informática jurídica. Se adjudicó a R.C.B., Licenciado en Derecho, Master en Dirección de R.R.H.H. con dos cursos de Doctorado en la U.N.E.D. y con dos cursos aprobados de Ingeniería Técnica de Telecomunicaciones con práctica jurídica desde 1992 en un despacho de Abogados y con experiencia laboral en la Empresa en el área técnica. Convocatoria número 505. Apoyo de Gestión, adscrita a la Dirección de Aprovisionamiento. Se requiere titulación Superior, y/o una experiencia demostrable en las principales funciones del puesto con buenos conocimientos de gestión, informática personalizada y, en general, de la normativa interna. Hubo 12 candidatos, constando uno de ellos con Licenciatura en CC.EE., otro Ingeniero Técnico industrial y Diplomado en Informática e Ingeniero licenciado en Informática, otro Licenciado en Derecho y Master en R.R.H.H. Convocatoria nº 506. Puesto MD13 1101. Administración de las Contrataciones, adscrita a la Dirección de Aprovisionamientos. Se requiere Titulación Superior, y/o una experiencia demostrable en las principales funciones del puesto, con buenos conocimientos comerciales y de legislación mercantil. Se adjudicó a M.L.I.H. de entre 14 candidatos, Licenciada en Geografía e Historia, ocupando desde 1993 la plaza de Jefe de Negociado dentro del Seguimiento comercial (Subaprovigionamiento). Convocatoria. Auditor interno de Área Corporativa – Madrid, dependiente de Dirección de Auditoría, adscrita a la Unidad de Dirección de Auditoría. Formación, experiencia, aptitudes y conocimientos: Titulación Superior, preferentemente licenciado

en Derecho, o posee una experiencia equivalente en las principales funciones del puesto; disponibilidad para viajar y gran capacidad para el trabajo en equipo. Convocatoria. Auditor Interno de Negocio Eléctrico –Madrid, dependiente de la Dirección e Auditoría, adscrita a la Unidad de Dirección de Auditoría. Formación, experiencia, aptitudes y conocimientos: Titulación Superior, preferiblemente Licenciatura en Ciencias Económicas/Empresariales, o poseer una experiencia equivalente en las principales funciones del puesto; disponibilidad para viajar y gran capacidad para el trabajo en equipo. Convocatoria número 510. Supervisor de Compradores, adscrita a la Dirección de Aprovisionamientos. Formación, conocimientos y experiencia. Titulación superior y/o amplia experiencia profesional demostrada en las principales funciones del puesto; conocimientos de técnicas estratégicas comerciales y de técnicas específicas de otras empresas, e informática de gestión a nivel de usuario. Se adjudicó a E.C.A., Licenciado en CC.EE. y cuyo puesto anterior era Jefe Negociado comprador principal. DÉCIMO.- Ninguna de las plazas anteriormente reseñadas le fue adjudicada al actor”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que, DESESTIMANDO la demanda, debo declarar y declaro que no se ha producido vulneración del derecho fundamental de libertad sindical y en consecuencia debo ABSOLVER Y ABSUELVO a la Empresa “ENDESA” de todas las pretensiones de la parte demandante. Notifíquese... etc.”.

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurre el actor la sentencia de instancia que desestimó su demanda de tutela del derecho fundamental a la libertad sindical, solicitando la revocación de la misma y el acogimiento de sus pretensiones para lo cual articula varios motivos, así: a) al amparo del art. 191.a) LPL al objeto de que se anulen las actuaciones y se repongan al momento anterior a admitirse diversos documentos al objeto de que se eliminan de los autos y no sean tenidos en cuenta; b) con amparo en el art. 191.b) LPL, para modificar el relato fáctico, al objeto de que se suprima del mismo toda referencia a las valoraciones que se dicen realizadas por la empresa PSICOTEC; y, c) al amparo del art.

191.c) LPL al objeto de examinar el derecho aplicado al considerar la parte recurrente que se ha infringido por el Juzgador de instancia el art. 4.2.c) LET en relación con el nº 1 de dicho precepto en su letra b) y el art. 14 CE en relación con la doctrina de TC que cita. El recurso ha sido impugnado por la mercantil demandada, quien se opone a los motivos invocados de contrario.

SEGUNDO.- Comenzando por el primer motivo del recurso, el mismo no es atendible por cuanto como ya dijo esta Sala, entre otras en S. de 30-4-1996 recogiendo la doctrina del extinto Tribunal Central de Trabajo, para que un quebrantamiento de norma procesal comporte la nulidad de actuaciones, se precisan las siguientes cuatro circunstancias: que se invoque por el recurrente de modo concreto la norma procesal que se estimó violada; que se haya infringido tal norma procesal de carácter esencial; que se haya originado indefensión de la parte denunciante; y que se haya formulado oportunamente protesta por la infracción; aplicada dicha doctrina al presente supuesto no se cumple con ninguna de las exigencias indicadas ya que el recurrente no cita precepto procesal alguno como infringido, del examen de las actuaciones se observa que, invocada como causa de nulidad la admisión por el Juzgador de instancia de los documentos aportados por la demandada elaborados por “P.” por falta de firmas en los mismos, resulta que de los folios 221 al 862 relativos al contrato entre demandada y dicha empresa, valoración del actor etc. y aportados por la empresa en el acto del juicio, en el acta levantada al efecto no consta la más mínima protesta por la admisión de dicha documental, el resto de documentos relativos a dicha mercantil fueron aportados a los –autos a petición judicial como diligencia para mejor proveer y de lo cual se dio vista al actor para valoración de dicha prueba, en cuyo escrito y por primera vez se pone de manifiesto la falta de firma y de contraste de tales documentos, no obstante no cabe la nulidad postulada ni por la referencia a esta documental por cuanto el juzgador de instancia tiene conocimiento de los trabajos de esta mercantil contratista con la demandada por las alegaciones de la empleadora en acto de juicio, pero además resulta que el actor en confesión reconoce la existencia de dicha empresa por lo que también pudo solicitar la prueba documental y la ratificación de la misma en juicio, por último la apreciación y valoración de todo el material probatorio, conforme al art. 97 LPL corresponde al juzgador de instancia así como la determinación sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de elementos probatorios, decisión fiscalizable ante esta alzada mediante los medios de impugnación y bajo las formas legalmente establecidas, medios y formas no atendidas por el recurrente, y como señala STS de

4-10-1995 sobre las diligencias para mejor proveer “la utilización por el Juez o Tribunal de los medios de prueba del modo y en los supuestos a que se refieren los artículos 88.1 LPL constituye una facultad absolutamente libre, que queda totalmente a su discrecionalidad o arbitrio, sin que nadie les pueda imponer la obligación de practicarlas o llevarlas a cabo” y consecuentemente, tampoco las partes gozan de la facultad de impedir el acceso a las actuaciones del material probatorio así obtenido, lo que hace inviable la nulidad postulada.

**TERCERO.-** En segundo lugar se insta la supresión de los hechos declarados probados “de toda referencia a las valoraciones que se dicen realizadas por la empresa “P.”, motivo que tampoco puede ser acogido por cuanto: a) formalmente el motivo no se ajusta a la legalidad vigente en su planteamiento ya que, se exige la cita de los documentos o pericias en que se funde la modificación postulada, todo ello por imperativo del art. 191.b) LPL, sin que se efectúe referencia alguna a documento o pericia del que resulte su pretensión eliminatoria, causa que conlleva por sí sola a la desestimación; b) por cuanto los documentos en que se funda el juzgador de instancia han sido admitidos como prueba en el acto de juicio, sin oposición alguna ni protesta formal por parte del ahora recurrente, y los restantes han llegado a las actuaciones en virtud de la exigencia impuesta a la demandada por el Juzgador de instancia en diligencia para mejor proveer, consecuentemente de forma legal, sin que quepa oposición del actor a la unión de tales documentos; c) por último por cuanto el actor no ignoraba la existencia de los tan denostados documentos como resulta de su propia confesión en juicio. Por todo lo razonado no procede la modificación fáctica propuesta.

**CUARTO.-** Por último y en sede jurídica se denuncia infracción normativa del art. 4.2.c) en relación con el nº 1.b) de dicho precepto del Estatuto de los Trabajadores y en relación con el art. 14 CE y jurisprudencia que cita, argumentándose que la proscripción Constitucional de todo tipo de discriminación fundada en cualquier condición personal o social, se plasma a nivel legal en el derecho a sindicarse libremente y en la relación laboral a no ser discriminado por motivo de una afiliación sindical. No obstante el desarrollo del motivo se dirige a la crítica de la resolución recurrida por entender que el actor no había acreditado indicio alguno de discriminación y por tanto no procedía efectuar inversión alguna en la carga probatoria, lo que llevó a la desestimación de sus pretensiones.

Efectivamente el art. 179.2 LPL establece que “una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad” ello impone al actor la carga de acreditar tales indicios discriminatorios, y en el presente caso el actor pretende sustentar la discriminación en el elevado número de convocatorias a las que acudió sin que se le haya otorgado ninguna plaza; sin embargo tal afirmación, no conlleva por sí sola discriminación alguna máxime si se tiene en cuenta: a) que el actor concurrió con otros trabajadores de la demandada a quienes se les reconoció mejor mérito; b) que la demandada ha promocionado por igual mecanismo a otros trabajadores en los que concurría igual condición de actividad sindical, dos de ellos del mismo sindicato del propio actor (f. 223); c) que la mercantil demandada desde 1996 tiene contratada una empresa externa para la valoración de los méritos de los concursantes y selección del personal mas adecuado para cada puesto; d) que el actor no llegó a impugnar en ningún momento ninguna de las convocatorias en las que participó; e) que no deja de ser sospechosa la demanda del actor en abril de este año cuanto tiene solicitada desde julio de 1998 la prejubilación para junio de 1999; con tales datos y en la medida en que de la prueba practicada no se ha puesto de manifiesto la existencia de indicio de la lesión imputada por el recurrente no cabe efectuar una inversión de carga de la prueba hacia la demandada, pues el precepto citado, según constante doctrina jurisprudencial (entre otras STS 7/3/1997), lo que viene a exigir del demandante, no es la mera alegación formal de hechos, de los que se deduzca la violación, sino la acreditación, al menos, de indicios racionales de que la conducta imputada a la parte demandada puede ser tachada de ilegalidad o discriminatoria, sin que baste, al efecto indicado probatorio, la afirmación de la existencia o apariencia de violación. Como igualmente señala reiterada jurisprudencia (STS 25/3/98 y 23/9/96) “los indicios son señales o acciones que manifiestan de forma inequívoca algo oculto, lo que es diferente al significado del término ‘sospechoso’, que no es sino imaginar o aprehender algo por conjjeturas fundadas en apariencia”. Del relato histórico probado no se puede colegir, en forma alguna, la existencia de actos indiciarios que exterioricen, que la facultad organizativa del empleador ha sido utilizada en forma discriminatoria frente al actor, sino que los hechos probados más bien, revelan que la empresa demandada ha realizado la elección de trabajadores con una conducta y actitud extraña a cualquier móvil de carácter antisindical, consecuentemente no incurre la resolución

recurrida en los defectos imputados y procede su confirmación previa desestimación del recurso planteado.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por M.S.M. contra la sentencia dictada el 28.06.99 por el Juzgado de lo social nº 2 de El Ferrol en autos nº 190/99 seguidos a su instancia contra la empresa “ENDESA S.A.”, sobre tutela del derecho de libertad sindical, resolución que se confirma en su integridad.

## **2807 RECURSO N° 3.183/99**

S. S.

**PROCEDENCIA DA INDEMNIZACIÓN POR DANOS E PREXUÍZOS Ó TRABALLADOR, DERIVADOS DA EXECUCIÓN DO SEU CONTRATO DE TRABALLO.**

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

A Coruña, a nueve de noviembre 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 3.183/99, interpuesto por empresa “C.P.M.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 682/97 se presentó demanda por don R.A.M. en reclamación de salarios siendo demandado el empresa “C.P.M.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 19 de mayo 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: “1º) Que el actor, don R.A.M., viene prestando

servicios para la empresa “C.P.M.” desde el 01.09.96, con la categoría profesional de “Profesor Instrumentista de Contrabajo Tutti”, percibiendo un salario mensual de 303.150 pesetas, más las pagas extraordinarias equivalentes al salario base, abonables en los meses de junio y diciembre.- 2º) Que el actor es propietario de un contrabajo “Adolf Herold Instrumentenmacher” fabricado en el año 1992, sin que resulte del contrato de trabajo unido a causa entre el actor y la demandada la aportación obligatoria del instrumento para el desarrollo de la prestación del servicio del actor.- 3º) Que el actor deposita en la empresa el citado instrumento que por su volumen y estructura ha de quedar en el local de la empresa al cuidado de la misma.- 4º) Que en el mes de octubre de 1996, con motivo de una gira de la “O.S.G.”, el referido contrabajo propiedad del actor fue dañado gravemente mientras era transportado hacia Barcelona, habiéndolo depositado el actor bajo la custodia de la demandada, descartándose la restauración de dicho contrabajo.- 5º) Que el contrabajo “Adolf Herold Instrumentenmacher” en perfecto estado de conservación está valorado en la cifra de 2.300.000 pesetas.- 6º) Que el actor solicita del “C.P.M.”, como órgano gestor de la “O.S.G.”, sea indemnizado en la suma de 2.300.000 pesetas en concepto de coste de contrabajo siniestrado “Adolf Herold”, más el importe resultante de la diferencia entre el coste del contrabajo referido anteriormente y el nuevo contrabajo del actor, un Joannes Gagliano, valorado en 6.423.087 pesetas, y que se cifra en la suma de 4.123.087 pesetas.- 7º) Que el actor en fecha 10.01.96 firmó con el “C.P.M.” documento por el cual su contrabajo quedaba asegurado hasta un límite máximo de dos millones de pesetas, así como cualquier valor de los accesorios hasta un máximo de 250.000 pesetas, aclarando que dicho seguro “cubrirá exclusivamente los daños que sus instrumentos puedan sufrir durante los ensayos, conciertos o viajes realizados con la “O.S.G.”.- 8º) Que se ha celebrado “sin efecto” acto de conciliación ante el Smac.”

**TERCERO.-** Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando la excepción de “falta de litisconsorcio pasivo necesario” y estimando en parte la demanda interpuesta por don R.A.M., contra la empresa “C.P.M.”, debo condenar y condeno a dicho demandado a que abone al actor la suma de 2.300.000 pesetas.

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

Fundamentos de derecho

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia después de rechazar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegado por la demandada “C.P.M.”, condena a ésta a abonar al actor la suma de 2.300.000 Pts por los desperfectos ocasionados en el contrabajo “Adolf Herold Instrumentenmancher” fabricado en el año 1922. Esta resolución es recurrida por la demandada para pedir la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida y para denunciar la infracción de normas sustantivas. Pretende el recurrente que el hecho tercero dónde dice “Que el actor deposita en la empresa el citado instrumento que, por su volumen y estructura, ha de quedar en el local de la empresa al cuidado de la misma”, se sustituya por la siguiente redacción: “Que el actor deja voluntariamente, por conveniencia, el citado instrumento en el local de la empresa, sin que ésta asumiera ni por el contrato de trabajo ni de manera tácita el cuidado o custodia del mismo por su personal de trabajo”. También se postula la supresión del hecho probado cuarto para el que se propone el siguiente texto: “Que en el mes de octubre de 1996, con motivo de una gira de la O.S.G., el referido contrabajo, propiedad del actor, fue dañado mientras era transportado hacia Barcelona, habiéndolo depositado el actor, al igual que el resto de los músicos, bajo la custodia de la empresa transportista, sin descartarse la restauración de dicho contrabajo”.

Petición, en ambos casos, que ha de venir desestimada, pues basta observar los vocablos que el recurrente trata de incorporar o suprimir para advertir que lo que en realidad pretende es sustituir la apreciación del Juzgador de instancia por la suya propia, basándose para ello en meras deducciones y simples conjjeturas, cuando el carácter extraordinario de la suplicación supone el respeto de la declaración de hechos probados en la sentencia de instancia, sólo impugnable cuando se evidencia error en los mismos, a través de prueba documental o pericial obrante en autos.

**SEGUNDO.-** En el examen del derecho aplicado se reproduce, en primer término, la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, al considerar el recurrente que debía haberse traído a juicio a la empresa de transportes y a las aseguradoras, para después denunciar, si aquélla no fuese apreciada, la infracción del artículo 34 de la Ley de Contrato de Trabajo.

La figura del litisconsorcio pasivo necesario, cuya finalidad es traer al proceso a todos aquellos que, unidos por una relación jurídico material resulten afectados por la decisión judicial que se adopte, exige que la demanda se dirija contra todos

aquellos que resulten afectados por la resolución que se dicte. En el supuesto enjuiciado el actor, amparado en el contrato de trabajo que le liga con la empresa demandada “C.P.M.”, dirige su acción – y por ello elige la jurisdicción laboral – contra aquélla, para resarcirse de los daños ocasionados en el instrumento musical mientras era transportado, a cargo del Consorcio, hacia Barcelona con motivo de una gira de la orquesta sinfónica de Galicia,. En tales circunstancias, no viniendo negada la relación laboral que liga a ambas partes, le basta, para resarcirse del daño, con dirigir su acción contra la empresa para la que viene prestando servicios, sin que al amparo de la figura litisconsorcial, invocada por el “C.P.M.” demandado se le pueda exigir que amplíe su demanda contra la transportista y la aseguradora, que ningún vínculo ni relación tienen con el demandante.

En cuanto a la cuestión de fondo denuncia la empresa demandada la infracción por aplicación indebida de los artículos 34 de la Ley de contrato de trabajo y 57.e) de la ordenanza laboral para profesionales de la música de 2 de mayo de 1977, alegando, en síntesis: a) que en base al contrato suscrito entre trabajador y empresa no había obligatoriedad de la aportación del instrumento, sino que la misma se produjo de forma voluntaria y unilateral; b) que el instrumento se dejó en el local de la orquesta por pura comodidad y conveniencia y c) que los daños se produjeron con ocasión del viaje a Barcelona, no en un cuarto o local.

Por lo que a la primera alegación se refiere cabe señalar que de lo estipulado en la cláusula quinta del contrato y de las nóminas correspondientes a la temporada 96/97 (folios 11 a 16) el actor percibía la retribución que en aquéllas se consigna, que se desglosan en salario base y retribuciones complementarias, entre estas figuran las recibidas en concepto de aportación instrumental y de desgaste de material, y lo decisivo, a estos efectos, es que la empresa venía retribuyendo dicha aportación musical. Este complemento de aportación musical que se recoge en el artículo 20.3.6 del Reglamento de Régimen interior del personal adscrito al “C.P.M.” (folio 80 de las presentes actuaciones) se asigna a todos los músicos que “pongan a disposición del “C.P.M.” el instrumento o instrumentos musicales con los cuales realicen sus funciones artísticas para las cuales han sido contratados”.

Por su parte el invocado artículo 57.e) de la Ordenanza Laboral para profesionales de la Música dispone que las empresas vendrán obligadas: “e) a responder de los desperfectos o sustracciones que puedan producirse, tanto en las

prendas de vestir o artísticas como en los instrumentos depositados en el cuarto de que se trata en el apartado que antecede, como aquellos que por su volumen sea costumbre dejar en el lugar de actuación, siempre y cuando sean dejados al cuidado de personal responsable de la empresa”.

Así viniendo probado que el actor depositó el contrabajo “Adolf Herold Instrumentenmacher” que, por su volumen y estructura ha de quedar en el local de la empresa al cuidado de la misma y que con motivo de una gira artística de la O.S.G. el referido contrabajo, propiedad del actor, resultó con graves desperfectos mientras era transportado hacia Barcelona, es evidente que el Consorcio demandado, bajo cuya custodia quedó dicho instrumento y que fue el encargado de concertar el transporte, quien ha de responder ante el actor de los daños causados cuya valoración asciende a la suma de 2.300.000 Pts, sin perjuicio de la acción que la demandada pueda ejercitar, si lo estima conveniente, contra el transportista o la aseguradora, con la que dice haber concertado un seguro contra daños que los instrumentos de los músicos puedan sufrir durante los ensayos, conciertos o viajes realizados por la Orquesta Sinfónica de Galicia.

Por todo ello procede la desestimación del recurso de Suplicación formulado y la confirmación de la resolución recurrida.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la EMPRESA “C.P.M.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número uno de A Coruña, de fecha 19 de mayo de 1997, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución.

## **2808 RECURSO N° 3.774/96**

S. S.

**COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DA REPARACIÓN DE DANOS E PREXUÍZOS CIVÍS DERIVADOS DE ACCIDENTE DE TRABALLO.**

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a diez de noviembre 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 3.774/96, interpuesto por el letrado don J.F.L., en nombre y representación de doña P.P.P. y otros, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 1.064/95 se presentó demanda por doña P.P.P. y sus hijos M.J. y J.M.L.P., sobre INDEMNIZACIÓN por DAÑOS Y PERJUICIOS, frente a la empresa “N.B.G.”, “M.G.A.T.”, C.L.F., “M.U.S.A.A.T.” y don L.C.G. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 16 de mayo de 1996 por el Juzgado de referencia que, estimando excepción de falta de legitimación pasiva alegada, desestimó la demanda.

**SEGUNDO.-** Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO: Que el fallecido esposo de la actora don J.L.O., vino trabajando para la empresa demandada “N.B.G.” en calidad de oficial de 1ª carpintero, percibiendo un salario de 862.901 pesetas anuales. SEGUNDO: Que el referido trabajador falleció a consecuencia de un accidente de trabajo ocurrido el 16.09.87, cuando prestaba sus servicios realizando horas extraordinarias, en una obra en construcción por cuenta de la referida empresa, en la localidad de Sada, sobreviniendo el hecho cuando estaba colocando bovedillas en la séptima planta del edificio, a 1,40 metros del hueco de un patio de luces, en dicha operación tropezó con una de ellas y metió el pie en el hueco de la misma, dando un traspiés y cayendo por el hueco del patio, arrastrando previamente la tabla inferior de la barandilla protectora, precipitándose hasta la segunda planta del edificio. TERCERO: Que la barandilla estaba constituida por dos listones de madera de pino común, de 52 x 70 milímetros situados a 0,40 metros del nivel del pavimento, uno, y el otro a 0,80, sujetos por pies derechos, separados entre sí 1,80 metros, a cuyos pilares estaban fijados los listones por dos clavos de 49/120, la referida barandilla podía soportar una resistencia teórica superior a 150 kilos de carga, por metro lineal. CUARTO: Que a instancia de la Inspección de Trabajo se siguió expediente sobre infracción de medidas de seguridad, recayendo resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la

que se acordó el recargo del 30% de las prestaciones reconocidas a la actora, al estimar que en el accidente había existido infracción de medidas de seguridad. QUINTO: Que el Arquitecto de dicha obra era el codemandado don L.C.G. y el Arquitecto técnico el codemandado don C.L.F. SEXTO: Que en fecha 01.02.89 se dictó sentencia en este mismo Juzgado (autos 26/89) en la que estimando la demanda interpuesta por la empresa “N.B.G.”, se declaró que en el accidente de trabajo en el que falleció don J.L.O. no se infringieron medidas de seguridad, por lo que se dejó sin efecto el recargo de prestaciones acordado. Confirmando dicha resolución judicial, por otra, dictada en el Tribunal Central de Trabajo de fecha 30.06.92. Dichas sentencias obran en autos y se dan aquí por reproducidas. SÉPTIMO: Que en fecha 16.09.1987 se incoaron en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Betanzos diligencias previas nº 995/87 por la muerte de don J.L.O. el día 16.09.87, dictando el día 11.04.90 el Instructor auto de archivo al no ser los hechos constitutivos de infracción penal, que al ser firme, el día 14.05.90 se procedió a dicho archivo. En fecha 13.03.92 don M.L.O. y doña P.P.P. presentaron escrito de personación en las diligencias previas en concepto de perjudicados, que tras sucesivas incidencias, dictó Auto el Juzgado de fecha 19.05.92, teniéndoles por personados en las actuaciones penales, que tras la práctica de las diligencias sumariales interesadas se dictó Auto de fecha 26.10.92 en el que se decretaba incoación de las actuaciones y al mismo tiempo la prescripción. Recurrido dicho Auto fue estimado por la Ilma. Audiencia Provincial, Sección Primera, en fecha 06.05.93. Personándose el 01.09.93 como perjudicado en las diligencias don J.M.L.P. Y tras señalamiento del juicio de faltas que se celebró el 16.12.93, se dictó sentencia absolutoria de fecha 18.12.93 al apreciarse la prescripción de la responsabilidad penal, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran ejercitarse por los perjudicados en el orden jurisdiccional civil. Confirmada por sentencia de fecha 09.06.95 dictada por la Ilma. Audiencia Provincial. OCTAVO: Que la Empresa “N.B.G.” tenía suscrito el riesgo de accidente de trabajo con la codemandada “M.G.A.T”. NOVENO: El fallecido don J.L.O. tenía en el momento de su muerte 53 años y dejó esposa y dos hijos, M.J. y J.M., que en tal fecha tenían 24 y 23 años, respectivamente. DÉCIMO: Que en fecha 24.11.95 se interpuso papeleta de conciliación ante el SMAC contra la Empresa “N.B.G.”, “M.G.A.T.”, don C.L.F., “M.U.S.A.A.T” y don L.C.G., acto que se celebró el 11.02.95 con resultado de SIN AVENENCIA para los que comparecieron y SIN EFECTO para los que no lo hicieron. UNDÉCIMO: Que en fecha 23.12.95 se presentó demanda, origen del presente

procedimiento, ante el Decanato de los Juzgados de lo Social”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la “M.G.A.T.” y desestimando la demanda interpuesta por doña P.P.P. y sus hijos doña M.J. y don J.M.L.P. contra la empresa “N.B.G.”, “M.G.A.T.”, don C.L.F., “M.U.S.A.A.T.” y don L.C.G., debo absolver y absuelvo a los codemandados de los pedimentos contenidos en aquélla. Notifíquese... etc.”.

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

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Por la parte actora se interpone recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que desestimó su pretensión relativa a: “se condene a los demandados a indemnizar solidariamente a doña P.P.P. en la cifra de 18.000.000’ pts., y a sus hijos M.J. y J.M.L.P. en la cuantía de 2.000.000’ pts. a cada uno, con abono de los intereses señalados en el art. 20 de la Ley del Seguro y con aplicación del art. 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”; decisión judicial que es recurrida por la actora e impugnada de contrario, reproduciéndose las excepciones de incompetencia de jurisdicción y prescripción de la acción alegadas en el acto del juicio.

Como trámite previo y por ser materia de orden público, procede analizar la excepción invocada de incompetencia de jurisdicción, por entender que la materia objeto de litigio no es competencia de la jurisdicción social y sí de la jurisdicción civil. El planteamiento de la excepción, dado su carácter de presupuesto de orden público procesal, impone a la Sala la necesidad de resolver el recurso sin sujetarse al relato histórico de la sentencia impugnada, pudiendo analizar nuevamente la prueba practicada. Partiendo del art. 97.3 de la Ley General de la Seguridad Social, que establece la compatibilidad entre las prestaciones de la Seguridad Social derivadas de accidente de trabajo con las otras que puedan resultar a consecuencia de que el hecho originador del siniestro pueda implicar responsabilidad civil o criminal de alguna persona, incluido el empresario, la cuestión que se debate en el presente conflicto se reduce a conocer si la competencia para conocer de esta posible responsabilidad civil viene atribuida a los órganos del Orden Social de la jurisdicción o a los del Orden Civil.

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

De acuerdo con esto, los órganos de lo Social han venido conociendo de acciones de responsabilidad civil que exceden de las puras consecuencias legales que previenen las normas sociales, como pueden ser, a título de ejemplo, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1987 (daños morales por incumplimiento de contrato); en igual sentido las del Tribunal Central de Trabajo de 10 de julio de 1979, la del Tribunal Supremo (4<sup>a</sup>) de 20 de septiembre de 1990 (sobre indemnización de perjuicios por violación de derechos fundamentales), la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 1992 (sobre tutela del derecho al honor de unos trabajadores), las del Tribunal Central de Trabajo de 12 de noviembre de 1976 y 10 de diciembre de 1977 (responsabilidad sobre incendio o pérdida de instrumentos musicales de unos trabajadores), las del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1990, 20 de abril de 1992, entre otras muchas (responsabilidad del INSALUD por daños causados en asistencia sanitaria). Por otra parte el artículo 75.3 L.P.L. atribuye competencia al juez de lo Social para las reclamaciones por perjuicios causados a consecuencia de actos fraudulentos en el proceso laboral que hayan producido un daño, sustrayendo a los órganos de lo Civil el conocimiento de unos litigios que normalmente les correspondía.

Aunque la cuestión no resulta del todo pacífica, en el momento actual debe entenderse resuelta a favor de la jurisdicción Social, por las siguientes consideraciones: 1º.- Las sentencias de la Sala 4<sup>a</sup> del Tribunal Supremo del 6 de abril de 1989 y de 15 de noviembre de 1990, resolviendo un caso en que se ejercitaba la acción de responsabilidad con fundamento en el art. 1.902 del C.C. establecieron: "lo mismo que las demás reclamaciones normales derivadas de accidente de trabajo tienen su origen en el mismo hecho

causante, es decir, un accidente de trabajo sufrido por el trabajador en ejecución de contrato de trabajo; si es así es indudable que estamos ante un conflicto individual dimanante de aquél, surgido como consecuencia de las relaciones de trabajo y, por tanto, por imperativo del art. 1.1 de la L.P.L. es competencia de este Orden jurisdiccional Social". 2º.- Más recientemente, las sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 4<sup>a</sup> de 24 de mayo y 27 de junio de 1994 referencia (Ar. 4.296 y 5.489), ambas recaídas en recurso de casación para la unificación de doctrina, han vuelto a pronunciarse sobre la cuestión, reiterando la competencia de este Orden jurisdiccional. La primera de ellas comienza afirmando que "el daño producido por un accidente de trabajo puede dar origen a diversos mecanismo de reparación, generando las correspondientes obligaciones para sujetos también distintos", de tal modo que si la responsabilidad del empresario es civil o criminal, el trabajador y sus derechohabientes podrán exigir las indemnizaciones procedentes de los presuntos responsables, debiendo plantear la acción ante el correspondiente Orden jurisdiccional... pero, el término civil se utiliza en el artículo 97.3 de la L.G.S.S. de 1974 (y 127.3 de la vigente de 20.06.94) en un sentido amplio que comprende, frente a la penal, tanto la responsabilidad estrictamente civil como la que surge de un incumplimiento laboral, pues el empresario puede ser responsable civilmente cuando el daño causado se vincula con una conducta de aquél ajena al contenido obligacional del contrato de trabajo... Pero cuando se está ante un daño cuya producción se imputa a un ilícito laboral, entendido como la infracción de una norma, estatal o colectiva, o de una regla de la autonomía privada o de la costumbre (artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores), la responsabilidad ya no es civil, sino laboral y el supuesto queda comprendido en el apartado a) del artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que atribuye al Orden Social las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo. 3º.- Esa misma conclusión es a la que también llega la Sala de conflictos de competencia en sus Autos de 23 de diciembre de 1993 (Ar. 10.131) y de 4 de abril de 1994 (R. 17/93), en los que declara la competencia del Orden jurisdiccional Social, aludiendo -en el primero de ellos- a que la L.P.L. atribuye a dicho Orden el conocimiento de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, y que tanto el E.T. como la L.G.S.S., hacen referencia a los derechos del trabajador y correlativa obligación del empresario, a una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo que elimine o reduzca los riesgos que surjan en el desarrollo de su

actividad; señalando el segundo de ellos: “debe entenderse que el daño causado en un accidente de trabajo, cuando concurre omisión por parte del empresario de las medidas de seguridad legalmente establecidas, se deriva de un incumplimiento de las obligaciones que constituyen un contenido esencial del contrato de trabajo...”. 4º.- Por otro lado no se puede desconocer que la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido evolucionando (así la sentencia de 10.02.98), al hablar de la responsabilidad derivada de un accidente de trabajo reconoce la competencia de la Jurisdicción Social cuando se trata de un ilícito laboral señalando que: “puesto que el cumplimiento de los deberes legales impuestos por la legislación sobre seguridad e higiene en el trabajo se integran en el contenido de la relación laboral atribuye el conocimiento de estas cuestiones a la Jurisdicción Social”.

Por lo que en aplicación de tal doctrina al supuesto de autos y dado que la demanda y la contestación a la excepción invocada hacen referencia tanto a la genérica responsabilidad extracontractual, como a la concreta responsabilidad del empresario, alegando que no se usaban cinturones de seguridad, que no había una red de protección y que la única medida era la barandilla, consecuentemente ha de concluirse que la reclamación se fundamenta en un “ilícito laboral” que se imputa a los demandados, debiendo declararse la competencia, tal como acertadamente se interpretó por el Magistrado de instancia, de este Orden jurisdiccional social y, en consecuencia, procede desestimar la excepción invocada.

Se alega asimismo la excepción de prescripción de la acción por entender que las acciones para la reclamación de indemnizaciones civiles, derivadas de accidentes de trabajo, prescriben al año conforme al art. 1.968.2 del Código Civil, es decir, cuando exista responsabilidad civil por los actos propios y que el cómputo del plazo para la prescripción establecido en el art. 1.969 comienza a computarse en el momento en que la acción pudo ejercitarse, por lo que dado que el accidente tuvo lugar el 16.09.87, es evidente (sigue diciendo) que ha transcurrido con exceso el plazo de un año, sin que el juicio de faltas celebrado ante el Juzgado de Instrucción nº 2 de Betanzos haya interrumpido la prescripción, toda vez que el mismo fue desestimado por haberse apreciado la prescripción de la posible falta.

Excepción que igualmente se rechaza, por cuanto es hecho probado, sin que se hubiera pedido su revisión (ordinal séptimo), que “en fecha 16.09.1987 se incoaron en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Betanzos diligencias previas

nº 995/87 por la muerte de don J.L.O. el día 16.09.87, dictando el día 11.04.90 el Instructor auto de archivo al no ser los hechos constitutivos de infracción penal. En fecha 13.03.92 don M.L.O. y doña P.P.P. presentaron escrito de personación en las diligencias previas en concepto de perjudicados, que tras sucesivas incidencias, dictó Auto el Juzgado de fecha 19.05.92, teniéndoles por personados en las actuaciones penales, que tras la práctica de las diligencias sumariales interesadas se dictó Auto de fecha 26.10.92 en el que se decretaba el sobreseimiento provisional, reputando falta el hecho. Recurrido dicho Auto fue estimado por la Iltma. Audiencia Provincial, Sección Primera, en fecha 06.05.93. Personándose el 01.09.93 como perjudicado en las diligencias don J.M.L.P. Y tras señalamiento del juicio de faltas que se celebró el 16.12.93, se dictó sentencia absolutoria de fecha 18.12.93 al apreciarse la prescripción de la responsabilidad penal, sin perjuicio de las acciones civiles que pudieran ejercitarse los perjudicados en el orden jurisdiccional civil. Confirmada por sentencia de fecha 09.06.95 dictada por la Ilma. Audiencia Provincial”, por lo que es la fecha de la sentencia dictada por la Audiencia la que procede tomar en consideración a la hora de determinar el “*dies a quo*”; y como la papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. se interpuso el 24.11.95, celebrándose el acto de conciliación el 11.12.95, presentándose la demanda de indemnización por daños y perjuicios con fecha 23.12 del mismo año, es claro que no ha transcurrido el plazo de prescripción de un año a que se refiere el art. 1.902 del Código Civil.

SEGUNDO.- Por la parte actora se formula recurso de suplicación pretendiendo como primer motivo de recurso y con adecuado amparo procesal, la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto del ordinal cuarto, a fin de que se adicione un párrafo del siguiente tenor: “...expediente sobre infracción de medidas de seguridad estipuladas en el art. 23.4 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo”; adición que si bien se acepta (Acta de la Inspección de Trabajo obrante al folio 42 de los autos) es intrascendente, ya que dicha Acta fue revocada por sentencia del Juzgado de lo Social y posteriormente confirmada por el T.S.J. de Madrid. Se interesa igualmente que en el hecho probado sexto, en donde se hace constar “Tribunal Central de Trabajo” se diga por “Tribunal Superior de Justicia de Madrid” - modificación que igualmente se acepta al estar acreditado, si bien es irrelevante-, así como se adicione a continuación de la fecha de esta última sentencia: “la sentencia del Tribunal Superior en su fundamento de Derecho tercero declara no existir la infracción denunciada”; adición igualmente intrascendente, toda vez que el

Juzgador de instancia en dicho hecho hace constar expresamente que dichas sentencias obran en autos y se dan por reproducidas. Interesa igualmente se añada un nuevo ordinal, el octavo, del tenor literal siguiente: “Donde trabajaba el obrero fallecido no se usaban cinturones de seguridad, ni había red de protección, siendo la barandilla la única medida de seguridad”; modificación que no merece favorable acogida al no aportarse documento que de modo evidente demuestre la equivocación del juzgador, no siendo medios idóneos a efectos revisorios las simples declaraciones de testigos, de conformidad con el art. 198 de la L.P.L.; en todo caso sería irrelevante de conformidad con lo que se razonará en el posterior fundamento de Derecho. Se pretende igualmente se adicione un nuevo hecho probado, el noveno, del siguiente tenor literal: “El arquitecto superior visitó la obra una ó dos veces a lo largo de la duración de la misma, que fue de unos cinco ó seis meses”; modificación que igualmente se rechaza, al no aportarse prueba idónea al efecto, no teniendo tal carácter las declaraciones de testigos.

**TERCERO.-** Como tercer motivo, sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida y con adecuado amparo procesal, se denuncia infracción, por interpretación errónea, de los arts. 4.2.d) y 19 del Estatuto de los Trabajadores, art. 1.101 y concordantes del Código Civil e infracción, por no aplicación, del art. 151 de la Orden de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 09.03.61 y art. 193 de la Ordenanza del Trabajo en la Construcción de 28.08.70, así como distintas sentencias del Tribunal Supremo que se citan y se tienen por reproducidas, alegando fundamentalmente que, si bien la sentencia de instancia establece que no se había acreditado concurriese infracción de normas o medidas de seguridad, es evidente (sigue diciendo) que consta probado cumplidamente que no se usaban cinturones de seguridad, ni había red de protección y la única medida era la barandilla; infracción del art. 10 de la Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo y de la jurisprudencia que cita y se tiene por reproducida, por entender que existía responsabilidad del Arquitecto director de la obra, alegando fundamentalmente que la obligación de vigilar las medidas de seguridad es de capital importancia en el caso de Arquitecto superior, por lo que debe visitar la obra con la frecuencia o asiduidad necesaria, dado que se trata de una actividad peligrosa, como la realidad diaria se encarga de demostrar; e infracción del art. 1.902 del Código Civil y 1.105 del mismo cuerpo legal, pues si se entendiese que no hubo infracción de medidas de seguridad no se habría probado que por los demandados se hubiera agotado toda la diligencia posible para evitar el accidente y que a diferencia

del recargo de prestaciones no es preciso la vulneración de una norma, sino el incumplimiento de las obligaciones generales de diligencia, conforme a los criterios de común apreciación y, en concreto, el cuidado que exigirían las circunstancia del caso concreto, sin que en ningún caso pueda aceptarse la tesis del caso fortuito que exoneraría de responsabilidad a los demandados, tal como se había aceptado por el Magistrado de instancia, por cuanto el mismo exige que el hecho causante sea imprevisible o que, previsto, sea inevitable, insuperable o irresistible, circunstancias que no pueden predicarse de la caída del obrero por el hueco del patio de luces.

Del inalterado relato fáctico de hechos probados se desprende “que el referido trabajador falleció a consecuencia de un accidente de trabajo ocurrido el 16.09.87, cuando prestaba sus servicios realizando horas extraordinarias, en una obra en construcción por cuenta de la referida empresa, en la localidad de Sada, sobreviniendo el hecho cuando estaba colocando bovedillas en la séptima planta del edificio, a 1,40 metros del hueco de un patio de luces, en dicha operación tropezó con una de ellas y metió el pie en el hueco de la misma, dando un traspies y cayendo por el hueco del patio, arrastrando previamente la tabla inferior de la barandilla protectora, precipitándose hasta la segunda planta del edificio” y que “la barandilla estaba constituida por dos listones de madera de pino común, de 52 x 70 milímetros situados a 0,40 metros del nivel del pavimento, uno, y el otro a 0,80, sujetos por pies derechos, separados entre sí 1,80 metros, a cuyos pilares estaban fijados los listones por dos clavos de 49/120, la referida barandilla podía soportar una resistencia teórica superior a 150 kilos de carga, por metro lineal”.

Esto sentado, no ofrece duda a esta Sala que en el supuesto de autos no sólo no hubo infracción de medidas de seguridad, por cuanto al tratarse de un hueco que daba a un patio de luces la única medida exigible (art. 23) era la existencia de un barandilla de adecuada resistencia, que en este caso, tal como se estimó en la sentencia citada, era suficiente al poder soportar una resistencia teórica superior a los 150 kg. de carga por metro lineal, sin que fuera precisa la existencia de red de protección, ni el uso de cinturón de seguridad, que solamente son preceptivas en las obras que se realizan en las fachadas de los inmuebles, en todo trabajo de altura con peligro de caída eventual (art. 151 Ordenanza de Seguridad e Higiene en el trabajo (09.03.71) o como dice el art. 193 de la Ordenanza Laboral de la Construcción (que, aunque rogada, puede tenerse en cuenta como indicaria en una justa labor hemenéutica) “los trabajos realizados en alturas o que por cualquier

otra circunstancia ofrezcan peligro de caída grave...”, ni responsabilidad derivada de culpa o negligencia, sino que aquel desgraciado accidente fue debido a un caso fortuito o fuerza mayor, pues, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 25.02.92, “la culpa extracontractual sancionada en el art. 1.902 del Código Civil consiste no sólo en la omisión de normas inexcusables o aconsejadas por la más vulgar o elemental experiencia, sino en el actuar no ajustado a la diligencia exigible según las circunstancias del caso concreto, de las personas, tiempo y lugar, y que, si bien la responsabilidad extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad según la impone el art. 1.992 del Código Civil, ha ido evolucionando en la doctrina jurisprudencial hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones quasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas, también la doctrina jurisprudencial viene aplicando el principio de causalidad adecuada, debiendo valorarse en cada caso concreto si el acto antecedente que se presenta como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como causa necesaria, el efecto lesivo producido, necesidad que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetividad en la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba, aplicables en la interpretación de los arts. 1.902 y 1.903 del Código Civil, pues el cómo y el por qué se produjo el accidente constituyen elementos indispensables en el examen de la causa eficiente del evento dañoso”, añadiendo la sentencia del mismo Tribunal de 27.04.92 y a propósito de culpa extracontractual en accidente de trabajo con muerte del operario en edificio en construcción, con falta de barandilla en el andamiaje, que “ni de las pruebas practicadas se desprende dato alguno con virtualidad suficiente para permitir a la Sala formular una declaración de hechos y una calificación jurídica de los mismos como acciones u omisiones culposas atribuidas a los demandados y, por ello, mal se puede deducir responsabilidad al amparo del art. 1.902 del Código Civil y añadir a la responsabilidad laboral ya sometida a la decisión de la jurisdicción de dicho Orden y satisfecha. El hecho de que por ésta se apreciara infracción de las normas de seguridad en el trabajo no comporta por sí solo existencia de culpa civil”.

En base a lo qué, siendo ajustada a Derecho la resolución recurrida, procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por doña P.P.P. y otros contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 1996, dictada por el Juzgado de lo Social nº dos de los de A Coruña en autos instados por los recurrentes frente a la empresa “N.B.G.”, “M.G.A.T.”, C.L.F., “M.U.S.A.A.T.” y don L.C.G., sobre INDEMNIZACIÓN por DAÑOS Y PERJUICIOS, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

## **2809 RECURSO N° 3.317/99**

S.S.

**ACTOS DE XESTIÓN NON RECAUDATORIA DA SEGURIDADE SOCIAL, DE COMPETENCIA DOS ÓRGANOS DA XURISDICCIÓN LABORAL.**

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

A Coruña, a doce de noviembre 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 3.317/99 interpuesto por don M.M.R.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. dos de Orense.

Antecedentes de hecho

**PRIMERO.-** Que según consta en autos nº 784/98 se presentó demanda por don M.M.R.F. en reclamación de INCOMPETENCIA siendo demandados 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 sentencia con fecha catorce de abril 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.-** El actor, don M.M.R.F., vino prestando servicios para la empresa demandada “A.B.G., S.L.”, desde el 22.02.94, con la categoría profesional de chofer. **SEGUNDO.-** Por

acuerdo de la Dirección Provincial de la TGSS de 02.07.98, se formaliza de oficio la baja del actor en el Régimen General de la Seguridad Social, a través de la empresa demandada, con efectos del 01.12.96, en expediente incoado como consecuencias de comunicación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, formulada a raíz de visita girada a la empresa el 26.02.98. Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 26.10.98. TERCERO.- La empresa demandada está en situación de baja en la Seguridad Social sin trabajadores desde el 10.11.97 al menos desde el 26.02.98, permanece cerrada”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia alegada y sin entrar a conocer del fondo del asunto, debo absolver y absuelvo en la instancia a los demandados de las pretensiones 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 pase de los mismos al Ponente.

QUINTO.- Que con fecha veintiocho de abril de mil novecientos noventa y nueve, se dictó Auto de Aclaración, cuya parte dispositiva queda redactada del tenor literal siguiente: Que debo aclarar y aclaro de oficio la sentencia de fecha catorce de abril del presente año en lo que se refiere al encabezamiento de la misma en el sentido que comparecen el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social representados por la Letrado doña A.E.G.P.”.

SEXTO.- La Sala, por providencia de 13-octubre-99, acordó remitir las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre incompetencia de jurisdicción dictamen que emitió con fecha 27.10.99 en el sentido que consta en la pieza de recurso.

#### Fundamentos de derecho

PRIMERO.- El trabajador demandante recurre la sentencia de instancia que, sin entrar a conocer de la cuestión de fondo planteada (fecha de su baja de oficio en la seguridad social), absolvio a los demandados por apreciar la excepción de incompetencia de jurisdicción, y solicita con amparo procesal correcto el examen del derecho que contiene aquel pronunciamiento, por entender que infringe: 1) Los artículos 9.5 de la Ley orgánica del poder judicial (Lopj) y 2.b) de la Ley

de procedimiento laboral (Lpl), pues la demanda está exclusivamente encaminada a determinar la fecha de la baja, ya la de cese efectivo en el trabajo (01.09.98) o la de actuación inspectora (26.02.98), sin que en ningún caso se pida la obligación de cotizar desde la fecha de efectos (01.12.96) de la baja practicada de oficio. 2) Los artículos 3.b) Lpl, 2.1 y 2 del Real decreto 1.258/87 de 11-9 (Regula la inscripción de empresas y la afiliación, altas y bajas y variaciones de trabajadores en el sistema de la seguridad social), pues la resolución administrativa impugnada no es un acto de gestión recaudatoria sino la formalización de la baja de oficio con base a un informe emitido por la Inspección de trabajo y seguridad social.

SEGUNDO.- La jurisprudencia (ss. 18-12-87, 17-5-88, 23-1, 6-2, 5-3, 5-11-90) reproducida por este tribunal (ss. 1-6-95, 29-10-96, 16-1-97, 6-7-98, 24-5-99) declara que la naturaleza de orden público (art. 9.1 y 6 Lopj) de la excepción de incompetencia jurisdiccional faculta a la sala para valorar en su integridad el material probatorio incorporado a los autos, sin vinculación a las declaraciones del pronunciamiento recurrido. En tal sentido, declaramos probado: 1º) El demandante prestó servicios como chófer para “A.B.G., S.L.” desde el 22.02.94 permaneció de alta en la seguridad social en el período 23.02.94 01.12.96. 2º) La empresa no cotizó por sus trabajadores y al menos desde el 01.06 al 21.10.97. 3º) Desde el 26.02.98 el centro de trabajo en carretera de Sande nº... (Orense) permanece cerrado. 4º) La resolución de 30.06.98 de la Tesorería General de la Seguridad Social (Tgss), con base en un informe de sus servicios de inspección, formalizó de oficio la baja del demandante en el Régimen general con efectos de 01.12.96, a través de la empresa señalada; el acuerdo de 29.10.98 rechazó la reclamación previa del actor contra la resolución anterior. 5º) La actual demanda, interpuesta el 28.12.98 contra la Tgss, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y “A.B.G., S.L.”, solicita “...se dicte en su día Sentencia, por la que se declare como fecha de baja del demandante a todos los efectos en la empresa “A.G., S.A.”, el 01.09.1998, fecha de cese efectivo en su trabajo en la empresa y subsidiariamente en caso de no estimar el pedimento anterior, que se declare como fecha de baja a todos los efectos el 26.02.98, fecha de la actuación inspectora, haciendo estar y pasar a los demandados por esta declaración”.

La sala de conflictos del Tribunal Supremo declara (aa. 18-3-97, 22-3-99) que “no todo acto de gestión emanado de la Tesorería General puede considerarse como recaudatorio, sino sólo aquellos que persigan el cobro de los recursos o se refieran al ejercicio de la actividad

administrativa conducente a la realización de los créditos y derechos de la Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido por el RD 1.637/1995, de 6 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social”.

Los datos objetivos y la doctrina transcritos llevan a estimar el recurso, porque el trabajador demandante limita el debate procesal a fijar la fecha de su baja en la seguridad social, cuestión que, con perspectiva de futuro, se proyecta exclusivamente sobre el ámbito prestacional que caracteriza al sistema de protección, de modo que, aunque en la fundamentación de su demanda alude a la no cotización de la empresa codemandada, lo cierto es que no solicita su condena al pago de las cuotas respectivas no abonadas, aspecto recaudatorio éste que, además y de acuerdo con el artículo 104 de la Ley general de seguridad social, ha de afrontar el empresario y no quien (como el actor) prestó servicios por cuenta ajena.

En definitiva, el litigio versa sobre un elemento configurador -fecha- de la baja en la seguridad social y no acerca de una consecuencia o efecto de la misma, lo que excluye la vigencia del artículo 3.b) Lpl y, al tiempo, afirma la aplicabilidad del artículo 2.b) del mismo código, que declara la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden social respecto de las cuestiones litigiosas de seguridad social; en consecuencia, la estimación del recurso y el respeto al principio de la doble instancia que informa la materia imponen remitir los autos al Juzgado del que provienen.

Por todo ello,

Fallamos

Estimamos el recurso de suplicación de don M.M.R.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, de 14 de abril de 1999 en autos nº 784/98, que revocamos, declaramos la competencia de este orden jurisdiccional social para el conocimiento y decisión de la demanda interpuesta por el recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y “A.B.G., S.L.”, con remisión de las actuaciones al Juzgado del que provienen para que adopte la decisión que estime oportuna acerca de aquélla.

**2810 RECURSO N°  
03/0008416/1996**

S. CA

**INFRACCIÓN DO EMPRESARIO POR SIMULACIÓN DE CONTRATACIÓN LABORAL COA FINALIDADE DE OBTER OU GOZAR DE FORMA FRAUDULENTA DAS PRESTACIÓN POR DESEMPREGO, SOBRE A BASE DA ACTUACIÓN DE CONTROLADOR LABORAL.**

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

En la Ciudad de A Coruña, doce de noviembre 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 03/0008416/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “B.M., S.L.”, domiciliado en... (Orense), representado por don J.M.G. M. y dirigido por el Letrado doña M.P.C.L. (Habilitada), contra Resolución de 24.04.96 desestimatoria de recurso contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Orense de 10.10.95 sobre acta de infracción nº 498/95; Expte. 22.057/95... 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.