

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.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 2 de noviembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Como primer motivo de impugnación aduce la empresa recurrente que del contenido del acta de infracción y de las dos resoluciones recurridas (la de primer y segundo grado), no resulta una tipificación concreta de la conducta de la recurrente, pues así como en el acta se le imputa la infracción tipificada en el art. 29.3.3 de la Ley 8/88 (simulación de contratación laboral con la finalidad de obtener o disfrutar fraudulentamente de las prestaciones de desempleo), la resolución de primer grado le imputara la tipificada en el art. 29.3.2 de la misma Ley (connivencia con los trabajadores para la obtención indebida de dichas prestaciones), y dada la diferencia existente entre ambas infracciones, si como estimaba la resolución de primer grado existiera connivencia, ello quería decir que no se simulara ningún contrato, por lo que en el presente caso no había causa para sancionar, dado que existiera real y efectiva prestación de servicios.

Sobre el particular, ha de decirse que si bien es cierto que existe cierta discordancia entre el acta de infracción y la resolución de primer grado en cuanto a la identificación o tipificación de la infracción imputada, tal discordancia es más aparente o nominal que real, pues con significar que dicha resolución confirmó en todos sus términos el acta de infracción, incluida, por tanto, la tipificación allí realizada, y que la alusión que dicha resolución hace a aquella distinta subsunción tipificadora se realizó en el FJ segundo a título simplemente dialéctico o argumentativo, con toda la apariencia de constituir un lapsus calami, definitivamente resuelto por la resolución de segundo grado, que en una nueva valoración de los hechos consignados en el acta forzada por los términos del recurso ordinario, confirma la resolución de primer grado y, por tanto, la propia acta de infracción, concluyendo que los hechos constatados constituyan "un ilícito administrativo contemplado en el art. 29.3.3 de la Ley 8/88 de 7 de abril".

Siendo ello así, resulta rechazable el motivo aducido.

II.- A continuación, se aduce por la recurrente una serie de infracciones de orden procedural, que pasamos a analizar.

- Infracción de los arts. 51.a) de la Ley 8/88 y 2.1 del R.D. 1667/86, pues no gozando la Controladora Laboral actuante de autonomía para la iniciación del procedimiento, no constaba en el expediente la expresión de la causa, de las previstas en aquel Reglamento, que determinara la iniciación de la actuación inspectora. Sobre esta cuestión tiene dicho la Sala que "con independencia de que del contenido de las actas impugnadas no se desprenda cual fuere el motivo que desencadenó la actuación de la Controladora Laboral (orden superior, denuncia, queja o petición), tal omisión formal no constituye un vicio invalidante del acta que autoriza, precisamente, el Inspector de Trabajo y S.S., al no constituir causa de indefensión para el administrado". En todo caso, la ratificación por la Inspectora de la actuación de la Controladora sana aquella omisión, debiendo recordarse con la STS de 14.09.88, que "corresponde a los controladores de empleo comprobar la actividad de las empresas y trabajadores, poniendo en conocimiento de la Inspección los hechos constitutivos de infracción y a ésta proponer las sanciones a la vista de los datos suministrados por los controladores.

- infracción del art. 2.2 del R.D. 1.667/86, pues la primera visita realizada el 14.02.95, no se realizará, como prescribe aquella norma, al centro de trabajo, por lo que lo actuado en tal ocasión devenía nulo.

- En verdad que resultaba difícil que aquella funcionaria pudiera hacer efectiva la visita al centro de trabajo (un balneario) en la aludida fecha, si advertimos que lo encontró cerrado, indagando de los vecinos que el balneario no abría hasta la primavera, lo que confirmó en esa misma ocasión, tras su localización, el socio de la empresa recurrente, identificado en el acta, al reconocer que dicho establecimiento cerraba todos los años en los primeros días del mes de diciembre y no abría hasta la segunda quincena del mes de marzo. Recordar, por otra parte, las amplias facultades que aquel precepto reconoce a los Controladores Laborales (poder entrar en cualquier momento en los establecimientos, centros de trabajo, locales y otros lugares donde presten servicios o desarrolle su actividad las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad social, a salvo, siempre, la inviolabilidad de domicilio). Es obvio que quien está autorizado para hacer indagaciones en lugares cerrados, lo está implícitamente para llevar el desarrollo de la investigación en el exterior cuando las circunstancias del caso así lo requieran en orden a salvaguardar el buen fin de la actividad inspectora.

- Infracción del art. 47.1.a) de la Ley 8/88, pues correspondiendo la competencia para el dictado de la resolución de segundo grado al Director General de Empleo conforme a aquel precepto, no obstante, la resolución recurrida estaba firmada, por delegación, por el Subdirector General de Ordenación y Fomento de Empleo, siendo así que el art. 16 de la Ley 30/92, prescribe que no cabrá la delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador.

- Estando dictada aquella resolución en sede de recurso ordinario, sirva como respuesta la ofrecida por la STS de 09.02.99, dictada en recurso de casación en interés de la Ley contra sentencia de esta Sala, que fija como doctrina legal la de “que la prohibición de la delegación establecida en el art. 127.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para el ejercicio de la potestad sancionadora, no alcanza ni es aplicable a la desarrollada por los órganos administrativos competentes para resolver los recursos administrativos promovidos contra los actos o resoluciones sancionadoras”.

- Infracción del art. 51.c) de la Ley 8/88 en relación con el art. 84 de la Ley 30/92, pues no se diera nueva audiencia a la recurrente, a pesar de que la resolución del primer grado calificara la realización de trabajos de fontanería como novedosos. No comprendemos el alcance de esta alegación y su relación con aquellos preceptos, que estatuyen una de las más importantes garantías del procedimiento administrativo. La resolución de primer grado, ante la alegación de descargo formulada por la recurrente, en el sentido que entre los días 22 y 31 de diciembre de 1994 se llevaron a cabo trabajos de fontanería en el balneario, lo que justificaba la contratación de la trabajadora como limpiadora, y así, enervar los indicios reflejados en el acta indicadores de que en ese período de tiempo no se prestaran servicios laborales, argumentó que, aparte de no haberse acreditado los referidos trabajos de fontanería, aún siendo ciertos, no desvirtuaban el contenido del acta y tampoco serían suficientes para “justificar que la socia y gobernanta del balneario hubiese prestado servicios como limpiadora durante diez días”.

En consecuencia, no estamos en presencia de hechos distintos de los incorporados en el acta, que exigirían la observancia del trámite de audiencia, sino de argumentos de sustanciación de la propia resolución sancionadora, frente a los que se podía reaccionar, en el orden defensivo, con ocasión del recurso ordinario.

III.- En lo que ya puede considerarse como motivos de fondo, aduce la recurrente que “no se alcanza a comprender cómo se deduce o supone por la Dirección Provincial que aunque fuesen ciertos (los trabajos de fontanería) tampoco serían suficientes para justificar que la socia y gobernanta del balneario hubiese prestado servicios como limpiadora durante diez días”, añadiendo que el acta resultaba insuficiente para poder dar por acreditado que en aquel referido período de diez días no hubiera prestación laboral.

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

Se hace preciso, por tanto, hacer referencia al resultado de la actividad de comprobación llevada a cabo por la Controladora Laboral, y analizar si los indicios allí recogidos reúnen los requisitos a que se hizo referencia. “La Controladora Laboral hace constar: Desde el año 1986, doña. M.J. trabajadora por cuenta ajena del “B.M., S.L.” viene disfrutando prestaciones por desempleo, utilizando para ello contratos sucesivos al amparo del R.D. 2.104/84 y bajo el epígrafe “para obra o servicio determinado”. Con fecha 01.04.94, y restándole por cobrar dos días de las prestaciones percibidas, de acuerdo con los datos obrantes en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo de Orense, suscribe nuevo contrato de iguales características con la profesión de Gobernanta, obteniendo un nuevo período de 185 días cotizados. Al cesar el contrato con fecha 02.12.94, solicita de nuevo el 07.12.94 la

reanudación de las prestaciones interrumpidas por esta última colocación, de las que le restaban dos días, quedando para otra futura situación legal de desempleo los 185 aportados en el Certificado de Empresa, situación que no tardaría en producirse, contratándose otra vez con “B.M., S.L.”, por el período de 22.12.94 a 31.12.94 (10 días) al amparo del mismo tipo contractual, con la novedad de que en vez de la profesión de Gobernanta se hace figurar la de limpiadora, solicitando de nuevo las prestaciones por desempleo con fecha 13.01.95. De acuerdo con la escritura de constitución de la Sociedad “B.M., S.L.” doña M.J. es accionista de esta empresa.

Con motivo de lo anteriormente referido, se efectuó visita de Inspección en fecha 14.02.95 al centro de trabajo mencionado al objeto de comprobar si durante el período 22.12 a 31.12.94 que fue cotizado, se prestó realmente servicios laborales o por el contrario no hubo tales, lucrándose de manera fraudulenta de prestaciones por desempleo. En la fecha de la visita de Inspección, el centro de trabajo estaba cerrado indicando vecinos del lugar que el “B.M., S.L.” no se abre hasta la primavera. Localizado el socio de la empresa, don R. a preguntas de los funcionarios actuantes, manifestó que el “B.M., S.L.” cierra, todos los años, en los primeros días del mes de diciembre y abre a partir de la segunda quincena de marzo. Según consta en el Libro de Matrícula de Personal, los últimos trabajadores finalizan su relación laboral el 15 de noviembre en el año 1992 y el 2 de diciembre en los años 1993 y 1994. Doña M.J. ostenta la categoría profesional de Gobernanta durante los años 1992, 1993 y 1994 finalizando en este último año el 2 de diciembre al igual que el resto del personal incluido el de limpieza... apareciendo, sin embargo, dada de alta como limpiadora los últimos 10 días de diciembre.

Efectuada segunda visita de Inspección en fecha 24.07.95 y mantenida conversación con la propia doña M.J., esta afirma haber trabajado siempre como Gobernanta y que el “B.M., S.L.” cierra todos los años en los primeros días de diciembre, efectuando la limpieza del mismo, personal específico o las camareras, distribuido en turnos de mañana y tarde. Mantenida conversación durante la visita con otra socia de la empresa, doña P. ratificó lo manifestado por aquélla en cuanto apertura y cierre del “B.M., S.L.” y en cuanto a funciones realizadas siempre como Gobernanta, añadiendo que durante los meses en que está cerrado el “B.M., S.L.” no permanece en él personal alguno. La camarera doña N. que es trabajadora del “B.M., S.L.” desde, al menos, el año 1992, y que también realiza funciones de limpieza, afirmó que el centro cierra, cada año, en

los primeros días del mes de diciembre, y que se encuentra a las órdenes de doña M.J.

Pues bien, los indicios, plenamente acreditados a través de una auténtica y completa actividad de comprobación, por reunir aquellos requisitos a que aludíamos, permiten extraer por vía de inferencia la concurrencia del principal elemento constitutivo de la infracción imputada, esto es, la simulación laboral, pues era innecesaria la prestación de servicios por aquella concreta persona, y que se articuló con la sola finalidad de procurar la continuación en la percepción de las prestaciones por desempleo.

IV.- La recurrente alega, por último, el instituto de la prescripción, que debe rechazarse, pues la infracción de referencia no prescribe, como se pretende, a los dos meses, sino a los cinco años, conforme al art. 4 de la Ley 8/88, al tratarse de una infracción muy grave en materia de prestaciones por desempleo. Tampoco es de estimar la existencia de tentativa, pues como resulta de los términos del acta, la referida persona venía disfrutando de las prestaciones por desempleo, como consecuencia de aquella simulación contractual. Procede desestimar el recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por “B.M., S.L.” 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 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

2811 RECURSO N° 4.448/96

S. S.

COMPETENCIA DA XURISDICCIÓN LABORAL PARA COÑECER DA DEMANDA DE RESPONSABILIDADE CIVIL DERIVADA DE ACCIDENTE DE TRABALLO.

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

A Coruña, a dieciséis 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. 4.448/96 interpuesto por DEMANDANTE Y DEMANDADO contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. uno de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.R.G. en reclamación de INDEMNIZACIÓN siendo demandado don L.L.L. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 223/96 sentencia con fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que estima en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El demandante don J.R.G., el día 8 de octubre de 1989 cuando se hallaba prestando servicios para la empresa “L.L.L.” sufrió un accidente de trabajo, al caerse de un andamio situado a cuatro metros de altura. A consecuencia de dicho accidente el actor sufrió lesiones de las que tardó en curar 60 días, sin secuelas./ Segundo.- No consta que la empresa demandada tuviese cubierto el riesgo de accidentes de trabajo con ninguna Mutua Patronal./ Tercero.- Por sentencia del Juzgado de Instrucción de Chantada (Lugo) de fecha 21 de octubre de 1995, se absolvío al empresario demandado de una falta de imprudencia de la que era acusado, por concurrir el instituto de la prescripción./ Cuarto.- En fecha 12 de enero de 1996 se presentó papeleta conciliatoria ante el SMAC, celebrándose el preceptivo acto de conciliación el día 26 del mismo mes que concluyó “intentada sin efecto” por incomparecencia de la empresa demandada./ Quinto.- Agotada la vía previa se interpuso la demanda origen de los presentes autos, que fue repartida a este Juzgado el día 20 de marzo último.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la excepción de prescripción alegada por la representación letrada del empresario demandado frente a la demanda formulada por don J.R.G., contra la empresa “L.L.L.”, sobre reclamación de cantidad y con estimación parcial de la misma, debo declarar y declaro que el trabajador demandante tiene

derecho a ser indemnizado por las lesiones sufridas en el accidente de trabajo ocurrido el 8-octubre-1989 y, en consecuencia, debo condenar y condeno al empresario demandado a que abone al trabajador accionante la suma de CIENTO OCHENTA MIL PESETAS (180.000 ptas.) por los días de baja a razón de 3.000 pts. cada día.”

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 paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Recurren la sentencia de instancia, estimatoria en parte de la de manda, actor y empresa demandada. El actor pide que se estime la demanda en su totalidad indemnizándole la empresa con la suma de 420.000 pts, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) LPL denuncia en un motivo único que se han infringido las arts 1.101, 1.106 y 1.107 y 1.902 del C. Civil con mención de la Tabla V de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados. El empresario demandado, don L.L.L., solicita la revocación de la sentencia de instancia y se le absuelva de la demanda, a cuyo efecto y al amparo del art. 191.b) y c) LPL interesa la revisión d el H.P.1º y denuncia la infracción de los arts. 4.2.d) y 19.1 E.T. del art. 1.214 C. civil, del art. 1.249 del C. Civil y de cierta jurisprudencia que cita.

SEGUNDO.- Pide el empresario demandado que se revise el H.P.1º para que pase a declarar, en sustitución del de la sentencia recurrida, lo siguiente: “No consta acreditado que el demandante sufriese un accidente laboral el día 08.10.89”.

De conformidad con los arts. 97.2 y 191.b) y 194 LPL, el juzgador de instancia ostenta facultades de valoración de las pruebas practicadas, de tal manera que sólo cabe desconocer o desplazar tal criterio, cuyo resultados se plasman en los HDP, cuando prueba documental y/o pericial especialmente fiable y eficaz ponga de relieve evidente error de hecho al efecto. En el caso presente, el recurso pide la revisión del H.P. 1º de la sentencia de instancia aduciendo: “Interesamos la revisión del hecho 1º de los declarados probados, pues no consta que el demandante-recurrido estuviese prestando servicios para la empresa “L.L.L.”, ni que las lesiones... La única prueba en la que se basa la sentencia que se recurre es en la declaración de H.P. que contiene la sentencia de fecha 21.10.95 (folios 5 y 6), recaída en juicio de faltas que tuvo lugar...”, concluyendo el motivo revisor de la siguiente

manera: “En conclusión, la sentencia que se recurre consagra como H.P., en el hecho núm. 1, algo que no ha sido objeto de prueba por parte del actor-recurrente; pues en ningún momento se probó en el acto de juicio, con ninguna clase de pruebas, lo que a don J.R.G...”.

La revisión instada no prospera. A partir de que la parte no invoca en el motivo prueba documental o pericial alguna, es lo cierto que el juzgador de instancia declara el H.P. 1º que el demandante sufrió un accidente laboral al caerse de un andamio el día 08.10.89 cuando trabajaba para el demandado en determinadas condiciones y que a consecuencia del mismo tuvo lesiones de las que curó a los 60 días con fundamento en las alegaciones de las partes y la sentencia dictada el día 21.10.95 por el juzgado de Instrucción de Chantada en juicio de faltas; sentencia ésta que devino firme y que si bien absolvio al empresario aquí demandado de la falta de imprudencia de que se acusaba, lo hizo por prescripción de la misma y dejando plasmado en sus H.P. la situación de hecho que aparece también declarada en el H.P. 1º de la sentencia de instancia. Es más, en los fundamentos jurídicos 1º y 2º de la sentencia recurrida se argumenta que por el demandado no fue negada expresamente la relación laboral entre las partes ni se alegó incompetencia de jurisdicción “a pesar de que se trata del ejercicio de una acción civil”; y también a través del acta de juicio (folio 10) se constata que el demandado termina sus alegaciones diciendo: “En cuanto al fondo negamos toda responsabilidad del empresario ya que por su parte no hubo ni culpa ni negligencia observándose por la empresa todas las medidas de seguridad...”.

Por consiguiente, tomando en consideración las facultades de valoración probatoria que ostenta el juzgador de instancia y que el contenido del H.P. 1º de la sentencia que dictó es consecuencia de tales facultades proyectadas sobre las alegaciones de las partes y el contenido de una sentencia penal firme dictada anteriormente e incorporada como prueba documental al proceso, la revisión pretendida por el demandado resulta inviable, pues sin invocar prueba al respecto, se limita a pretender desconocer el imparcial y fundado criterio judicial e intentar sustituirlo por el suyo interesado de parte sin causa legal oportuna; lo cual en absoluto resulta admisible.

TERCERO.- El empresario Sr. L.L. denuncia al amparo del art. 191.c) LPL la infracción de diversos preceptos y jurisprudencia. En síntesis, de lo siguiente: 1) De los arts 4.2.d) y 19.1º E.T. “pues no se puede ejercitar una acción de responsabilidad contractual si no se prueba, como es el caso, el contrato existente entre las partes y si no se prueban los hechos de los que la

responsabilidad...”. 2) Del art. 1.214 C. Civil, pues negándose toda responsabilidad “no existieron pruebas de la otra parte, que es a quien incumbe probar los hechos en los que basa su demanda...”. 3) Del art. 1.249 C. Civil, pues “la sentencia recurrida aplica la prueba de presunciones, al considerar como probado la culpa del empresario...”. Y 4) E infracción de la jurisprudencia, alegando el efecto consuntivo de las acciones civiles “ex delicto” por su ejercicio junto con la penal. Ninguna de tales infracciones resulta acogible.

CUARTO.- Mantenidos los H.P. que declara la sentencia recurrida, por las razones que se dejaron anteriormente expuestas, de ellos resulta acreditado que el actor, cuando el día 08.10.89 se encontraba prestando servicios para el empresario demandado, sufrió accidente laboral “al caerse de un andamio situado a 4 metros de altura”, teniendo lesiones de las que curó, sin secuelas, en 60 días; además, en el fundamento jurídico 3º y con su oportuno valor de H.P., se dice en la sentencia de instancia que en los H.P. de la resolución penal se dejaba constatado -como efectivamente así era- “que el empresario reconoció que el actor carecía de todo tipo de protección”; finalmente, el empresario no tenía cubierto el riesgo de accidente laboral con ninguna Mutua.

A la vista de tales HDP resultan rechazables automáticamente las infracciones denunciadas por la empresa de los arts. 4.2.d) y 19.1 E.T. y 1.214 y 1.249 del C. Civil, puesto que está probada la relación laboral entre las partes, la realidad de un accidente laboral sufrido por el actor el día 08.10.89 en el curso del trabajo que constituía su contenido (al caerse de un andamio) y el acaecimiento por ello de un concreto resultado lesivo; así como una conducta empresarial patentemente constitutiva de un ilícito laboral y propiciante, por su dimensión, del deber jurídico de indemnizar que reclama el trabajador, por existir en ella el incumplimiento negligente de las medidas de seguridad obligadas a la hora de ordenar un trabajo como el que realizaba el actor al tiempo del accidente, en andamio y en altura (que requería de una adecuada protección en el andamio, anclajes en su caso...).

QUINTO.- Debidamente acreditada en el proceso la existencia del accidente laboral causante de daños personales en el trabajador demandante, es oportuno traer a colación la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo expuesta, entre otras, en las sentencias de 15 de 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 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 LGSS 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 da 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.

Sentencia 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 la demanda, precisamente con base en un hecho dañoso que se describe como constitutivo de un ilícito laboral y reclamando “indemnización por accidente de trabajo”, se ejerce una acción de responsabilidad civil contractual y “subsidiaria o complementariamente”, extracontractual; planteamiento que conforme a lo anteriormente razonado resulta procedente. En definitiva, de preceptos tales como los arts 4 y 19 del E.T., 123 y 127 LGSS de 1994 y 42.1 y 3 de la Ley de prevención de Riesgos Laborales, se desprende que un mismo hecho, un accidente laboral, puede dar lugar a distintas y compatibles responsabilidades, entre ellas el nacimiento de la acción civil de reparación del daño causado; acción ésta que es la ejercitada en el proceso y cuyos presupuestos de daño a indemnizar y conducta calificable con culpa o negligencia

empresarial cierta en nexo causal con aquel daño (constitutiva de un ilícito laboral), están probados en el proceso. Consecuencias de todo lo razonado son las de que se ajusta a derecho la sentencia de instancia cuando declara el deber de indemnizar del empresario demandado por derivación de la acción ejercitada y cuando rechaza la prescripción de tal acción, así como su extinción como consecuencia de la sentencia penal previamente dictada. Evidentemente, también lo razonado lleva al rechazo de la alegación del recurso en torno al efecto consuntivo de la acción civil “ex delicto” por su ejercicio junto con la penal.

La acción ejercitada en el proceso ha quedado ya matizada; y la sentencia penal dictada en ningún caso impide su ejercicio aquí y ahora a partir de ello y de que dicha resolución penal no sólo refleja en sus H.P. la existencia de la conducta empresarial causante del daño cuya indemnización reclama el demandante (art. 116 L.E. criminal), sino que dejándola imprejuzgada, en ningún caso entró a resolver y decidir sobre la acción civil allí planteada, además exclusivamente “ex delicto”. Por otro lado, ya la sentencia de instancia argumenta la inexistencia de prescripción de la acción que aquí ejerce el actor (fundamento jurídico 2º), puntualizándose solamente al respecto que aparte de que la contractual tendría un plazo de 15 años, en todo caso el día inicial del cómputo prescriptivo ha de fijarse, como hace el juzgador de instancia, a partir de la notificación de la sentencia recaída en la vía penal, dada la naturaleza de la acción que aquí se ejerce y la de la acción penal y sus efectos, en cuya vía también se estaba formulando frente al empresario aquí demandado una pretensión indemnizatoria. Y el plazo de un año no transcurrió hasta la presentación de la demanda que inició este proceso (marzo de 1996), puesto que la sentencia penal fue dictada en octubre de 1995. En igual sentido de cómputo prescriptivo, sentencia de este tribunal de 24.07.99. Por consiguiente, el recurso interpuesto por el empresario demandado don L.L. se rechaza.

SEXTO.- El recurso interpuesto por el actor se agota en denunciar la insuficiencia cuantitativa de la indemnización de 3.000 ptas. diarias que establece la sentencia de instancia. En este sentido, el recurso no aduce hechos y razones concretas que pongan de relieve que con la cantidad fijada se han quedado sin reparación daños o perjuicios realmente existentes derivados de los 60 días que el actor estuvo curándose de las lesiones sufridas en el accidente laboral ocurrido el 08.10.89; como tampoco se deduce de los HDP. De esta manera, ha de estarse a los criterios de determinación del quantum resarcitorio que establece el juzgador de instancia; quien valora

(fundamento jurídico 3º de su sentencia) los días de curación y que no se acreditó al respecto nada concreto, puntuizando incluso que “el actor no practicó prueba alguna acreditativa de estancia hospitalaria...”. A partir de ello, el tribunal considera procedente el respeto del criterio del juzgador de instancia, pues se encuentra debidamente fundado y el recurso no justifica error valorable en él o que existan aspectos dañosos concretos que debidamente acreditados, no se encuentren resarcidos con la cantidad fijada por el juzgador de instancia. En ningún caso modifica la conclusión la referencia que se hace en el recurso a la Tabla V de la ley de Ordenación y Supervisión de los seguros privados, puesto que lo que el juzgador de instancia al respecto hace es meramente utilizarla como baremo orientativo dentro de y tras una valoración oportuna del daño a resarcir, pero en ningún caso haciendo de la misma una aplicación como módulo obligado y de preceptiva observancia. Así pues, también procede rechazar el recurso interpuesto por el actor.

SÉPTIMO.- Proceden costas respecto del recurso de la empresa impugnado por la contraparte (art. 233.1 LPL).

Fallamos

Que desestimando los recursos de Suplicación interpuestos por don L.L.L. y por don J.R.G. contra la sentencia dictada el día 30.04.96 por el Juzgado de lo Social nº Uno de Lugo en Autos tramitados bajo el nº 223/96 a instancias del Sr. de R.G. frente al empresario don L.L.L., confirmamos dicha sentencia.

2812 RECURSO N° 4.538/99

S. S.

AMORTIZACIÓN INDEBIDA DE POSTO DE TRABALLO QUE PROVOCA A IMPROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO DECRETADO.

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

A Coruña, a diecisiete 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 4.538/99, interpuesto por don A.V.P. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. cinco de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 97/99 se presentó demanda por don A.V.P. en reclamación de DESPIDO siendo demandado el CONCELLO DE PUENTEAREAS en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 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: “1º.- Don A.V.P., con D.N.I. número... fue contratado por la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales de la Xunta de Galicia mediante contrato de trabajo de duración determinada de interimidad al amparo del artículo 4º del Real Decreto 2.546/94, como consecuencia o para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, en la Residencia Hogar de la 3ª Edad de Ponteareas, el objeto cubrir la vacante SAC 994030136420-025 hasta que se cubra por el procedimiento establecido o se amortice, con fecha 03.12.96.- El salario percibido por el trabajador es de 198.872 pesetas, incluido prorrato de pagas extras.- 2º.- Por Decreto 260/97 de 10 de octubre, la Administración Autonómica cede el centro de trabajo Residente Hogar 3ª Edad de Ponteareas a la Administración Local-Concello de Ponteareas, produciéndose el traspaso del trabajador a dicho Concello, siendo efectivo el 01.10.97.- El 1 de enero de 1998 se remite a la Oficina de Empleo la carga: “Se comunica que con fecha 01/01/98, debido a la disolución del Organismo Autónomo de Servicios Sociales con CIF..., Organismo al que estaba adscrito el trabajador don A.V.P., con D.N.I..., con contrato registrado en la Oficina Empleo de Vigo c/... con número... en fecha 09.12.96, y por resolución del acuerdo plenario del 29.12.97, queda adscrito al Ayto. de Puenteareas, todo el personal de él dependiente, quedando la relación laboral del trabajador indicado, en los mismos términos y condiciones que regían con anterioridad a esta adscripción”.- 3º.- En el B.O.P. de Pontevedra de 04.03.98, se publicó el Pleno del Concello de Ponteareas aprobando el presupuesto para el ejercicio económico de 1998, con el cuadro de personal y la nueva identificación de la plaza o puesto de trabajo del actor: “Número: 001.013.00017.- TIPO DE PRAZA.- Indefinida.- OCUPACIÓN: Ocupada Provisional.- CATEGORÍA: Vixiante

Nocturno".- CENTRO DE DESTINO: Residencia 3^a idade".- 4º.- El 1 de mayo de 1998 se comunica a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo la carta; "Se le comunica que la plaza mencionada en la Cláusula Séptima del contrato de trabajo suscrito por esta empresa con don A.V.P., con D.N.I..., acogido al R.D. 2.546/94, registrado en la Oficina de Empleo de Vigo, c/..., con número 20139, en fecha 09.12.96, es la Número 001.013.00017 de acuerdo con la nueva relación de puestos de trabajo, aprobada en sesión plenaria de 16.02.98 y publicada en el B.O.P. de 04/04/98. Lo que se comunica a los efectos legales oportunos", suscrita también por el trabajador.- 5º.- En el Presupuesto para 1999 del Pleno del Concello de 29.12.98, no aparece la plaza referida, según B.O.P. de Pontevedra de 12.02.99.- 6º.- El 30.12.98 se comunica al actor lo siguiente: "Visto que a la Nueva Plantilla aprobada para el año 1999 en pleno municipal de 29.12.98, se amortiza la plaza por usted ocupada con número 001.013.00017 y categoría de vigilante nocturno, se le comunica que el próximo día 31.12.98 finaliza el contrato suscrito por usted con esta empresa, por lo que se procederá a extinguir su relación laboral y a comunicar su baja ante la Tesorería General de la Seguridad Social. Lo que se advierte a los efectos legales oportunos.- El trabajador don J.G.P. fue contratado, con un contrato de interinidad, artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores según Real Decreto Ley 8/97 de 16 de mayo, como vigilante nocturno por el Concello, hasta que se cubre la plaza vacante de vigilante por el procedimiento reglamentario o se amortice, el 9 de junio de 1998. En la cláusula adicional 3^a se dice: "La plaza vacante de Vigilante mencionada en la Cláusula Séptima de este contrato, está dentro de la plantilla de personal laboral y eventual aprobada en Pleno Municipal el 16.02.98 y publicada en el BOP de 04.03.98, y con Número de plaza 001.014.00022.- 9º.- A partir del 1 de enero de 1999 el Concello de Puenteareas ha concertado los siguientes contratos de interinidad, al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores según redacción de la Ley 63/97 de 26 de diciembre (Folios 20 a 25).- 10º.- Con fecha 18 de febrero se formuló reclamación previa al Concello."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Que desestimando la demanda planteada por don A.V.P., contra EL CONCELLO DE PUENTEAREAS, debo absolver y absuelvo a dicho Concello de las pretensiones de la demanda.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los

autos a este Tribunal, se dispuso el pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme el actor con que, en la sentencia de instancia, se desestime la demanda, dirigida a que se declare la nulidad, o subsidiariamente, la improcedencia de su despido; formula recurso de suplicación, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, denunciando infracción de los artículos 4.2.c) del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre, 15.3 y 56 del Estatuto de los Trabajadores, y 6.4, 7.2, 3.1 y 1.258 y siguientes del Código Civil.

SEGUNDO.- Estima la Sala que, del análisis de los datos objetivos, que se facilitan en la no controvertida relación fáctica de la sentencia de instancia, sobre el tema debatido –que se centran en que el demandante, que tenía relación laboral con la Consellería de Sanidade e Asuntos Sociais de la Xunta de Galicia, desde el 3 de diciembre de 1996, derivada de haber concertado con ella contrato de trabajo de duración determinada, de interinidad, al amparo del artículo 4 del Real Decreto 2.546/1994, para sustituir a trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo en la Residencia Hogar de la Tercera Edad de Ponteareas, al objeto de ocupar la vacante SAC 9940301364200.025, hasta que se cubriera por el procedimiento establecido o se amortizare; fue traspasado, por la citada Consellería al Concello de Ponteareas, con efectos de 1 de octubre de 1997, al ceder la Administración Autónoma a éste el mencionado Centro de Trabajo, extremo éste que se comunicó a la Oficina de Empleo el 1 de enero de 1998; en que, en el BOP de Pontevedra, de 4 de marzo de este año, se publicó la aprobación, por parte del Pleno del citado Concello, del presupuesto para el ejercicio económico de 1998, con el cuadro de personal, y la identificación de la plaza, ocupada provisionalmente por el demandante, con la categoría de vigilante nocturno, y con el número 001.013.00017, extremo éste que se comunicó, igualmente, a la Dirección Provincial del INEM; en que, el 9 de junio de 1998, el Concello de Ponteareas, concertó con don J.G.P., un contrato de interinidad, al amparo del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, según redacción del Real Decreto-Ley 8/1997, de 16 de mayo, para ocupar la plaza de vigilante nocturno, hasta que se cubra por el procedimiento reglamentario o se amortice, señalándose en la cláusula adicional 3^a, que "la plaza vacante de Vigilante mencionada en la Cláusula Séptima de este contrato, está dentro de la plantilla de personal laboral y eventual, aprobada en Pleno Municipal el 16 de febrero de 1998, y publicada en el BOP de 4 de marzo de 1997, y con número de plaza 001.014.00022"; en

que, en el Presupuesto para 1999, del Pleno del Concello de Ponteareas de 29 de diciembre de 1998, no aparece la plaza, ocupada por el actor, número 01.013.00017; y en que el 30 del mismo mes y año se comunicó a éste que “visto que en la Nueva Plantilla, aprobada para el año 1999, en Pleno Municipal de 29 de diciembre de 1998, se amortiza la plaza, por Vd. ocupada, con el número 001.013.00017 y categoría de vigilante nocturno, se le comunica que el próximo día 31.12.1998 finaliza el contrato suscrito por usted con esta empresa, por lo que se procederá a extinguir su relación laboral y a comunicar su baja ante la TGSS...”, firmando un escrito en que se exponía: “se reconoce haber recibido toda la documentación necesaria para solicitar la prestación por desempleo. Haciéndose constar que no firma la conformidad de las cantidades recibidas por posible desacuerdo. Asimismo devuelve la comunicación de fin de contrato sin haberla firmado”-, se infiere que el Concello de Ponteareas, al cesar al actor en el puesto de trabajo, que desempeñaba, como consecuencia de amortizar la plaza, que venía ocupando, actuó con un flagrante fraude de ley; pues, del hecho de que hubiere dado por finalizada la relación laboral con el actor, después de amortizar la plaza, que ocupaba, con carácter provisional, el 29 de diciembre de 1997, en una fecha situada pocos meses después de haber creado el 9 de junio anterior, otra plaza de vigilante nocturno, igual a la amortizada, con nombramiento de otro trabajador, para ocupar ésta, también con carácter provisional, que no consta hubiere sido cesado antes de aquella amortización –todo ello, con ausencia de algún tipo de justificación, que permitiere despejar las lógicas dudas que de tal forma de actuar surgen, ya que parece, que, con ella, lo que realmente se perseguía era que no continuare la relación laboral de una persona que, como el actor, había aparecido en la nómina municipal, no por un acto voluntario de dicho Concello, sino como consecuencia de la transferencia de unas competencias sobre una Residencia de la Tercera Edad-, se desprende que, en contra de lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil, el mencionado Organismo llevó a cabo la amortización de una plaza, mediante una actuación, en principio, legalmente permitida, pero persiguiendo el resultado, prohibido por el ordenamiento jurídico, de encubrir, con la apariencia de una inexistente corrección, el cese de un trabajador, que, por las razones que fueren, no era de su agrado.

TERCERO.- Lo anterior lleva a la estimación del recurso planteado, y a la declaración del cese del demandante –no como nulo, porque, no obstante las dudas, que surgen acerca de cual fue la causa del incorrecto proceder del Concello de Ponteareas con relación al demandante, no resultó

acreditado que tuviera su concreto origen en alguna de las específicas causas, previstas en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, para permitir, en su caso, dicha declaración; o sea, tener por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la Ley, o producirse con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador-, sino como improcedente, ya que no quedó acreditada la causa de cese, alegada por el Concello de Ponteareas, en su escrito de comunicación (artículo 55.4 del citado Estatuto).

Por lo expuesto

Fallamos

Que, con estimación del recurso de suplicación, planteado por don A.V.P., contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 5 de Vigo, en fecha 30 de julio de 1999; con revocación de su fallo; y con estimación de la demanda; debemos declarar y declaramos la improcedencia del cese de la relación laboral del citado don A.V.P.; condenando al Concello de Ponteareas a que, en el plazo de cinco días, desde la notificación de esta resolución, opte entre su readmisión, con abono de los salarios de tramitación, previstos en el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores; o entre el abono al mismo de las percepciones económicas, previstas en los apartados a) y b) del número 1 de dicho precepto.

2813 RECURSO N° 4.669/99

S. S.

INEXISTENCIA DE CONFLICTO COLECTIVO Ó AFECTA-LO LITIXIO A PERSONAS INDIVIDUALIZADAS E CONCRETAS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio González Nieto

A Coruña, a diecisiete 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 4.669/99, interpuesto por el letrado don F.P.B., en nombre y

representación del COMITÉ DE EMPRESA de “R.C.C., S.A.”, contra sentencia del Juzgado de lo Social nº dos de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 380/99 se presentó demanda por el COMITÉ DE EMPRESA de “R.C.C., S.A.”, integrado por don R.F.E., don V.M.A.F., don F.D.H., don F.G.M., don J.L.P.G., don D.V.A. y don D.M.A., sobre CONFLICTO COLECTIVO, frente a la empresa “R.C.C., S.A.”. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 27 de agosto del año en curso por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I. La empresa demandada “R.C.C., S.A.”, desarrolla su actividad encuadrada dentro del sector de vidrio y cerámica y su comité y la dirección de la empresa suscribieron un pacto colectivo a nivel de empresa, y en él fijaron el cálculo de los incrementos salariales. II. El punto 2.b) del pacto de empresa señala: B) *Forma de aplicación del incremento salarial: Segundo acuerdo de la Asamblea de Trabajadores de fecha 09.06.97, se acordó aplicar estos incrementos salariales de la siguiente forma: *Año 1997.- aplicación lineal del incremento salarial. La fórmula de cálculo será la siguiente: Suma del salario base de 1996 de cada uno de los trabajadores en plantilla en la fecha del presente acuerdo X% pactado para el año 1997 = nº de trabajadores en la fecha del presente acuerdo. L = Incremento lineal que se añadirá a las tablas del salario base para el año 1997.- Año 1998 – aplicación del incremento de forma porcentual.- Año 1999 – aplicación del incremento de forma lineal, en los mismos términos del año 1997, considerando el nº de trabajadores al 31.12.98.* III.- Los trabajadores J.F. F.M. y M.E.C.N. figuran de alta en la Seguridad Social por cuenta de la empresa demandada y ésta les abona los salarios que posteriormente le son reintegrados por la empresa “L.R., S.A.”; estos trabajadores prestan sus servicios por cuenta de esta empresa, que es la que da órdenes e instrucciones y su trabajo es la comercialización de pizarra y su puesto de trabajo está en... (Orense). IV.- Se ha intentado conciliación ante el S.M.A.C.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre Conflicto Colectivo ha sido interpuesto por COMITÉ DE EMPRESA – “R.C.C., S.A.”, contra “R.C.C., S.A.”, a la que absuelvo. Notifíquese... etc.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el Comité de empresa de “R.C.C., S.A.” contra la empresa demandada, en la que se pretendía la condena de esta última a incluir a los trabajadores citados en el hecho quinto de la demanda en el cálculo de la masa salarial, condenando a la misma a que proceda a efectuar un nuevo cálculo de la masa salarial, así como al abono a toda la plantilla de las diferencias salariales que resulten para este año de 1999. Decisión judicial que es recurrida por el Comité de empresa, pretendiendo, por un lado, la revisión de los hechos declarados probados y, por otro, censurando el derecho aplicado, denunciando infracción de los artículos 3.1, 1.281, 1.288 y 1.289 del Código Civil. Como trámite previo y por ser materia de orden público –apreciable, incluso, de oficio– procede, en primer lugar, examinar si resulta adecuado el procedimiento de conflicto colectivo para ventilar la pretensión que se ejercita en la presente litis, por cuanto la estimación de la invocada excepción haría inútil el examen del resto de los extremos articulados en la censura jurídica.

A este respecto, se ha de tener en cuenta que el artículo 17.1.a) del Decreto-Ley de Relaciones de Trabajo de 04.03.77 y, actualmente, el artículo 151 de la Ley de Procedimiento Laboral, expresan la desidencia que puede encauzarse por este especial procedimiento; es “sólo las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa”; es decir, se trata de cuestiones que afectan a un grupo de trabajadores considerado en su conjunto o en abstracto, pues el interés que en el mismo se hace valer no es el individual ni concreto de cada trabajador, ni tampoco la suma de los intereses de éstos (S.T.C. 092/88), o como señala el Tribunal Supremo en sus sentencias de 18.06.92 y 22.01.96, entre otras, dictadas en casación para la unificación de la doctrina: “hay que estar no sólo al carácter general o individual del derecho que en autos se ejercita, sino también al modo en que el mismo se puede hacer valer, es decir, que el reconocimiento del derecho sea interesado no para uno de los trabajadores individualmente considerados, sino para ellos en cuanto colectivo y sean cualesquiera los trabajadores singulares comprendidos en él”.

Aparte de dicho requisito y tal y como se desprende del precitado art. 151 de la L.P.L., será condición “sine qua non” que verse sobre “aplicación e interpretación de un norma estatal, Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia y decisión o práctica de empresa”.

En el presente caso no cabe duda de que los afectados por la discrepancia con el empresario son dos trabajadores y no se trata de la interpretación de una norma o acuerdo, sino del ejercicio por el Comité de derechos que son individuales y que únicamente pueden reclamar los dos trabajadores afectados; por lo que al plantearse este proceso por la vía de conflicto colectivo, cuando en él se alude a circunstancias particulares y concretas de unos determinados trabajadores y si los mismos prestaron servicios para la empresa demandada, resulta evidente que ni se da ese interés general, ni tampoco se cumple la segunda condición que se menciona en el artículo 151 de la precitada Ley adjetiva Laboral, sobre interpretación o aplicación de un convenio o acuerdo; por lo que resulta indudable que no se está ante un supuesto de conflicto colectivo y, en consecuencia, dados los términos en que se planteó el litigio, no debió haber sido admitido por tal vía al tratarse de un conflicto individual y no de conflicto colectivo propiamente dicho. En base a lo qué, acogiendo de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento, se hace innecesario entrar en el análisis del resto de los motivos planteados, declarando la nulidad de las actuaciones y el archivo de las mismas, sin perjuicio de que por los interesados se reproduzca la demanda en la forma adecuada

Fallamos

Que debemos estimar y estimamos de oficio la excepción de inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo para sustanciar la cuestión litigiosa, en los términos en que viene planteada, declarando la nulidad de las actuaciones y el archivo de las mismas, sin perjuicio del derecho de la parte interesada a plantear la cuestión en forma adecuada.

2814 RECURSO N° 3.767/96

S. S.

**CONTRATO DE INTERINIDADE POR
VACANTE DE PERSONAL Ó SERVICIO DO
SERGAS.**

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

A Coruña, a dieciocho 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 3.767/96 interpuesto por el Servicio Galego de Saúde (SERGAS) contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. tres de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 899/95 se presentó demanda por doña C.S.R., doña C.C.L., doña M.S.R., doña M.C.F. y doña B.A.G. en reclamación de DERECHO y CANTIDAD siendo demandado el Servicio Galego de Saúde (SERGAS) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 6 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: Primero.- Probado que las demandantes prestan servicios a la demandada con la antigüedad siguiente: C.S.R. 01/01/1987.- C.C.L. 08/11/1988.- M.S.R. 01/12/1987.- M.C.F. 01/09/1988.-B.A.G. 01/02/1990. Segundo.- Probado que: 1º) C.S.R. suscribió con el INSS contrato laboral temporal de fomento de empleo con fecha 01.01.87 al amparo del R.D. 1.989/84 con duración hasta el 31.12.87; suscribiendo el día 01.01.88 contrato temporal para cubrir plaza vacante de asistente social en el Centro de Salud de “E.P.” (Orense).- 2º) C.C.L. suscribió el día 08.11.88 con el INSS contrato temporal para cubrir plaza vacante de asistente social en el Centro de Salud del Barco de Valdeorras.- 3º) M.S.R. suscribió con el INSS contrato laboral temporal con fecha 01.12.87 para cubrir plaza vacante de asistente social en el Centro de Salud de “M.” (Orense).- 4º) M.C.F. suscribió contrato laboral con el INSS temporal por acumulación de tareas con fecha 01.09.88 con duración hasta el 31.10.88, contrato que fue prorrogado por dos meses; con fecha 01.11.88 suscribe contrato para cubrir plaza vacante de Asistente Social en el Centro Hospitalario “V.C.P.”.- 5º) B.A.G. suscribe contrato laboral temporal con el INSS para cubrir plaza vacante en el INSS-ORENSE, de asistente social con fecha 01.02.90. Tercero.- Se tiene aquí por reproducido el contenido de los

contratos referidos y que dieron lugar a la prestación de servicios de las demandantes a la demandada. Cuarto.- Por R.D. 1.679/1990 de 28.12.90, se realiza traspaso de funciones del INSS a la comunidad Autónoma de Galicia. Quinto.- Las demandantes agotaron la vía administrativa.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda formulada por C.S.R., C.C.L., M.S.R., M.C.F. y B.A.G. contra el SERGAS, debo declarar y declaro: 1º que las demandantes están vinculadas a la Xunta de Galicia, Servicio Galego de Saúde, en virtud de contrato de trabajo de carácter fijo o de duración indefinida; 2º que las demandantes tienen derecho a percibir complemento salarial por antigüedad por el importe de los trienios que correspondan a su categoría profesional. En consecuencia debo condenar y condeno a la demandada a estar y pasar por tal declaración y a que abone a las demandantes las cantidades y por los conceptos referidos en el hecho 5 de la demanda: C.S.R., 120.152 ptas.; C.C.L., 106.768 ptas.; M.S.R., 124.512 ptas.; M.C.F., 120.152 ptas. y B.A.G., 62.256 ptas.

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.- 1.- El primer motivo del recurso formulado frente a la sentencia de instancia, que declaró indefinida la relación laboral mantenida por los actores y condenó al SERGAS a abonar determinadas cantidades por el concepto de antigüedad, el citado Organismo público denuncia –vía art. 191.a) LPL– la infracción de los arts. 74 y 97 LPL, por incongruencia causante de indefensión. Se basa el planteamiento recurrente en que el Suplico de la demanda se interesaba el reconocimiento del derecho “a la percepción de complementos salariales personales por antigüedad por el importe de los trienios del Grupo funcional B, de acuerdo con los importes establecidos en las correspondientes leyes de presupuestos generales del estado y de la Comunidad Autónoma de Galicia”; en tanto que el Magistrado “a quo” centra su reconocimiento en “el importe de los trienios que correspondan a su categoría profesional”, basándose en el art. 27 del III Convenio Colectivo para el personal laboral de la Xunta de Galicia. 2.- Como segundo motivo y por el cauce del art. 191.c) LPL, el recurso denuncia la interpretación errónea de los Reales Decretos 118/91 y 1989/94 (no se citan

preceptos concreto, por no constar tampoco en la sentencia recurrida), y de los arts. 2 OM 7-mayo-71, 15 ET y 4 RD 2.104/84, así como de los arts. 23.2 CE y 6.4 CC, en relación con diversa doctrina jurisprudencial respecto de las contrataciones temporales en el ámbito de la Administración Pública. Y con el mismo amparo procesal se acusa la violación de la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 30/1984 (2-agosto), inaplicación del art. 45 LGSS/74, arts. 85 a 87, Disposición Adicional Octava y Disposiciones Finales Décima y Undécima Ley General de Sanidad (14/1986, de 25-abril), de los arts. 34 y 44 Ley 4/1990 (29-junio) y del art. 1 RD 118/1991 (25-enero), así como aplicación indebida del art. 27 e inaplicación del art. 1 del III Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia, e inaplicación de la Disposición Adicional Décima del referido Convenio Colectivo.

SEGUNDO.- Ciertamente que en la demanda las accionantes reclamaban el reconocimiento y abono de los “trienios del Grupo funcional B, de acuerdo con los importes establecidos en las correspondientes leyes de presupuestos generales del Estado y de la Comunidad Autónoma de Galicia”, y que la decisión recurrida les atribuye el premio de antigüedad previsto en el art. 27 del Convenio Colectivo Único para el personal laboral de la Xunta de Galicia. Pero ello no supone –a lo que entendemos– la incongruencia causante de indefensión que el recurso aduce, habida cuenta –como se indicaba en STSJ Galicia de 13-enero-99 R. 982/96– de la laxa interpretación que ha de darse a la congruencia en el proceso laboral, consintiendo la aplicación por el Juzgador de las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario (SSTC 120/1984, de 10-diciembre, y 97/1987, de 10-junio) o, que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso (STC 14/1985, de 1-febrero). Y esta tendencia interpretativa –decíamos–, alejada de toda rigidez formalista –como señala la STS 16-febrero-1993 Ar. 1.175, de la que tomamos las anteriores citas–, debe operar si cabe con mayor laxitud en el proceso laboral, como señala la STS 6-mayo-1988 Ar. 3.569, pues aún estando inspirado también en el principio dispositivo su aplicación tiene menos rigor que en el proceso civil, por cuanto que en la presente rama del Derecho ese principio está matizado por varios preceptos procesales que tienen su raíz en el impulso de oficio, actuando el principio “iura novit curia” con mayor intensidad, al no requerir la demanda fundamentos de derecho (art. 80 de la LPL) ni ser precisa la intervención de técnico en Derecho (art. 21 de la LPL), lo que obliga en

ocasiones al Juez a corregir determinados enfoques jurídicos inadecuados o, a suplir omisiones producidas por error de las partes, sin que con eso abandone su imparcialidad. Y de otra parte, esa misma Jurisprudencia señala que en el proceso laboral se ventilan derechos que en gran parte son irrenunciables por virtud de lo dispuesto en los arts. 3.5 ET y 69 LGSS/1974, “y si por virtud de la congruencia el Juez aceptara peticiones inferiores a los mínimos reconocidos en normas de derecho necesario, podría estar consagrando una renuncia de derechos que sería inválida según los artículos indicados y que nunca podría ser subsanada por efecto de la cosa juzgada (art. 1251 CC)”. Y en esta línea se han pronunciado –lo recuerda la precitada STS 16-febrero-1993– las SSTS 7-mayo-1953 Ar. 1.217, 14-febrero-1961 Ar. 1.596, 23-junio-1972 Ar. 3.575, 3-junio-1981 Ar. 2.599, 3-abril-1982 Ar. 2.236 y 10-septiembre-1986 Ar. 4.945, concediendo incluso prestaciones superiores a las solicitadas en la demanda. Y en el concreto caso de autos, el reconocimiento de los trienios establecidos en el Convenio Colectivo Único es plenamente coherente con la cualidad laboral que a los actores corresponde y la única consecuencia admisible de estimar la solicitud de premio por antigüedad; otra cosa es –ya lo adelantamos– la Sala considere que tal derecho no les corresponde.

TERCERO.- La conclusión jurídica de carácter indefinido de la relación la obtiene el Magistrado *a quo* de dos extremos: la no identificación de la plaza con la exigible precisión y el que los contratos de interinidad hubiesen ya excedido del plazo de seis meses que –se argumenta– es deducible del art. 2 OM 5-julio-71 (redacción dada por OM 30-julio-75) y de la Disposición Adicional Primera del RD 118/1991. 1.- La doctrina de la interinidad por vacante, está consagrada en unificación de doctrina (SSTS 26-junio-1996 Ar. 5.309, 18-mayo-1995 Ar. 5.355, 17 mayo 1995 Ar. 4.445, 12-junio-1995 Ar. 4.894, 15-junio-1995 Ar. 5.357, 26-junio-1995 Ar. 5.224, 6-julio-1995 Ar. 5.479, 14-julio-1995 Ar. 6.258, 15-julio-1995 Ar. 6.258, 24-julio-1995 Ar. 6.262, 25-julio-1995 Ar. 6.334, 31-julio-1995 Ar. 6.335...), admitiendo la posibilidad de que las Administraciones Públicas pueden utilizar la contratación temporal no sólo en los casos de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de puesto de trabajo, a cuyo supuesto se refiere el artículo 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 4 del Real Decreto 2.104/1984, de 21 noviembre, sino también para la cobertura provisional de vacantes hasta que se cubran definitivamente las plazas por sus titulares a través de los procedimientos establecidos al efecto (STS de 27-marzo-1992 Ar. 880, que se remite a otras anteriores); e incluso el hecho de

que –por error de calificación– se utilice el cauce del contrato para obra o servicio determinado previsto en el art. 15.1, a del Estatuto de los Trabajadores, y art. 2 RD 2.104/1984 sólo implica una irregularidad formal, que no desvirtúa su naturaleza real de interinidad por vacante sin que pueda transformar un contrato temporal para la cobertura provisional de vacante en un contrato por tiempo indefinido (SSTS 7-mayo-1995 Ar. 4.445, 12-junio-1995 Ar. 4.894, 31-julio-1995 Ar. 6.725, 2-noviembre-1995 Ar. 8.252, 7-noviembre-1995 Ar. 8.673, 26-diciembre-1995 Ar. 1.925), 22-febrero-1996 Ar. 1.307, 20-marzo-1996 Ar. 2.301, 20-junio-1996 Ar. 5.218, 24-junio-1996 Ar. 5.298 y 29-junio-1996 Ar. 5.403). 2.- De otra parte es innegable que la doctrina jurisprudencial requiere en los contratos de interinidad que se proceda a la identificación de la plaza a cubrir de modo que la actitud posterior de la Administración no ocasione indefensión al afectado y que el acto empresarial se realice con criterios objetivos, requisitos que se cumplen adecuadamente en el presente caso (STS 29-junio-1996 Ar. 5.403, 12-junio-1996 Ar. 5.065, 29-marzo-1996 Ar. 2.502, 17-julio-1995 Ar. 6.268, 2-noviembre-1994 Ar. 10.336) y las muchas que en ellas se citan). Reproduciendo literalmente la STS 12-junio-1996 Ar. 5.065 –también para accionante contratada como Asistente Social– “Es cierto que la interinidad, cuando se proyecta sobre plaza vacante, requiere la identificación de ésta. Pero, en el caso, tal requisito quedó suficientemente cumplido, dado que en el contrato suscrito por las partes, cuyo texto íntegro se da por reproducido en la ya inalterable versión judicial de los hechos –convirtiendo así en mero juicio de valor la afirmación que también contiene en orden a la inexistencia de tal identificación–, figura de manera expresa que tal vacante correspondía a la de la categoría de asistente social existente en el Centro de Salud de “A.” [en el presente supuesto, los indicados en el inmodificado relatos de hechos], lo cual aportaba luz bastante al respecto y evitaba que una actitud posterior del INSALUD [en el presente caso, SERGAS] generara indefensión a la trabajadora demandante, quien, por otra parte, era consciente de la concreta plaza que interinaba, como lo demuestra su alegación de que no había sido sacada a concurso para su provisión definitiva”. 3.- Por lo que se refiere al plazo máximo de duración del contrato de interinidad, se ha de destacar: En primer término, que la limitación temporal de seis meses que establece el art. E OM 7-julio-71 no se refiere a los trabajadores interinos, sino a los eventuales, por lo que resulta gratuita la extensión a aquéllos de la limitación –plazo máximo– establecida para la modalidad indicada en último término; es más, el precepto dispone expresamente, respecto del personal interino, que el cese –“sin necesidad de

preaviso y sin derecho a indemnización alguna” – cuando tuviese lugar la cobertura reglamentaria de la plaza. Y en segundo lugar, tampoco cabe omitir que el hecho de que la Administración Sanitaria dejara transcurrir amplio período de tiempo sin iniciar el procedimiento reglamentario para la cobertura definitiva de la plaza interinada, si bien denota incumplimiento de deber que le incumbe y cuyo observancia puede serle exigido, no determina, sin embargo que el interino adquiera fijeza, como ya ha declarado esta Sala en (SSTS 7-mayo-1995 Ar. 5.354, 24-julio-1995 Ar. 6.334, 25-octubre-1995 Ar. 7.873, 28-diciembre-1995 Ar. 1.295, 20-mayo-1996, 6-mayo-1996 Ar. 4.380, 12-junio-1996 Ar. 5.065, 29-junio-1996 Ar. 5.403...).

CUARTO.- Finalmente, en lo que toca al reconocimiento de premio de antigüedad ha de destacarse que la Disposición Adicional Décima del propio Convenio Colectivo cuyo art. 27 argumenta la sentencia recurrida, dispone que del ámbito de aplicación del mismo “quedará exceptuado [...] todo el personal laboral que preste servicio actualmente en las instituciones sanitarias del SERGAS [...] siempre que [...] esté asimilado en la totalidad de sus condiciones retributivas y laborales a las previstas por los correspondientes estatutos jurídicos del personal estatutario de la Seguridad Social”. De esta forma, la igualdad de tratamiento entre el personal estatutario y el interino contratado laboralmente excluiría –conforme al precepto citado– la aplicación del III Convenio Colectivo Único en que el Magistrado se basa. Igualdad realmente existente, pues tal como se tiene reiteradamente indicado en unificación de doctrina (SSTS –entre otras– de 13-octubre-1992 Ar. 7.629 y 1-julio-1996 Ar. 5.623), el premio de antigüedad se reconoce al personal no sanitario de Instituciones sanitarias, porque así lo dispone el art. 26 OM 8-agosto-1986 y el art. 51 del Estatuto de Personal no Sanitario aprobado por Orden 5-julio-1971; pero ello sólo es así respecto del personal fijo o de plantilla, como resulta de lo dispuesto en el art. 38 de dicha Orden, que establece que las retribuciones a percibir por el personal contratado tanto de los eventuales como de los interinos, serán las mismas que las “del personal de plantilla de su misma categoría que desempeñe la misma función, con excepción de los complementos personales y del premio de antigüedad”; y así resulta también del propio art. 51, que dispone que “el personal tendrá derecho desde su ingreso en plantilla” a percibir cada tres años dicho complemento. Y añade la doctrina referida que si bien “Es cierto que no se está aquí ante un estatutario interino, excluido del derecho a los trienios del artículo 2.b) del Real Decreto-ley 3/1987, de 11 septiembre, según tiene declarado una doctrina bien consolidada de la

Sala. Pero es que el contratado laboral tampoco tiene derecho a percibirla, no sólo por solución de tratamiento unitario, sino que así resulta del propio Real Decreto-ley 3/1987, que al regular el régimen transitorio de los trienios reconoce que sólo lo devengan los que tengan la condición de personal estatutario fijo”. Aparte de que –sigue diciendo el Alto Tribunal– “este personal laboral se rige, en orden a sus retribuciones, por las normas de la convocatoria de la que dimana su contratación, por su contrato individual, por el Estatuto de los Trabajadores y finalmente por el Acuerdo Marco para la Administración de la Seguridad Social”, siendo así que el art. 2.b) del Estatuto del Personal no Sanitario excluye “del ámbito personal del presente Estatuto” al personal contratado al servicio de las Instituciones sanitarias retribuido con cargo a los Planes Económicos de las mismas, “que se regirá exclusivamente por los contratos que hayan formalizado, precisándose en ellos las normas del presente Estatuto que les sean de aplicación”. Y es de observar que en los contratos de las actoras se fija una concreta retribución, desglosada en salario base y complementos, sin referencia alguna a la antigüedad. Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, revocamos la sentencia que con fecha 6-mayo-1996 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Orense, y desestimamos la demanda presentada por doña C.S.R., doña C.C.L., doña M.S.R., doña M.C.F. y doña B.A.G., absolviendo a la parte demandada.

2815 RECURSO N° 4.584/99

S. S.

O DEREITO DE OPCIÓN EN CASO DE DESPEDIMENTO IMPROCEDENTE SÓ CORRESPONDE ÓS CANDIDATOS PROCLAMADOS NAS ELECCIÓNNS A REPRESENTANTES UNITARIOS.

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

A Coruña, a dieciocho 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. 4.584/99, interpuesto por "C.A.P., S.A.", contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don L.C.E.R. en reclamación de despido, siendo demandado "C.A.P., S.A.", en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 422/99 sentencia con fecha 15 de septiembre de 1999, por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "I.- Don L.C.E.R., mayor de edad, D.N.I..., fue contratado a 01.11.1964 por la empresa actualmente denominada "C.A.P., S.A.", estándosele reconocida, al momento del despido, la categoría de controlador de distrito lechero y una retribución de 273.000 ptas. mensuales. Está afiliado, aunque no consta lo supiese la empresa, a Comisiones Obreras.- II.- A pesar de su categoría, desde hace varios años rotó en puestos de trabajo manuales, consistiendo el último en trasvasar quesos de una cinta a otra, estando situadas a varias alturas entre su cintura y la cabeza.- III.- Con anterioridad a esto, el trabajador fuera delegado de personal durante un año aproximadamente, y, en ejercicio de su cargo, realizó una denuncia, en el ámbito intraempresarial, por la defectuosa calidad de unas partidas de leche.- IV.- No consta que, en las siguientes elecciones sindicales, hubiese, en el colegio al que pertenece el trabajador, candidato de Comisiones Obreras.- V.- De 14.06.1995 a 10.10.1995, de 02.12.1996 a 25.12.1996, de 20.03.1997 a 03.12.1997 y de 10.06.1998 a 07.07.1999, ha estado de baja médica, la última con diagnóstico de síndrome del túnel carpiano bilateral moderado y tendinitis del supraespinal del hombro izquierdo. A 03.05.1999 el inspector médico de la seguridad social y a 07.06.1999 su médico habitual se refieren a la conveniencia de cambiar el puesto de trabajo del trabajador.- VI.- No compareció, en fecha 30.04.1999, a una revisión médica a realizar por la Mutua Patronal, si bien, telefónicamente, comunicó la causa de su inasistencia; una avería en su automóvil.- VII.- A causa de esta inasistencia, la empresa contrató el seguimiento del trabajador con una agencia de detectives, efectuándose el 7, el 8 y el 12 de mayo.- VIII.- Presentado el informe por la agencia de detectives, la empresa decide despedir

al trabajador, comunicándoselo con 3 días de antelación al Comité de Empresa, quien se opone.- IX.- Con fecha 21.05.1999 la empresa le comunicó al trabajador la carta de despido disciplinario en los siguientes términos: "Muy Sr. Nuestro: Ha venido en conocimiento de esta Empresa en fecha 15.05.99, la comisión por Ud. de una conducta, que más abajo se describirá detalladamente, que le obliga a tomar una medida disciplinaria.- En efecto, ha quedado acreditado que ha realizado Ud., la siguiente conducta y las siguientes fechas, constituyendo la misma un incumplimiento contractual culpable.- El día 10.06.98, obtuvo Ud., de los servicios médicos legalmente autorizados una baja por enfermedad común, consistiendo las dolencias causantes de la misma en Síndrome de túnel Carpiano izquierdo con un posterior dolor hombro izquierdo, y por tanto, dejando de acudir al trabajo que tiene Ud. en esta Empresa.- En enero de 1999, visto por especialistas, consideran el caso como resuelto a expensas de unas sesiones de rehabilitación y usted considera estar sin ningún tipo de dolor salvo en alguna posición del hombro.- En febrero es vuelto a ver y se encuentra en igual circunstancia que enero 99, encontrándose en situación de incapacidad temporal hasta la fecha.- Sin embargo, hemos entrado en conocimiento de que, en realidad, tales dolencias son inexistentes en fecha actual, o bien no debieran haberle hecho permanecer en tal situación de baja temporal en el trabajo, ya que es lo cierto que en fechas 7, 8 y 12 de mayo, coincidente, por tanto, con aquéllas en las que su baja temporal para el trabajo estaba vigente, ha realizado Ud., una serie de funciones diarias completamente incompatibles con su situación actual, que requieren total y absoluto reposo, de forma y manera que se evidencia que la indicada baja temporal por razones de salud no es coincidente con la realidad sanitaria suya.- En efecto, esta Empresa ha encontrado en conocimiento y ha podido determinar y acreditar que, en las fechas citadas se ha dedicado Ud. a realizar actividades que, o bien son incompatibles con el estado de salud que se refleja en el parte de baja, o bien, en el caso de ser compatibles, no debieron haber provocado dicho parte de baja temporal en el trabajo, pues no le impiden a Ud. verificar el mismo, máxime si tenemos presente que las actividades que ha realizado durante el período de tal baja son, por si mismas, superiores en esfuerzo, dedicación y atención a las que normalmente tiene Ud. que realizar en las funciones y tareas que desempeña habitualmente en esta empresa, ya que, con una dolencia "asintomática" en hombro izquierdo es inadmisible que usted estuviera viajando continuamente en su vehículo particular, conducido por usted, bajando, subiendo y maniobrando del mismo continuamente, los días y a reseñados del 7, 8 y 12 de mayo de 1999.- La

indicada conducta es constitutiva de un incumplimiento grave y culpable por su parte de las obligaciones que, presididas siempre por la buena fe, tiene para con esta empresa, de acuerdo con lo que prevé el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores de 24 de marzo de 1995.- Al mismo tiempo, y tal como dispone el artículo 49.2 del tal reiterado Estatuto, esta empresa pone a su disposición la cantidad de 432.505 ptas. en concepto de liquidación por saldo y finiquito, detallándose por conceptos, períodos y cantidades en el documento que se adjunta a esta carta.- Pone esta empresa, asimismo, en su conocimiento que, de acuerdo con el artículo acabado de mencionar, tiene Ud. el derecho a firmar el antedicho documento de liquidación, saldo y finiquito recíproco con la presencia o asistencia de un representante de los trabajadores, entendiendo esta empresa que, si efectúa Ud. tal firma sin reclamar tales presencia o asistencia, renuncia a ella expresamente".- X.- El trabajador no negó la conducción de su vehículo, un Mercedes, dentro del casco urbano de...- XI.- De 01.06.1999 a 09.06.1999 era el plazo de presentación de candidatos para las elecciones sindicales en la empresa y, dentro de ese plazo, el trabajador fue presentado como candidato, en el colegio de su pertenencia, por Comisiones Obreras. Fue elegido miembro del Comité de Empresa. La candidatura del sindicato fue elaborada con un mes de antelación aproximadamente.- XII.- Se intentó sin efecto la obligatoria conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por don L.C.E.R., contra "C.A.P., S.A.", declaro improcedente el despido del trabajador demandante y, en su consecuencia, condeno al empresario a la readmisión en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación previstos en el párrafo b) de esta Resolución, o, a elección del trabajador, al pago de las siguientes percepciones económicas: a) Una indemnización, cifrada en cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrataéndose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, que se concreta en la cuantía de 11.466.000 pesetas.- b) Una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta a notificación de esta Sentencia o hasta que encontrara otro empleo si tal colocación fuera anterior a esta Sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para o su descuento de los salarios de tramitación. A estos efectos, el salario regulador se concreta en 9.100 pesetas diarias".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia, estimando parcialmente la demanda, declaró la improcedencia del despido otorgado al trabajador el derecho de opción entre la readmisión y la indemnización, y frente a ella recurre la empresa a través de los siguientes motivos: A) revisión de los ordinales 5º y 11º del relato histórico; B) infracción de los arts. 5.a), 20.2 y 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores, pues la conducta desplegada por el trabajador durante la situación de incapacidad temporal vulneró la buena fe contractual, en franca deslealtad hacia la empresa y en fraude a la Seguridad Social, y C) infracción de los arts. 56.4 del Estatuto de los Trabajadores y 110.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, habida cuenta de que la fecha del despido es muy anterior a la presentación de las candidaturas a elecciones para miembros del comité de empresa.

SEGUNDO.- No se acepta la alteración del quinto de los probados en la medida en que se trata de introducir una subjetiva conclusión de parte acerca del contenido de tres informes médicos, documentos que no evidencian el error valorativo imputado en relación con total material probatorio.

Se acoge, en cambio, la adición al séptimo, consistente en que con tres días de antelación la empresa comunicó al Comité la intención de despedir al actor adjuntando la carta de despido, y que ello ocurrió antes de la presentación del censo electoral, rechazándose el resto de la redacción alternativa en tanto que conjetal (...la empresa no tenía entonces conocimiento alguno de la posible presentación de la candidatura del actor), aunque el propio juez "a quo" no afirme categóricamente lo contrario.

TERCERO.- La empresa imputó al trabajador, en esencia (la carta de despido se reproduce en el ordinal 9º del relato fáctico), que los días 7, 8 y 12 de mayo, encontrándose en situación de incapacidad temporal con diagnóstico de síndrome del túnel carpiano bilateral moderado y tendinitis del supraespinal del hombro izquierdo, condujera su vehículo particular; compartiendo la Sala la argumentación de instancia de que tal conducta (conducción del vehículo particular en el caso urbano de... en trayectos de corta duración) ni contradice la terapia ni demora el restablecimiento ni implica abuso en el mantenimiento de la baja laboral

cuento la propia inspección médica aconseja, en fechas próximas, el posible cambio del puesto de trabajo (h.p.5º), consistente en trasvasar quesos de una cinta a otra, situadas a varias alturas entre la cintura y la cabeza (h.p. 2º).

CUARTO.- Las garantías que la legislación otorga a los representantes de los trabajadores (entre ellas, el otorgamiento derecho de opción en caso de despido improcedente) han sido jurisprudencialmente extendida a los “candidatos”, entendiendo por tales los “proclamados” (Ss. del T.S. de 22-12-89 y 15-3-99: la protección opera a partir de la proclamación de candidaturas, no antes). Y lo cierto es que la carta de despido se remite al Comité el 18.05.99, se notifica al trabajador el 21.05.99, el período para la presentación de candidaturas se abre el uno de junio y se cierra el 9 de junio (h.p. 11) y, según el calendario electoral obrante al folio 80, la proclamación de candidaturas se efectuó los días 10 y 11 de junio. De ahí que no alcancen al demandante las garantías extendidas al candidato en los términos señalados, sin que al efecto sean argumentos atendibles el que la candidatura hubiera sido “elaborada con un mes de antelación aproximadamente” (h.p. XI) ni el que, a la postre, “salió elegido miembro del Comité de empresa” (mismo hecho), pues la garantía no es condicional, sino temporal, y el “dies a quo” se inicia con la proclamación del candidato, no con la elaboración de la candidatura; sin que, por lo demás, exista en el caso enjuiciado riesgo alguno de represalia, habida cuenta de que el propio juzgador de instancia descarta la existencia de móvil espurio alguno determinante del despido, parafraseando –según afirma– la sentencia del T.C. 21/92, de 14 de febrero, que resume así: “puesta entre paréntesis la actividad sindical del trabajador, el despido habría tenido lugar verosímilmente en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender que es razonable la decisión disciplinaria adoptada por el empresario (fundamento de derecho tercero “*in fine*”); lo que hay que entender referido, aquí, a la realidad de las conductas imputadas, no a su entidad disciplinaria. En definitivo y por lo expuesto,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la “C.A.P., S.A.”, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Pontevedra, de fecha 15 de septiembre de 1999, y con parcial revocación de la sentencia de instancia, declaramos que la opción entre la “readmisión o la indemnización en la cuantía señalada en la instancia corresponde a la empresa, que deberá efectuarla en el plazo de 5 días a

contar desde el siguiente a la notificación de esta sentencia, declarándose firme el resto del fallo de instancia.

**2816 RECURSO N°
03/0008449/1996**

S. CA.

INFRACCIÓN MOI GRAVE DO
EMPRESARIO EN MATERIA DE
PRESTACIONES POR DESEMPREGO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, diecinueve 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 03/0008449/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por “C., S.L.”, domiciliado en...(Pontevedra), representado por don A.P.F. y dirigido por el Letrado don V.N.S., contra Resolución de 24.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra de 19.06.95 sobre acta de infracción nº 702/95; Expte. 22.103/95... 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 9 de noviembre 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 24 de abril de 1996 por la Dirección General de Servicios, Subdirección General de Recursos Humanos, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, confirmatoria de la resolución dictada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra de fecha 19 de junio de 1995 en virtud de la cual se le impone la sanción de 505.000 ptas. como autora de una infracción muy grave a tenor del art. 29.3.3.2 de la Ley 8/88, de 7 de abril y en su grado mínimo a tenor del art. 36 de esa Ley.

La citada resolución desestimó, en efecto, el recurso ordinario interpuesto por la empresa "C., 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. 702/95, de 15 de mayo de 1995, por la que estimándose a la recurrente responsable de una infracción muy grave de las definidas en el citado art. De la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, se le impuso la sanción de referencia. La Administración demandada comparece en el proceso e interesa la desestimación de la demanda por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

II.- En el caso de autos nos hallamos en presencia de una sanción que tiene su origen en un acto de la Inspección de Trabajo que contiene un explícito relato de las circunstancias que determinaron su extensión. 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, efectuada visita de control a la obra de reforma que se efectuaba en el "H.B." en... (O Grove), en la planta superior se encontraba M.C.C. (D.N.I...), cuya actividad consistía en revestir de escayola una de las habitaciones del Hotel, el cual dijo trabajar para la empresa "C., S.L." estando acompañado en la realización de las tareas señaladas por otro trabajador de la empresa. En el particular conviene recordar antes que nada que es doctrina reiterada del Tribunal Supremo establecida, entre otras, en las sentencias de 27 de septiembre, 24 de noviembre y 27 de diciembre de 1988; 29 de marzo y 6 de noviembre de 1989 y 2 de febrero de 1990, la que declara que las actas levantadas por la Inspección de Trabajo, previa actuación de los controladores de empleo, gozan de presunción "iuris tantum" de veracidad prevista en el art. 38 del Decreto 1.860/75, de 10 de julio, pudiendo los inspectores desarrollar su función fiscalizadora, incluso sin necesidad de visitas, mediante comprobación del expediente administrativo, siempre que constaten, a la vista de las actuaciones practicadas por dichos controladores de empleo, la existencia de hechos constitutivos de infracción. Aplicando la anterior doctrina al caso de autos hay que confirmar, pues, la resolución impugnada, al no resultar atendibles los motivos de impugnación de la empresa, para quién los trabajadores que en realidad estaban realizando aquellas tareas eran don F.M.D. y don V.M.M.P. según certificación de la empresa "O y F., S.L." que había subcontratado las obras.

Tales alegatos no resultan atendibles, por cuanto que el trabajador M.C.C. aparece identificado por los Controladores Laborales mediante su Documento Nacional de Identidad núm..., circunstancia que no aparece desvirtuada; luego no puede aceptarse que los funcionarios se equivocaron y no identificaron al trabajador de referencia; que los verdaderos trabajadores eran F.M.D. y V.M.M., si bien a lo mejor dieron los nombres cambiados, puesto que este extremo no se acredita, pese a las manifestaciones bajo fe notarial del último de los trabajadores, pues no ha depuesto en calidad de testigo en las presentes actuaciones, y si bien la prueba no le fue admitida el auto denegatorio no fue recurrido; por otro lado la empresa no ha sido diligente en el cumplimiento de lo interesado por la Inspección, pese a los reiterados requerimientos y avisos telefónicos de que fue objeto y como quiera que la recurrente no tenía de alta en el régimen general de la seguridad social al trabajador de referencia, y ha de solicitarse antes de la iniciación de los servicios: art. 32.3.1º del R.D. 84/96, de 26 de enero, la sanción impuesta ha de confirmarse.

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 "C., S.L." contra Resolución de 24.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Pontevedra de 19.06.95 sobre acta de infracción nº 702/95; Expte. nº 22.103/95 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

2817 RECURSO N° 4.444/96

S. S.

DETERMINACIÓN DO CONVENIO APLICABLE, EN PROCESO LABORAL ORDINARIO, EN VIRTUDE DE EFICACIA DE COUSA XULGADA POSITIVA DERIVADA DE ANTERIOR PROCESO DE CONFLICTO COLECTIVO.

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

A Coruña, a veintidós 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. 4.444/96, interpuesto por el Servicio Galego de Saúde contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña E.T.T.S., don P.L.F.D., doña M.M.F.S., don A.G.B. y don M.A.G. en reclamación de cantidad, siendo

demandado el Servicio Galego de Saúde, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 192/96 sentencia con fecha 28 de junio de 1996, por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

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

"PRIMERO.- Que doña M.E.T.S. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Fundación Pública Hospital Médico Quirúrgico de "C.", Organismo Autónomo dependiente de la Diputación de La Coruña, en virtud de contrato de interinidad, suscrito en fecha dos del julio de mil novecientos noventa, para la prestación de servicios como Técnico de Radiología, para la sustitución por vacaciones de los trabajadores con categoría de ATS don J.B.M. en el mes de julio; Don B.V.P., en el mes de agosto y Don A.A.C. en el mes de septiembre, basándose en la inexistencia de ATS inscritos en el Instituto Nacional de Empleo de la localidad, fijándose un período de prueba de dos meses./

SEGUNDO.- Que en fecha diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa las partes suscribieron nuevo contrato de interinidad para la prestación de servicios como Técnico de Radiología, para la sustitución por vacaciones del ATS don A.T.N., basándose en la inexistencia de ATS inscritos en el Instituto Nacional de Empleo de la localidad, y con término desde el diecisiete de septiembre de mil novecientos noventa hasta el dieciséis de octubre de mil novecientos noventa, fijándose un período de prueba de dos meses./

TERCERO.- Que en fecha veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa las partes suscribieron nuevo contrato de interinidad para la prestación de servicios como Técnico de Radiología, para la sustitución por vacaciones del ATS don J.R.N.C., basándose en la inexistencia de ATS inscritos en el Instituto Nacional de Empleo de la localidad, y con término desde el veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa hasta el veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa, fijándose un período de prueba de dos meses./ CUARTO.- Que en fecha nueve de enero de mil novecientos noventa y uno las partes suscribieron contrato de trabajo en prácticas, para la prestación de servicios como Técnico Especialista Radiodiagnóstico, y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de tres meses, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fecha nueve de abril de mil novecientos noventa y uno, nueve de julio de mil novecientos noventa y uno, nueve de octubre de mil novecientos noventa y uno, nueve de enero de mil novecientos noventa y dos, nueve de abril de mil novecientos noventa y dos, nueve de julio de mil novecientos noventa y dos, nueve de octubre de mil novecientos noventa y dos y nueve de enero de mil novecientos noventa y tres.

QUINTO.- Que en fecha diez de abril de mil novecientos noventa y tres a la actora se le expidió por el SERGAS nombramiento de personal estatutario sanitario no facultativo para la prestación de servicios en el Hospital de “C.”, con carácter eventual y por acumulación de tareas en el Servicio de Radiología, por término de seis meses. SEXTO.- Que en fecha trece de octubre de mil novecientos noventa y tres las partes suscribieron contrato de trabajo temporal, como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Técnico de Radiología, con idéntica categoría profesional, en el Hospital de “C.”, y por término de un año, contrato que fue prorrogado en fecha trece de octubre de mil novecientos noventa y cuatro por término de seis meses, renunciando la actora al contrato vigente, sin renuncia de derechos, en fecha veintidós de marzo de mil novecientos noventa y cinco, suscribiendo en la misma fecha contrato de interinidad, sin identificación de la plaza y para la prestación de servicios como Técnico de la plaza y para la prestación de servicios como Técnico Especialista en Radiología en el Hospital de “C.”. SÉPTIMO.- Que don P.L.F.D. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Fundación Pública Hospital Médico Quirúrgico Provincial de La Coruña, en virtud de contrato de interinidad, suscrito en fecha veinticinco de agosto de mil novecientos ochenta y nueve, para la prestación de servicios como Ayudante Sanitario, para la sustitución por enfermedad de don A.M.C., fijándose un período de prueba de un mes. OCTAVO.- Que en fecha dos de enero de mil novecientos noventa las partes suscribieron contrato de trabajo eventual por acumulación de tareas, para la prestación de servicios con categoría de Celador y con término el día treinta y uno de enero de mil novecientos noventa, fijándose un período de prueba de un mes, contrato que fue prorrogado por término de un mes en fecha veintinueve de enero de mil novecientos noventa, veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y por tres meses el treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa. NOVENO.- Que en fecha cinco de julio de mil novecientos noventa las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios con categoría de Celador y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes. DÉCIMO.- Que en fecha ocho de junio de mil novecientos noventa y uno las partes suscribieron contrato de trabajo de interinidad, para la prestación de servicios con categoría de Celador y para la sustitución de don M.A.P., de permiso por matrimonio, y hasta el día veintiuno de junio de mil novecientos noventa y uno, fijándose un período de prueba de un mes./ DÉCIMO PRIMERO.- Que en fecha uno de julio de mil novecientos noventa y uno las partes suscribieron

contrato de trabajo de interinidad, para la prestación de servicios con categoría de Oficios Varios, en la sustitución de don M.B.M., de vacaciones durante el mes de julio./ DÉCIMO SEGUNDO.- Que en fecha dieciséis de julio de mil novecientos noventa y uno las partes suscribieron contrato de trabajo de interinidad, para la prestación de servicios con categoría de Portero Ordenanza, en la sustitución de don J.M.T.R., de vacaciones desde el dieciséis de julio de mil novecientos noventa y uno hasta el quince de agosto de mil novecientos noventa y uno. DÉCIMO TERCERO.- Que en fecha uno de junio de mil novecientos noventa y dos las partes suscribieron contrato de trabajo de interinidad, para la prestación de servicios con categoría de Ayudante Sanitario, en la sustitución de don J.C.R., don C.N.F., don F.S.M. y don M.A.P., en sustitución por vacaciones desde el uno de junio de mil novecientos noventa y dos hasta el día treinta de septiembre de mil novecientos noventa y dos. /DÉCIMO CUARTO.- Que en fecha cinco de agosto de mil novecientos noventa y dos las partes suscribieron contrato de trabajo temporal por cobertura de plaza vacante, sin identificar ésta, para la prestación de servicios como Celador, y por término; de tres meses, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fecha cuatro de noviembre de mil novecientos noventa y dos./ DÉCIMO QUINTO.- Que en fecha cinco de febrero de mil novecientos noventa y tres el actor suscribió con el SERGAS contrato de trabajo eventual para personal no sanitario fuera de plantilla, por acumulación de tareas en el servicio de cirugía y por término de tres meses./ DÉCIMO SEXTO.- Que en fecha seis de mayo de mil novecientos noventa y tres el SERGAS expidió nombramiento de personal sanitario no facultativo fuera de plantilla a favor del actor para la prestación de servicios como Celador en el Hospital Médico Quirúrgico de “C.” y por término de tres meses. /DÉCIMO SÉPTIMO.- Que en fecha ocho de agosto de mil novecientos noventa y tres, las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo para la prestación de servicios como Celador en el Hospital Médico Quirúrgico de “C.”, y por término de un año, contrato que fue prorrogando por término de seis meses, en fecha nueve de agosto de mil novecientos noventa y cuatro. /DÉCIMO OCTAVO. - Que don M.A.G. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Fundación Pública Hospital Médico Quirúrgico Provincial de “C.”, Organismo Autónomo dependiente de la Diputación de La Coruña, en virtud de contrato de trabajo como medida de fomento de empleo suscrito en fecha catorce de abril de mil novecientos ochenta y nueve, para la prestación de servicios como Celador y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes.

/DÉCIMO NOVENO.- Que en fecha diecisiete de octubre de mil novecientos ochenta y nueve las partes suscribieron contrato de trabajo eventual por acumulación de tareas derivadas de la reapertura de la planta asistencias del semisótano uno del Hospital, para la prestación de servicios como Celador y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de un mes, contrato que fue prorrogado por idéntico término.

VIGÉSIMO.- Que en fecha diecinueve de abril de mil novecientos noventa las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo para la prestación de servicios como Celador y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes.

VIGÉSIMO PRIMERO.- Que en fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa las partes suscribieron contrato de trabajo temporal por existencia de plaza vacante, sin identificar ésta, para la prestación de servicios como Celador y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de un mes.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Que en fecha veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno las partes suscribieron contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Celador y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fecha veintiuno de julio de mil novecientos noventa y uno.

VIGÉSIMO TERCERO.- Que en fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos las partes suscribieron contrato de trabajo temporal por existencia de plaza vacante, sin identificar ésta, para la prestación de servicios como Celador y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de un mes, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fecha veintitrés de abril de mil novecientos noventa y dos.

VIGÉSIMO CUARTO.- Que en fecha veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y dos las partes suscribieron contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Celador y por término de un año.

VIGÉSIMO QUINTO.- Que en fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y tres el SERGAS expidió nombramiento de personal sanitario no facultativo fuera de plantilla a favor del actor para la prestación de servicios como Celador en el Hospital Médico Quirúrgico de "C." y por término de seis meses.

VIGÉSIMO SEXTO.- Que en fecha veintiocho de enero de mil novecientos noventa y cuatro las partes suscribieron contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Celador y por término de un año.

VIGÉSIMO SEPTIMO.- Que doña M.M.F.S. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Fundación Pública Hospital Quirúrgico Provincial de "C.", Organismo Autónomo

dependiente de la Diputación de La Coruña, en virtud de contrato de trabajo de interinidad, para la prestación de servicios como Ayudante Sanitario, suscrito en fecha uno de julio de mil novecientos ochenta y siete, para la sustitución de doña M.Q.L., doña R.V.C., de vacaciones en los meses de julio y agosto de 1987, fijándose un período de prueba de un mes.

VIGÉSIMO OCTAVO.- Que en fecha uno de octubre de mil novecientos ochenta y siete las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Ayudante Sanitario, y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fecha veintiocho de marzo de mil novecientos ochenta y ocho.

VIGÉSIMO NOVENO.- Que en fecha veintiuno de enero de mil novecientos ochenta y nueve las partes suscribieron contrato de trabajo de interinidad para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica, para la sustitución de doña M.M.A., por enfermedad de ésta.

TRIGÉSIMO.- Que en fecha doce de abril de mil novecientos ochenta y nueve las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica, sin que conste el término del mismo.

TRIGÉSIMO PRIMERO.- Que en fecha doce de octubre de mil novecientos ochenta y nueve las partes suscribieron contrato de trabajo temporal por existencia de plaza vacante, sin identificar ésta, para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de un mes, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fecha once de enero de mil novecientos noventa.

TRIGÉSIMO SEGUNDO.- Que en fecha dieciséis de abril de mil novecientos noventa las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica, y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes.

TRIGÉSIMO TERCERO.- Que en fecha diecinueve de octubre de mil novecientos noventa las partes suscribieron contrato de trabajo temporal por existencia de plaza vacante, sin identificar ésta, para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de dos meses.

TRIGÉSIMO CUARTO.- Que en fecha veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica, y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de dos meses, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fecha veintiuno de julio de mil novecientos noventa y uno.

TRIGÉSIMO QUINTO.- Que en fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos las partes

suscribieron contrato de trabajo temporal por existencia de plaza vacante, sin identificar ésta, para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de dos meses, contrato que fue prorrogado por término de tres meses en fecha veintitrés de abril de mil novecientos noventa y dos. **TRIGÉSIMO SEXTO.**- Que en fecha veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y dos las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica, y por término de un año, fijándose un período de prueba de un mes. **TRIGÉSIMO SEPTIMO.**- Que en fecha veintiséis de julio de mil novecientos noventa y tres el SERGAS expidió nombramiento de personal sanitario no facultativo fuera de plantilla a favor de la actora para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica en el Hospital Médico Quirúrgico de "C." y por término de seis meses./ **TRIGÉSIMO OCTAVO.**- Que en fecha treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y cuatro las partes suscribieron contrato de trabajo como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como Auxiliar de Clínica, y por término de un año./**TRIGÉSIMO NOVENO.**- Que don A.G.B. comenzó a prestar servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Fundación Pública Hospital Médico Quirúrgico Provincial de "C.", Organismo Autónomo dependiente de la Diputación de La Coruña, en virtud de contrato de Trabajo Temporal como medida de fomento de empleo, suscrito en fecha diecisiete de abril de mil novecientos ochenta y nueve, para la prestación de servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional y por término de seis meses. /**CUADRADÉSIMO.**- Que en fecha veinte de octubre de mil novecientos ochenta y nueve las partes suscribieron contrato de trabajo temporal por existencia de plaza vacante, sin identificar ésta, y por acumulación de tareas consistentes en la reapertura de la planta asistencias del semisótano uno del Hospital, para la prestación de servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional, y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de un mes, contrato que fue prorrogado por idéntico término en fecha diecinueve de enero de mil novecientos noventa. **CUADRADÉSIMO PRIMERO.**- Que en fecha veinte de abril de mil novecientos noventa las partes suscribieron contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como pinche de cocina con idéntica categoría profesional, y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes. **CUADRADÉSIMO SEGUNDO.**- Que en fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa las partes suscribieron contrato de trabajo temporal por existencia de plaza vacante, sin identificar ésta, para la

prestación de servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional, y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de un mes. **CUADRADÉSIMO TERCERO.**- Que en fecha veintiuno de enero de mil novecientos noventa y uno las partes suscribieron contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional, y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes. **CUADRADÉSIMO CUARTO.**- Que en fecha veintidós de julio de mil novecientos noventa y uno las partes suscribieron contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional, y por término de seis meses, fijándose un período de prueba de un mes. **CUADRADÉSIMO QUINTO.**- Que en fecha veintitrés de enero de mil novecientos noventa y dos las partes suscribieron contrato de trabajo temporal por existencia de plaza vacante, sin identificar ésta, para la prestación de servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional, y por término de tres meses, fijándose un período de prueba de un mes, contrato prorrogado por idéntico término en fecha veintitrés de abril de mil novecientos noventa y uno. **CUADRADÉSIMO SEXTO.**- Que en fecha veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y dos las partes suscribieron contrato de trabajo temporal como medida de fomento de empleo, para la prestación de servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional, y por término de un año, fijándose un período de prueba de un mes, habiendo estado cubierto el puesto de trabajo con otro contrato de idéntica naturaleza desde el veintidós de enero de mil novecientos noventa y uno hasta el veintiuno de enero de mil novecientos noventa y dos./**CUADRADÉSIMO SÉPTIMO.**- Que en fecha veintisiete de julio de mil novecientos noventa y tres el actor y el SERGAS, entidad a la que se transfirió el Hospital Médico Quirúrgico Provincial, con efectos desde el uno de enero de mil novecientos noventa y tres, suscribieron contrato de trabajo eventual para personal no sanitario fuera de plantilla por acumulación de tareas en el servicio de cocina, para la prestación de servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional, y por término de seis meses, fijándose un período de prueba dentro de los términos legales. **CUADRADÉSIMO OCTAVO.**- Que, en fecha cuatro de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, suscribió nuevo contrato laboral para el desempeño temporal de plaza vacante de personal no sanitario, sin identificar ésta, para prestar servicios como pinche de cocina, con idéntica categoría profesional, con un período de prueba legalmente

establecido. CUADRAGÉSIMO NOVENO.- Que en fecha veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y tres la Inspección de Trabajo notificó al SERGAS la práctica de acta de infracción por utilización de una modalidad contractual (acumulación de tareas), para supuestos distintos de los previstos legalmente, proponiendo la imposición de una sanción de quinientas mil pesetas (500.000 ptas.), acordando la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relación Laborais la imposición de la citada sanción, por resolución de fecha once de abril de mil novecientos noventa y cuatro, sanción que fue reducida posteriormente por la Dirección Xeral de Relacións Laborais da Xunta de Galicia a la cantidad de cincuenta y una mil pesetas (51.000 ptas.). QUINCUAGÉSIMO.- Que los actores percibían en 1995 las siguientes retribuciones mensuales., doña E.T.S. noventa y dos mil novecientas treinta y seis pesetas (92.936 ptas.) de salario base, cuarenta y dos mil cuatrocientas noventa pesetas (42.490 ptas.) de complemento de destino, seis mil doscientas veintidós pesetas (6.222 pts) de C.P.R.D. y mil quince pesetas (1.015 ptas. de complemento de productividad fija; D. A.G.B. sesenta y nueve mil trescientas setenta y tres pesetas (69.373 pts) de salario base, veintinueve mil seiscientas setenta y seis pesetas (29.676 pts) de complemento de destino, cinco mil doscientas setenta y tres pesetas (5.273 pts) de C.P.R.D. y once mil trescientas cuarenta y nueve pesetas (11.349 pts) de complemento de productividad fija; D. P.F.D. sesenta y nueve mil trescientas setenta y tres pesetas (69.373 pts) de salario base, treinta y dos mil doscientas treinta y nueve pesetas (32.239 pts) de complemento de destino, cinco mil doscientas setenta y tres pesetas (5.273 pts) de C.P.R.D. y catorce mil doscientas cincuenta pesetas (14.250 pts) de complemento de productividad fija; Doña M.M.F.S. setenta y cinco mil novecientas noventa y una pesetas (75.991 pts) de salario base, treinta y siete mil trescientas sesenta y cinco pesetas (37.365 pts) de complemento de destino, seis mil ciento diecisiete pesetas (6.117 pts) de C.P.R.D. y cinco mil setecientas trece pesetas (5.713 pts) de plus de productividad fija y D. M.A.G. sesenta y nueve mil trescientas setenta y tres pesetas (69.373 pts) de salario base, treinta y dos mil doscientas treinta y nueve pesetas (32.239 pts) de complemento de destino, cinco mil doscientas setenta y tres pesetas (5.273 pts) de C.P.R.D. y catorce mil doscientas cincuenta pesetas (14.250 pts) de plus de productividad variable./QUINCUAGÉSIMO PRIMERO.- Que las diferencias retributivas de los actores con respecto del personal al que se le aplica el convenio colectivo del Hospital Médico Quirúrgico son las siguientes: Doña E.T.S. cuarenta y tres mil quinientas dieciocho pesetas mensuales (43.518 pts); D. A.G.B. veinticuatro

mil ochocientas catorce pesetas mensuales (24.814 pts); D. P.L.F.D. treinta y ocho mil ochocientas cincuenta pesetas mensuales (38.850 pts); Doña M.M.F.S. cuarenta y una mil trescientas noventa y siete pesetas mensuales (41.397 pts) y D. M.A.G. treinta y ocho mil ochocientas cincuenta pesetas mensuales 38.850 Pts)./ QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO.- Que D. A.G.B. formuló demanda ante este Juzgado, en reclamación de fijeza laboral, en aplicación del convenio colectivo del Hospital Médico Quirúrgico y abono de las diferencias retributivas del período comprendido entre el uno de octubre de mil novecientos noventa y tres y el veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, dictándose sentencia en fecha siete de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro por la que se declaraba la fijeza laboral del actor, con efectos desde el día diecisiete de abril de mil novecientos ochenta y nueve, que el mismo debía de ser retribuido de acuerdo con el Convenio Colectivo del Hospital Médico Quirúrgico de "C." y se condenaba a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración, y se desestimaba la petición de abono de diferencias retributivas, por falta de prueba y se absolvía al SERGAS del citado pedimento, sentencia que se encuentra recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. QUINCUAGÉSIMO TERCERO.- Que en fecha treinta de julio de mil novecientos noventa y cuatro los actores presentaron demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad, en reclamación de aplicación del Convenio Colectivo para personal laboral de la Fundación Hospital Médico Quirúrgico Provincial y diferencias retributivas del período comprendido entre el uno de agosto de mil novecientos noventa y tres y el treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, correspondiendo por turno de reparto a este Juzgado, dictándose sentencia en fecha diecinueve de abril de mil novecientos noventa y cinco por la que se estimaba la demanda formulada por doña M.E.T.S., D. P.L.F.D., Doña M.M.F.S. y D. M.A.G., se declaraba su derecho a ser retribuidos conforme las tablas salariales previstas en el Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Hospital Médico Quirúrgico de "C.", condenando al SERGAS a estar y pasar por esta declaración y a abonarles las cantidades reclamadas por el período comprendido entre el uno de agosto de mil novecientos noventa y tres y el treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y cuatro y se estimaba parcialmente la demanda formulada por don A.G.B. y se condenaba a la entidad demandada a abonarle las cantidades reclamadas en los meses de agosto y septiembre de 1993 y marzo, abril y mayo de 1994, desestimando la demanda, en cuanto al resto de los períodos reclamados por concurrir los efectos de cosa

juzgada y sin que procediera hacer pronunciamiento alguno en cuanto a la antigüedad del actor, por haberse resuelto en procedimiento anterior, sentencia que se encuentra recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. /QUINCUAGÉSIMO CUARTO.- Que don M.A.G., doña M.E.T.S. y don P.L.F.D. presentaron demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad, en fecha veintiséis de abril de mil novecientos noventa y cinco, en reclamación de fijeza laboral, que turnada correspondió a este Juzgado, dictándose sentencia en fecha veintiuno de octubre de mil novecientos noventa y cinco, por la que se estimaba la demanda de los actores y se declaraba que los mismos estaban vinculados con el SERGAS con una relación laboral de carácter indefinido, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración, sentencia que se encuentra recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia./ QUINCUAGÉSIMO QUINTO.- Que Doña M.M.F.S. presentó demanda ante los Juzgados de lo Social de esta ciudad, en fecha seis de marzo de mil novecientos noventa y cinco, en reclamación de fijeza laboral y abono de salarios dejados de percibir, que turnada correspondió a este Juzgado, dictándose sentencia en fecha uno de junio de mil novecientos noventa y cinco, por la que se estimaba parcialmente la demanda de la actora y se declaraba que la misma estaba vinculada con el SERGAS con una relación laboral de carácter indefinido, con efectos desde el doce de abril de mil novecientos ochenta y nueve, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y desestimando la demanda, en cuanto a la reclamación de diferencias retributivas, debía de absolver y absolvía a la entidad demandada del citado pedimento, sentencia que fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictándose sentencia en fecha treinta de octubre de mil novecientos noventa y cinco, por la que se revocaba la sentencia en su día dictada por este Juzgado, y recurrida dicha sentencia por la actora, en casación para unificación de doctrina, dicho recurso fue inadmitido por Providencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de diecisiete de abril de mil novecientos noventa y seis, siendo hoy firme./ QUINCUAGÉSIMO SEXTO.- Que los actores formularon las preceptivas reclamaciones previas en fecha treinta y uno de enero de mil novecientos noventa y seis, sin que conste que haya recaído resolución expresa alguna”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones de

litispendencia, cosa juzgada y prescripción del derecho a reclamar formuladas por la representación del SERGAS y estimando parcialmente la demanda formulada por doña M.E.T.S., don P.L.F.D., doña M.M.F.S., don A.G.B. y don M.A.G. contra el Servicio Galego de Saúde, debía de declarar y declaraba que los actores tienen derecho a ser retribuidos conforme a las tablas salariales previstas en el Convenio Colectivo para el personal Laboral del Hospital Médico Quirúrgico de “C.”, condenando a la entidad demandada a estar y pasar por ésta declaración y a que les abono las siguientes cantidades, en concepto de diferencias retributivas del período comprendido entre el uno de enero de mil novecientos noventa y cinco y el treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y cinco a doña M.E.T.S. la de seiscientas nueve mil doscientas cincuenta y dos pesetas (609.252 pts); a don P.L.F.D. la de quinientas cuarenta y tres mil novecientas pesetas (543.900 pts); a doña M.M.F.S. la de quinientas setenta y nueve mil quinientas cincuenta y ocho pesetas (579.558 pts); a don M.A.G. la de quinientas cuarenta y tres mil novecientas pesetas (543.900 pts) y a don A.G.B. la de trescientas cuarenta y siete mil trescientas noventa y seis pesetas (347.396 pts), desestimando la demanda formulada en cuanto a las diferencias reclamadas en el escrito de aclaración de demanda, por constituir modificación substancial de la misma, y absolviendo a la entidad demandada de los citados pedimentos”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandado, no 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 después de rechazar la excepciones de litispendencia, cosa juzgada y prescripción, entra a resolver la cuestión de fondo y declara que los actores tienen derecho a ser retribuidos conforme a las tablas salariales previstas en el Convenio Colectivo para el personal laboral del Hospital médico quirúrgico de “C.”, condenando a la Entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a que abone, en concepto de diferencias retributivas del período comprendido entre el 1 de enero de 1995 y el 31 de diciembre de dicho año, las cantidades que en aquélla se expresan.

Contra dicha resolución interpone recurso de Suplicación el SERGAS reproduciendo las excepciones de litispendencia y cosa juzgada, alegando, respecto a la primera, que habiéndose negado por ésta parte la antigüedad de los actores

en el acto de juicio, no se puede entrar a conocer sobre este extremo, toda vez que el mismo, en la actualidad, se encuentra pendiente de la decisión que adopte el TSJ Galicia, pues si dicho Tribunal –añade– ya se hubiese pronunciado mediante una sentencia que hubiese adquirido firmeza sobre la antigüedad de los actores, declarando que ésta es anterior al 1 de enero de 1993, dado el contenido de las sentencia de esta misma Sala de fechas 27 de junio de 1995 y 4 de julio de 1995, dictadas en procesos de conflicto colectivo, es evidente que el presunto recurso carecería de cualquier tipo de fundamento. Con carácter subsidiario se alega la otra excepción de cosa juzgada, toda vez que se niega la antigüedad señalada por los actores, fijándose aquélla, por la recurrente, en fechas posteriores al 1 de enero de 1993, por lo que resulta aplicable la doctrina de la Sala de lo Social contenida en las aludidas sentencias recaídas en el proceso de conflicto colectivo, según las cuales no es de aplicación el convenio colectivo al personal contratado por el SERGAS con posterioridad a la fecha de la efectividad de la transferencia de los Hospitales de “C.”.

No existe litispendencia habida cuenta de que esta Sala ya se ha pronunciado sobre aquella cuestión en sentencia de 26-2-1998, manteniendo la misma antigüedad que para los demandantes se reflejaba en la sentencia de instancia (folio 100 de los autos), es decir anterior a 1 de enero de 1993. Siendo ello así, existe un efecto de cosa Juzgada positiva, habida cuenta de que la sentencia de esta Sala de 04.07.95 recaída en el proceso de Conflicto Colectivo declaraba que el Convenio Colectivo existente para el personal del Hospital de “C.” es de aplicación a todo el personal sanitario no facultativo y no sanitario contratado laboral eventualmente con anterioridad a la integración del Hospital Provincial de “C.” en el SERGAS, y no así de los que fueron contratados con posterioridad a tal integración.

En consecuencia, es correcta y ajustada a derecho la sentencia de instancia que declara que los actores tienen derecho a ser retribuidos conforme a las tablas salariales previstas en el Convenio Colectivo para el personal del citado Hospital, condenando a la Entidad demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonarle las cantidades que allí se especifican, en concepto de diferencias retributivas del período comprendido entre el 1 y el 31 de diciembre de 1995.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por el Servicio Galego de Saúde, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Santiago, de fecha 28 de junio de 1996, dictada en autos seguidos a instancia de doña

E.T.S. y 4 más frente al recurrente, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida.

2818 RECURSO N° 4.712/99

S. S.

IMPROCEDENCIA DE DEMANDA DE TUTELA DE DEREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALLADOR Ó NON OFRECÉRENSE INDICIOS DE VIOLACIÓN EMPRESARIAL DESTES.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veinticuatro 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 4.712/99, interpuesto por el letrado don J.M.F., en nombre y representación de don I.F.R., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº uno de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 474/99 se presentó demanda por don I.F.R., sobre TUTELA de DERECHOS FUNDAMENTALES, frente a la “C.A.S., S.A.” (AUSYSEGUR). En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha cuatro de septiembre del presente año por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “Primero.- El demandante, don I.F.R., mayor de edad y con D.N.I. número..., viene prestando servicios para la empresa “C.A.S., S.A.”, dedicada a la actividad de seguridad, desde el día 17 de noviembre de 1994, con la categoría profesional de delegado provincial y un salario mensual de 437.500 pesetas, incluido prorratoe de pagas extraordinarias, además de incentivos por objetivos alcanzados. Segundo.- El actor fue inicialmente contratado para prestar servicios en la Delegación de la empresa en Vigo, en la que existe cámara de procesado y custodia de fondos, Delegación que controla la provincia de

Pontevedra. En junio de 1998, la empresa decidió unificar las Delegaciones de Pontevedra y La Coruña, ésta controlaba la base de Lugo en la que la empresa sólo tiene parque de vehículos pero no cámara de procesado y custodia de fondos, y despidió al delegado de La Coruña, nombrando al actor delegado de las tres provincias. En dicho momento la Dirección de la empresa ofreció al actor un aumento retributivo y un vehículo, ofrecimiento que no fue hecho efectivo y que fue reclamado verbalmente por el actor en varias ocasiones; en fecha 17 de marzo del presente año el actor dirigió escrito al Sr. M.G., Director de Operaciones, reiterándole su solicitud de que se cumpliese dicho ofrecimiento, solicitud que dicho Director transmitió al Director General sin que fuese cumplida, ante lo cual el actor presentó el día 1 de junio papeleta de conciliación ante el S.M.A.C., que se intentó sin efecto el día 11, por incomparecencia de la empresa a pesar de estar citada, y el día 5 de agosto se presentó demanda, que fue turnada al Juzgado de lo Social número 3 de Vigo, reclamando un salario de 875.000 pesetas que considera debe percibir por llevar la Delegación de La Coruña, además de la de Pontevedra, y las cantidades de 5.250.000 pesetas por diferencias salariales de junio de 1998 a mayo de 1999, así como 583.333 pesetas de retribución variables, estando señalado el juicio para el día 28 de octubre. Tercero.- La empresa, que desde su constitución en 1980 ha creado centros y delegaciones y ha cerrado o agrupado delegaciones en diversas ciudades españolas casi todos los años, procediendo en 1999 a trasladar la cámara de procesado y custodia de León a Valladolid y la de Almería a Granada, a abrir centros en Gerona y Delegaciones en Jaén y Murcia, ésta dependiente hasta entonces de Alicante, venía estudiando el traslado de la cámara de procesado y custodia de Orense a Vigo y agrupar ambas delegaciones, habiéndose producido una reunión el día 9 de junio de este año con los delegados de Galicia y Asturias, a la que asistió el actor, y en el curso de la cuál el delegado de Orense propuso como posibilidad para reducir costes en el centro de la Coruña remitir sus fondos a Vigo y se informó de que estaba pendiente ejecutar el plan para trasladar la cámara de Orense a Vigo. Como consecuencia de este traslado, en Galicia sólo quedaría un delegado y en el mes de junio así se les hizo saber tanto al actor como al delegado de Orense. El día 22 de julio la Directora de Recursos Humanos y el Director de Operaciones se desplazaron a Orense y Vigo y hablaron con el delegado de Orense y con el actor, separadamente, comunicándoles que iba a quedar un solo delegado en Galicia y planteándoles las posibilidades de ser trasladados, manifestando el actor que por sus circunstancias familiares no podía aceptar un traslado. Cuarto.- El día 27 de

julio la Directora de Recursos Humanos remitió carta al actor comunicándole que debido a la reorganización de la empresa, la Delegación de Alicante dejaba de llevar el centro de Murcia que pasaba a ser Delegación y que las delegaciones de Vigo y Orense se agrupaban en una sola porque ya sabía que la cámara de Orense había sido llevada a Vigo. Que por tanto, de los dos delegados de Galicia uno se quedaría y otro sería trasladado a Murcia y que, valorados los perfiles del actor y del delegado de Orense, la Dirección había decidido que éste quedase como delegado de Galicia y trasladar al actor a Murcia con efectos del día 1 de septiembre, traslado que no fue informado previamente por los representantes de los trabajadores. Quinto.- La Delegación de Murcia es la única que consta vacante y es una delegación conflictiva dado que creció mucho y genera una gran complejidad. A otros delegados que hubieron de ser cesados por motivos organizativos se les despidió y a otros se les reconvirtió en comerciales. Sexto.- El actor convive con doña M.C.P.G., funcionaria del Concello de Vigo, de cuya unión tiene una hija nacida el 25 de noviembre de 1998. El delegado de Orense está casado, tiene un hijo que va a empezar la Unidad, su esposa es funcionaria de la Xunta de Galicia y es más antiguo en la empresa que el actor, habiendo estado en la Delegación de León y en Barcelona antes de ser destinado a Orense. El actor cursa estudios en la Universidad de Vigo y solicitó, tras serle comunicado su traslado a Murcia, permiso para concurrir a exámenes en septiembre, a lo que la empresa accedió. Séptimo.- La Delegación de Vigo tiene cartas y placas de reconocimiento por haber sido la Delegación más destacada en diversos meses de 1996 y en el año 1995".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO. Que desestimando la excepción de falta de acción alegada por la empresa "C.A.S., S.A." y desestimando asimismo la demanda interpuesta por don I.F.R. contra dicha demandada, debo absolver y absuelvo a ésta de las pretensiones contra ella deducidas".

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.- La sentencia de instancia, después de desestimar la excepción de falta de acción, alegada por la empresa demandada, "C.A.S., S.A.", desestima, asimismo, la demanda y absuelve a la patronal de las pretensiones contra

ella deducidas. Este pronunciamiento se impugna por el demandante, el que construye el recurso que formula a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, al amparo del art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, alega infracción, por violación, de los arts. 10, 14, 24 y 35 de la Constitución española, que consagran los principios de dignidad de la persona, igualdad y no discriminación, tutela judicial efectiva y derecho al trabajo y promoción; argumentando, esencialmente, que la litis se formula por considerar el actor que la conducta empresarial incide claramente en la lesión de los derechos fundamentales del recurrente, al tratarse de una clara situación de represalia, en base al legítimo ejercicio de su derecho en orden a la reclamación de determinadas diferencias salariales; dicha actuación empresarial, además de vulnerar los derechos y principios constitucionales, constituye una clara manifestación de abuso de derecho art. 7.2 del Código civil, mediante la utilización de una serie de disposiciones legales, especialmente las que regulan la movilidad geográfica, que revelan una clara y manifiesta intención de perjudicar o, en su caso, la falta de un fin legítimo o exceso de anormalidad en el ejercicio de un derecho; haciendo, seguidamente, una exposición de los hechos, de los que, dice, se deduce claramente que la movilidad geográfica pretendida por la empresa es una consecuencia directa de la legítima reclamación salarial iniciada por el que recurre, constituyendo una represalia, por el planteamiento de la reclamación, lo que supone una grave violación del principio de garantía de indemnidad y vulneración del derecho a la promoción en el trabajo, a lo que debe unirse que para su puesto de trabajo ha sido nombrado un delegado de menor rango; aduciendo, asimismo, que la decisión empresarial, amparada en aparentes razones organizativas y a través del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, vulnera los más elementales derechos del recurrente, primero en orden a la discriminación y trato desigual, siendo, asimismo, claramente conminatoria, al pretender influir en el actor para que éste desistiera de su reclamación e incluso se le ha pedido tal desistimiento; habiendo sido la respuesta de la empresa trasladarlo a Murcia; además, concurre otra circunstancia, acreditativa de la irregular conducta empresarial, que también lesiona los derechos del recurrente, ya que éste ejercía, desde el mes de junio de 1998, funciones propias de Delegado de Zona, cuando la empresa, con su decisión, lo priva de tal condición, nombrándole Delegado Provincial; resultando paradójico el hecho de designar Delegado para Galicia al anterior Delegado Provincial de Ourense, cuando el recurrente, sólo un año antes, había sido designado Delegado de Zona. Insistiendo en que se patentiza la irregular actuación de la empresa, cuando se produce la

inaplicación absoluta de los dictados del art. 39 del Convenio Colectivo que regula los traslados, al haber omitido el previo informe de la representación legal de los trabajadores y no haber demostrado la urgencia de las necesidades, ni tener en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales de los trabajadores -cita los arts. 40 y 41 el estatuto de los Trabajadores-; estimando el recurrente que ha existido un plan por parte de la empresa, como respuesta y represalia al hecho de que hubiera formulado la antes mencionada reclamación, y que la propia empresa se desdice de las afirmaciones vertidas en el acto del juicio, cuando el día 19 de septiembre, tras conocer la sentencia recurrida, figura publicado en el diario "F.V.", un anuncio convocando la plaza de Consultor Comercial, cuyas características se acomodan a las aptitudes del actor, aunque se trate de distinto puesto de trabajo; cita a continuación la sentencia de esta Sala de 30 de septiembre de 1996, con transcripción fragmentaria de su contenido; insistiendo en que la empresa no ha cumplido los mecanismos reglamentarios, saltándose, además, el procedimiento establecido en el Convenio Colectivo; reiterando, una vez más, que toda la actuación empresarial, tales como convocatoria de reuniones informativas, comunicaciones de traslado nacen y se derivan de la previa reclamación por el recurrente, ya que de lo contrario, la empresa debería haber acreditado las razones de urgencia de la medida, como establece el Convenio Colectivo, pues la misma, por su trascendencia y repercusión en la vida del empleado, debería haberse adoptado para el supuesto de acreditarse su necesidad en un plazo más dilatado y con mayor información y consulta con el afectado; invocando, finalmente, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de enero de 1999, con cita fraccionada de su contenido; y termina manifestando que, en el caso presente, es evidente que la causa originadora de la posterior conducta empresarial ilícita, fue la reclamación del recurrente ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

El motivo y por ende el recurso, no puede prosperar, por cuanto el éxito de pretensiones como la litigiosa está supeditado a que por quien postula el amparo, se haya constatado, al menos la existencia de indicios de que se ha producido violación de los derechos fundamentales que se invocan, de conformidad con lo normado en el art. 179, nº 2, de la Ley Adjetiva Laboral; y en el caso que ahora se decide, el recurrente pretende sustentar la acción tutelar que ejerce, esencialmente en el hecho cierto -recogido en el ordinal segundo del relato histórico de la sentencia de instancia- de haber presentado demanda, el día 5 de agosto de 1999, frente a la

empleadora, que fue turnada al Juzgado de lo Social número tres de Vigo, reclamando un salario de 875.000 pesetas que considera percibir por llevar la Delegación de La Coruña, además de la de Pontevedra y las cantidades de 5.250.000 pesetas por diferencias salariales de junio de 1998 a mayo de 1999, así como 583.333 pesetas de retribución variables, estando señalado el juicio para el día 28 de octubre siguiente; siendo esta reclamación, como así bien se refleja en el mencionado numeral de la sentencia, consecuencia del ofrecimiento que la empresa le había hecho de un aumento retributivo y un vehículo, cuando el actor, en el mes de junio de 1998, que venía desempeñando la Delegación en Vigo -controlando la provincia de Pontevedra-, fue nombrado Delegado, además para la Delegación de La Coruña, al despedar al Delegado en ésta, que controlaba la base de Lugo; quedando, por tanto el actor como delegado en las tres provincias indicadas; aduciendo el recurrente que esta reclamación ha sido la causa determinante de su traslado como Delegado al centro que la empresa tiene en la ciudad de Murcia; traslado cuya nulidad es la que postula en el proceso. Mas, este planteamiento será insuficiente para apreciar la existencia de interés legítimo a derecho fundamental cuya tutela se recaba; pero es que, además, la parte demandada ha acreditado cumplidamente, la concurrencia de motivo suficiente en que apoyar su decisión de traslado, que aparece, al menos en principio, objetivo y razonable. Así, la empresa, desde su constitución en 1980 ha creado centros y delegaciones y ha cerrado o agrupado delegaciones en diversas ciudades españolas casi todos los años, procediendo, en 1999 a trasladar la cámara de procesado de León a Valladolid y la de Almería a Granada, a abrir centros en Gerona y delegaciones en Jaén y Murcia, ésta dependiente hasta entonces de Alicante; asimismo venía estudiando el traslado de la cámara de procesado y custodia de Orense a Vigo y agrupar ambas delegaciones; habiéndose producido una reunión el día 9 de junio de 1999 con los delegados de Galicia y Asturias, a la que asistió el actor, y en el curso de la cual el Delegado de Orense propuso como posibilidad para reducir costes en el centro de La Coruña remitir sus fondos a Vigo y se informó de que estaba pendiente de ejecutar el plan para trasladar la cámara de Orense a Vigo, con lo que en Galicia quedaría un solo delegado y en el mes de junio así se hizo saber tanto al actor como al Delegado de Orense, y el día 22 de julio la Directora de Recursos Humanos y el Director de Operaciones se desplazaron a Orense y Vigo y hablaron con el delegado de Orense y con el actor, separadamente, comunicándoles que iba a quedar un solo delegado en Galicia y planteándoles las posibilidades de ser trasladados, manifestando el

actor que, por sus circunstancias familiares no podía aceptar el traslado -así se desprende del hecho probado tercero-. La Directora de Recursos Humanos, con fecha 27 de julio de 1999, remitió carta al actor comunicándole que debido a la reorganización de la empresa, la Delegación de Alicante dejaba de llevar el centro de Murcia que pasaba a ser delegación y que las delegaciones de Vigo y Orense se agrupaban en una sola y que de los dos delegados de Galicia uno se quedaría y otro sería trasladado a Murcia, y que, valorados los perfiles del actor y del delegado de Orense, la Dirección había decidido que éste quedase en Galicia y trasladar al actor a Murcia, con efecto del 1 de septiembre, traslado que no fue informado favorablemente por los representantes de los trabajadores -hecho probado cuarto-; la Delegación de Murcia es la única que consta vacante y es una delegación conflictiva, dado que creció mucho y genera una gran complejidad y a otros delegados que hubieron de ser cesados por motivos organizativos se les despidió y a otros se les reconvirtió en comerciales -hecho probado quinto-. El actor convive con doña M.C.P.G., funcionaria del Concello de Vigo, de cuya unión ha nacido una hija el 25 de noviembre de 1998; el delegado de Ourense está casado, tiene un hijo que va a empezar la Universidad, su esposa es funcionaria de la Xunta de Galicia y es más antiguo en la empresa que el actor, habiendo estado en las delegaciones de León y Barcelona, antes de ser destinado a Orense; el actor cursa estudios en la Universidad de Vigo y solicitó, tras serle comunicado su traslado a Murcia, permiso para concurrir a exámenes en septiembre, a lo que la empresa accedió. En definitiva, por la empresa no se ha cometido acto discriminatorio alguno, respecto al actor-recurrente; de ahí que no sea de apreciar en el comportamiento de la patronal demandada vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en los preceptos constitucionales que, como infringidos, se invocan en el recurso.

SEGUNDO.- Ciento es que el traslado del actor a Murcia no fue informado previamente por los representantes de los trabajadores, como exige el Convenio Colectivo del sector; mas, la posible infracción que, al respecto pudiera existir, no puede ser examinada en esta litis, como así lo ha estimado el juzgador de instancia, sin que pueda incidir, por tanto, en el pronunciamiento a dictar. Siendo de resaltar que reiterada doctrina jurisprudencial, constitucional y ordinaria, viene afirmando que el proceso especial de tutela de derechos fundamentales no es apto para decidir controversias que exijan la aplicación de normas de pura legalidad ordinaria, salvo que estas últimas hayan venido a integrar el contenido esencial del derecho fundamental (sentencia del Tribunal Constitucional 61/89, y del Tribunal

Supremo de 18 de mayo de 1992 y 21 de junio de 1994). Por otra parte, el Tribunal Supremo ha declarado la inadecuación de procedimiento cuando la pretensión ejercitada queda de forma manifiesta fuera del ámbito de la modalidad procesal de tutela de derechos de libertad sindical, cuando lo que se plantea es un problema de legalidad ordinaria y que cuando, junto a la alegación de la vulneración de un derecho fundamental, se introduce en la controversia la denuncia de la infracción de la legalidad ordinaria, el principio de cognición limitada, que deriva del art. 176 de la Ley de Procedimiento Laboral, determina que la sentencia tenga que limitarse al examen de si ha existido o no violación de un derecho fundamental sin entrar a enjuiciar la alegación de una posible vulneración de una norma infraconstitucional -sentencias de 14 de marzo y 26 de julio de 1995, 24 de septiembre y 12 de noviembre de 1996 y 14 de enero de 1997-. Asimismo, es doctrina jurisprudencial que lo preceptuado en el art. 176 de la Ley Procesal Laboral de que “el objeto del presente proceso queda limitado al conocimiento de la lesión de libertad sindical, sin posibilidad de acumulación, con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos de la tutela de la citada libertad”, y por imperativo del art. 181 de la propia Ley Rituaria, la referencia a la libertad sindical debe sustituirse por la del derecho fundamental que corresponda.

TERCERO.- Por todo lo que queda expuesto procede rechazar el reproche jurídico a que el recurso se contrae y, con desestimación de éste, dictar un pronunciamiento confirmatorio del impugnado; en consecuencia,

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por don I.F.R. contra la sentencia de fecha cuatro de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de los de Vigo, en proceso sobre tutela de derechos fundamentales promovido por el recurrente frente a la empresa “C.A.S., S.A.”, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2819 RECURSO N° 4.105/96

S. S.

INEXISTENCIA DOS REQUISITOS
XURISPRUDENCIALMENTE ESIXIDOS

PARA PODER APRECIA-LA EXISTENCIA DE GRUPO DE EMPRESAS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a veinticinco 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 4.105/96, interpuesto por el letrado don F.R.M., en nombre y representación de doña P.G.V. y de don R.H.C., contra sentencia del Juzgado de lo Social nº tres de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 323/95 se presentó demanda por 1) Don R.B.B., 2) Don J.M.A.S., 3) Don J.R.A.F., 4) Don C.B.P., 5) Don J.B.E. 6) Don N.B.G., 7) Don J.A.C.D., 8) Don C.C.P., 9) Doña E.C.B., 10) Don F.C.B., 11) Doña J.C.B., 12) Don S.C.A., 13) Doña M.C.C.D., 14) Doña M.D.S., 15) Don J.D.M., 16) Doña J.E.P., 17) Don E.F.C., 18) Don J.J.F.C., 19) Don L.A.G.B., 20) Don A.G.M., 21) Doña M.C.G.R., 22) Don R.G.S., 23) Don A.G.R., 24) Don J.L.G.T., 25) Doña E.J.R., 26) Doña E.L.C., 27) Don A.L.A., 28) Doña A.L.T., 29) Don J.M.M.F., 30) Don L.M.R., 31) Don J.M.B., 32) Doña C.M.M., 33) Don J.M.H., 34) Don L.A.P.A., 35) Doña C.P.P., 36) Don F.R.M., 37) Don E.R.P., 38) Don E.R.V., 39) Don J.F.R.M., 40) Don E.R.G., 41) Don A.S.M., 42) doña C.S.F., 43) Don R.S.G., 44) Doña L.M.S.N., 45) Don J.S.V., 46) Don M.I.S.B., 47) Don E.S.B., 48) Doña R.M.S.T., 49) Don J.T.S., 50) Don M.T.A., 51) Don M.T.I., 52) Don C.V.R. y 53) Don C.V.B., sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, frente a la empresa “A.F.A.R., S.A.”, a don R.H.C., a doña P.G.V., a los hijos de ésta: Don R., don A. Y don J.J.L.G. y al FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA). En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 31 de mayo de 1996 por el Juzgado de referencia, que estimó parcialmente la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Los demandantes vinieron prestando servicios con la antigüedad, categoría y salarios que figuran en el encabezamiento de la demanda -

y que se tienen por reproducidos- para la empresa “A.F.A.R. S.A.” (dedicada a comercio de ferretería al por mayor y al detalle), hasta que se dieron por extinguidos sus contratos con la misma por sentencia del Juzgado de lo Social nº Dos de Pontevedra de 12.07.94. 2º.- Mediante escritura pública de 05.09.73 se constituyó la Sociedad Anónima “Afar, S.A.”, por don A.R.R., doña C.H.C., don L.R.L.R., don J.V.V. y don M.B.L., por escritura de 08.06.77, se modifica la denominación de la Sociedad, girando en adelante bajo el nombre de “Afar, A.R., S.A.”. Por escritura pública de 15.12.92, se designa como Presidenta del Consejo a doña M.P.G.V., Secretario don R.L.G. y Vocal don A.L.G.; con anterioridad y desde 1981, vienen actuando, en virtud de la correspondiente elección, como Consejeros Delegados, los Sres. V.V. y B.L. 3º.- La empresa “Afar, A.R., S.A.”, ejerce la actividad comercial de venta al público en los almacenes situados en C/... (bajo, 1^a y 2^a planta), que fueron arrendados a la Sociedad el 29.06.91 por doña M.P.G.V., en calidad de tutora designada judicialmente el 04.10.89 de don L.R.H.C. El Sr. H.C. era propietario de la mayoría de las acciones de la Sociedad, por herencia de los fallecidos don A.R. y doña C.H. 4º.- Don R.C. y su esposa doña M.P.G.V., junto con los hijos de ésta, R., A. y J.J.L.G., vienen habitando desde hace años en el edificio de C/..., La electricidad de la vivienda se abona por la Sociedad, al existir un cuadro eléctrico un contador único para todo el edificio. La vivienda de tales demandados contaba con línea telefónica derivada de la del establecimiento comercial, como también existían tales derivaciones telefónicas en las viviendas de los Sres. V. y B., mientras fueron Consejeros Delegados. 5º.- Don R.H.C. tiene otra tienda de ferretería en la ciudad de..., que funciona bajo el nombre comercial de “AFAR”, según el rótulo que existe en la fachada del negocio, así como en las bolsas comerciales; diversos trabajadores de “AFAR”, a lo largo de los años, han prestado servicios en dicha tienda del Sr. H., bien en períodos prolongados, o bien para suplencias. la contabilidad de ambos establecimientos se llevaba por separado por el mismo contable. 6º.- Ninguno de los demandados abonó a los actores las cantidades que se reseñan en el hecho segundo de la demanda que se tienen por reproducidas. 7º.- Don J.J.L.G., es estudiante en la Escuela de Comercio Exterior de la Coruña desde el Curso 1993-94 hasta la actualidad. 8º.- “Afar, A.R., S.A.” fue declarada insolvente provisionalmente, por Auto del Juzgado de lo Social nº Dos de Pontevedra de fecha 29.11.95. 9º.- Se intentó, sin efecto, la conciliación ante el S.M.A.C.”.

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

“FALLO: Que estimando parcialmente la demanda, condeno solidariamente a “AFAR, A.R., S.A.” y a don R.H.C. a que abonen a los actores las cantidades siguientes: a R.B.B. CUATROCIENTAS TREINTA Y UNA MIL DOSCIENTAS CINCUENTA Y NUEVE (431.259'-) PESETAS; a J.M.A.S. TRESCIENTAS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTAS SEIS (342.406'-) PESETAS; a R.A.F. CUATROCIENTAS TRES MIL CUATROCIENTAS SESENTA Y SIETE (403.467'-) PESETAS; a C.B.P. TRESCIENTAS TREINTA Y NUEVE MIL VEINTISIETE (339.027'-) PESETAS; a J.B.E. CUATROCIENTAS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTAS OCHO (445.608'-) PESETAS; a N.B.G. TRESCIENTAS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTAS SEIS (342.406'-) PESETAS; a J.A.C.D. QUINIENTAS SIETE MIL OCHOCIENTAS SIETE (507.807'-) PESETAS; a C.C.P. SEISCIENTAS TREINTA MIL OCHOCIENTAS CINCUENTA Y SIETE (630.857'-) PESETAS; a E.C.B. TRESCIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y UNA (357.151'-) PESETAS; a F.C.B. CUATROCIENTAS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTAS OCHENTA Y SIETE (435.487'-) PESETAS; a J.C.B. TRESCIENTAS SESENTA Y CINCO MIL QUINIENTAS TREINTA Y OCHO (365.538'-) PESETAS; a S.C.A. TRESCIENTAS SESENTA Y OCHO MIL QUINIENTAS CINCO (368.505'-) PESETAS; a M.C.C.D. CUATROCIENTAS SESENTA Y CUATRO MIL TREINTA Y TRES (464.033'-) PESETAS; a M.D.S. CUATROCIENTAS CUARENTA Y UNA MIL TREINTA Y TRES (441.033'-) PESETAS; a J.D.M. SETECIENTAS VEINTIUNA MIL TRESCIENTAS NOVENTA Y UNA (721.391'-) PESETAS; a J.E.P. TRESCIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y UNA (357.151'-) PESETAS; a E.F.C. QUINIENTAS VEINTE MIL DOSCIENTAS CINCUENTA Y NUEVE (520.259'-) PESETAS; a J.J.F.C. TRESCIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y UNA (357.151'-) PESETAS; a L.G.B. TRESCIENTAS VEINTICINCO MIL TREINTA Y NUEVE (325.039'-) PESETAS; a A.G.M. CUATROCIENTAS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTAS DIECIOCHO (453.918'-) PESETAS; a M.C.G.R. TRESCIENTAS SETENTA Y UNA MIL OCHOCIENTAS NOVENTA Y UNA (371.891'-) PESETAS; a R.G.S. TRESCIENTAS SESENTA Y SEIS MIL DOSCIENTAS CINCUENTA Y UNA MIL (366.251'-) PESETAS; a A.G.R. QUINIENTAS OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTAS OCHENTA Y OCHO (588.688'-) PESETAS; a

J.L.G.T. TRESCIENTAS OCHENTA Y UNA MIL TRESCIENTAS SETENTA Y UNA (381.371'-) PESETAS; a E.J.R. CUATROCIENTAS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTAS DIECIOCHO (453.918'-) PESETAS; a E.L.C. CUATROCIENTAS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTAS OCHO (445.608'-) PESETAS; a A.L.A. CUATROCIENTAS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTAS OCHO (445.608'-) PESETAS; a A.L.T. TRESCIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y UNA (357.151'-) PESETAS; a J.M.M.F. CUATROCIENTAS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTAS OCHO (445.608'-) PESETAS; a L.M.R. CUATROCIENTAS CINCUENTA Y TRES MIL NOVECIENTAS DIECIOCHO (453.918') PESETAS; a J.M.B. TRESCIENTAS ONCE MIL CINCUENTA (311.050'-) PESETAS; a C.M.M. CUATROCIENTAS DIECISEIS MIL TRESCIENTAS CINCUENTA Y TRES (416.353'-) PESETAS; a J.M.H. TRESCIENTAS TREINTA Y NUEVE MIL VEINTISIETE (339.027'-) PESETAS; a L.P.A. TRESCIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y UNA (357.151'-) PESETAS; a C.P.P. QUINIENTAS CUARENTA Y DOS MIL TRESCIENTAS SETENTA Y DOS (542.372'-) PESETAS; a F.R.M. CUATROCIENTAS SESENTA Y CUATRO MIL TREINTA Y TRES (464.033'-) PESETAS; a E.R.P. DOSCIENTAS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTAS TREINTA Y SEIS (286.736'-) PESETAS; a E.R.V. QUINIENTAS MIL OCHOCIENTAS NOVENTA Y DOS (500.892'-) PESETAS; a F.R.M. SEISCIENTAS NUEVE MIL CIENTO NOVENTA Y DOS (609.192'-) PESETAS; a E.R.G. CUATROCIENTAS NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTAS NOVENTA Y OCHO (499.498'-) PESETAS; a A.S.M. CUATROCIENTAS SETENTA Y CINCO MIL NOVECIENTAS OCHENTA Y TRES (475.983'-) PESETAS; a C.S.F. CUATROCIENTAS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTAS OCHENTA Y OCHO (435.488'-) PESETAS; a R.S.G. TRESCIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA Y UNA (357.151'-) PESETAS; a L.M.S.N. TRESCIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL DOSCIENTAS CINCUENTA Y UNA (357.251'-) PESETAS; a J.S.V. QUINIENTAS TREINTA Y UNA MIL CUATROCIENTAS VEINTIOCHO (531.428'-) PESETAS; a M.S.B. QUINIENTAS SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTAS NOVENTA Y DOS (566.892'-) PESETAS; a E.S.B. TRESCIENTAS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTAS SETENTA (338.770'-) PESETAS; a R.M.S.T. TRESCIENTAS CINCUENTA Y SIETE MIL CIENTO

CINCUENTA Y UNA (357.151'-) PESETAS; a J.T.S. CUATROCIENTAS CUARENTA Y OCHO MIL SETECIENTAS CUARENTA Y OCHO (448.748'-) PESETAS; a M.T.A. SEISCIENTAS CINCUENTA Y NUEVE MIL CINCUENTA Y UNA (659.051'-) PESETAS; a M.T.I. TRESCIENTAS TREINTA Y NUEVE MIL VEINTISIETE (339.027'-) PESETAS; a C.V.R. OCHOCIENTAS CINCO MIL QUINIENTAS CINCUENTA Y CUATRO (805.554'-) PESETAS, y a C.V.B. QUINIENTAS OCHENTA Y TRES MIL DOSCIENTAS VEINTITRÉS (583.223'-) PESETAS. Se absuelve a doña P.G.V., a don J.J.L.G. y a don R.L.G., todo ello con la presencia procesal del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. Notifíquese... etc.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por los codemandados doña P.G.V. y don R.H.C., 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, después de estimar parcialmente la demanda, condena solidariamente a los demandados “AFAR, A.R., S.A.” y don R.H.C. a que abonen a los actores las cantidades que se concretan en la parte dispositiva, y absuelve a los también demandados doña P.G.V., don J.J.L.G. y don R.L.G., todo ello con la presencia procesal del Fondo de Garantía Salarial. Este pronunciamiento se impugna por la representación procesal de doña P.G.V. y don R.H.C., declarado éste incapaz judicialmente y representado por aquélla, construyendo el primero de los motivos de Suplicación al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, manifestando que presta su disconformidad con los hechos declarados probados 4º y 5º de la sentencia que recurre, haciendo una serie de consideraciones y valoraciones acerca del contenido de los mencionados ordinales, aduciendo la contradicción existente entre ellos y la prueba practicada, así como que existe otro hecho probado que no ha sido reflejado en la relación fáctica de la sentencia, que podría constituir una incongruencia omisiva, con grave indefensión para la recurrente y vulneración del art. 24 de la Constitución, con concreta referencia a la abundante prueba documental aportada a los autos por las partes y que acreditan de todo punto la inexistencia de confusión patrimonial entre ambos negocios, y que en las auditorias contables correspondientes a los ejercicios 1991, 1992 y 1993, practicadas sobre la contabilidad de la sociedad “AFAR, A.R., S.A.”, se manifiesta por los auditores no existir ni empresas asociadas ni empresas de grupo; alegando, así bien, que en la

ejecución de la sentencia de rescisión de los contratos de los trabajadores con la empresa “AFAR, A.R., S.A.”, ha sido requerido el recurrente, al igual que se requirió a todos los deudores, para que ingresara el importe de la deuda que mantenía con dicha empresa por importe de 7.216.029 pesetas, y que de la relación fáctica de la sentencia parece deducirse que se han tomado como hechos probados los recogidos en la sentencia dictada por esta Sala con fecha 7 de febrero de 1995, sin entrar a valorar a fondo la innumerable e importante prueba documental aportada y sin tener en cuenta que en dicho procedimiento los demandantes eran personas distintas a los actuales, siendo éstos, en aplicación del art. 1.214 del Código civil los que han de probar la existencia del predicho grupo de empresas; habiéndose limitado, afirma la recurrente, dicha actividad probatoria a la de un testigo que tiene interés contrapuesto a los demandados; estimando, en definitiva, que se ha producido una grave indefensión, en contra de lo dispuesto en el citado precepto del Código civil, al dejarse caer sobre la recurrente el peso de la carga de la prueba, convirtiéndose en una prueba “diabólica”, pese a la aportación de innumerables documentos que contradicen lo alegado por los demandantes.

No se propone por la parte recurrente texto alternativo alguno al recogido en el relato judicial, ni se concreta adición, supresión o rectificación de clase alguna; estando, por ello, construido el motivo con olvido de la más elemental de las exigencias legalmente previstas para su articulación -arts. 191, letra b), y 194.3, ambos de la Ley Adjetiva Laboral-, por lo que no puede alcanzar éxito, en criterio coincidente con el expuesto por la parte actora-recurrida en su escrito de impugnación. En definitiva, debe mantenerse, en su íntegro contenido, la situación fáctica descrita en la resolución supplicada.

SEGUNDO.- Bajo la denominación de “Infracción de normas sustantivas y de la Jurisprudencia”, sin cita de norma procesal de amparo -lo que no obsta a su examen-, se articula el segundo, y último, de los motivos, en el que la parte recurrente aduce, en primer término, que en la sentencia de instancia no se contemplan cuestiones que ha alegado en el acto del juicio; así, la excepción planteada respecto a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Pontevedra en los autos 477/94, en la que, con motivo de la demanda interpuesta por todos y cada uno de los trabajadores de la empresa “AFAR, A.R., S.A.” contra ésta, solicitando la rescisión de los contratos de trabajo, como consecuencia de los atrasos producidos en el pago de salarios, en cuyo procedimiento tan solo compareció como demandada la nombrada

empresa, y en la sentencia recaída se dio por resuelta la relación laboral existente entre los trabajadores, que lo son hoy también, y la repetida empresa; no estando presente en dicho procedimiento el recurrente, no pudiendo ser oído y vencido en juicio, y la consecuencia que de ello se deriva es la de que en ningún momento ha sido resuelta la relación jurídico laboral existente entre los codemandantes y el que recurre; también, continúa aduciendo, se extrae otra consecuencia que resultaría en todo caso aberrante, ya que en virtud de la presente sentencia, los efectos de la anterior, que se encuentra en fase de ejecución, serían extensibles al recurrente, lo que le causaría una gran indefensión con vulneración del art. 24 de la Constitución; resultando de este modo que de una misma relación jurídico-laboral se extraen dos resultados contradictorios; por un lado, es condenado sólo y exclusivamente “AFAR, A.R., S.A.”, al pago de las indemnizaciones por rescisión de los contratos, estando la sentencia en fase de ejecución, en gran parte ejecutada, habiéndose celebrado subastas, y por otro, resulta ser condenado, junto con la mencionada empresa, el recurrente, a pagar las cantidades resultantes, por considerársele empleador, que tienen su origen en la relación jurídico-laboral resuelta en el procedimiento en que no fue llamado a juicio. Entendiendo, por todo ello, que ha sido vulnerado el art. 1.252 del Código Civil y el principio de seguridad jurídica; haciendo referencia, a continuación, a la afirmación vertida en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia, relativa a que la juzgadora no concede valor a las resoluciones judiciales alegadas por las partes, en cuanto a la sentencia de rescisión porque en la misma no se planteó en ningún momento, y por tanto nada se decidió, sobre la existencia del grupo de empresa o empresario aparente; criterio que, alega la recurrente, choca con el seguido por la doctrina jurisprudencial en relación a la excepción de cosa juzgada positiva, alegada en el juicio oral, citando la sentencia del Tribunal Supremo, 4ª, de fecha 1991 (sic), la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña -Sala de lo Social-, de 18 de abril de 1991; lo que, dice la recurrente, ha de ponerse en relación directa con la doctrina de los actos propios, pues los demandantes tenían plena conciencia, cuando interpusieron la demanda de rescisión de sus contratos de que su empleador era “AFAR, A.R., S.A.”, voluntad confirmada en la fase de ejecución de la sentencia, con el requerimiento efectuado a la ahora recurrente, de que abonara la deuda que mantenía con dicha empresa; reiterando la recurrente que con la condena solidaria se está vulnerando el principio de seguridad jurídica y contraviniendo la doctrina de los actos propios. A continuación, y en cuanto al fondo de la cuestión planteada, alega que entiende vulnerado el art. 1, párrafos 1 y 2, del Estatuto de

los Trabajadores, así como el art. 1 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, y que también entiende vulnerada la doctrina del art. 1.195 y siguientes del Código civil relativos al Instituto de la compensación, al no haberse tenido en cuenta los documentos aportados por la representación de “AFAR, A.R., S.A.” y que acreditan deudas de algunos trabajadores con dicha empresa, a las que aludió en el motivo primero; y para analizar esta cuestión manifiesta el recurrente, que toma como base la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1990; transcribiendo a continuación fragmentos de la fundamentación jurídica de dicha sentencia, y en aplicación de ello, estima que no bastaría tan solo el hecho de que exista una colaboración entre la empresa antes nombrada y la tienda de ferretería del recurrente, como de hecho podía haberla en cuanto a suministro de mercancías, y que la tienda, como distribuidora de los productos comercializados por la repetida empresa, tuviera un rótulo con dicho nombre para determinar la existencia de un grupo de empresas, y que tampoco se da otra característica específica requerida jurisprudencialmente, como el funcionamiento íntegro o unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas; siendo abismal la diferencia entre ambos negocios, los que están regidos por personas distintas; resultando curioso que dentro de la propia sentencia, en relación con unos mismos hechos probados se extraen consecuencias distintas; no dándose tampoco otra característica fundamental, cual es la de trabajo indistinto o común, simultánea o sucesiva, ya que no se han identificado trabajadores que lo hicieran de entre los 54; resultando inimaginable que una plantilla de éste número hubiera prestado servicios laborales en la tienda del que recurre, que tiene en nómina dos empleados, sin que se probaran tampoco los períodos en que lo hubieran hecho; tampoco se da la característica de empresas aparentes; a continuación, la parte recurrente, comenta y extrae conclusiones de la sentencia dictada por esta Sala en el recurso 5.284/94, aportada por la parte actora, en relación con algunas afirmaciones vertidas en la fundamentación jurídica de la sentencia ahora recurrida, estimando que la incongruencia o contradicción en que incurre el juzgador produce una vulneración del principio de tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, que causa, una vez mas, indefensión -transcribe, nuevamente, parte de la fundamentación de la sentencia antes referida del Tribunal Supremo-; aduce, así bien, que su representado ha sido declarado incapaz, nombrándose tutora a su esposa, por sentencia de 4 de octubre de 1.989; haciendo mención, después, a la constitución y trayectoria de la tan mencionada Sociedad, y el hecho de que el

recurrente resultase accionista mayoritario de la misma, viene de la mano, al igual que la titularidad del negocio de ferretería, de la sucesión mortis causa de su causahabiente doña C.H.; no existiendo una actitud tendente a lograr el dominio pleno de la compañía, la que ha venido rigiéndose por un Consejo de Administración, formado por otros dos accionistas y la tutora del recurrente se vio obligada a retomar una actividad empresarial a la que era ajena: resultando, en definitiva, difícil justificar la responsabilidad solidaria del recurrente, con lo que no sólo se vulneran los principios fundamentales, sino que se le causa un gravísimo perjuicio económico que pone en peligro su sustento y el de su familia, ajena a cualquier tipo de responsabilidad, respecto a los trabajadores de “AFAR”.

TERCERO.- Del inmodificado relato fáctico de la sentencia recurrida son de destacar los siguientes datos: A) La empresa codemandada “AFAR, A.R., S.A.”, dedicada a la actividad de comercio de ferretería al por mayor y detalle, en los almacenes situados en la c/..., -bajo, 1^a y 2^a planta- de la ciudad de Pontevedra, locales arrendados a la sociedad el 29 de junio de 1991, por doña M.P.G.V., en calidad de tutora, designada judicialmente el 4 de octubre de 1989, de su esposo don R.H.C.; siendo éste propietario de la mayoría de las acciones de la sociedad, por herencia de los fallecidos don A.R. y doña C.H. B) El nombrado don R.H.C. tiene otra tienda de ferretería en la ciudad de Pontevedra, que funciona bajo el nombre comercial de “AFAR”, según el rótulo que existe en la fachada del negocio, así como en las bolsas comerciales; diversos trabajadores de “AFAR”, a lo largo de los años, han prestado servicios en dicha tienda del Sr. H., bien en períodos prolongados, bien para suplencias. La contabilidad de ambos establecimientos se llevaba por separado por el mismo contable. C) La empresa “AFAR, A.R., S.A.”, fue declarada insolvente provisional, por auto del Juzgado de lo Social nº dos de Pontevedra, de fecha 29 de noviembre de 1995. Fijada, en los términos expuestos, la situación litigiosa, resta ahora determinar si la obligación de hacer efectivas las cantidades adeudadas -no se cuestiona en este trámite procesal la realidad de los créditos de los actores- debe recaer sobre los codemandados “AFAR, A.R., S.A.” y don R.H.G., con responsabilidad solidaria, como proclama la sentencia recurrida, o si, por el contrario, aquélla responsabilidad debe ser impuesta, únicamente, sobre la entidad mercantil, exonerando de la misma al recurrente, como por éste se postula en el recurso.

Por reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial se ha venido declarando que, en los supuestos de

grupos de empresas, para que se dé la responsabilidad solidaria en el cumplimiento de las obligaciones laborales, es preciso que haya en el grupo confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección, e incluso, en alguna resolución, se exige el requisito de la utilización abusiva de la personalidad jurídica independiente de cada una de las empresas, en perjuicio de los trabajadores (sentencias del Tribunal Supremo de 22 y 30 de enero, 3 de mayo y 19 de noviembre de 1990 y 30 de junio de 1993). En este sentido se ha pronunciado esta Sala en sentencias de 5 y 15 de febrero de 1996.

Aplicada al supuesto litigioso la doctrina jurisprudencial que queda reseñada, en modo alguno, puede justificar la apreciación de un grupo de empresas, al no darse los presupuestos exigidos para su existencia, al ser insuficientes, a tal fin, las circunstancias que lo configuran, de las que debe resaltarse la irrelevancia de la afirmación de la prestación de servicios por diversos trabajadores en "AFAR" y en la tienda del recurrente, por su falta de concreción - nombres de los trabajadores de una y otra, períodos trabajados, motivo de la sustitución, etc.-; apareciendo, asimismo, carente de entidad el hecho de llevanza de la contabilidad, lo mismo que lo referente al nombre comercial. En definitiva, no se está en presencia de un grupo empresarial y, por ello, no puede surgir responsabilidad solidaria; y al haberlo apreciado y declarado de modo diverso el juzgador de instancia, su resolución es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige, por lo que procede, con estimación de éste, revocar el fallo censurado, en cuanto condena al recurrente de modo solidario con la codemandada "AFAR, A.R., S.A.", manteniéndolo en el resto de sus pronunciamientos; y en función de todo ello,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de don R.H.C. contra la sentencia de fecha treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y seis, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Pontevedra, en proceso sobre reclamación de cantidad, promovido por don R.B.B. y cincuenta y dos más, frente al recurrente, doña P.G.V., don R.L.G., don A.L.G., don J.J.L.G., la empresa "AFAR-A.R., S.A." y el Fondo de Garantía Salarial, debemos revocar y revocamos dicha resolución en cuanto condena al recurrente, solidariamente, con la nombrada empresa, al que absolvemos de las pretensiones deducidas en la demanda; manteniendo los restantes pronunciamientos del fallo recurrido. Hágase

devolución al recurrente del depósito necesario que ha constituido para recurrir.

2820 RECURSO N° 4.317/96

S. S.

RESPONSABILIDADES POR ACCIDENTE DE TRABALLO E DETERMINACIÓN DOS SUXEITOS RESPONSABLES, EN CASO DE CONTRATO DE OBRAS E SERVICIOS.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Rafaela Horcas Ballesteros

A Coruña, a veinticinco 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 n.º 4.317/96, interpuesto por IBERMUTUA, M.A.T.E.P. de la Seguridad Social, y FREMAP contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.N.B. en reclamación de incapacidad, siendo demandado las empresas "C.T., S.L.", "C.P.T., S.L.", "O.C.F., S.L.", la M.A.T.E.P. de la Seguridad Social, la Mutua "C." hoy absorbida por IBERMUTUA y el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos n.º 1/96 sentencia con fecha 4 de marzo de 1996, por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

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

"**PRIMERO.-** El actor don F.J.N.B., vino prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de las empresas codemandadas "C.T., S.L" y "C.P.T., S.L", desde el 12 de septiembre de 1994 en el centro de trabajo situado en la Urbanización... en Madrid, ostentando la categoría profesional de peón y percibiendo un salario mensual de 131.887 pesetas, incluida la prorrata de las pagas extraordinarias.-

SEGUNDO.- La codemandada “C.P.T., S.L.”, había sido contratada en el indicado centro de trabajo por la codemandada “O.C.F., S.L”, realizando en dicho centro los trabajos en las cubiertas de las 11 viviendas unifamiliares que en él se construyen.- TERCERO.- En fecha 14 de noviembre de 1994, cuando el actor se encontraba prestando servicios en el indicado centro de trabajo sufrió un accidente al estar ocupado en recoger la carga que transportaba la grúa perdiendo el equilibrio y cayendo al suelo desde una altura de 5 metros y permaneciendo en situación de incapacidad temporal derivada de dicha contingencia.- CUARTO.- El actor fue dado de alta en la Seguridad Social por la Empresa “C.P.T., S.L.”, el día 29 de noviembre de 1994.- QUINTO.-La codemandada “C.P.T., S.L.”, tiene concertado el riesgo de accidentes de trabajo con la Mutua demandada “Femap”. La codemandada “O.C.F., S.L.”, tiene concertado los riesgos de accidente de trabajo con la codemandada “Mutua “C.” hoy absorbida por Ibermutua”.- SEXTO.- La base reguladora de la prestación solicitada es de 4.396 pesetas diarias.- SÉPTIMO.- Se agotó la vía previa administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don F.J.N.B. contra las Empresas “C.T., S.L.”, “C.P.T., S.L.”, “O.C.F., S.L.” la Mutua de Accidentes de Trabajo nº 61 -FEMAP-, la Mutua “C.”, el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, debo declarar y declaro como laboral el accidente sufrido por el actor el catorce de noviembre de 1994 y en consecuencia, condeno de forma conjunta y solidaria a las Empresas “C.T., S.L.” y “C.P.T., S.L.” y subsidiariamente a la Empresa “O.C.F., S.L.” a abonar al actor la cantidad de setecientas cinco mil quinientas cincuenta y ocho pesetas en concepto de prestaciones económicas derivadas de incapacidad temporal, con el deber de la Mutua Femap y subsidiariamente de la Mutua “C.” de anticipar el pago de dichas prestaciones, declarando la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social.”.

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte codemandada, la Mutua IBERMUTUA y FEMAP 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 del Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, de 4 de marzo de 1996, seguido a instancia de don F.N.B. contra las empresas “C.T., S.L.”, “C.P.T., S.L.”, “O.C.F., S.L.”, el INSS, la TGSS y Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social (Femap) y Mutua “C.” (Ibermutua), por estas dos últimas. En primer lugar el recurso interpuesto por Ibermutua (aseguradora de la empresa principal “O.C.F., S.L.”), tiene como único motivo, al amparo del art. 191.c) LPL, la infracción por interpretación errónea del art. 127.1 y 126.2 de la L.G.S.S. interesando que se le declare exenta de responsabilidad y que la responsabilidad subsidiaria que se ha declarado en la sentencia contra la empresa principal “O.C.F., S.L.” se agote en sí misma. El recurso planteado por FEMAP (aseguradora de las empresas subcontratadas “C.T., S.L.” y “C.P.T., S.L.”, del cual era trabajador el accidentado) se ampara en infracción del art. 42 del ET, en relación con el art. 126.2 y 3 y 127.1 de L.G.S.S., según el art. 191.c) de la LPL, por considerar que en virtud de dichos artículos la responsabilidad de ambos empresarios y de ambas aseguradoras es solidaria y no subsidiaria y el deber de anticipar de ambas mutuas.

SEGUNDO.- Analizando ambos recursos ya que se amparan en el mismo motivo; al respecto señala la sentencia del T. Supremo de 29/12/98 (Rec. 859/98): “como recuerda otra sentencia de la propia Sala de lo social del T. Supremo de 11 de diciembre de 1995 (Rec. 1.608/95) el complejo cuadro de responsabilidades que surge en los supuestos de falta de afiliación, alta o cotización está compuesto por los siguientes elementos: 1) el empresario incumplidor de estos deberes es, en principio, el “responsable directo de las prestaciones previstas para remediar las consecuencias del accidente”; 2) “la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales tiene obligación de anticipar de manera inmediata el pago de tales prestaciones al accidentado, si el empresario responsable directo no lo hace”; 3) subsiste la responsabilidad indirecta de garantía de las prestaciones a cargo de la Entidad Gestora, para el supuesto de insolvencia del sujeto responsable de las mismas, sea la empresa sea la mutua patronal”; y 4) “el anticipo de prestaciones por parte de la Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales subroga en su caso a ésta en los derechos del accidentado, tanto frente al empresario responsable directo, como frente al INSS, responsable por vía de garantía”; lo cual se pone en relación con lo que dispone el art. 127.1 L.G.S.S., según dice: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 42 del ET, para las contratas y

subcontratas de obras y servicios...”, remitiéndonos a lo que dispone dicho artículo del Estatuto de los Trabajadores, señala la responsabilidad solidaria del contratista y del empresario principal, en el caso de subcontrata de obras o servicios, en las obligaciones tanto de naturaleza salarial como las referidas a la Seguridad Social. Es decir, que si el contratista ha incumplido sus obligaciones de alta, afiliación o cotización a la Seguridad Social, con los trabajadores a su servicio, en virtud de dicho artículo la responsabilidad del empresario principal es solidaria.

No se puede dejar aparte dicho párrafo del art. 127.1 de la L.G.S.S. por la remisión que hace en primer lugar “y sin perjuicio” de lo que señala el art. 42 del ET. La responsabilidad, por lo tanto de ambos empresarios, es solidaria, es decir, “C.T., S.L.” y “C.P.T., S.L.” indistintamente, puesto que era trabajador de ambas y “O.C.F., S.L.” como empresario principal. En virtud del principio de automaticidad de las prestaciones, aunque el empresario hubiera incumplido sus obligaciones, en caso de accidente laboral los trabajadores se consideran de pleno derecho en situación de alta consiguiendo así las prestaciones de la Seguridad Social, ni por lo tanto, quedan excluidas de la protección derivada de la relación de aseguramiento concertada entre la empresa incumplidora y la Mutua. Luego, por lo tanto, la responsabilidad de la empresa principal y de las subcontratistas es solidaria y directa como consecuencia de ello también es solidaria la responsabilidad de las Mutuas aseguradoras, tanto de la empresa principal como de la subcontratista. Admitiéndose en consecuencia el recurso planteado por FREMAP (aseguradora de las empresas subcontratadas “C.T., S.L.” y “C.P.T., S.L.”) y desestimándose el recurso planteado por Ibermutua (aseguradora de la empresa principal “O.C.F., S.L.”).

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por FREMAP y desestimando el recurso interpuesto por IBERMUTUA (Mutua “C.”), debemos revocar y revocamos la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Ourense, de fecha cuatro de marzo de mil novecientos noventa y seis y declaramos la responsabilidad solidaria de la Empresa “C.T., S.L.” y “C.P.T., S.L.” y la Empresa “O.C.F., S.L.”, las cuales deberán abonar al actor la cantidad de 705.558 ptas. en concepto de prestaciones económicas derivada de incapacidad temporal, con el deber de la Mutua FREMAP y de la Mutua “C.” (IBERMUTUA) de anticipar, solidariamente, dichas prestaciones, declarando la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS.

2821 RECURSO N° 1.700/99

S. S.

DETERMINACIÓN DO REEMBOLSO DE APORTACIÓN SOCIAIS POR PARTE DE COOPERATIVA A SOCIO TRABALLADOR DESPEDIDO DE FORMA IMPROCEDENTE.

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

A Coruña, a veintiséis 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. 1.700/99, interpuesto por “C.R.A., S.C.L.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.E.V.G. en reclamación de salarios, siendo demandado “C.R.A., S.C.L.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 366/98 sentencia con fecha 13 de enero de 1999, por el Juzgado de referencia, que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El actor fue socio trabajador de la demandada desde el 1 de setiembre de 1985, desarrollando la función de profesor de EGB. Con fecha 21 de octubre de 1988 se celebró acto conciliatorio ante el juzgado de lo social número dos de La Coruña en el que la empresa reconoce la improcedencia del despido del actor indemnizándole en forma legal.- **SEGUNDO.-** Con fecha 21.07.89 el actor formula demanda interesando la devolución de las aportaciones obligatorias del actor, demanda desestimada por el juzgado número tres en sentencia de 3 de octubre de 1989, en tanto que los estatutos de la Cooperativa prevén para el reembolso un plazo de cinco años.- **TERCERO.-** En el año 1994 interpone nueva demanda vista en el mismo

juzgado y dictándose sentencia estimatoria en parte, anulada posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia en la de 25 de abril de 1997.- CUARTO.- El actor aportó a la sociedad cooperativa un total de 2.500.000 ptas. como aportación obligatoria.- En la fecha de su cese, el capital social de la Cooperativa ascendía 67.249.950 ptas. En los ejercicios anteriores las pérdidas supusieron la cantidad de 21.111.678 ptas. En el ejercicio que se examina se elevan a 4.516.675 ptas., siendo el total del capital social de 41.621.597 ptas.- En la fecha de la baja el número de socios era de 21, por lo que las participaciones en pérdidas alcanza la cantidad de 1.220.397 ptas. a cada uno.- QUINTO.- En concepto de subvenciones al capital percibidas de Organismos Públicos la cooperativa ingresó 27.412.413 ptas.”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando en parte la demanda formulada por don J.E.V.G., condenando a la demandada “C.R.A., S.C.L.” a abonarle la cantidad de tres millones doscientas ochenta y siete mil trescientas treinta y cuatro pesetas (3.287.334 ptas.) más los intereses devengados hasta la fecha efectiva del pago, aplicándole el interés del Banco de España más dos puntos.”

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.- El actor fue socio trabajador de la Cooperativa demandada desde 1985, desarrollando la función de profesor de EGB. Con fecha 21 de octubre de 1988 se celebró acto de conciliación ante el Juzgado correspondiente, en el que la empresa reconoció la improcedencia del despido del actor indemnizándole en forma legal. Habiendo solicitado la devolución de las aportaciones obligatorias, la sentencia de instancia estima parcialmente la demanda y condena a la Cooperativa demandada a abonar al actor la cantidad de 3.287.334 Ptas., más los intereses devengados hasta la fecha efectiva del pago, aplicándole el interés del Banco de España más dos puntos.

Dicha resolución es recurrida por la Cooperativa para denunciar la infracción por violación del artículo 80.a) y 85.1 y 2.b) de la vigente Ley de Cooperativas, en relación con el artículo 72.1, 83 y 87 del mismo Texto legal y los artículos 14 y 16 de los Estatutos de la Cooperativa, alegando, en síntesis, que el mencionado artículo 80

únicamente dispone el derecho de los socios que causan baja al reintegro de sus aportaciones obligatorias y voluntarias al capital social, sin que se remita al monto total de los activos de la sociedad, en consecuencia las subvenciones al capital concedidas por el erario público no forman parte de las aportaciones al capital social, por lo que la cantidad que corresponde reembolsar al actor asciende únicamente a 1.981.981 Ptas.; También se denuncia, respecto a los intereses, la infracción por violación del artículo 14, párrafo último de los Estatutos Sociales, en relación con el artículo 80.c) segundo párrafo de la ley General de Cooperativas de 2 de abril de 1987 y sentencia del Tribunal Supremo de 21-2-1994 dictada en unificación de doctrina, alegando que en su petición inicial el actor solicitaba el reembolso de 5.200.000 Ptas., siéndole estimadas únicamente 3.287.334 Ptas., que es objeto de recurso por incluir en ella subvenciones a la Cooperativa concedidas por el erario público, por lo que tratándose de una cuestión controvertida no puede ser sancionada la demandada con el pago de intereses.

La cuestión debatida se centra en determinar si para el reembolso de las aportaciones sociales, lo que los litigantes denominan “parte social”, se han de incluir o no las subvenciones al capital percibidas de Organismos Públicos, por cuyo concepto, en el caso de autos, la Cooperativa ingresó 27.412.413 Ptas. Pues mientras la sentencia de instancia considera que dichas subvenciones han de sumarse para calcular el reintegro del reembolso social del socio trabajador, la Cooperativa entiende, por lo arriba expuesto, que no han de formar parte de dicho reembolso.

El artículo 80 de la Ley General de Cooperativas de 1987, vigente en la fecha del hecho causante, asigna a los socios el derecho al reembolso de las aportaciones y el artículo 14 de los Estatutos de la Cooperativa regula tal derecho estableciendo que en los casos de pérdida de la condición de socio, éste o sus derechohabientes, están facultados para exigir el reembolso de la parte social, cuyo valor será estimado sobre la base del balance del ejercicio en el que se produzca la baja, una vez que aquél sea aprobado por la asamblea general, incluyéndose en el cómputo las reservas voluntarias repartibles.

Así pues, de los referidos preceptos se infiere que el derecho económico de los socios, en el caso de baja individual en la cooperativa, no consiste en la parte que les hubiera correspondido en el haber social, como si las cooperativas fuesen sociedades mercantiles, sino en la restitución de sus aportaciones al capital social con las actualizaciones que procedan, de lo que se colige

que las subvenciones recibidas por la Cooperativa de Organismos Públicos no forman parte de las aportaciones a que se refiere el artículo 80 de la Ley general de Cooperativas, y por tanto no son reintegrables a los socios. Así lo ha entendido esta Sala en la sentencia de 7 de junio de 1995 (Rec. 2.182/1995) al señalar "...el capital a reintegrar la Cooperativa demandada a la demandante no es el postulado en la demanda ya que del capital social debe deducirse la subvención, por importe de doscientas cuarenta mil pesetas, del Servicio de Extensión Agraria, que no es susceptible de reembolso por emanar del erario público..."; en idéntico sentido se pronuncia la sentencia del T.S.J. de Cantabria de 8 de marzo de 1995 (Rec. 971/1994) "...los socios tienen derecho al reembolso de sus aportaciones actualizadas en caso de baja de la Cooperativa, no a la parte alícuota dimanante del reparto del haber social..."

Siendo la aportación del actor, según la incombustible relación histórica de la resolución recurrida, de 2.500.000 Ptas., en el año 1985, y según balance de 1988, fecha de su cese, su valor de 3.202.378 Ptas. – resultante de dividir en la fecha del cese (21 de octubre de 1988) el capital social de 67.249.950 Ptas. por el número de socios, que en dicha fecha era de 21; y siendo las pérdidas de ejercicios anteriores y del propio ejercicio de un total de 41.621.597 Ptas., resulta un capital por socio, a los meros efectos de aportaciones, de 1.981.981 Ptas., que se obtienen de la aportación del actor, actualizada según balance del capital social (3.202.378 Ptas.) menos la participación del actor en las pérdidas (41.621.597:21 socios = 1.220.397 Ptas.) lo que da aquél resultante de 1.981.981 Ptas.

Por lo que atañe a la discusión sobre los intereses ha de estarse, una vez más, a lo establecido en los Estatutos de la Cooperativa, en concreto a lo establecido en el citado artículo 14 que regula aquel reembolso, con derecho a percibir el interés básico del Banco de España más dos puntos, a contar desde la fecha de la baja. En este caso es acertado el criterio del Juzgador de instancia al estimar que no es aplicable el principio "in iliquidis non fit mora", al tratarse de doctrina elaborada en relación con el artículo 29 del E.T., norma legal que no es aplicable a los socios trabajadores de cooperativas, ni siquiera de forma supletoria, al regirse por sus propios Estatutos.

En consecuencia procede estimar en parte el recurso de Suplicación formulado por la Cooperativa en el sentido de que la cantidad a reembolsar asciende a 1.981.981 Ptas., más los intereses devengados desde la fecha de la baja, aplicándole el interés del Banco de España incrementado en dos puntos.

Fallamos

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación formulado por el "C.R.A., S.C.L.", contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de A Coruña, de fecha 13 de enero de 1999, debemos revocar, en parte, la expresada resolución en el sentido de que la cantidad a abonar al actor por parte de la Cooperativa demandada asciende a 1.981.981 Ptas., sobre cuya cantidad han de aplicarse los intereses en los términos que se pronuncia la resolución recurrida, sobre cuyo extremo se confirma.

2822 RECURSO N° 3.420/96

S. S.

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO
EMPRESARIO DERIVADA DO
INCUMPRIMENTO DOS SEUS DEBERES EN
MATERIA DE PREVENCIÓN DE RISCOS
LABORAIS.**

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

A Coruña, a veintisiete 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 3.420/96 interpuesto por la actora doña M.P.C.M., que litiga para si y como representante legal de su hija menor A.S.C. y por don R.S.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.P.C.M., que litiga para si y como representante legal de su hija menor A.S.C. y por don R.S.C., en reclamación de daños y perjuicios, contra la empresa "H.G., S.A." y el INSTITUTO SOCIAL DE LA MARINA, habiéndose celebrado en su día acto de vista, y dictándose sentencia de fecha 13 de mayo

de 1996 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en dicha sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes: 1.- La actora, M.P.C.M., nacida el 08.07.51 y con D.N.I. nº..., es viuda de J.S.F., nacido el 02.10.51 y fallecido el 11.06.95, con el cuál había contraído matrimonio en fecha 20.02.77 y de cuya unión hubo y viven dos hijos, R. y A., nacidos respectivamente el 16.11.77 y el 09.02.87, los cuales conviven con la demandante. 2.- El esposo de la actora estaba afiliado al R.E. del Mar de la Seguridad Social con el nº... y venía prestando servicios como engrasador para la empresa "H.G., S.A." en el buque "E.M.", dedicado a la pesca de altura, desde el 11.02.88, percibiendo un salario mensual prorratoeado de 114.742 ptas. 3.- El causante, revisado y declarado apto para embarcar por el Servicio de Sanidad Marítima de Vigo, dependiente del I.S.M., el 19.08.94 hasta el 19.08.96, embarcó en el indicado buque de la citada empresa para faenar en los bancos de pesca del Mar de Barents, en la costa de Noruega. 4.- A las seis horas del día 09.06.95, hallándose el barco a unas 370 millas de la costa más próxima, el esposo de la actora se presentó en el puente ante el capitán quejándose de un fuerte dolor en todo el abdómen, con el abdómen hinchado, dolor en todos los puntos al presionar, temperatura de 36º y 84 pulsaciones por minuto. A las 6,15 horas el capitán llama al Centro Radio Médico Español y, guiado por el médico, explora al actor, tumbado este panza arriba, presentando desde hacia 2 ó 3 horas dolor abdominal periumbilical continuo no irradiado, postura antiálgica encogido, estreñimiento desde hace unos tres días, conjuntivas algo amarillas desconociendo si era su color normal, orina normal, abdómen globuloso sin defensa, sin náuseas ni vómitos y con gases, anorexia y algo de frío, recomendando el médico observación, dieta absoluta, sólo líquidos suaves y reposo absoluto, y volver a llamar en cuatro horas o antes si era preciso. 5.- A las 11 horas la temperatura se mantiene, el pulso sube a 100 por minuto, orina de color coñac y persiste el dolor repartido por todo el abdómen. Llaman al Servicio Médico antes indicado refiriendo un cuadro estacionario que no se define, sospechando el médico que se trate de una manifestación hepática de su anterior abuso alcohólico y recomienda seguir el plan antedicho y tomar buscapina, un comprimido cada seis horas y llamar en 24 horas o antes si precisa. 6.- En el barco continúan observando al causante y a las 17 horas la temperatura es 36 y el pulso 100/110 y se le administra un segundo comprimido de buscapina. A las 23 horas se le da un tercer comprimido, la temperatura era de 36,4 y el pulso 105, sólo tenía dolor al moverse y al

palparlo y sólo en la mitad inferior del vientre, continuando éste hinchado pero sin dureza. A las cinco horas del día 10.06.95 la temperatura es de 36,5, pulso de 110 y continúa el dolor e hinchazón administrándole otro comprimido. A las 10 horas la temperatura es de 36,3, pulso 115-120, continúa la hinchazón y dolor al palparlo y moverse, sobre todo en el lado izquierdo, orina de color coñac. 7.- A las 10,30 el capitán contacta por tercera vez con el Gentero Radiomédico de Madrid cuyo facultativo constata, por los datos que se le facilitan desde el barco, que sigue el dolor continuo sólo con movimiento pero no si está tumbado y concentrado en el abdómen inferior, sobre todo el izquierdo. A la palpación dolor en fossa iliácea izquierda desde hace 24 horas. Vientre globuloso, no defeca, orina colúrica, no ictericia ni náuseas ni vómitos ni fiebre. Pulso 115, dieta absoluta. "Recomienda, debido a la incertidumbre en la evolución, sea llevado a tierra para observación y diagnóstico, suspender buscapina, dieta líquida, para dolor nolotil, máximo cuatro comprimidos al día y llamar si cambia cuadro o empeora el enfermo y en 24 horas" y reseña el médico que: "No parecen con intención acercarle a tierra de momento". 8.- El buque pone rumbo de aproximación a "H.". A las 15 horas, temperatura 35,5, pulso 115, continúa con las mismas condiciones anteriores, sin dolor en reposo, sin defecar ni ventosear, vientre hinchado y no duro y no se le da medicación. A las 17 horas las condiciones son las mismas y la temperatura 36,2 y el pulso 120. A las 22 horas la situación se mantiene con 36 de temperatura y 115 de pulso. Desde las 11 horas toman rumbo de aproximación a "H." y van dando arrancadas y arrastrando mientras intentan ponerse en contacto con los agentes de allí, lo que no consiguen por ser sábado. A las 24 horas del día 10.06.95 viran las redes y ponen rumbo a dicho puerto, manteniéndose el estado del esposo de la actora. 10 minutos más tarde, éste se levanta para ir al baño, lo que venía haciendo cada 4 ó 6 horas y al volverse a acostar se queja de que le duele en reposo y se le administra una cápsula de nolotil, siendo la primera y única que tomó. 9.- Sobre las dos horas del día 11.06.95, esto es, dos horas después el esposo de la actora dice encontrarse incómodo en cama, se levanta y se sienta en una silla, empezando a perder repentinamente la respiración y el pulso. En ese momento contactan de nuevo con el servicio médico que recomienda maniobras de reanimación y en el barco se hacen respiración forzada y masaje cardíaco, tomando temperatura y comprobando que las pupilas están dilatadas y fijas, no reaccionando a la luz ni al contacto. Continúan las maniobras de reanimación aunque ya no hay pulso y baja la temperatura corporal y a las 2,45 ya no hay signos vitales y a las 3,10 desisten, aconsejados por el médico, de

reanimarlo. El médico les aconseja sobre la conservación del cadáver. 10.- A las 12 horas del 11.06.95 el capitán levanta acta de defunción y el 12.06.95 en Noruega un facultativo de "H.", con el relato del capitán y observación del cadáver, al que no consta que se le haya practicado autopsia, emite el siguiente "intento de diagnóstico: ¿Aneurisma por rotura abdominal?", no constando acreditada la causa de la muerte. 11.- En mareas anteriores, el esposo de la actora había tenido problemas de estreñimiento, llevando a tomar evamol 4 ó 5 días seguidos. 12.- A las 10,30 horas del día 10.06.95 el capitán pone el buque rumbo a "H.", al sur de su posición, situado a unas 370 millas pero ante la falta de comunicación con los agentes de allí e informado por el Inspector de pesca de que existe un hospital en "L.", un pueblo más cercano situado al noroeste, se dirige hacia allí, pero a las 16 horas, valorando que allí pueda existir hielo, retoma el rumbo a "H.". Durante todo este tiempo siguen pescando y viajando a 3 - 5 nudos, lo que se mantiene hasta las 24 horas del día 10.06.95, hora en la que se viran las redes y viajan a 11,5 nudos. 13.- En "B.", cerca de "H.", existe una base de helicópteros de salvamento para el Mar de Barents, con un radio de autonomía de 240-250 millas, con gran eficacia y una velocidad de 100-110 nudos/horas. El capitán no llamó a este servicio. 14.- El 29.12.95 presentó la actora reclamación previa ante el I.S.M., que le fue desestimada por silencio administrativo. Asimismo, el 18.01.96 presentó papeleta de conciliación ante el S.M.A.C. frente a la empresa, que se celebró el 02.02.96 con el resultado de sin avenencia, presentando demanda el 13.03.96 frente a ambos solicitando una indemnización de 30 millones de pesetas para ella y sus hijos.

TERCERO.- La parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por M.P.C.M., en su propio nombre y en representación de sus hijos R. y A.S.C., contra el Instituto Social de la Marina y la empresa "H.G., S.A.", debo absolver y absuelvo a dichos demandados de las pretensiones contra ellos 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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por la actora doña M.P.C.M., que litiga para si y como representante legal de su hija menor A.S.C., y por don R.S.C.,

absolviendo libremente de la misma a todos los demandados. Y contra este pronunciamiento recurren los referidos demandantes articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la modificación del numeral quinto de los hechos declarados probados para que se adicione al mismo lo siguiente: "A pesar de que en el informe del Servicio Médico no se recoge el dato de que a las 11 h. del 9/6/95 la orina es colúrica (color coñac), el Capitán en el Diario de Navegación afirma que este dato, sí se le comunicó al Servicio Médico". La adición que se postula no resulta acogible, pues no concreta un hecho en base a una determinada prueba documental o pericial, sino que se limita a intentar reflejar una posible contradicción por omisión entre el informe del Servicio Médico y lo plasmado por el Capitán en el libro Diario de Navegación.

SEGUNDO.- Con el mismo amparo procesal formula los recurrentes un segundo motivo de suplicación en el que interesa la modificación del numeral octavo de los declarados probados en el sentido que expresa en su escrito de recurso. Modificación que no resulta acogible, por cuanto la redacción de los Hechos Declarados Probados es de primaria competencia y responsabilidad del juzgador de instancia, no estando legitimada una parte para proponer su modificación en lo puramente formal, sin variación sustancial de su contenido fáctico, que solo procederá, además, en cuanto se ajuste a las previsiones del art. 191.b) de la LPL. Por consiguiente, la revisión que se propone en el motivo, en cuanto encierra simplemente una forma distinta de declarar probado el mismo contenido fáctico que ya figura en el relato de hechos de la sentencia de instancia, resulta inadmisible, máxime cuando lo que se pretende es una nueva y particular transcripción del Libro Diario de Navegación, al margen de otros medios probatorios que el Magistrado de instancia también ha tenido en cuenta, y que ha valorado conjuntamente con la referida prueba documental de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 97.2 LPL).

TERCERO.- El tercero de los motivos de recurso pretende, igualmente, con amparo en el art. 191.b) de la LPL, la modificación del numeral décimo del relato fáctico para que se adicione al mismo el contenido que señala en base a los informes de los peritos médicos obrantes a los folios 38 a 45 de las actuaciones, y que se refiere a que el Sr. O.F. presentaba síntomas de un "cuadro de abdomen agudo", así como las causas que pueden producirlo. Motivo que tampoco prospera, por cuanto el Juzgador a quo ya tuvo en cuenta dichos informes periciales, rechazándolos por fundarse en meras conjeturas o

probabilidades, y ateniéndose al diagnóstico inicial emitido en Noruega por el facultativo de "H." que reconoció el cadáver y certificó su defunción señalando como intento de diagnóstico: "aneurisma por rotura abdominal?", no constando acreditada la causa de la muerte", sin que tal conclusión -aceptada por el Magistrado de instancia- pueda reputarse como ilógica, arbitraria o irrazonable (arts. 632 LEC y 97.2 LPL), dsado(sic) que al cadáver del fallecido Sr. O.F. no se le realizó autopsia, y que los facultativos que emitieron el dictamen de "cuadro de abdomen agudo", no llegaron a reconocerlo.

CUARTO.- Con base en el repetido art. 191.b) de la LPL, articulan los recurrentes un cuarto motivo de suplicación en el que interesan la modificación del numeral duodécimo del relato de hechos, para que se adicione al mismo todo el contenido que señala en su escrito de recurso y que se refiere, básicamente, a la declaración por telex remitido el 16.04.96 por el Primer Oficial del buque "E.M.", en la que informa a la empresa de lo sucedido los días 9 y 10 de junio de 1995 y transcripciones del Libro Diario de Navegación. La modificación que se propone no puede tener favorable acogida por una doble consideración: la primera, porque las manifestaciones del Primer Oficial, aunque se encuentren recogidas en un telex, no constituyen prueba hábil a efectos revisorios, en virtud de lo dispuesto en el art. 191.b) de la LPL, que se refiere a las pruebas documentales y periciales practicadas, no a una testifical encubierta de documental. Y la segunda, porque el contenido del Libro Diario de Navegación ya ha sido tenido en cuenta por el Juzgador a quo y reflejado en la descripción de hechos que realiza, sin que la redacción propuesta por la recurrente venga en este punto a añadir nada sustancial.

QUINTO.- Con idéntica cita procesal formula los demandantes un quinto motivo revisorio, en el que interesan que se adicione al hecho decimotercero todo lo que relata en su escrito de recurso, y que ha de ser parcialmente acogido en el sentido siguiente: "Las condiciones meteorológicas eran buenas. De haberse llamado a los servicios de helicópteros la evacuación se habría llevado a cabo (si no existiesen otros contratiempos), en el plazo máximo de 12 horas". La aceptación parcial de la adición propuesta deriva del informe pericial obrante en las actuaciones, ratificado en el acto del juicio (folios 117 a 122), debiendo rechazarse, por el contrario, en lo restante, al constar ya lo fundamental en el hecho impugnado y pretender introducirse una serie de datos que más que hechos constituyen valoraciones jurídicas.

SEXTO.- Ya en sede jurídica sustantiva, y al amparo del art. 191.c) de la LPL, articulan los

recurrentes un sexto motivo de suplicación relativo al examen del derecho aplicado, en el que denuncia infracción por no aplicación de los arts. 43 y 106.2 CE; 7 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986; 98 de la LGSS de 1974; 38 y 41 de la vigente LGSS; 1, 28 y 29 del Decreto 2.864/1974, de 30 de agosto, que regula el Régimen Especial de Trabajadores del Mar; 4.b), 6.1 y 9 del Convenio nº 164 de la O.I.T. de 24 de septiembre de 1987, ratificado por Instrumento de 15 de enero de 1991, sobre Protección de la Salud de la gente del mar (BOE de 21.01.1991); 7, 9 y 13.a) del Convenio nº 165 de la O.I.T. de 9 de octubre de 1987, ratificado por Instrumento de 11 de junio (BOE de 27.03.92); 4 y 6 del RD de 18.06.1982, sobre Autopsias clínicas, que desarrolla la Ley de 21.06.1980, todo ello por entender que concurre responsabilidad en el demandado ISM, en base a una defectuosa prestación de asistencia sanitaria, al formar parte de la misma -a su juicio- el Servicio Radiomédico, y no haberse hecho constar por el facultativo de dicho servicio, a las 11 horas de la mañana del día 09.06.95, los datos precisos del estado que presentaba el enfermo (color de la orina, pulso, temperatura, ruidos abdominales irradiación del dolor etc..), y si el capitán no se los proporcionó estaba obligado a recabarlos y, en todo caso, a garantizar la salud del enfermo. Por ello, a partir de dichas 11 horas del 09.06.95 comenzó -a tenor de lo expuesto en el Libro Diario de Navegación- una actuación profesional deficiente, pues en el informe médico ya no se hizo constar que las pulsaciones suben de 84 a 100 por minuto y que la orina era colúrica, dejando el facultativo en manos del capitán, durante 24 horas, a un enfermo de abdomen agudo. La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar, pues la recurrente pretende fundamentar la responsabilidad de la Entidad Gestora en una supuesta prestación defectuosa de asistencia sanitaria, practicada a través del Servicio Radiomédico dependiente del ISM, sobre la base de un conjunto de conjeturas y de su particular valoración de los hechos declarados probados. En efecto, del relato fáctico para nada se desprende que la comunicación que se produjo, a las 11 horas del día 09.06.95, entre el capitán del buque "E.M." y el facultativo del Servicio Radiomédico, hubiera comportado por parte de éste una actuación profesional negligente o contraria a su "lex artis", por no recabar los datos precisos acerca del estado que presentaba el enfermo y, en definitiva, por no haber recomendado en ese momento la evacuación del tripulante. Y es que del hecho probado quinto resulta claramente que lo referido al facultativo fue "un cuadro estacionario no definido, sospechando el médico que se trataba de una manifestación hepática de su anterior abuso alcohólico, recomendando seguir el plan ya dicho

anteriormente, tomar buscapina y llamar en 24 horas, o antes si fuera preciso”, es decir, nada se declara probado a propósito de que no recabara -o no se le facilitaran- los síntomas precisos que presentaba el enfermo, ni mucho menos que, sin posibilidad de reconocerlo directamente por encontrarse en un buque en alta mar, lo hubiera dejado en manos del capitán padeciendo un “abdomen agudo”, ya que tal diagnóstico -del que la recurrente parte haciendo supuesto de la cuestión- nunca llegó a concretarse, ni siquiera después de producido el fallecimiento. Por ello, no cabe apreciar una actuación médica defectuosa en las recomendaciones dadas por el facultativo al capitán a las 11 horas del día 09.06.95, pues en ese momento sólo habían transcurrido cinco horas desde que el esposo de la actora se había sentido indisposto; la evolución del enfermo no aparecía definida en aquellos momentos, y los datos sobre la sintomatología que presentaba eran transmitidos por persona lega en medicina, sin que además, como ya se dijo, el facultativo del Servicio Radiomédico tuviera la posibilidad de reconocerlo directamente.

La recomendación de espera ante un cuadro como el descrito, que en ese momento aparecía como estacionario, no permite apreciar infracción legal alguna determinante de la obligación de indemnizar a cargo del demandado ISM, ya que cuando posteriormente -a las 10,30 horas del día siguiente- el capitán del buque se puso en contacto nuevamente con el Centro Radiomédico de Madrid, el facultativo que le atendió, “ante los síntomas que continuaba presentando el enfermo y la incertidumbre de la evolución, recomendó entonces que fuese llevado a tierra para observación y diagnóstico”, lo que en modo alguno evidencia la existencia de culpa ni puede calificarse como una defectuosa prestación de asistencia médica generadora de la aludida obligación de indemnizar, máxime cuando el control directo de la situación era ajeno a la Entidad Gestora codemandada. La desestimación, por tanto, en este punto de la demanda ha de reputarse correcta y ajustada a derecho.

SÉPTIMO.- El séptimo motivo de recurso denuncia infracción por no aplicación de los arts. 7, 9, 13.a) del Convenio nº 165 de la O.I.T. de 9 de octubre de 1987, ratificado por Instrumento de 11 de junio (BOE de 27.03.92); 4.b), 6.1 y 9 del Convenio nº 164 de la O.I.T. de 24 de septiembre de 1987, ratificado por Instrumento de 15 de enero de 1991, sobre Protección de la Salud de la gente del mar (BOE de 21.01.1991); 4.2.d) y 19 del ET; 7.2 y 10. 1 de la O.S.H.T. de 09.03.1971; 127.3 de la vigente LGSS, y arts. 1.101 al 1.107, 1.902 y 1.903 del C.C., todo ello sobre la base de sostener la responsabilidad de la empresa codemandada por la actuación negligente del

capitán desde las 10,30 horas del día 10.06.1995. La censura jurídica que se denuncia debe prosperar, pues es un hecho indiscutido y probado, que a las 10,30 horas del día 10.06.95, el capitán del buque “E.M.” se puso por tercera vez en contacto con el Centro Radiomédico de Madrid, cuyo facultativo, “ante los síntomas que continuaba presentando el enfermo y la incertidumbre de la evolución, le recomendó que fuese llevado a tierra para observación y diagnóstico”, así como que suspendiese el tratamiento de buscapina, dieta líquida, en caso de dolor que le suministrase “Nolotil”, y que llamase de nuevo en el supuesto de cambiar el cuadro o de que empeorara el enfermo, añadiendo el médico en el historial clínico que: “No parecen con intención de acercarle a tierra de momento”. Pese a esta recomendación, el capitán de barco continuó pescando bajo su responsabilidad, dando arrancadas y arrastrando a una velocidad de 3,5 nudos; primero, hacia el puerto de “L.” y después cambiando el rumbo en dirección hacia “H.”, cuando lo prioritario y prudente era la evacuación del tripulante a fin de intentar proporcionarle la adecuada asistencia sanitaria que necesitaba. Y es que según se desprende de la prueba pericial practicada, y se constata en el hecho trece del relato fáctico, en “B.”, cerca de “H.”, existe una base de helicópteros de salvamento para el Mar de Barents, con un radio de autonomía de 240 a 250 millas, con gran eficacia y una velocidad de 100 a 110 nudos por hora a la que el capitán del barco no llamó, de tal modo que de haberse puesto en contacto con dicho servicio de helicópteros, -siendo además las condiciones meteorológicas buenas-, la evacuación se habría llevado a cabo en el plazo máximo de 12 horas”, pues desde las 10,30 horas en que el Servicio Radiomédico recomendó dicha evacuación, si el barco hubiera suspendido las labores de pesca y puesto rumbo hacia “H.”, como era procedente, el punto de encuentro con los helicópteros -que se encontraba a 107 millas del lugar donde en ese momento navegaba- se hubiera producido a las 19h.48m., desplazándose el barco a la velocidad de 11,5 nudos. A su vez, el helicóptero tardaría en regresar a su base unas 2 horas 24 minutos, con lo que aproximadamente a las 22 horas 12 minutos el Sr. S.F. estaría recibiendo la asistencia médica adecuada, es decir, habría llegado con vida unas cuatro horas antes, si se tiene en cuenta que su fallecimiento se produjo a las 2,45 horas del día 11.06.95. Es evidente, por tanto, que la actuación del capitán fue claramente negligente, al desatender por completo las recomendaciones del facultativo del Servicio Radiomédico, sin llegar a intentar siquiera la evacuación del tripulante para proporcionarle la adecuada asistencia médica que necesitaba, con posibilidades de salvar su vida, lo que comporta la existencia de un ilícito laboral por

incumplimiento del deber empresarial de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en el medio laboral; obligaciones éstas que forman parte del contenido esencial del contrato de trabajo y cuya observancia viene establecida en los arts. 40.2 CE, 4.2.d) y 19.1 del ET, así como en los arts. 7.2 y 10.1 de la O.S.H.T. de 09.03.1971, a la sazón vigentes, (hoy arts. 2.2, 14 y concordantes de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales). Dicho incumplimiento coloca al empresario como sujeto responsable de la obligación de indemnizar (art. 1.101 y concordantes del C.C.), pues él es el deudor de seguridad hacia el trabajador en los términos de introducir y adoptar los medios preventivos necesarios para salvaguardar su salud, sin que le exonere de esa responsabilidad el hecho de delegar las labores de prevención o de dirección del trabajo, en este caso, en el capitán del buque, pues aun cuando pueda atribuirse responsabilidad a otros empleados -directivos, encargados etc..-, el empresario responde por los actos de tales empleados o dependientes (art. 1.903 C.C.), y ello sin necesidad de que el perjudicado reclame primero contra el causante directo del daño, ya que esta responsabilidad empresarial tiene carácter directo y, en su caso, solidaria con la del otro trabajador, mando, directivo, etc., en el supuesto -que aquí no concurre- de que todos ellos hubieran sido traídos a la litis, y cuando no se pueda diferenciar la consecuencia que la conducta de cada uno haya tenido en la producción del daño. Consecuentemente, el recurso y la demanda han de ser estimados en este punto, con la consiguiente condena de la empresa demandada "H.G., S.A.", a indemnizar a los demandantes por los perjuicios materiales y morales derivados del fallecimiento de su esposo y padre, como consecuencia del incumplimiento empresarial de la obligación de adoptar los medios necesarios para salvaguardar la salud del trabajador.

OCTAVO.- En lo que respecta al quantum a indemnizar, la Sala estima, haciendo uso de su prudente arbitrio, que la cantidad que se considera adecuada, proporcionada y suficiente para alcanzar a reparar o compensar plenamente los graves perjuicios -materiales y morales- sufridos por la actora y sus hijos en las esferas personal, familiar y social, es la de 24.000.000 de pesetas, pues no existiendo en el ámbito laboral norma legal expresa que baremice las indemnizaciones (salvo el principio general consagrado en los arts. 1.101 y 1.902 del C.C. que obliga quien causa un daño a otro a repararlo), el Tribunal estima que procede acoger la aludida cantidad teniendo en cuenta: la edad del fallecido -43 años-, la de su viuda -también de 43 años en la fecha del fallecimiento de su esposo-, la existencia de dos hijos con edades de 17 y 8 años, respectivamente,

la dependencia económica de todos ellos del fallecido trabajador, y la total falta de constancia de otros ingresos familiares distintos de los que podía proporcionar el Sr. S.F., así como de otras sumas que por este hecho hubieran podido percibir los perjudicados (mejoras voluntarias pactadas, indemnizaciones cubiertas por póliza de seguros etc.), y, en último término, el grado de culpabilidad y otros criterios de referencia (el anexo de la Disposición Adicional 8^a de la Ley 30/1995, de 9 de noviembre, relativa a daños y perjuicios en la circulación). En consideración a todo ello, se estima procedente fijar la indemnización en la cantidad señalada de 24.000.000 de pesetas frente a la suma reclamada en demanda (30.000.000 ptas.), que los demandantes percibirán por partes iguales, haciéndolo la menor A.S.C. a través de su representante legal (arts. 154 y ss. C.C.). En razón a lo expuesto,

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la actora doña M.P.C.M., que litiga para si y como representante legal de su hija menor A.S.C., y por don R.S.C., debemos revocar y revocamos la sentencia de fecha 13 de mayo de 1996 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Vigo, y con estimación parcial de la demanda, debemos condenar y condenamos a la empresa demandada "H.G., S.A." a que indemnice a la demandante doña M.P.C.M., y a sus hijos A. y R.S.C., en la cantidad total de 24.000.000 de pesetas, suma ésta que percibirán por partes iguales, haciéndolo la menor A.S.C. a través de su representante legal. Y desestimamos la demanda respecto del también demandado Instituto Social de la Marina, al que absolvemos libremente de la misma, así como a la empresa "H.G., S.A." del resto de lo pedido.

2823 RECURSO N° 4.826/96

S. S.

CRITERIOS PARA O ENCADRAMENTO OU NON DOS ADMINISTRADORES SOCIAIS NO RÉXIME XERAL DA SEGURIDADE SOCIAL.

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

A Coruña, a veintisiete 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. 4.826/96 interpuerto por don J.F.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.F.F. en reclamación de BAJA DE OFICIO siendo demandado TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 320/96 sentencia con fecha trece de junio de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º).- Por escritura pública otorgada el ocho de agosto de 1995, se constituyó la Sociedad de responsabilidad limitada denominada “T.C., S.L.”, con un capital social de diez millones de pesetas dividido en diez mil participaciones sociales de mil pesetas cada una, capital que ha sido desembolsado íntegramente por los socios fundadores entre los que figura el actor don J.F.F., quien aportó la cantidad de dos millones quinientas mil pesetas (25% del capital social). Otro 50% fue aportado por su hermano don A.F.F. y el 25% restante por su cuñado don J.P.P.- 2º) Segundo la escritura de constitución el Consejo de Administración de la Sociedad está compuesto por los tres socios fundadores, los antes señalados, actuando el actor don J.F.F. como Secretario de dicho Consejo.- 3º).- Por acuerdo de la Junta Universal los socios de la indicada sociedad en reunión celebrada el 21-agosto-1995 acordaron formalizar un contrato de trabajo por tiempo indefinido con don J.F.F., contrato de trabajo que se celebró el 9 de septiembre siguiente para ocupar el puesto de Jefe de Taller.- 4º).- Por Resolución de la Dirección Provincial de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL fechada el 8-enero-1996, se acordó la Baja de Oficio en el Régimen General del actor Sr. F.F., con efectos de 30.09.95 y Alta del mismo en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos con efectos de 01.10.95.- 5º).- Contra dicha Resolución referida en el ordinal anterior, dirigió el actor escrito de Reclamación previa de fecha 15 de febrero de 1996, que fue expresamente desestimada por Resolución de fecha 13 de marzo siguiente, en base a no darse carácter de ajeneidad en la relación laboral y por aplicación de lo

preceptuado en el Art. 2 y 3 del Decreto 2.530/70.- 6º).- Agotada la vía previa, se interpuso la demanda origen de los presentes autos que fue repartida a este Juzgado el 30 de abril último”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que desestimando la demanda interpuesta por don J.F.F., sobre impugnación de su baja en el Régimen General de la Seguridad Social y alta en el Régimen Especial de Trabajadores autónomos, contra la Dirección Provincial de la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, procede confirmar las Resoluciones administrativas y, consecuentemente, absolver al Organismo demandado de la pretensión frente a él ejercitada”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor absolviendo libremente de la misma a la Tesorería General de la Seguridad Social. Y contra este pronunciamiento recurre el referido demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que interesa la revisión del numeral segundo de los hechos declarados probados para que se adicione al mismo lo siguiente: “...con las únicas funciones inherentes a su condición de fedatario de la sociedad. Don A.F.F., persona distinta del actor, figura, además de ser socio mayoritario, como Consejero Delegado con apoderamiento especial de la sociedad”. La adición que se postula debe prosperar en el sentido siguiente: El primer párrafo indicando: “...con las funciones inherentes a su condición de fedatario de la sociedad”, dado que éstas no son las únicas. Y, respecto del segundo párrafo, en el sentido de que “D. A.F.F. figura, además de ser socio mayoritario, como Consejero Delegado con apoderamiento especial de la sociedad”, tal como resulta todo ello de la escritura pública de constitución y estatutos de la referida sociedad.

SEGUNDO.- Con idéntica cita procesal formula el recurrente un segundo motivo de suplicación en el que interesa una nueva redacción del numeral tercero del relato fáctico, y que se sustituya por la que expresa en su escrito de recurso; motivo que no prospera, por cuanto el primer apartado de la modificación propuesta

constituye una clara valoración jurídica no susceptible de figurar en los hechos probados; y el segundo, porque, en lo sustancial, ya figura concretado en el hecho que se impugna.

TERCERO.- En sede jurídica sustantiva (art. 191.c) de la LPL), denuncia el recurrente infracción por no aplicación o aplicación indebida de los arts. 2, apartados 1 y 3, y 3 apartado b) del RD 2.530/70, que regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos; arts. 1, apartados 1 y 2, y 7.a) del ET; arts. 53 apartados 1 y 4 y 85, de la Ley 2/95, de 23 de marzo, reguladora de las Sociedades Limitadas; art. 51.1 y 2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y arts. 7.2 de la LGSS y 14 de la CE, así como de la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo, todo ello sobre la base de sostener que el actor es trabajador por cuenta ajena y sólo ostenta el 25% de las participaciones sociales, existiendo en la sociedad un Consejero Delegado, con poderes especiales, independientes de su persona, que, además, es Presidente del Consejo y socio mayoritario. Y frente a esta situación, la relación laboral formalizada entre el actor y la sociedad no es una aportación societaria, sino que deriva de que la sociedad tiene que contratar necesariamente a un titulado en formación profesional de segundo grado y como jefe de taller. La censura jurídica que se denuncia debe prosperar, pues la cuestión que plantea el presente recurso de suplicación es la relativa si deben o no ser dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social determinados miembros de los órganos de administración de las empresas que revisten la forma jurídica de sociedad de capital; en concreto, aquellos que, sin disponer de una participación mayoritaria de las acciones, atienden al gobierno permanente de la sociedad, prestando trabajo en virtud de la propia condición de miembros de los órganos societarios, o como ocurre en este caso, mediante un contrato de trabajo ordinario por tiempo indefinido.

El tema ha sido resuelto por la Sala 4^a del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, en sus Sentencias de 4, 6 y 12 de junio de 1996 (Ar. 4.882, 4.496 y 5.064), y 29 de enero de 1997, esta última dictada en Sala General, y que por razón de la fecha en que se produjo la impugnada afiliación de actor (08.01.1996), ha de entenderse aplicable al caso presente en base a las siguientes consideraciones: 1.- La exclusión expresa del régimen general de los que ostentan pura y simplemente cargos de consejeros alcanza a los consejeros externos y a los no ejecutivos, pero no al grupo profesional de los consejeros ejecutivos que asumen el gobierno permanente de las sociedades por acciones, pues el TS parte de la base de que el administrador social que trabaja para la sociedad en cuanto órgano de la misma, es

un trabajador por cuenta ajena, con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil, lo que lleva a la conclusión de que es obligado el encuadramiento de estos profesionales en dicho régimen general. 2.- Los arts. 61.1 y 7.1 LGSS de 1974 (97.1 y 7.1 de la vigente) no describen el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social en términos idénticos a los utilizados por el art. 1.1 ET para delimitar el ámbito subjetivo de cobertura de la legislación de trabajo. En los primeros se habla sin más de trabajadores por cuenta ajena, mientras que el tenor literal del art. 1.1 ET menciona, además de la nota de la ajenidad del trabajo, la nota de la dependencia del mismo (dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona). Es lo que ha inducido a la doctrina científica a afirmar que el campo principal de aplicación de la legislación laboral debe referirse de manera más precisa a los trabajadores asalariados, fórmula que incluye las dos notas indicadas más la de retribución de los servicios. La distinta formulación de los preceptos legales reseñados permite también, recurriendo al criterio de la interpretación literal estricta, afirmar que el campo de aplicación de la legislación laboral y de la legislación de Seguridad Social (en lo que concierne a la protección de los trabajadores por cuenta ajena) no son exactamente idénticos o coextensos. De acuerdo con este planteamiento, la normativa de protección social de los trabajadores por cuenta ajena comprende a todos los que lo son en el sentido estricto de la expresión, incluyendo a aquellos que, como los administradores sociales ejecutivos, no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral. Las razones para preferir esta segunda opción interpretativa son las siguientes: a) La experiencia pone de relieve que el sector de los administradores sociales ejecutivos, especialmente en sociedades de dimensión pequeña, puede ser vulnerable a los riesgos y contingencias protegidos por la Seguridad Social, en términos semejantes a otros sectores profesionales. b) La inclusión de este grupo profesional de los administradores sociales ejecutivos en el Régimen General de la Seguridad Social ha venido siendo exigida por la jurisprudencia y por la propia Administración laboral desde hace muchos años, lo que ha generado un historial de aseguramiento y unos derechos en curso de adquisición que conviene respetar, en atención al objetivo constitucional de mantenimiento del régimen público de Seguridad Social. c) Esta jurisprudencia y esta práctica administrativa cuentan con antecedentes normativos de exigencia de afiliación obligatoria a regímenes de Seguridad Social de "quienes por cuenta ajena desempeñen los altos cargos a que se refiere el art. 7 Ley de Contrato de Trabajo... en

iguales condiciones y con los mismos derechos y obligaciones que los demás trabajadores" (D 17 noviembre 1950 BOE 9-12). d) La exclusión de los administradores sociales ejecutivos del Régimen General de la Seguridad Social unida a la ya declarada por la jurisprudencia imposibilidad de inclusión en el régimen de autónomos, daría lugar a una inconveniente laguna de protección en un ordenamiento de Seguridad Social que comprende en su ámbito prácticamente a todas las actividades profesionales. 3.- Respecto a la participación accionarial de los administradores sociales ejecutivos, el Tribunal Supremo puntualiza que "la calificación de su trabajo como por cuenta ajena -por cuenta de la persona jurídica cuyo gobierno le está encomendado- deriva precisamente de que su participación en la propiedad de la misma no alcanza la mayoría de las acciones. En el caso de administradores sociales con participación mayoritaria propiamente dicha (la mitad o más de las acciones) faltaría la nota de la ajenidad, y nos encontraríamos ante un supuesto de trabajo por cuenta propia (SSTS 27 junio 1989 y 5 octubre 1995, entre otras)". 4.- Y en el supuesto enjuiciado, desprendiéndose del relato fáctico que el demandante es socio-trabajador con un 25% del capital social, y Secretario del Consejo de Administración en el que su hermano don A.F.F. figura, además de socio mayoritario con el 50% del capital, como Consejero Delegado con apoderamiento especial de la sociedad, se está en el caso de aplicar la referida doctrina del TS revocando el pronunciamiento del fallo impugnado en cuanto de forma no ajustada a derecho desestima la demanda.

Consecuentemente, y con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea o no mercantil, al tratarse de un administrador social sin funciones ejecutivas directas y con participación minoritaria en la sociedad, debe estimarse su derecho ser incluido en el aludido Régimen General de la Seguridad Social y no en el de trabajadores autónomos, y ello con independencia de los posteriores cambios legislativos que aquí no resultan aplicables por razones intertemporales (Disposición Adicional cuadragesima segunda de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, que introdujo en la LGSS la Disposición Adicional vigesimoséptima, reformada por el art. 34.2 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social). Procede, por tanto, acoger el recurso, revocar el fallo impugnado y estimar la demanda en lo sustancial.

Fallamos

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don J.F.F., contra la sentencia de fecha 13 de junio de 1996 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Lugo, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y, con estimación sustancial de la demanda, declaramos el derecho del referido actor a permanecer en alta en el Régimen General de la Seguridad Social. En consecuencia, dejamos sin efecto la resolución dictada por la demandada Tesorería General de la Seguridad Social, que indebidamente acordó la baja de oficio en dicho régimen y el alta del demandante en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social.

**2824 RECURSO N°
03/0008566/1996**

S. CA.

DENEGACIÓN DE SUBVENCIÓN PARA TRANSFORMAR CONTRATO TEMPORAL EN INDEFINIDO, POR PRESENTACIÓN DE SOLICITUDE FÓRA DE PRAZO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Francisco Javier D'Amorín Vieitez
En la Ciudad de A Coruña, treinta 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 03/0008566/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "S.S.A., S.L.", con D.N.I./C.I.F... domiciliado en... (Santiago), representado y dirigido por el Letrado don A.T.S., contra Resolución de 30.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial del I.N.E.M. sobre solicitud de subvención al amparo del Real Decreto Ley 3/93 conversión en indefinido de contrato temporal. 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 26 de noviembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Impugnándose a través del presente recurso contencioso-administrativo resolución de la Subdirección General de Recursos del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, desestimatoria del recurso ordinario formulado contra resolución de la Dirección Provincial del INEM en A Coruña, que denegara la subvención solicitada por la recurrente, al amparo del Real Decreto Ley 3/93, por la conversión en indefinido de un contrato temporal de fomento de empleo, toda la problemática del recurso gira en torno a si la solicitud del incentivo se presentó o no en plazo.

El art. 2 de la O.M. de 12 de abril de 1994, de desarrollo del citado Real Decreto-Ley establece que las solicitudes de las subvenciones deberán presentarse en el plazo de un mes desde que se produzca la conversión del contrato.

Pues bien, en el presente caso la conversión se llevó a cabo el día 31 de julio de 1994, que era la fecha en que, con arreglo al art. 17 de dicha Disposición, se cumplía la duración máxima de cuatro años para dicho contrato, y la solicitud de subvención no se presentó hasta el día 5 de septiembre de 1994, por lo que resulta fuera de toda duda que la subvención fue solicitada fuera de plazo, razón que llevó a las resoluciones recurridas a la denegación de la subvención. Procede, en consecuencia, la desestimación del recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por "S.S.A., S.L." contra Resolución de 30.04.96 desestimatoria de recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial del I.N.E.M. de A Coruña sobre solicitud de subvención al amparo del Real Decreto Ley 3/93 conversión en indefinido de contrato temporal dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

**2825 RECURSO N°
03/0008589/1996**

S. CA.

RESULTA PROCEDENTE A SANCIÓN Ó EMPRESARIO POR INFRACCIÓN MOI GRAVE EN MATERIA DE PRESTACIÓN POR DESEMPREGO Ó NON APRECIARSE A SÚA PRESCRICIÓN.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, treinta 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 03/0008589/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "J.A.A", con D.N.I./C.I.F... domiciliado en... (Ourense), representado por doña M.A.F.R. y dirigido por el Letrado don J.E.G.G., contra Resolución de 30.11.95 desestimando recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Ourense y confirmando sanción relativa al acta de infracción nº 523/95, por infracción artículo 29.3.2 Ley 8/88, de 7 de abril. Expte. 802/96. Es parte la Administración demandada Dirección General de Empleo, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es determinada en 1.000.200 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 26 de noviembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Por doña M.A.F.R., procuradora de los Tribunales, en nombre y representación de don J.A.A. se impugna en esta vía jurisdiccional la resolución del Director General de Servicios, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social recaída en el expediente núm. 802/96 por la que se desestima recurso ordinario interpuesto contra otra de la Delegación Provincial en Ourense en virtud de la cual se le sancionaba, al amparo de la Ley 8/88 de 7 de abril, por una presunta comisión de una infracción de las tipificadas en el art. 29.3.2 de dicho texto legal con la imposición de una multa de 1.000.200 ptas.

La parte recurrente aduce como argumentos que no ha incurrido en la conducta aquí sancionada, ya que por los mismos hechos se había incoado el correspondiente procedimiento sancionador, en virtud de Acta de la Inspección, de la que es reproducción el Acta de la que traen causa las presentes actuaciones, procedimiento cuya caducidad se ha declarado, como se revela del expediente; por otro lado la sanción que ahora se le imputa ha prescrito.

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

II.- Conviene recordar 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, gozan de

presunción “iuris tantum” de veracidad prevista en el art. 38 del Decreto 1.860/75, de 10 de julio, siempre que constaten, a la vista de las actuaciones practicadas la existencia de hechos constitutivos de infracción. Y aplicando la anterior doctrina, al caso de autos, ciertamente hay que confirmar las resoluciones impugnadas, pues aunque el acta de la que traen causa las presentes actuaciones reproduce los hechos del Acta de la que derivó el procedimiento sancionador, cuya caducidad se ha declarado, esa formal anormal de terminar el procedimiento comporta pérdida del derecho al procedimiento pero no del derecho de la administración a incoar de nuevo el mismo y sancionar al recurrente, en tanto la infracción imputada no haya prescrito. Ciertamente el art. 92 de la Ley 30/92 establece que la caducidad por si sola no produce la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción. En el supuesto de Autos, el art. 4 de la Ley 8/88 señala que las infracciones en el orden social prescriben a los tres años, contados desde la fecha de la infracción, salvo en materia de Seguridad Social y protección por desempleo en que el plazo de prescripción es de cinco años. Tal disposición deviene aplicable en el supuesto que se examina, por lo que extendida acta de infracción el 31 de enero de 1994 e incoado de nuevo el presente procedimiento sancionador el 10 de junio de 1996, aquel plazo de prescripción no ha transcurrido, de ahí que se confirme la sanción que le ha sido impuesta por la infracción que le fue imputada al recurrente.

En consecuencia, procede desestimar el recurso planteado.

III.- Al apreciarse temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por cuanto que los argumentos esgrimidos en relación con la resolución impugnada son carentes totalmente de peso, procede hacer expresa condena en las costas del mismo a la parte recurrente, 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 J.A.A. contra Resolución de 30.11.95, desestimando recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Ourense y confirmando sanción relativa al acta infracción nº 523/95, por infracción artículo 29.3.2 Ley 8/88, de 7 de abril.

Expte. 802/96 dictado por Dirección General de empleo. Con imposición de costas a la parte recurrente.

**2826 RECURSO N°
03/0008791/1996**

S. CA.

INFRACCIÓN MOI GRAVE DO TRABALLADOR EN MATERIA DE DESEMPREGO, POR CONIVENCIA CO EMPRESARIO PARA A OBTENCIÓN INDEBIDA DA PRESTACIÓN, SANCIONADA COA SÚA PERDA.

Ponente: Ilma. Sra. Doña Margarita Pazos Pita
En la Ciudad de A Coruña, treinta 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 03/0008791/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "M.J.C.G.", con D.N.I./C.I.F... domiciliado en... (Ourense), representado y dirigido por el Letrado doña M.P.C.L., contra Acuerdo de 09.05.96 desestimatorio de recurso ordinario contra otro de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Ourense, imponiendo sanción perdida prestaciones por desempleo, acta de infracción nº 499/95, Expte. 22.918/95. Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

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

II.- Conferido traslado a la parte demandada, solicitó la desestimación del recurso, de

conformidad con los hechos y fundamentos de Derecho consignados en su escrito de contestación.

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 26 de noviembre de 1999, fecha en que tuvo lugar.

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

Fundamentos de derecho

I.- Se formula recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la Dirección General de Empleo de fecha 9 de mayo de 1996, que desestima el recurso ordinario interpuesto por la recurrente contra la Resolución dictada el día 10 de octubre de 1995 por la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Ourense, que impuso a la misma la sanción de extinción del derecho al percibo de las prestaciones por desempleo, con devolución de las cantidades indebidamente percibidas desde el 01.01.95, por infracción en materia de empleo conforme al art. 30 núm. 3.3.3. de la Ley 8/88 de 7 de abril.

II.- En primer término se aducen por la recurrente una serie de infracciones de orden procedural que se pasan a examinar seguidamente: a) En cuanto al inicio del procedimiento administrativo, infracción de lo establecido por la Ley 8/88 en su art. 51.a) en relación con lo dispuesto por el art. 2.1.a) y b) del R.D. 1.667/86 de 26 de mayo, pues en ningún momento del procedimiento administrativo se ha puesto de manifiesto en virtud de qué causa se desarrolla la inspección. Sin embargo, a este respecto se ha de señalar que sobre esta cuestión tiene dicho la Sala que "con independencia de que del contenido de las actas impugnadas no se desprenda cual fuere el motivo que desencadenó la actuación de la Controladora Laboral (orden superior, denuncia, queja o petición), tal omisión formal no constituye un vicio invalidante del acta que autoriza, precisamente, el Inspector de Trabajo y S.S. al no constituir causa de indefensión para el administrado". En todo caso, la ratificación por el Inspector de la actuación de la Controladora sana aquella omisión, debiendo recordarse con la STS de 14.09.88, que "corresponde a los controladores de empleo comprobar la actividad de las empresas y trabajadores, poniendo en conocimiento de la Inspección los hechos constitutivos de infracción y a ésta proponer las sanciones a la vista de los datos suministrados por los controladores. b) Infracción del art. 2.2 del R.D. 1.667/86, toda vez que la primera visita

girada en fecha 14.02.95 no se realizó, como prescribe dicha norma, en el centro de trabajo.

Tampoco puede prosperar en este punto la infracción que se denuncia, y ello toda vez que resulta difícil que la Controladora Laboral pudiera hacer efectiva la visita al balneario si se tiene en cuenta que encontró el mismo cerrado, indagando de los vecinos que no abría hasta la primavera, lo que confirmó en esa misma ocasión, tras su localización, el socio de la empresa recurrente, identificado en el acta, al reconocer que dicho establecimiento cerraba todos los años en los primeros días del mes de diciembre y no abría hasta la segunda quincena del mes de marzo. Asimismo, se han de tener presentes las amplias facultades que aquel precepto reconoce a los Controladores Laborales (poder entrar en cualquier momento en los establecimientos, centros de trabajo, locales y otros lugares donde presten servicios o desarrolle su actividad las personas comprendidas en el campo de aplicación del sistema de la Seguridad Social, a salvo, siempre, la inviolabilidad del domicilio, por lo que es evidente que quien está autorizado para hacer indagaciones en lugares cerrados, lo está implícitamente para llevar el desarrollo de la investigación en el exterior cuando las circunstancias del caso así lo requieran en orden a salvaguardar el buen fin de la actividad inspectora. c) Infracción del art. 47.1º a) de la Ley 8/88, por cuanto la resolución dictada por la Dirección General de Empleo está firmada, por delegación, por el Subdirector General de Ordenación y Fomento del Empleo, y, conforme al art. 16 de la Ley 30/92, no cabrá la delegación de firma en las resoluciones de carácter sancionador. Sin embargo, toda vez que dicho Acuerdo es resolutorio del recurso ordinario interpuesto contra la resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Ourense de fecha 10.10.95, no procede prosperar la alegación deducida a este respecto, y así, la STS de 09.02.99, dictada en recurso de casación en interés de la ley contra sentencia de esta Sala, fija como doctrina legal la de "que la prohibición de la delegación establecida en el art. 127.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común para el ejercicio de la potestad sancionadora, no alcanza ni es aplicable a la desarrollada por los órganos administrativos competentes para resolver los recursos administrativos promovidos contra los actos o resoluciones sancionadoras. d) Infracción del art. 51.c) de la Ley 8/88 y del art. 84 de la Ley 30/92, por omisión del trámite de audiencia no obstante calificar la propia Resolución de la Dirección Provincial como novedosos, la alegación de realización de trabajos de fontanería.

Sin embargo, la resolución de primer grado, ante la alegación de descargo formulada por la recurrente, en el sentido de que entre los días 22 y 31 de diciembre de 1994 se habían llevado a cabo trabajos de fontanería en el balneario, lo que justificaba la contratación de la trabajadora como limpiadora, y así, enervar los indicios reflejados en el acta indicadores de que en ese período de tiempo no se prestaran servicios laborales, argumentó que, aparte de no haberse acreditado los referidos trabajos de fontanería, aún siendo cierto, no desvirtuaban el contenido del acta y tampoco serían suficientes para "justificar que la socia y gobernanta del balneario hubiese prestado servicios como limpiadora durante diez días".

En consecuencia, no estamos en presencia de hechos distintos de los incorporados en el acta, que exigirían la observancia del trámite de audiencia, sino de argumentos de sustanciación de la propia resolución sancionadora, frente a los que se podía reaccionar, en el orden defensivo, con ocasión del recurso ordinario.

III.- Sentados los anteriores extremos, y entrando en el examen del fondo de la cuestión debatida, aduce la recurrente que "no se alcanza a comprender cómo se deduce o supone por la Dirección Provincial que aunque fuesen ciertos (los trabajos de fontanería) tampoco serían suficientes para justificar que la socia y gobernanta del balneario hubiese prestado servicios como limpiadora durante diez días", añadiendo que el acta resultaba insuficiente para poder dar por acreditado que en aquel referido período de diez días no hubiera prestación laboral.

Pues bien, ha de advertirse que la imputación de aquella infracción tiene un soporte claramente indicario.

Sobre la prueba de indicios, se tiene dicho que una cosa es que la presunción de certeza o veracidad a que se refiere el art. 52.2 de la Ley 8/88 no pueda extenderse a las simples impresiones, deducciones, juicios de valor o calificaciones jurídicas que pueda hacer el funcionario actuante, y otra muy distinta es la idoneidad, como prueba de cargo, de las presunciones o indicios que permita dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción. Como se dijo ya en otras ocasiones, no se opone a los principios que rigen en el ámbito del derecho sancionador la circunstancia de que la Administración recurra a la prueba de indicios o presunciones para dar por acreditada la concurrencia de los elementos constitutivos de la infracción, siempre que el indicio/os aparezcan, a su vez, clara y suficientemente acreditados, que presenten cierta

pluralidad, que el proceso deductivo o de inferencia sea racional y lógico, y que esa operación deductiva no resulte desvirtuada o de alguna forma tachada por la concurrencia de otros factores o circunstancias de signo exculpatorio. Valga como cita dos sentencias del T.C. 62/94, de 28-II y 133/95, de 25-IX. Se hace preciso, por tanto, hacer referencia al resultado de la actividad de comprobación llevada a cabo por la Controladora Laboral, y analizar si los indicios allí recogidos reúnen los requisitos a que se hizo referencia.

“La Controladora Laboral hace constar: Desde el año 1986, doña M.J. trabajadora por cuenta ajena del “B.M., S.L.” viene disfrutando prestaciones por desempleo, utilizando para ello contratos sucesivos al amparo del R.D. 2.104/84 y bajo el epígrafe “para obra o servicio determinado”. Con fecha 01.04.94, y restándole por cobrar dos días de las prestaciones percibidas, de acuerdo con los datos obrantes en la Dirección Provincial del Instituto Nacional de Empleo de Ourense, suscribe nuevo contrato de iguales características con la profesión de Gobernanta, obteniendo un nuevo período de 185 días cotizados.

Al cesar el contrato con fecha 02.12.94, solicita de nuevo el 07.12.94 la reanudación de las prestaciones interrumpidas por esta última colocación, de las que le restaban dos días, quedando para otra futura situación legal de desempleo los 185 aportados en el Certificado de Empresa, situación que no tardaría en producirse, contratándose otra vez con “B.M., S.L.”, por el período de 22.12.94 a 31.12.94 (10 días) al amparo del mismo tipo contractual, con la novedad de que en vez de la profesión de Gobernanta se hace figurar la de limpiadora, solicitando de nuevo las prestaciones por desempleo con fecha 13.01.95. De acuerdo con la escritura de constitución de la Sociedad “B.M., S.L.” doña M.J. es accionista de esta empresa. Con motivo de lo anteriormente referido, se efectuó visita de Inspección en fecha 14.02.95 al centro de trabajo mencionado al objeto de comprobar si durante el período 22.12 a 31.12.94 que fue cotizado, se prestó realmente servicios laborales o por el contrario no hubo tales, lucrándose de manera fraudulenta de prestaciones por desempleo.

En la fecha de la visita de Inspección, el centro de trabajo estaba cerrado indicando vecinos de lugar que el “B.M., S.L.” no se abre hasta la primavera. Localizado el socio de la empresa, don R. a preguntas de los funcionarios actuantes, manifestó que el Balneario cierra, todos los años, en los primeros días del mes de diciembre y abre a partir de la segunda quincena de marzo. Según consta en el Libro de Matrícula de Personal, los

últimos trabajadores finalizan su relación laboral el 15 de noviembre en el año 1992 y el 2 de diciembre en los años 1993 y 1994. Doña M.J. ostenta la categoría profesional de Gobernanta durante los años 1992, 1993 y 1994 finalizando en este último año el 2 de diciembre al igual que el resto del personal incluido el de limpieza... apareciendo, sin embargo, dada de alta como limpiadora los últimos 10 días de diciembre.

Efectuada segunda visita de Inspección en fecha 24.07.95 y mantenida conversación con la propia doña M.J., esta afirma haber trabajado siempre como Gobernanta y que el Balneario cierra todos los años en los primeros días de diciembre, efectuando la limpieza del mismo, personal específico o las camareras, distribuido en turnos de mañana y tarde. Mantenida conversación durante la visita con otra socia de la empresa, doña P. ratificó lo manifestado por aquélla en cuanto apertura y cierre del Balneario y en cuanto a funciones realizadas siempre como Gobernanta, añadiendo que durante los meses en que está cerrado el Balneario no permanece en él personal alguno. La camarera, doña N. que es trabajadora del Balneario desde, al menos, el año 1992, y que también realiza funciones de limpieza, afirmó que el centro cierra, cada año, en los primeros días del mes de diciembre, y que se encuentra a las órdenes de doña M.J.

Así las cosas, los indicios, plenamente acreditados a través de una auténtica y completa actividad de comprobación, por reunir aquellos requisitos a los que aludíamos, permiten extraer por vía de inferencia la concurrencia del principal elemento constitutivo de la infracción imputada, esto es, la simulación laboral y el consiguiente fraude, pues era innecesaria la prestación de servicios por aquella concreta persona -que siempre ostentó la categoría de gobernanta, existiendo, por el contrario, personal específico encargado de la limpieza-, y que se articuló con la sola finalidad de procurar la conservación en la percepción de las prestaciones por desempleo.

IV.- La recurrente alega, por último, el instituto de la prescripción, que debe rechazarse, pues la infracción de referencia no prescribe, como se pretende, a los dos meses, sino a los cinco años, conforme al art. 4 de la Ley 8/88, al tratarse de una infracción muy grave en materia de prestaciones por desempleo.

Tampoco es de estimar la existencia de tentativa, pues como resulta de los términos del acta, la referida persona venía disfrutando de las prestaciones por desempleo, como consecuencia de aquella simulación contractual.

Procede desestimar el recurso.

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por M.J.C.G. contra Acuerdo de 09.05.96 desestimatorio de recurso ordinario contra otro de la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Orense, imponiendo sanción pérdida prestaciones por desempleo, acta infracción nº 499/95. Expte. 22.918/95 dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.

2827 RECURSO N° 4.641/96

S. S.

IMPROCEDENCIA DO RECOÑECIMENTO DE MINUSVALÍA IGUAL OU SUPERIOR Ó 65 POR 100, OS EFECTOS DE PRESTACIÓN POR INCAPACIDADE PERMANENTE NON CONTRIBUTIVA.

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

A Coruña, a dos de diciembre 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 4.641/96 interpuesto por doña I.V.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. Uno de Ferrol

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 108/96 se presentó demanda por doña I.V.C. en reclamación de PRESTACIÓN NO CONTRIBUTIVA siendo demandado el CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS (XUNTA DE GALICIA) en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 7 de junio 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.- La demandante, doña I.V.C., de 52 años de edad, solicitó de la Delegación Provincial de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de la Xunta de Galicia la declaración de minusválida. Tramitado el expediente administrativo, que obra en autos y se da aquí por reproducido en su integridad, le fue reconocido el 13 de mayo de 1994 una disminución de su capacidad orgánica y funcional del 20%; contra este acuerdo formuló la actora escrito de reclamación previa que motivó un examen posterior y el reconocimiento de una disminución de su capacidad orgánica y funcional del 50’5% *que supera el mínimo establecido del 33% para el reconocimiento de la Condición de Minusválido.*”/SEGUNDO.- La demandante presenta una espondiloartrosis lumbar de grado moderado con discopatía degenerativa en el nivel L4-L5 que se manifiesta radiográficamente en osteofitosis y clínicamente en un cuadro de lumbalgia crónica y limitación moderada de la movilidad de la columna a ese nivel. También sufre la actora un cuadro ansioso con déficits de concentración, irritabilidad, síntomas de hiperactividad vegetativa, asociándose ligero estado depresivo; finalmente, también padece la actora un síndrome posicional benigno.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Desestimo la demanda sobre INVALIDEZ PERMANENTE NO CONTRIBUTIVA formulada por doña I.V.C. contra la XUNTA DE GALICIA (CONSELLERÍA DE SANIDADE E SERVICIOS SOCIAIS) 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 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 actora en solicitud de que con revocación de la sentencia, se declare que sufre una minusvalía igual o superior al 65%, en correspondencia esencial con lo pedido en demanda, que encabezada como “sobre invalidez no contributiva”, pedía en su Suplico se declarase que la actora sufre “una incapacidad igual o superior al 65%”. Con este objeto y al amparo del art. 191.b) y c) L.P.L., el recurso interesa la revisión del H.P. 2º y denuncia la infracción de la Orden “de marzo de 1984”, citando en concreto su Capítulo VIII, clase 3ª de discapacidad.

SEGUNDO.- Pide la parte en el apartado A) del motivo revisor del H.P., que el segundo debería declarar que también “se nota en la actora signos artrósicos a otros niveles de la columna”. Alegándose el informe de la propia Consellería del folio 29 y siendo prueba apta al efecto, procede adicionar lo que dicho informe diagnostica: “Existen signos artrósicos a otros niveles de la columna, sin repercusión relevante”.

Asimismo, en el apartado B del motivo dicho pide la parte que se haga constar en el mismo H.P. “que estas lesiones igualan o superan el 65% de discapacidad”. Pretensión de todo punto inviable, pues aparte de que se alega al efecto un informe médico privado, del Dr. F.M., ratificado en Juicio, sin aptitud para desplazar los informes médicos oficiales en que se fundó el Juzgador de Instancia, más fehacientes y eficaces probatoriamente, la adición que se propone no es ningún “Hecho”, sino una pura “conclusión” o “valoración” esencialmente Jurídica y predeterminante del pronunciamiento, de tal modo que a ella, si es la que corresponde, ha de llegarse al examinar el derecho aplicado y a través de valorar las dolencias acreditadas en función de las previsiones normativas de aplicación a la pretensión solicitada en la demanda.

TERCERO.- El motivo de recurso articulado al amparo del art. 191.c) L.P.L. se limita a denunciar infringida la Orden de 08.03.84; de la que sólo cita su Capítulo VIII, clase 3º. Y en él se dice “Aún sin entrar a discutir la valoración hecha por la Consellería, en la cual no se tiene en cuenta las lesiones que se mencionan en el apartado A) del motivo 1º, nos encontramos que la actora ha acreditado, y así lo reconoce el Juzgador en los H.P., que la misma padece de vértigo (síndrome posicional benigno) y conforme la Orden citada de marzo de 1984 en su Capítulo VIII, dicha discapacidad en su clase 3ª (que son los síntomas que muestra la recurrente) se valoran entre un 15% y un 25%, con lo cual su grado de discapacidad total, reconocida de un 50’5% sin la valoración del vértigo, aún sumando el mínimo que establece la Orden supera el 65% que es lo solicitado en la demanda...”.

El motivo, por las siguientes consideraciones, no prospera: A) Conforme al HDP 2º la actora presenta el siguiente cuadro, al que hay que adicionar los “signos artrósicos a otros niveles de la columna sin repercusión relevante”, incorporado vía revisión: “Espondiloartrosis lumbar de grado moderado con discopatía degenerativa en el nivel L4-L5 que se manifiesta radiográficamente en osteofitos y clínicamente en un cuadro de lumbalgia crónica y limitación moderada de la movilidad de la columna a ese

nivel. También sufre la actora un cuadro ansioso con déficits de concentración, irritabilidad, síntomas de hiperactividad vegetativa, asociándose ligero estado depresivo; finalmente, también padece la actora un síndrome posicional benigno”, el resto de dolencias que integran. B) Al margen del “síndrome posicional benigno” y de los signos artrósicos “sin repercusión relevante”, el resto de las dolencias que interesan el cuadro dicho (valorando dictamen médico, psicológico y social) aparece causando un menoscabo valorado en vía administrativa en un 50’5%; valoración que asume el Juzgador de Instancia y que el recurso, de conformidad con las alegaciones que formula y que ya se dejaron explicitadas, no viene a discutir y que, en todo caso, no impugna en forma valorable en Suplicación. Por tanto, el Tribunal estima correcta la valoración indicada. C) No cambia tal valoración del menoscabo, de la minusvalía o incapacidad que presenta la actora, la consideración de las otras dos dolencias que se declaran que también presenta: 1) Los signos artrósicos a otros niveles de la columna distintos de la lumbar no son valorables a los presentes efectos, puesto que ni el recurso invoca apartado de la Orden de 08.03.84 que pueda ser de aplicación al efecto ni lleva a otra conclusión su total falta de dimensión patológica y efectos limitativos; hasta el punto de que calificados de “signos”, el informe médico que los constata determina asimismo que no tienen “repercusión relevante” (folio 29). De esta manera, ningún menoscabo son susceptibles de producir los referidos “signos”, sencillamente porque no tienen entidad patológica realmente valorable ni causan ningún déficit o limitación a tomar en consideración a los presentes efectos. Y 2) El síndrome posicional benigno tampoco puede suponer un cambio en el porcentaje de minusvalía o incapacidad del 50’5% que se ha determinado anteriormente. Y es que en el Capítulo VIII de la Orden de 08.03.84, que se invoca en el recurso, se establece en el epígrafe “equilibrio”: que en la evaluación del menoscabo por alteraciones del equilibrio “se considerarán únicamente las debidas a defectos del laberinto, vestíbulo y sus vías”; que en la pérdida completa de la función vestibular, si es unilateral “el equilibrio no se ha alterado permanentemente. Por lo tanto, no se da porcentaje para esto”, y cuando es bilateral, “dependiendo del grado... el porcentaje de menoscabo global irá de 0 a 25 por 100”; que en alteraciones de la función del laberinto y vestíbulo, que se evidencian por vértigo periférico, se valora con un menoscabo global de la persona de 0 por 100 si el paciente tiene síntomas de vértigo y puede llevar a cabo las actividades de la vida diaria sin ninguna clase de ayuda (clase 1), siendo la clase 3 que invoca el recurso (menoscabo de 15 al 25%) para cuando

hay síntomas de vértigo y no se pueden llevar a cabo las actividades de vida diaria sin ayuda... Evidentemente, el “síndrome posicional benigno” que presenta la actora ni es encuadrable en la clase 3 citada, ni en otro apartado de los previstos que justifique un menoscabo valorable a los presentes efectos, puesto que agotándose la calificación patológica en un síndrome, conjunto de síntomas, posicional, por encima es “benigno”, de tal modo que no tiene aptitud patológica para incidir negativamente en forma realmente valorable en la vida diaria personal y familiar, tampoco en la laboral, de la actora, sin que por supuesto le impida llevar a cabo las actividades oportunas de tal índole sin ninguna ayuda. No cabe, pues, su encuadramiento en alguna de las clases tipificadas antedichas que otorguen porcentaje por menoscabo global de la persona. Y D) Por consiguiente, el porcentaje de disminución de discapacidad orgánica y funcional del 50'5% que ha sido reconocido a la actora (H.P.1º) aparece correcto y no procede declarar el pretendido a través de demanda y recurso.

Se rechaza, así, el recurso y se confirma la Sentencia de Instancia, desestimatoria de la demanda.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación interpuesto por doña I.V.C. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Ferrol de fecha 07.06.96 en Autos nº 108/96 seguidos a instancias de la recurrente frente a la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais Xunta de Galicia, confirmamos la Sentencia recurrida.

2828 RECURSO N° 5.283/96

S. S.

INPROCEDENCIA DO RECOÑECIMENTO DE PRESTACIÓN CONTRIBUTIVAS POR DESEMPREGO A ADMINISTRADORES SOCIAIS.

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

A Coruña, a dos de diciembre 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. 5.283/96 interpuesto por INEM contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.B.D. en reclamación de DESEMPLÉO siendo demandado INEM en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 363/96 sentencia con fecha veintitrés de septiembre 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.- Don M.B.D., mayor de edad, con DNI..., solicitó del INEM prestaciones de desempleo, nivel contributivo, siéndole denegadas por “estar excluido del ámbito de aplicación del RDL 1/94 de 20 de junio, al no ser trabajador por cuenta ajena (art. 205.1)”. No conforme con dicha resolución interpuso reclamación administrativa previa que, también fue desestimada por idénticos razonamientos en resolución de 01.04.96./ Segundo.- El actor fue socio fundado y administrador solidario de la empresa familiar “G.P.B., S.L.”, hasta el día 19.01.94, en que la Sociedad Mercantil citada, en Xunta Universal, procede al nombramiento de administrador único a favor de don A.B.M., padre del actor. El demandante en el acto fundacional de la Sociedad suscribió 100 participaciones sociales de 20.000 ptas., de un total de 2 300, lo que significaba que controlaba el 33% del capital social. Con fecha 21.03.83 se amplió el capital social de la mercantil “G.P.B., S.L.” en 14.000.000 ptas. que fue suscrito íntegramente por don A.B.M. mediante 700 participaciones de 20.000 ptas. cada una. De este modo la sociedad pasó a tener un capital de 20.000.000 ptas. en 1.000 participaciones de 20.000 ptas. cada una, conservando el actor 100, por lo que su cuota de participación en el capital social pasó a ser del 10%.// Tercero.- El demandante con fecha 28.04.94, vende a don A.B.M. sus 100 participaciones de la sociedad “G.P.B., S.L.” en escritura pública otorgada delante del Notario de esta ciudad don E.M.A. por importe de 3.919.141 ptas., pagadas en 60 mensualidades de 65.319 ptas. a contar desde la fecha de escritura./ Cuarto.- El actor estuvo en situación de ILT desde el 05.01.93 hasta el 01.12.95 fue despedido por la empresa “G.P.B., S.L.” En 01.02.94, despido calificado de improcedente y substanciado delante del SMAC con avenencia./

Cuarto.- El demandante en su solicitud de prestaciones de desempleo de 11.12.95 declara como rentas de su unidad familiar 598.682 ptas. que percibe su cónyuge doña R.V.M. en concepto de pensiones y prestaciones por desempleo, ocultando sus ingresos de al menos 65.319 ptas. mensuales, importe de la venta de las 100 participaciones sociales recogida en el hecho probado 3º de esta sentencia.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don M.B.D. contra el INEM declaro el derecho del actor a percibir prestaciones de desempleo en la forma legal y reglamentariamente previstas, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración.”

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

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Se recurre por el INEM la sentencia que reconoció el derecho a las prestaciones contributivas por desempleo, con motivo que destina al examen del Derecho y en el que denuncia la infracción del art. 1.3 ET, en relación con el art. 205 LGSS.

1.- Se ha de situar fácticamente la litis recordando que el actor fue socio fundador -33% de las acciones inicialmente y 10% a partir de 1983- y administrador solidario de la Empresa familiar “G.P.B., S.L.” hasta que en 19-enero-94 se nombra Administrador Único al padre del actor; que en 1-febrero-94 es despedido, con avención ante el SMAC; que posteriormente, en 28-abril-94, vende sus participaciones al Administrador Único, su padre; y que ha permanecido en ILT desde el 5-noviembre-93 hasta el 1-diciembre-95.

2.- Se admite el recurso, por cuanto que las SSTS 26-mayo-1997 Ar. 5.392 y 14-mayo-1997 Ar. 4.271, dictadas ambas en Sala General, sostienen doctrina que justifica la tesis mantenida por la EG, con tal profusión argumental y acierto expositivo que justifica su reproducción literal: «La cuestión esencial que se ha de resolver en el presente recurso consiste en determinar si los administradores de sociedades mercantiles capitalistas, que desempeñan funciones ejecutivas o de gestión directa, tienen derecho o no a percibir la prestación contributiva de desempleo cuando hayan cesado en el desempeño de su actividad para la correspondiente compañía. Y para dar solución a este problema es obligado

tomar como punto de partida la reciente doctrina de esta Sala, iniciada por la Sentencia de 4-junio-1996 Ar. 4.882 (que fue seguida por las de 6 y 12-junio-1996 Ar. 4.996 y 5.064, y 24-enero-1997 Ar. 576), en la que se sostiene que los Administradores societarios no pueden encuadrarse en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos; doctrina que fue completada luego por la de 29-enero-1997 Ar. 640) en la que se concluye que los administradores de las compañías mercantiles capitalistas de carácter ejecutivo, que carecen de participación en el capital social o la que tienen no alcanza el 50% del mismo, están incluidos en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social. Se destaca que la postura y criterios de esta última sentencia han sido reiterados por las de 30-enero, 18-febrero, 4, 5, 14 y 24-marzo y 14-abril- 1997 (Ar. 1.836, 2.158, 2.244, 2.245, 2.252, 2.472, 2.616 y 3.061), entre otras. Una primera lectura de esta doctrina jurisprudencial podría hacer pensar que los comentados cargos societarios tienen derecho a obtener la prestación de desempleo, cuando cumplan los requisitos precisos para ello, pero un estudio detenido de toda esta problemática conduce a la conclusión contraria, como ponen de manifiesto las siguientes razones: 1) Sin duda las sentencias de esta Sala a las que se acaba de aludir manifiestan que los administradores referidos son trabajadores por cuenta ajena, y las indicadas en segundo lugar (es decir, la de 29 enero 1997 y las que reproducen su doctrina) concluyen que estos trabajadores se encuadran en el área de actuación del Régimen General de la Seguridad Social. Pero a su vez, todas estas sentencias se cuidan de aclarar que la relación que les vincula a la compañía para la que desarrollan su función, no es de naturaleza laboral, sino mercantil societaria; es decir, su prestación de servicios no se rige por el Estatuto de los Trabajadores y demás normas propias del Derecho de Trabajo, sino por el Código de Comercio y las leyes especiales correspondientes. Así, la Sentencia de 4-junio-1996 explica: «la relación que vincula al administrador único con la sociedad de capital es de naturaleza mercantil o societaria; no es, por tanto, de carácter laboral, ni siquiera especial, en tanto que excluida de tal ámbito en virtud de lo dispuesto por el artículo 1.3.c) del Estatuto de los Trabajadores, sin ser subsumible en las previsiones del artículo 2.1.a) del mismo cuerpo legal. No es necesario insistir sobre ello, bastando hacer remisión a la línea jurisprudencial consolidada existente al respecto, manifestada, entre otras, en nuestras Sentencias de 25-julio y 27-junio-1989 (Ar. 5.916 y 4.849), 27-julio y 5-noviembre-1990 (Ar. 6.486 y 9.755), 21-enero, 13-mayo y 3 y 18-junio-1991 (Ar. 65, 3.906, 5.123 y 5.152), 27-enero-1992 (Ar. 76) y 22-diciembre-1994 (Ar. 10.221)». Y la Sentencia

de 29-enero-1997 se inclina en favor de la opción interpretativa de que tales administradores son trabajadores por cuenta ajena, «con independencia de que el régimen de su relación de servicios sea mercantil»; puntualizando poco después que los administradores sociales ejecutivos «no prestan su trabajo en régimen de dependencia y no se rigen por la normativa laboral». 2) Es inquestionable que la prestación por desempleo está incluida en el ámbito protector del Régimen General de la Seguridad Social, pero de ello no cabe deducir que toda persona incardinada en este ámbito goza de tal beneficio. La prestación de desempleo tiene por objeto cubrir el riesgo de la pérdida de empleo, o más exactamente el riesgo de la pérdida de las rentas de trabajo que el cese en el empleo conlleva; y siendo ésta la cobertura básica de esta prestación, es lógico que la misma se reconozca tan sólo a los trabajadores comprendidos en el radio de acción del Derecho Laboral, sin perjuicio de que también pueda aplicarse, por mandato expreso de la ley, a ciertas situaciones que no están incluidas en este radio de acción; pero esas especiales situaciones no tienen nada que ver con los administradores societarios. Los caracteres que configuran la condición de estos administradores, tanto en el aspecto interno de su relación con la entidad para la que actúan, como desde el punto de vista de la estructura social en que se incardinan, así como los perfiles que delimitan el nexo jurídico que les une con tal compañía, hacen incompatible su relación profesional con los fines y objetivos, e incluso con la propia razón de ser, de la prestación por desempleo. Los referidos administradores sociales no es que se limiten a ostentar un determinado cargo directivo de la empresa de que se trate, es que en ellos se encarna y hace realidad el poder de dirección de la compañía; son el órgano societario en el que, por disposición legal, se asientan las facultades rectoras o de mando, ejecutivas y gestoras que son propias de la misma. La remuneración que los administradores perciben no es un salario, como destaca precisamente la mencionada Sentencia de 29-enero-1997, y siendo esto así no parece que pueda cumplirse la finalidad esencial de la prestación comentada de cubrir la pérdida de las rentas salariales. Por otro lado, reconocer el derecho a la prestación de desempleo a personas en las que se residencia el poder de mando y dirección de las sociedades, es abrir una amplia brecha en la que se dificulta en gran medida el control que sobre el correcto reconocimiento y la gestión de la prestación ha de efectuar la entidad gestora; y ello precisamente, en un tipo de prestación en el que, por desgracia, los niveles de fraude son particularmente elevados. 3) Es cierto que el art. 205.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (que esencialmente reproduce

el art. 3.1 de la Ley 31/1984, de 2 agosto) dispone que «estarán comprendidos en la protección por desempleo, siempre que tengan previsto cotizar por esta contingencia, los trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social...». Ahora bien, en primer lugar, hay que tener en cuenta que este artículo establece las reglas genéricas determinantes de las personas que tienen derecho a la protección referida, pero esto no impide la existencia de excepciones en las que trabajadores por cuenta ajena incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social no gozan de tal derecho. Pero es que, además, este precepto exige que el empleado tenga «previsto cotizar por esta contingencia». Es obvio que, normalmente, a todo trabajador sujeto al Derecho Laboral, encuadrado en el Régimen General de la Seguridad Social, la ley le impone la obligación de cotizar por desempleo; pero no puede decirse lo mismo de aquellos casos en los que, aun cuando los interesados se incluyan en ese Régimen General, el vínculo de su prestación de servicios no está comprendido en el radio de acción del Derecho del Trabajo, pues sin duda a tales supuestos se refiere la frase que se acaba de mencionar, y en consecuencia sólo si la normativa vigente les impone la obligación de cotizar por esta contingencia podrá entenderse que tienen derecho a lucrar la correspondiente prestación. Pero es evidente que no existe precepto alguno de tal clase que prescriba que los administradores de las sociedades de capital están obligados a cotizar por desempleo. Y tampoco puede ser causa generadora del derecho a la prestación por desempleo el simple hecho de haberse efectuado real y materialmente el pago de esas cotizaciones, puesto que, si el interesado no ostenta tal derecho, el mismo no puede nacer por la sola circunstancia de que se hayan pagado dichas cuotas. Este pago podrá servir de fundamento para el ejercicio de otra clase de acciones, pero no puede otorgar un derecho a quien la ley no se lo reconoce. 4) Debe tenerse en cuenta así mismo que el contenido de las disposiciones legales que regulan la prestación por desempleo ponen en evidencia que la misma sólo se reconoce cuando se ha producido previamente la extinción de una relación laboral sometida al Derecho del Trabajo. Esto es claro por cuanto que: a) El art. 5 de la Ley 31/1984, de 2 agosto (hoy art. 207 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) establece que uno de los requisitos necesarios para poder obtener la prestación discutida es el de que el interesado se encuentre en «situación legal de desempleo»; pudiéndose afirmar que es éste el requisito esencial y básico que configura esta prestación. Pues bien, el art. 6 de esta Ley 31/1984 (hoy art. 208 del citado Texto Refundido) determina los supuestos en los que existe o se produce la situación legal de desempleo, recogiendo como los dos supuestos

más importantes a tal efecto aquellos que se dan «cuando se extinga su relación laboral» y «cuando se suspenda su relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo». No cabe duda que estos preceptos se están refiriendo a la extinción o suspensión de las relaciones de trabajo sometidas al Derecho Laboral, no alcanzando en absoluto tales normas a la extinción o suspensión de vínculos mercantiles de naturaleza societaria. b) El art. 2.2 de la Ley 31.01.84, explica cuál es el objeto o fin fundamental del nivel contributivo de la protección por desempleo, precisando que es el «proporcionar prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada»; y es indiscutible que los administradores, aunque pueden percibir remuneración por el desempeño de su actividad, tal remuneración no es, en ningún caso, una renta salarial. Se recuerda que la comentada Sentencia de esta Sala de 29-enero-1997, en su fundamento de derecho quinto, se cuida de aclarar que los administradores sociales, aunque son trabajadores por cuenta ajena, no son trabajadores asalariados. De todo lo expresado se desprende forzosamente la consecuencia de que los administradores de las sociedades mercantiles de capital, aunque se incardinan en el ámbito protector del Régimen General de la Seguridad Social, no tienen derecho a las prestaciones por desempleo». Por todo lo indicado,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, revocamos la sentencia que con fecha 23-septiembre-1996 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social número Tres de los de Pontevedra, y desestimamos la demanda presentada por don M.B.D., absolviendo a la parte demandada

2829 RECURSO N° 3.609/99

S. S.

IRRESPONSABILIDADE DO SERGAS POR DEFICIENTE PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA, Ó PRODUCIRSE O CONTAXIO POR FEITO EXTERNO Á SÚA ACTUACIÓN.

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

A Coruña, a dos de diciembre 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 3.609/99, interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 887/93 se presentó demanda por doña I.A.P. en reclamación sobre INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS siendo demandados el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, 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 31 de marzo de 1999 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º.- Que la actora I.A.P., mayor de edad, con D.N.I..., nacida el 08.04.1954 figuraba como beneficiaria de la Seguridad Social, con el nº... de la que era titular en aquel momento su marido, A.F.A. / 2º.- Que con fecha de 31.05.1982, la actora ingresó por urgencias, en el servicio de urgencias de hematología de “P.” (Centro en el que ingresó al estar concertado con el Sistema Público Sanitario) por hematoma con gran dolor en fosa renal derecha secundaria el tratamiento con dicumaroles por una tromboflebitis post-quirúrgica. Se le administró 1000 VI, complejo de protombina (hemafactor), espasmolíticos, diuréticos y sueroterapia y antieméticos, evolucionó favorablemente y fue dada de alta./ 3º.- Que con fecha de 09.08.1992, ingresa en el Servicio de Medicina Interna del Complejo Hospitalario “X.C.” de..., presentando infección por VIH, siendo la analítica frente a los virus de la hepatitis B y C positivos, siendo dada de alta, con fecha de 26.08.1992, con la recomendación de control por la consulta de VIH./ 4º.- Que existen diversas vías de transmisión de la hepatitis C, sin que pueda saberse con certeza, dónde apareció la hepatitis B y C, y sin que pueda asegurarse que aparecieran en 1982, si bien pudo deberse a dicha transfusión. Que el VIH y la hepatitis van asociadas./ 5º.- Que con la actora convivían dos hijos: J.M.F.A., nacido el 25.06.1974 y M.I.F.A., nacida el 10.03.1980. 6º.-

Que la actora solicitó las indemnizaciones y ayudas previstas en el Decreto-Ley de 9/1993 de 28 de mayo, para la infección del virus del VIH, y por resolución, del Ministerio de Sanidad y Consumo de 29 de marzo de 1994, se le reconoce a la actora, la ayuda prevista en el art. 2 del Real-Decreto Ley 9/1993, pago alzado por mitades en dos años, en 10.000.000, y ayuda mensual de 2 S.M.I./ 7º.- Que por resolución de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de fecha 20.04.1994 se reconoció a la actora el derecho a percibir pensión de invalidez no contributiva con efectos económicos de 01.05.1993 y en cuantía mensual de 27.740.-ptas. con un grado de discapacidad del 65%, factores sociales complementarios 7% y grado total 72%./ 8º.- Que con fecha de 30.07.1993, la actora presentó sendos escritos de reclamación previa frente al I.N.S.S. y al SERGAS, a fin de que se dicte resolución, reconociendo que el contagio de hepatitis B y C se produjo dentro del Sistema Público Sanitario y acuerde abonar a la actora una indemnización de 25.000.000.-ptas. en concepto de daños y perjuicios, reclamación previa que fue incontestada./ 9º.- Se presentó demanda ante esta Jurisdicción Social, con fecha de 30.10.1993 en pretensión de que se condene a las demandadas al pago de una indemnización de 25.000.000.-ptas., por los daños y perjuicios ocasionados por la defectuosa asistencia sanitaria, prestada a la actora, en su condición de beneficiaria de la Seguridad Social./ 10º.- Que con fecha de 31.01.1995, por esta Juzgado de lo Social, se dictó Sentencia, estimando la excepción de Incompetencia de Jurisdicción planteada y sin efectuar pronunciamiento sobre el fondo del asunto./ 11º.- Que contra la anterior Sentencia, se interpuso recurso de suplicación, por la actora y con fecha de 16.04.1998, por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se dictó Sentencia, por la que se acordó la nulidad de la resolución de instancia, a fin de que, con retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, se redacte otra, en la que, con absoluta libertad de criterio, se entre a resolver la cuestión planteada, remitiéndose por el Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Social, los autos a este Juzgado con fecha de 17.06.1998, y con fecha de 15.07.1998 el letrado M.M. en nombre y representación de la actora presentó escrito en este Juzgado acreditando el fallecimiento de la actora y solicitando se acuerde la sucesión procesal de los herederos de la actora J.M. e I.F.A., subrogándose en la posición procesal que ocupaba la actora, aportando al efecto, certificación de defunción de la actora, fechada el 15.09.1994, certificado de nacimiento de los hijos, testimonio de Sentencia de separación matrimonial de la actora y J.A.F.A., certificado de últimas voluntades y acta notarial

de notoriedad de declaración de herederos abintestato.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo/ Que desestimando las excepciones alegadas y estimando la demanda interpuesta por I.A.P. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y como continuadores procesales, por los hijos y herederos de la actora J.M. y M.I.F.A., debo condenar y condeno al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE a abonar a los mismos la cantidad de VEINTE MILLONES DE PESETAS (20.000.000.-ptas.) por los daños y perjuicios ocasionados por la defectuosa asistencia sanitaria prestada a la actora, en su condición de beneficiaria de la Seguridad Social.”

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 pase de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia condenó al Servicio Galego de Saúde a abonar a los herederos de la inicial demandante (sucesores procesales) la suma de 20.000.000 de pts. por el contagio, mediante transfusión sanguínea, de la hepatitis B y C, y frente a ella recurre el Organismo condenado a través de los siguientes motivos: A) revisión fáctica, a fin de hacer constar que el Centro Médico “P.” tenía concierto con el INSALUD en la fecha en que se realizó la transfusión (1982) y que hasta 1985 no surgen las primeras normas legales sobre requisitos técnicos y condiciones en materia de hemodonación y bancos de sangre, y hasta 1990 no se declara obligatoria la detección de anticuerpos de hepatitis C en las donaciones de sangre; B) falta de legitimación pasiva, citándose al efecto como infringidos los arts. 538.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 1, 2, 3 y 4 del Real Decreto 1.679/90, de 28 de diciembre, en relación con los apartados E.i, F.1 y J.1 de su Anexo; C) infracción del art. 1.903 del Código Civil, al existir en su día una relación de concierto entre “P.” y el INSALUD, de la que el SERGAS era y es ajeno; D) inexistencia de culpa o negligencia del SERGAS, INSALUD y POVISA, de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 1.902, 1.903, 1.091 y 1.101 a 1.104 del Código Civil; E) inexistencia de nexo causal entre la actuación médica y el daño a la salud, con cita de la sentencia del T.S. de 05.06.91 para argumentar que la necesidad de inoculación del hemofactor era inevitable por la

limitación del conocimiento científico sobre el posible contagio de un virus que no se conocía y la imperiosa necesidad de la transfusión como medida terapéutica, y F) infracción del art. 7.2 del Código Civil por lo elevado de la cuantía indemnizatoria fijada en la misma.

SEGUNDO.- Reiterada doctrina de Unificación declara que “el gasto que supone para la Seguridad Social el pago de las cantidades reclamadas al estimarse la demanda, es una obligación de la Seguridad Social, nacida después de la transferencia a la Comunidad Autónoma, derivada de una sentencia judicial nacida después de la efectividad de la transferencia, resolviendo demanda también posterior, de la que debe hacer frente la Comunidad Autónoma aunque el gasto reclamado derive de una defectuosa asistencia sanitaria anterior a la fecha de la transferencia, y ello con base a lo que resulta de los propios Decretos de transferencia” (sentencias del T.S. de 07.03.97, 08.05.97 y 11.08.98, referidas las dos primeras a la Comunidad Autónoma de Galicia, R.- 2.262/97, 3.968/97 y 911/98).

TERCERO.- Doña I.A.P. ingresó el 31.05.82 en el servicio de urgencias de hematología del centro concertado “P” por hemATOMA con gran dolor en fosa renal derecha secundaria al tratamiento con dicumaroles por una tromboflebitis postquirúrgica, administrándosele 1000 VI, complejo de protombina (hemofactor), espasmolíticos, diuréticos, sueroTerapia y antieméticos. El 09.08.92 ingresó en el Servicio de Medicina Interna del Complejo Hospitalario “X.C.”, de..., presentando infección por VIH y presencia de virus de la hepatitis B y C, siendo dada de alta el 26.08.92 con recomendación de control del VIH. Solicitadas las indemnizaciones y ayudas previstas en el Decreto-Ley 9/1993, de 28 de mayo, y previa renuncia al ejercicio de todo tipo de reclamaciones por la contaminación por VIH contra cualquiera de las Administraciones Públicas Sanitarias o personal de las mismas, le fue reconocida una indemnización de 10.000.000 de pts. y una ayuda mensual del doble del salario mínimo interprofesional. El 20.04.94 la Xunta de Galicia le reconoció el derecho a pensión de invalidez no contributiva con efectos económicos de 01.05.93.

Lo relatado permite hacer las siguientes consideraciones: La propia sentencia de instancia afirma en el ordinal cuarto del relato histórico, que existen diversas vías de transmisión de la hepatitis C, “sin que pueda saberse con certeza dónde apareció la hepatitis B y C, y sin que pueda asegurarse que apareció en 1982”, si bien pudo deberse a la transfusión, añadiendo que el VIH y la hepatitis “van asociadas”. Aun sin explicar convenientemente esta última expresión, lo cierto

es que se desconoce la vía y el momento en que la paciente fue infectada de los virus de la hepatitis, y, en cambio, se sabe que la Administración, previa solicitud, le indemnizó por la transmisión del VIH, no pareciendo realmente indemnizatoriamente parcelables las diversas patologías diacrónicamente padecidas en un entorno de inmunodeficiencia adquirida que aboca en el prematuro fallecimiento, ocurrido el 15.09.94 cuando la paciente contaba con 41 años de edad.

La sentencia del T.S. de 22.12.97 (R.-1.969/1997), recaída en litigio contra la Administración Sanitaria por transmisión en 1985 del virus de la hepatitis C, modifica la afirmación de su sentencia de 05.06.91 (en la que se basa la sentencia de instancia) en lo concerniente a la calificación del hecho como caso fortuito, para encuadrarlo en el ámbito de la fuerza mayor excluyente de responsabilidad. Dice, en efecto, la citada sentencia que “la actuación de la Entidad Gestora va dirigida a conservar o restablecer la salud de los interesados, y si los mismos, con arreglo a la Ley General de Sanidad, tienen derecho a la información sobre su diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, no pueden exigir un resultado ni una información que está fuera de las reglas del conocimiento humano, como ocurría con la dolencia que posteriormente se detectó a la actora. Estamos ante un suceso extraordinario que no puede comprenderse dentro del proceso ordinario de un tratamiento, salvo que se califique como de procedencia interna y se atienda exclusivamente al mecanismo material de la transfusión sin comprender todo el proceso en el que se descubre en la humanidad una nueva dolencia, o como señalan las sentencias anteriormente citadas, siempre que la causa que los motiva sea independiente y extraña al sujeto obligado, lo que es evidente cuando el conocimiento humano ignora la existencia de un virus descubierto con posterioridad al actor. Pero aun partiendo de esa procedencia interna, a efectos dialécticos, sí estamos ante un hecho extraordinario y externo en la segunda fórmula alternativa, pues la prevención era imposible y externa a la actuación del demandado, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección cuya investigación correspondía a otras instituciones, e incluso conociendo la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos al desconocerse la manera de detectarlo, indudablemente no se le podía exigir que suspendiera todas las transfusiones que en aquel momento practicaba dentro de todo el Estado. Avanzando un paso más, se podría afirmar que se llegaría a una situación absurda, conociendo la enfermedad y no el medio de detección, que por el consentimiento informado podría llegar a la

exoneración de responsabilidad, y ésta no se alcanzase en el supuesto litigioso en el que se desconocía la propia existencia del virus. Aplicar la doctrina del hecho externo con la significación de referirla únicamente a hechos extraordinarios de la naturaleza o de la actividad humana sin ninguna matización, significaría que en estos momentos se están produciendo actuaciones correctas del INSALUD, prescribiendo tratamiento, que por su misma naturaleza tienen no sólo virtudes curativas, sino también en muchos casos efectos perjudiciales que en un futuro darían lugar a poder exigirle responsabilidades, con la consiguiente indemnización compensatoria, si se descubren nuevas dolencias, tratamiento o efectos negativos de los medicamentos, como pueden ser los efectos cancerígenos que pongan de relieve una actuación errónea a la luz de esos nuevos avances científicos, y que en el momento del tratamiento era correcta, como ocurrió en el caso litigioso. Por todo lo expuesto hay que concluir que al producirse el daño por un hecho externo a la actuación del INSALUD estamos ante la causa de exoneración que prevé la norma”.

En atención a todo ello

Fallamos

Que con estimación del recurso de Suplicación interpuesto por el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE contra la sentencia de fecha treinta y uno de marzo de mil novecientos noventa y nueve dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de Vigo, en proceso seguido a instancia de doña I.A.P. frente al SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL sobre INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, debemos revocar y revocamos la sentencia recurrida, con absolución de todos los Organismos demandados de todas las peticiones contenidas en la demanda rectora de las presentes actuaciones.

2830 RECURSO N° 5.058/99

S. S.

INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO DE INTERINO POR PRODUCIRSE A AMORTIZACIÓN DA PRAZA OCUPADA POR EL.

Ponente: Ilmo Sr. Don Antonio González Nieto

En A Coruña, a tres de diciembre 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 5.058/99, interpuesto por el letrado don R.H.M., en nombre y representación de doña A.L.F., contra sentencia del Juzgado de lo Social Nº Dos de los de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 401/99 se presentó demanda por doña A.L.F., sobre DESPIDO, frente al “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE” (SERGAS). En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha seis de septiembre del año en curso por el Juzgado de referencia, que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “I. La actora, A.L.F., venía prestando servicios para el demandado “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE” desde el 18.05.98 con la categoría profesional de celadora y para sustituir al titular, con derecho a reserva de plaza, G.R.G, que se hallaba de baja por I.T. desde el 18.05.98. II El 21.06.99 el “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE” notifica a la actora lo siguiente: “El celador G.R.G. manifestó que causará alta de su proceso de I.T. el próximo día 30 de junio, lo que se pone en su conocimiento a efectos de preaviso de cese en el nombramiento que actualmente tiene suscrito para la sustitución del titular de la plaza” y es cesada el 30.06.99. III. El 22.06.99 el Sr. G.R.G. solicita licencia por vacaciones reglamentarias a disfrutar los días 01.07.99 a 15.07.99 y se le conceden, sin que sea necesaria su sustitución. IV. El 15.07.99 el Sr. R.G. pide su jubilación voluntaria y el 22.07.99 la plaza del mismo es amortizada por el Director General de Recursos Humanos. V. Se ha agotado la vía administrativa previa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Debo desestimar y desestimo la demanda que sobre despido ha sido interpuesta por A.L.F. contra “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE”, al que absuelvo. Notifíquese... etc.”.

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

que no fue impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente.

Fundamentos de derecho

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda por despido, se interpone recurso de suplicación por la parte actora que, sin cuestionar los hechos declarados probados, denuncia en un único motivo –sobre examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida- y con adecuado amparo procesal, infracción, por no aplicación o interpretación errónea, de los artículos 4.2.c) del Real Decreto 2.546/94, de 29 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores; artículo 15.1.c) del propio Estatuto y artículo 11.2 de la Resolución conjunta de 28.02.97, de la Secretaría General de la “Consellería de Sanidade e Servicios Sociais” y de la Dirección General de Recursos Humanos del “Servicio Galego de Saúde”, por la que ordena la publicación del pacto suscrito por la Organización Sanitaria con las Centrales Sindicales CC.OO., C.I.G., U.G.T. C.S.I.-C.S.I.F. y S.A.T.S.E., alegando fundamentalmente que no se había probado por el Organismo demandado que la plaza hubiese sido amortizada y que, en todo caso, si se hubiera producido dicha amortización, se estaría igualmente ante un despido, pues la trabajadora sustituta solamente podía ser cesada por la “reincorporación del trabajador sustituido” y que cabía entender que no se había producido la reincorporación efectiva del mismo, ya que el 30 de junio le dan de alta médica y el día 1 de julio inicia el disfrute vacacional, en consecuencia (sigue diciendo) debería continuar la sustituta prestando servicios hasta que la plaza fuera amortizada, es decir, hasta el 22.07.99, por lo que, al ser cesada el día 30.06.99, el cese sería un despido, al no darse la llegada a término del contrato de trabajo.

Del inalterado relato fáctico de hechos probados se desprende: 1º) Que la demandante comenzó a prestar servicios para el “Servicio Galego de Saúde (SERGAS.)” el 18.05.98, con la categoría profesional de celadora y para sustituir al titular, con derecho a reserva de plaza, que se hallaba de baja por incapacidad temporal desde el 18.05.98. 2º) El 21.06.99 el “Servicio Galego de Saúde” notifica a la actora lo siguiente: “El celador G.R.G. manifestó que causará alta de su proceso de I.T. el próximo día 30 de junio, lo que se pone en su conocimiento a efectos de preaviso de cese en el nombramiento que actualmente tiene suscrito para la sustitución del titular de la plaza”, y es cesada el 30.06.99. 3º) El 22.06.99 don G.R.G. solicita licencia por vacaciones

reglamentarias a disfrutar los días 01.07 a 15.07.99 y se le conceden, sin que sea necesaria su sustitución. 4º) El 15.07.99 el Sr. R.G. pide su jubilación voluntaria y el 22.07.99 la plaza del mismo es amortizada por el Director General de Recursos Humanos.

Para una más acertada resolución de la litis, se ha de tener en cuenta reiterada doctrina jurisprudencial (sentencias, entre otras, del Tribunal Supremo, de 29.01, 18.02, 11 y 16.06 y 25.10.94) en la que se declara: “la contratación interina no consolida derecho a la plaza vacante ocupada, sino que únicamente da derecho a permanecer en ella hasta que se cubra reglamentariamente o se amortice, y la amortización, cuando se trata de Entidades públicas, se produce en virtud de la decisión de los Órganos competentes, en función de las necesidades del servicio”. Como señala la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 02.04.97, dictada en casación para la unificación de la doctrina, que se refiere al cese de personal que había sido contratado con carácter interino, estipulándose que su duración se extendería hasta la provisión del puesto de trabajo con carácter fijo: “dicho pacto sobre la duración del contrato, no era obstáculo para que la Administración pudiera suprimir aquellos puestos si no se encontraban desempeñados por personal de carácter fijo”, y que la eficacia del pacto debía entenderse sometida a la condición subyacente de la pervivencia de los puestos; entenderlo de otro modo llevaría a conclusiones absurdas, ya que, o bien supondría la transformación de hecho de la interinidad en una situación propia de un contrato indefinido, o bien entrañaría la vinculación de la Administración a la provisión por un titular de un puesto de trabajo que estima innecesario y cuya supresión ha acordado, por lo que, concluye, “debe entenderse 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”.

Por lo expuesto, si la ahora recurrente estaba vinculada con el Organismo demandado, “SERGAS.”, por un contrato de duración determinada de “interinidad por sustitución”, en tanto no se reincorporara el titular de la plaza, a quien estaba sustituyendo durante su baja por enfermedad, habiendo sido amortizada la plaza que venía ocupando, y por esta razón la empleadora interpelada ha decidido poner fin a dicha relación jurídica, resulta evidente que no se está en presencia de un despido, sino ante una extinción conforme a derecho de la relación laboral (amortización de la plaza), y ello independientemente de que no llegara a reincorporarse a su puesto la persona sustituida y

de que antes de la amortización hubiera disfrutado de vacaciones y posteriormente se jubilara voluntariamente, pues, las vacaciones son concedidas sin sustitución y sus trabajos son hechos por otros compañeros y por eso pueden ser denegadas por necesidades del servicio. En base a lo qué, al haberlo entendido así la Magistrado de instancia, siendo conforme a derecho la resolución recurrida, procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo combatido.

Fallamos

Que desestimando el recurso de Suplicación formulado por doña A.L.F. contra la sentencia de fecha seis de septiembre del año en curso, dictada por el Juzgado de lo Social N° Dos de los de Vigo en autos instados por la recurrente frente al “SERVICIO GALEGO DE SAÚDE” (SERGAS), sobre DESPIDO, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

2831 RECURSO N° 3.507/96

S. S.

EXERCICIO REGULAR DO PODER DIRECTIVO EN ORDE Á MOBILIDADE FUNCIONAL, QUE DETERMINA A IMPROCEDENCIA DA DEMANDA IMPUGNATORIA DE ACOPLAMENTO FORZOSO DE TRABALLADOR.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José M. Mariño Cotelo

A Coruña, a nueve de diciembre 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. 3.507/96 interpuesto por don J.A.G.G. y don C.C.I. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don C.C.I. y don J.A.G.G.

en reclamación de IMPUGNACIÓN ACOPLAMIENTO FORZOSO siendo demandados la empresa “T., S.A.” y don J.M.V.R. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 210/96 sentencia con fecha 19 de abril de 1996 por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

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

“PRIMERO.- En fecha 20 de junio de 1995, se remite por parte de la Dirección de la Empresa al Comité de Empresa la comunicación de cambio de acoplamiento FORZOSO de don J.M.V.R. y don J.L.F.B., fundamentado en razones organizativas. Recibido el escrito referenciado, con fecha 27 de junio de 1995, el Comité de Empresa comunica a la dirección de la misma, su desacuerdo con el cambio de acoplamiento, toda vez que:- No existen peticiones normalizadas de ningún trabajador.- Se rechaza por entender que se pueden producir agravios comparativos.- Se considera que los acoplamientos referenciados han de tener carácter provisional y no definitivo.- Se ha de dar publicidad a las plazas que han de ser ofertadas./ **SEGUNDO.-** En fecha 14 de julio de 1995, la Dirección de la Empresa comunica al Comité la aceptación de los cambios propuestos, ratificando la misma con fecha 4 de agosto de 1995, en la que se admite el carácter de provisionalidad de los acoplamientos de fecha 6 de junio de 1995; con fecha 28 de agosto de 1995, se comunica al Comité y a los interesados el carácter provisional de los acoplamientos de los que han sido objeto./ **TERCERO.-** En fecha 25 de octubre de 1995, se comunica al Comité de Empresa la Convocatoria R.-CUP. 01/95 por reestructuración organizativa de la Jefatura de Operación y Conservación, en la que se procede a la Convocatoria de 3 plazas de OTPI para la Unidad Especializada Agrup. Conmutación Digital y 1 plaza de OTPI para la Unidad Especializada Agrup. Transmisión. Convocatoria que es modificada por notificación de fecha 9 de noviembre de 1995, en donde se procede a convocar 2 plazas de OTPI para la Unidad Especializada de Agrup. Conmutación Digital, en vez de las 3 plazas convocadas inicialmente./ **CUARTO.-** El 28 de noviembre de 1995 se resuelve por la Dirección la convocatoria 8-CUP-1/95 publicada el 25 de octubre y su nota complementaria del 9 de noviembre, correspondiendo a los operadores: 2 plazas para A.C.D.: M.S.G.V. y doña Y.D.R. y 1 plaza para Agrupación de Transmisión para don J.L.F.B./ **QUINTO.-** Asimismo por la Empresa en dicha fecha se resuelve comunicar a don J.L.V.R. y al Comité de Empresa el Acoplamiento como definitivo de fecha 8 de agosto de 1995, así como comunicar al Comité de Empresa y dar publicidad a la Convocatoria de una Plaza para la Unidad

Especializada Agrupación Comutación digital./ **SEXTO.-** Enterado el Comité de Empresa de la modificación del Acoplamiento de don J.M.V.R., habiendo pasado de PROVISIONAL A DEFINITIVO, el Comité comunica a la Dirección de la Empresa su desacuerdo con el mismo, toda vez que: - Se produce un Agravio Comparativo entre sus compañeros, toda vez que, se produce un Acoplamiento Definitivo, sin haberlo solicitado el interesado. - Se produce una Vulneración del Derecho de Igualdad, puesto que, al tener éste Acoplamiento carácter definitivo, da derecho a don J.M.V.R.. A OBTENER PREFERENCIA ABSOLUTA sobre cualquier otro trabajador, a efectos de futuras vacantes, de acuerdo con el Artículo 151.2 de la Normativa Laboral de "T., S.A." e obvia el acuerdo entre la Dirección de la Empresa y el Comité de Empresa, de fecha 14 de julio de 1995./ **SEPTIMO.-** En fecha 20 de marzo de 1996 se celebró Acto de Conciliación ante el S.M.A.C., con resultado "Sin Avenencia", presentando los actores demanda ante el Juzgado de lo Social -Decano- en fecha 21 de marzo de 1996".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don C.C.I. -Presidente del Comité de Empresa de "T., S.A.", en Orense- y don J.A.G.G. -Secretario del Comité de Empresa de "T., S.A." en Orense-; contra la Empresa "T., S.A." y don J.M.V.R., debo absolver y absuelvo a los demandados de la presente 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.- Contra la sentencia de instancia, que desestimando la demanda interpuesta por C.C.I. y J.A.G.G. - Presidente y Secretario, respectivamente, del Comité de Empresa de "T., S.A.", en Ourense – contra la empresa "T., S.A.", y J.M.V.R., sobre impugnación de acoplamiento forzoso, absolió a los demandados de las pretensiones contenidas en aquélla, se alza la parte actora y en un único motivo, con amparo procesal en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, pretende el examen de normas sustantivas y de la jurisprudencia.

SEGUNDO. Ha de rechazarse la censura jurídica a que se contrae el motivo único del recurso interpuesto por la parte demandante y es que la invocación que efectúa al artículo 17.1 de la Constitución Española y al artículo 151.2 del

Convenio Colectivo de "T., S.A.", no constituye bagaje asaz para que sus pretensiones alcancen éxito, habida cuenta de que de no se constata la concurrencia de vulneración del derecho a la igualdad ni de incumplimiento de acuerdos o de actuar contra sus propias decisiones por parte de la Empresa pues, aunque la referida mercantil, después de hacerse eco de la propuesta del Comité declarando la provisionalidad de los acoplamientos, resolvió "a posteriori" el acoplamiento definitivo de uno de ellos, tal decisión fue llevada a cabo una vez que, ante el anuncio de la convocatoria R. CUP 01/95 por reestructuración organizativa de la Jefatura de Operación y Conservación, determinados trabajadores de la empresa tuvieron a bien participar en la misma - habiendo obtenido plaza uno de los que había sido, junto con el codemandado Sr.V., acoplado en su día con carácter forzoso y provisional - en tanto que el referido codemandado optó por no tomar parte en tal convocatoria de manera que, so pena de admitir que éste pudiese ser constreñido a participar, no se revela como contraria a derecho la decisión de la empresa de acoplar definitivamente al citado Sr. V., siendo así que esgrimiendo la entidad codemandada "T., S.A." razones de carácter organizativo por reestructuración, conviene no olvidar que el propio artículo 151.2 de la Normativa Convencional antes citada otorga a la mercantil facultades en los casos allí reseñados, entre los que se cita los cambios de acoplamiento que sea necesario efectuar por razones de reestructuración organizativa, sin que pueda olvidarse que el artículo 39 Estatuto de los Trabajadores autoriza al empresario a proceder a la movilidad funcional de sus operarios sin otros límites que los exigidos por las titulaciones académicas, el respeto a la dignidad del trabajador y la salvaguarda de sus derechos de formación y promoción profesional y académica, y que la propia resolución "a quo" en sede jurídica aunque con valor fáctico, estableció que, la Empresa " a la vista de que uno de los acoplados provisionalmente no había participado en el concurso decidió acoplarlo definitivamente dentro de su potestad de movilidad funcional y en respeto de los derechos del trabajador afectado a ser acoplado definitivamente y no verse sometido a una situación de interinidad por causa de una reestructuración de la Empresa".

TERCERO.- En consecuencia, procede la desestimación del recurso articulado contra la sentencia de instancia y la confirmación de dicha resolución.

Fallamos

Desestimando el recurso de suplicación articulado por la parte demandante contra la sentencia del

Juzgado de lo Social nº 1 de Ourense, de fecha 19 de abril de 1996, en autos nº 210/96, sobre impugnación de acoplamiento forzoso, confirmamos dicha resolución.

2832 RECURSO N° 4.899/96

S. S.

ALCANCE DA COBERTURA DE CONTRATO DE SEGURO CONTIDO EN CONVENIO COLECTIVO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a diez de diciembre 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 4.899/96, interpuesto por “A., S.A.” de Seguros y Reaseguros contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Santiago de Compostela.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 264/96 se presentó demanda por don J.A.D.R. sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD siendo demandadas la Compañía de Seguros “A., S.A.”, y las empresas “E.A.S.” y “T.A.S., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 1 de julio de 1996 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “PRIMERO.- Que el actor, cuando prestaba servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa “E.A.S.”, dedicada a la actividad de Agencia de Transporte, sufrió un infarto de miocardio, el día 27 de mayo de 1995, cuando se encontraba visitando a un cliente de la empresa en Lugo, siendo atendido hospitalariamente en esa ciudad y dado de alta el 7 de junio de 1991./ SEGUNDO.- Que como consecuencia del infarto sufrido se expidió parte de baja por incapacidad laboral transitoria, por la contingencia de enfermedad común, con efecto de 5 de junio de

1991, siendo dado de alta el 16 de marzo de 1992./ TERCERO.- Que el 23 de junio de 1992 sufrió una recaída, reiniciando la baja por enfermedad común, pasando posteriormente a invalidez provisional por la referida contingencia./ CUARTO.- Que por sentencia dictada por este Juzgado, el 11 de octubre de 1994, se declaró que como consecuencia del infarto de miocardio el actor sufrió un accidente de trabajo, condenándose a la “M.G.A.T.” al pago de las prestaciones derivadas de tal contingencia./ QUINTO.- Que por resolución de I.N.S.S., de fecha 1 de marzo de 1995, se declaró al actor en situación de invalidez permanente, en grado de incapacidad total, derivada de accidente de trabajo./ SEXTO.- Que por la Compañía de Seguros demandada se procedió a abonar al actor la cantidad de tres millones quinientas mil pesetas (3.500.000 ptas.), el 22 de junio de 1995, cantidad asegurada por la empresa a favor de todos sus trabajadores por mandato convencional, como consecuencia de la invalidez permanente total declarada./ SÉPTIMO.- Que la empresa para la que trabaja el actor tenía asimismo concertada con “A.S.” una póliza de “Seguro de Accidentes Individuales”, vigente en el período de 10 de diciembre de 1990 a 10 de diciembre de 1991, renovada por un año más, hasta el 10 de diciembre de 1992, fecha en que quedó anulada, para garantizar al actor, como único trabajador asegurado, el riesgo de muerte, con un capital de 10.000.000 ptas., y el de invalidez permanente total, con un capital de 20.000.000 ptas., sobrevenidas como consecuencia de accidente./ OCTAVO.- Se celebró sin avenencia ante el S.M.A.C., el 13 de octubre de 1995, acto de conciliación.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que desestimando las excepciones de falta de jurisdicción y de falta de legitimación pasiva, alegadas por la “C.S.A., S.A.”, y estimando la demanda promovida, en reclamación de cantidad, por don J.A.D.R., debía condenar y condenaba a la “C.S.A., S.A.” a abonar al actor la cantidad de VEINTE MILLONES DE PESETAS (20.000.000 ptas.) más un 20% en concepto de interés anual, devengado a partir del 1 de junio de 1995. Que debía absolver y absolvía a las empresas codemandada “E.A.S.” y “T.A.S., S.L.” de todas las pretensiones deducidas en este proceso.”

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Disconforme la Compañía de Seguros codemandada con que, en la sentencia de instancia, se la condene a abonar al actor la cantidad de 20.000.000 de pesetas, más un 20% en concepto de interés anual, devengado a partir del 1 de junio de 1995; formula recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado c) del artículo 191 del TRLPL, alegando vulneración del art. 1, en relación con el 2.c), del Real Decreto Ley 2/1995; en segundo, por el mismo cauce, denunciando infracción de los artículos 2 y 24 de la Ley 50/1980, sobre contrato de seguro; en tercero, por igual cauce, alegando infracción del artículo 104 de la Ley 50/1980, en relación con el 1.091 del Código Civil; en cuarto, por idéntico cauce, denunciando infracción del artículo 1 de la Ley 50/1980, en relación con la Condición General Tercera de la Póliza; en quinto, por el mismo cauce, alegando nuevamente, infracción del artículo primero de la Ley 50/1980, al entender que, con relación a los accidentes de trabajo, el hecho causante debe entenderse ocurrido en la fecha en que se declare realizado el siniestro; en sexto, por igual cauce, alegando que es procedente acoger la excepción de falta de legitimación pasiva; en séptimo, por el cauce del apartado b) del precepto citado, señalando que los hechos no son propiamente un accidente de trabajo; en octavo, por el mismo cauce que el anterior, al entender acreditado que, en el hecho probado séptimo de la sentencia, existe el error de afirmar que la póliza estuvo vigente hasta el 10 de diciembre de 1992, pues sólo lo estuvo hasta diciembre de 1991; y, en noveno, por idéntico cauce que el anterior, al estimar que el Juzgador de instancia interpreta forzadamente el contrato, al concebir el siniestro como un accidente laboral y al extender la cobertura de la póliza a la significación accidental, que adquiere el término accidente.

SEGUNDO.- Dirige la Compañía de Seguros demandada los motivos séptimo, octavo y noveno del recurso -que deben analizarse, en primer lugar, por necesidades derivadas de la aplicación de una correcta técnica jurídica procesal, pues todos ellos se plantean por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL-, a efectuar distintas críticas a la relación fáctica de la sentencia de instancia; pero, como no termina de perfilarlos, adecuadamente, en ningún caso, porque se olvida de señalar el texto concreto de las modificaciones, que pudieren interesarle, así como de indicar, con precisión, las pruebas documentales o periciales en que los fundamenta, toda vez que el único objeto del motivo, previsto en dicho precepto, es el de revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; no ha lugar a acogerlos.

TERCERO.- Se sostiene, en el primer motivo del recurso, que el contrato de seguro, a que se refiere el procedimiento, es absolutamente ajeno a las relaciones laborales del actor, porque su causa es ajena al trabajo y tiene su origen en un mero acto de liberalidad, dado que no se trata de una póliza colectiva para el conjunto de trabajadores de la empresa, sino únicamente para el actor; pero, por la Sala, no puede compartirse esta argumentación, porque si se tiene en cuenta, por una parte, que resultó acreditado que fue concertado, por la empresa, para la que prestaba sus servicios el actor, mediante una póliza de "seguro de accidentes individuales", para garantizar a aquél los riesgos de muerte y de invalidez permanente total, sobrevenidos como consecuencia de accidente; y, por otra, que, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 39 y 191 y siguientes del TRLGSS, y en la Orden de 28 de diciembre de 1996, la modalidad contributiva de la acción protectora, que permite el Sistema de la Seguridad Social, a través de las mejoras voluntarias, costeadas por las empresas, no solamente pueda ser asumida por éstas a través de convenios colectivos, sino también a través de actos unilaterales; nada impide encajar el contrato de seguro, en que se centra este procedimiento, en el ámbito de dicha acción protectora.

CUARTO.- Se señala, en el segundo motivo del recurso, que la sentencia de instancia infringe lo dispuesto en los artículos 2 y 24 de la Ley 50/1980, sobre contrato de seguro, porque en ella se ordena imperativamente la sumisión de los contratos a la misma, y, en todo caso, es ajena al ámbito social; pero, tampoco, puede compartirse esta alegación, porque partiendo de que, en el artículo 2 se establece que sus preceptos tienen carácter imperativo, con relación a las distintas modalidades del contrato de seguro, en defecto de otra que pudiere serles aplicable; y de que, en el 24, se establece una excepción a la norma sobre competencia territorial de la LEC –pues ésta admite la sumisión de las partes para señalar el juez competente para las acciones derivadas de los contratos, y el 24 determina que será juez competente para el conocimiento de las acciones derivadas del contrato de seguro el del domicilio del demandado, siendo nulo cualquier pacto en contrario-, no se alcanza a comprender la causa del planteamiento del motivo, cuando no se hace referencia alguna a un posible problema de competencia territorial, con relación al Sr. Juez "a quo".

QUINTO.- Se pone de relieve, en el tercer motivo del recurso, que la sentencia de instancia infringe el artículo 104 de la Ley 50/1980, en relación con el 1.091 del Código Civil, porque se siguió el trámite contencioso, no obstante establecer aquel precepto un procedimiento arbitral para dirimir

las discordias, que lo excluye totalmente; pero, también en este caso, la argumentación utilizada no se ajusta a la realidad, pues, tal como se desprende del contenido de dicho precepto, el trámite arbitral, a que se refiere, está limitado a los supuestos en que los asegurados no acepten las proposiciones de los aseguradores sobre el grado de invalidez, en el ámbito del seguro de accidente –afirma el último inciso del artículo 104 que, “si el asegurado no aceptase la proposición del asegurador en lo referente al grado de invalidez, las partes se someterán a la decisión de peritos médicos, conforme al artículo 38”, y la acción ejercitada en el procedimiento, no está referida, precisamente a este extremo-.

SEXTO.- Basa la Compañía Aseguradora demandada el cuarto motivo del recurso, en que, en la sentencia de instancia, se infringe el artículo 1 de la Ley 50/1980, en relación con la Condición General Tercera de la Póliza, ya que ésta establece como motivo de cobertura “la lesión corporal que deriva de una causa violenta, súbita, externa y ajena a la intencionalidad del asegurado”, y, en el caso que se analiza, no concurrieron estas circunstancias, porque la enfermedad de evolución, que sufrió el actor, parte del infarto de miocardio, que padeció el 27 de mayo de 1991; pero, tampoco en este caso, puede ser aceptado el motivo, porque, partiendo de que, es en la Condición General Segunda de la Póliza, donde se fija el objeto y extensión del seguro, haciendo referencia a que el asegurador garantiza el pago...” cuando a consecuencia de un accidente, las personas aseguradas resulten con lesiones corporales determinantes de...”, y de que la Condición General Segunda de la misma –que cita como infringida la recurrente-, se limita a señalar la “delimitación del riesgo”, comenzando de la forma anteriormente expuesta, y enumerando a continuación, con amplitud y minuciosidad, los riesgos que “quedan excluidos de cobertura en cualquier caso”, y los que “quedan excluidos igualmente..., salvo pacto en contrario y abono de la correspondiente sobreprima”, sin hacer referencia, en ningún caso, para excluirlas, a las enfermedades, con origen en un infarto de miocardio; lo cierto es, además, que, según se señala en el hecho probado tercero de la resolución impugnada, por sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Santiago, de fecha 11 de octubre de 1994, se declaró que, como consecuencia del infarto de miocardio de referencia, el también aquí actor, sufrió un accidente de trabajo, condenándose a la Mutua correspondiente al pago de las prestaciones derivadas de tal contingencia; y que, con ello, carece, en todo caso, de oportunidad, el planteamiento del motivo.

SÉPTIMO.- Es conveniente hacer constar, porque es transcendente para decidir el tema, que se plantea en el motivo quinto del recurso –para cuya resolución es necesario determinar cuál es la fecha del hecho causante, en que se entiende originado el siniestro, que da lugar a la efectividad de la cobertura acordada, porque, si se estima que la misma es el 27 de mayo de 1991, día en que el demandante sufrió el primer infarto de miocardio, cuando visitaba a un cliente de la empresa en que trabajaba, que dio lugar a la enfermedad, por él sufrida, que a su vez, originó la declaración de invalidez permanente total, en ella estaba en vigor la póliza de seguro de accidente concertada, por dicha empresa con la Compañía demandada; y si se entiende que es el 1 de marzo de 1995, en que se le declaró en situación de IPT, dicha póliza ya no estaba en vigor:- a) que si como regla general, el momento del hecho causante, en las prestaciones complementarias de Seguridad Social para la invalidez permanente en cualquiera de sus grados, es el mismo, según una doctrina jurisprudencial reiterada, que el prevenido en la Seguridad Social básica para las propias contingencias de invalidez, es decir, el de la declaración de invalidez que corresponda (sentencias de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 22 de abril de 1993, 12 de junio de 1997, etc.); b) que, sin embargo, dicha regla general, no tiene carácter absoluto, ya que la misma doctrina jurisprudencial permite la excepción, cuando se señale lo contrario en la configuración de la mejora voluntaria (sentencias de la misma Sala de 20 de abril de 1994, dictada en Sala General, 25 de mayo del mismo año, 23 de octubre de 1995, 28 de enero y 12 de junio de 1997, etc.); y c) que no puede pasar desapercibido, en el momento de resolver cualquier cuestión litigiosa, relacionada con el contrato de seguro, que, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, ésta es una ley de mínimos, al permitir cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, con los consiguientes efectos interpretativos, favorables a éste, en caso de duda –afirma la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1987, que esta Ley contiene disposiciones claramente protecciónistas del asegurado frente a las cláusulas capciosas, sugestivas o captatorias, pues sus preceptos tienen carácter imperativo, de “ius cogens”-.

OCTAVO.- La Sala estima, a la vista de lo que se dispone en la Condición General Segunda de la Póliza –que trata del objeto y extensión del seguro-, acerca de que el Asegurador garantiza el pago de las indemnizaciones y/o prestaciones previstas en el contrato, cuando, a consecuencia de un accidente, las personas aseguradas resulten con lesiones corporales determinantes de

invalidez permanente, total o parcial, “que se manifieste dentro del año siguiente a la fecha del accidente”, y de que “si la invalidez se manifiesta transcurrido el plazo del año señalado en el párrafo anterior, y se demuestra que es por causa o a consecuencia del accidente, el Asegurador está obligado al pago de la indemnización prevista para esta garantía”; que, en el caso que se analiza existe base suficiente para entender que, en él, no rige la regla general anteriormente expuesta, para determinar el hecho causante del riesgo, sino la excepción, pues en la póliza, en la que se configuró la mejora voluntaria, se hace una clara indicación en el sentido de que debe considerarse como fecha del hecho causante, la del accidente, tal como se desprende de la simple lectura de los apartados transcriptos de la Condición General Segunda de la misma, y que ello repercute, decisivamente, en la solución del tema, planteado en el motivo, ya que, al haber ocurrido el hecho causante en una fecha en que la póliza se hallaba en vigor, y al no presentarse problema alguno respecto a la relación de causalidad, existente entre ésta y la declaración de IPT; la responsabilidad de la Compañía Aseguradora, respecto al abono de la indemnización acordada, para el caso de surgir el riesgo contractualmente pactado, es evidente.

NOVENO.- Todo lo anteriormente expuesto lleva, igualmente, a la desestimación del sexto motivo del recurso, porque no puede acogerse la excepción de falta de legitimación pasiva, que se alega, en base, tanto a la cobertura temporal como intrínseca, por no reunir el accidente, sufrido por el actor, los requisitos para ser calificado como tal, cuando, según lo ya expuesto, no concurren los condicionamientos necesarios para ello; ni puede alegarse que, como el actor ya recibió una cantidad de la demandada, en base a una póliza colectiva, también existente, renunció al ejercicio de todo tipo de acciones; cuando la independencia entre una y otra póliza, no ofrece duda.

DÉCIMO.- No siendo viables ninguno de los motivos del recurso, procede confirmar el fallo de la sentencia de instancia, con los pronunciamientos complementarios de imponer las costas procesales a la recurrente, y de acordar la pérdida de las cantidades, que consignó para recurrir.

Por lo expuesto.

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por “A., S.A.” de Seguros y Reaseguros, contra la sentencia, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 2 de

Santiago, en fecha 1 de julio de 1996, debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

2833 RECURSO N° 4.918/96

S. S.

PROCEDENCIA DE RECLAMACIÓN SALARIAL A CONSECUENCIA DE CAMBIO DE POSTO DE TRABALLO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José María Cabanas Gancedo

A Coruña, a diez de diciembre 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 4.918/96, interpuesto por EMPRESA “N.E., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de Ferrol.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 221/96 se presentó demanda por don M.V.L.B. en reclamación de salarios siendo demandado la EMPRESA “N.E., S.A.”, en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 30 de julio de 1996 por el Juzgado de referencia que estimó en parte la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El demandante don M.V.L.B. viene prestando servicios laborales para la Empresa “N.E., S.A.” desde el día 9 de mayo de 1984, ocupando la categoría profesional de Oficial 2ª P.O. N/B y percibiendo un salario mensual de 239.860 pesetas, incluido el prorratoe de pagas extras.- **SEGUNDO.-** El día 12 de diciembre de 1994 la Dirección de la Empresa demandada comunicó al actor y a sus compañeros, todos ellos integrados en el Servicio de Vulcanizado de la Central Térmica que “de conformidad con el contenido de la medida núm. 4 del Plan de Reordenación Laboral, así como lo expuesto por la Dirección en las reuniones de la Comisión de Futuro de fechas 06.10.49 (sic), 21.10.94 y

28.10.94, los Servicios de Vulcanizado de Central Térmica y Mina se unificarán, a partir del día 15.01.95, en una sola Unidad en Mina que prestará servicio a todo el centro de trabajo. Consiguientemente ponemos en su conocimiento que, a partir de dicha fecha, pasará Vd. a estar adscrito a todos los efectos al Servicio de Vulcanizado de Mina, prestando su actividad laboral en régimen de jornada de 3t/9h/6D. No obstante lo anterior, le comunicamos que la Dirección de la Empresa estaría dispuesta, previo acuerdo con la representación Social, a considerar a la plantilla actual de Vulcanizado Central Térmica como disponible, al objeto de que pueda acceder a otras plazas; en cuyo caso, le informaríamos oportunamente".- TERCERO.- Don M.V.L.B. venía realizando en el Servicio de Vulcanizado de la Central Térmica las siguientes funciones: Reparación de bandas transportadoras mediante vulcanizado de las mismas en frío y caliente.- Realización de empalmes en cintas.- Preparación, montaje y desmontaje de las prensas y equipos de vulcanizado necesarios para la realización de las tareas encomendadas.- Montar, desmontar y tender bandas para su sustitución.- Realizar cualesquiera otras tareas conexas o complementarias a las anteriores.- Estas mismas funciones las viene desempeñando el actor en el Servicio de Vulcanizado resultante después de la unificación.- CUARTO.- El día 19 de enero de 1996 se celebró ante el SMAC el preceptivo acto de conciliación en virtud de papeleta presentada el día 4 del mismo mes. Dicho acto concluyó intentado sin avenencia."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Fallo: Estimo parcialmente la demanda sobre CANTIDADES formulada por don M.V.L.B. contra la EMPRESA "N.E., S.A." y, en consecuencia, condeno a la empresa demandada a que abone al actor la cantidad de 239.860 (doscientas treinta y nueve mil ochocientas sesenta) Pts.

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.- Disconforme la empresa demandada con que, en la sentencia de instancia, se la condene a abonar al actor la suma de 239.860 pesetas, en concepto de indemnización por cambio de puesto de trabajo; formula recurso de suplicación, en primer lugar, por el cauce del apartado b) del artículo 191 del TRLPL, a fin de que se adicione un nuevo hecho probado a

aquélla, el quinto, que afirme que "el día 29.05.96, la Dirección de "N.E., S.A." y las Secciones Sindicales de UGT, CCOO, CIG y CSI-CSIF, alcanzaron acuerdos y rubricaron el texto del XVI Convenio Colectivo Eléctrico de "N.E., S.A.", con vigencia temporal desde el 01.01.95 hasta el 31.12.98, el cual ha sido aprobado por la Dirección General de Trabajo"; y, en segundo, por el del c) del mismo precepto, denunciando violación, por interpretación errónea, del artículo 18.1.Primero del XVI Convenio Colectivo vigente en "N.E., S.A.".

SEGUNDO.- A la vista de la prueba documental, que cita la empresa demandada en apoyo del primer motivo del recurso, que formula, de la que se deduce la certeza de la adición que con él se pretende; es factible -aunque con los nulos efectos prácticos, que se verán-, llevarla a cabo.

TERCERO.- Estima la Sala, por una parte, ante los datos objetivos, que se ofrecen en la relación fáctica de la resolución impugnada, sobre el tema discutido -que se centran en que el actor, que venía prestando servicios para la empresa demandada, desde el 9 de mayo de 1984, con la categoría profesional de Oficial 2^a P.D.N/B, en los Servicios de Vulcanizado de la Central Térmica de..., recibió, el 12 de diciembre de 1984, una comunicación de aquélla, en el sentido de que "de conformidad con..., los Servicios Vulcanizado de Central Térmica y Mina se unificarán, a partir del día 15.01.95, en una sola Unidad en Mina, que prestará servicio a todo el centro de trabajo. Consiguientemente ponemos en su conocimiento que, a partir de dicha fecha, pasará Vd. a estar adscrito a todos los efectos al Servicio de Vulcanizado de Mina, prestando su actividad laboral en régimen de jornada de 3h/9h/6 d. No obstante lo anterior, le comunicamos que la Dirección de la Empresa estaría dispuesta, previo acuerdo con la representación social, a considerar a la plantilla actual de Vulcanizado Central Térmica como disponible, al objeto de que pueda acceder a otras plazas; en cuyo caso, le informaríamos oportunamente"; y en que aquel viene desempeñando, en el Servicio de Vulcanizado resultante de la unificación, las mismas funciones que antes;- y, por otra, a la vista de que el artículo 20.4.2 del VXI Convenio Colectivo de "N.E., S.A.", que aplicó el Sr. Juez "A quo", para resolver, favorablemente al demandante, el tema planteado, prevé una indemnización de una mensualidad del salario en los supuestos de cambio de puesto de trabajo, que no conlleven cambio de régimen de jornada u horario; y de que, en el artículo 18.1.1º del citado Convenio, que la recurrente citó, sin éxito, en apoyo de su pretensión, se establece, entre otros extremos, que se considera disponible "el personal sin

ocupación determinada como consecuencia de una terminación de una obra o montaje, supresión de una instalación o servicio, o reestructuración total o parcial de una unidad"; que nada cabe objetar a la decisión del Sr. Juez "a quo" de estimar que corresponde percibir al actor la indemnización de una mensualidad de salario, que señala el artículo 20.4 del Convenio Colectivo de "N.E., S.A.", para los casos de cambio de puesto de trabajo, ya que es evidente, tanto que este cambio existió, toda vez que aquél pasó a desarrollar su actividad, limitada, en un principio, al recinto de la Central Térmica, también al de la Mina, con la consiguiente ampliación del lugar de trabajo; como que no puede ser obstáculo a esta apreciación, la alegación de la empresa, relativa a que no tenía derecho a dicha indemnización por estar en situación de disponible, al no ser cierta, dado que, según resulta del contenido del escrito, mediante el que se le comunicó el cambio, el 12 de diciembre de 1995, el servicio se prestó, efectivamente, en todo el centro de trabajo, a partir del 15 de enero de 1995, con lo que dicha situación de disponible, que se recoge en el artículo 18.1.1º, con relación al "personal sin puesto de trabajo determinado, como consecuencia de la terminación de una obra o servicio, o reestructuración total o parcial de una unidad", no pasó de ser, con relación a él, una mera posibilidad, apuntada -pero que no consta se lleve a cabo-, en el citado escrito de comunicación -así se deduce, con toda claridad, de lo que en él se expone acerca de que "no obstante lo anterior, le comunicamos que la Dirección de la Empresa estaría dispuesta previo acuerdo con la representación social, a considerar a la plantilla actual de Vulcanizado Central Térmica como disponible, al objeto de que pueda acceder a otras plazas; en cuyo caso, le informaríamos oportunamente"-; procede desestimar el recurso y confirmar el fallo de la resolución impugnada.

Por lo expuesto.

Fallamos

Que, con desestimación del recurso de suplicación, planteado por la Empresa "N.E., S.A." contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez de lo Social nº 1 de Ferrol, en fecha 30 de julio de 1996; debemos confirmar y confirmamos el fallo de la misma.

2834 RECURSO Nº 5.396/96

S. S.

PROCEDENCIA DA APLICACIÓN CURTA PARA O REINTEGRO DE SUBSIDIO POR DESEMPREGO INDEBIDAMENTE PERCIBIDO DADA A BOA FE DO BENEFICIARIO.

Ponente: Ilmo Sr. Don Ricardo Ron Curiel

En a Coruña, a diez de diciembre 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 5.396/96, interpuesto por el letrado don C.B.P., en nombre y representación de doña V.P.P., contra sentencia del Juzgado de lo Social N° Uno de los de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 367/96 se presentó demanda por el INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, sobre NULIDAD de ACUERDO, frente a doña V.P.P. En su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 23 de septiembre de 1996 por el Juzgado de referencia, que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º) Que la demandada, doña V.P.P., agotó la prestación por desempleo el 24.01.93, y solicitó el subsidio por agotamiento el 25.02.93, que le fue reconocido por Acuerdo de 11.03.93, por un período de 900 días (del 25.02.93 al 24.08.95) en cuantía del 75% del S.M.I. vigente en cada momento. 2º) Que la unidad familiar está compuesta por la demandada, su marido y tres hijos. 3º) Que el marido de la actora percibió las siguientes retribuciones: En el mes de nacimiento del derecho (enero/93) 325.147 pesetas brutas incluida la prorrata de pagas extras. En el ejercicio de 1993: 4.039.455 pesetas/brutas. En el ejercicio de 1994: 4.219.794 pesetas/brutas. 4º) Que el Organismo demandante al revisar el expediente administrativo comprobó el error en la tramitación del mismo, pues la renta de la unidad

familiar superaban el 100% del S.M.I. para el año 1993, cifrado en 58.330 pesetas. 5º) Que la demandada ha percibido el subsidio por desempleo indebidamente reconocido el 25.02.93".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por la letrada del INSTITUTO NACIONAL DE EMPLEO, contra doña V.P.P., debo declarar y declaro haber lugar a la revisión del acuerdo mencionado condenando a la demandada a devolver la cantidad indebidamente percibida desde el 25.02.93. Notifíquese... etc.".

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda declarando haber lugar a la revisión del acuerdo mencionado (sic) y condena a la demandada a devolver la cantidad indebidamente percibida desde el 25.02.93. Frente a este pronunciamiento, interpone recurso la representación procesal de la demandada, construyéndolo a través de un solo motivo de Suplicación, en el que, con sede en el art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, denuncia infracción del art. 43.1 del vigente Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, así como de la jurisprudencia complementadora del mismo; citando, al respecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1991, así como la de esta Sala de 30 de junio de 1994; argumentando, esencialmente, que contrariamente a lo razonado en la sentencia recurrida, estima es de aplicación la prescripción corta o de tres meses, a que alude el precepto que cita como infringido, puesto que no ha existido mala fe ni ocultamiento fraudulento alguno de datos al Ente Gestor por parte de la recurrente; siendo significativo el hecho de que cuando el INEM concede la prestación de subsidio por desempleo ya no se cumplían los requisitos económicos que daban derecho a su concesión; siéndole concedido, no obstante tener en su poder el INEM la documentación aportada en su momento, de la que se derivaba que no reunía las condiciones para acceder al mismo, sin que durante el periodo concedido (900 días) se reclamase actualización alguna de los ingresos de la unidad económica de convivencia, por lo que estima que condenar a la beneficiaria a un reintegro total del importe percibido no se ajusta a derecho; por lo que ya

invocó en el acto del juicio que concurren los presupuestos adecuados para que se aplique al reintegro reclamado la prescripción corta, o de tres meses, que estima como equitativa a las circunstancias del caso presente.

SEGUNDO.- La situación sometida a enjuiciamiento es, por incombata en el recurso, la descrita en el relato histórico de la sentencia suplicada, que consiste en: A) La demandada agotó prestación por desempleo el 24 de enero de 1993 y solicitó el subsidio, por cargas familiares, el 25 de febrero siguiente, que le fue reconocido en acuerdo de 11 de marzo posterior, por un período de novecientos días (del 25 de febrero de 1993 al 24 de agosto de 1995), en la cuantía del 75% del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento. B) La unidad familiar de la que forma parte la demandada está integrada por ésta, su marido y tres hijos. C) El esposo de la demandada (en el hecho probado 3º de la sentencia de instancia, sin duda por error, si dice demandante) percibió las siguientes retribuciones: En el mes de enero de 1993, 325.147 pts. brutas, incluida la prorrata de pagas extras; en el ejercicio de 1993, 4.039.455 pts. brutas; en el ejercicio de 1994, 4.219.794 pts. brutas. D) El Organismo demandado al revisar el expediente administrativo comprobó el error en la tramitación del mismo, pues la renta de la unidad familiar superaba el cien por cien del salario mínimo interprofesional para el año 1993.

TERCERO.- Ciento es que la renta del conjunto de la unidad familiar en la que está integrada la demandada, dividida por el número de miembros que la componen, superaba el cien por cien del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extras, para 1993, fijado en 58.530, por lo que faltaba uno de los esenciales requisitos para el surgimiento del derecho al subsidio por desempleo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 13.1.a) de la Ley de 2 de agosto de 1984, de Protección por Desempleo y 18.1 del Real Decreto de 2 de abril de 1985 (hoy art. 215.1 y 2 de la Ley General de la Seguridad Social), habiendo sido reconocido, indebidamente a la demandada aquél derecho; pero no es menos veraz que la demandada, ahora recurrente, en el momento de solicitar la prestación cuestionada hizo constar en su solicitud, de fecha 15 de febrero de 1993, obrante al folio 24 de los autos, que los rendimientos de trabajo de su esposo A.V.P., ascendían a 282.832 pts.; figurando, asimismo, en el expediente -folio 25- una nómina de este último en la que figura como base de cotización la de 325.147 y como total devengado la de 282.832 pts. Por ello, el demandante, Instituto Nacional de Empleo, ha tenido cumplido conocimiento de las rentas de la unidad familiar en el momento de la solicitud, y pese a ello,

procedió a reconocer el derecho de la demandada a percibir al subsidio litigioso y al revisar el expediente administrativo -no consta en que fecha- comprobó el error, presentando la demanda que rige las actuaciones el 29 de abril de 1996; de donde se desprende que el Instituto demandante ha dejado transcurrir un largo período de tiempo sin haber tomado las oportunas medidas de rectificación y, en su caso, reclamar el abono de lo indebidamente percibido; y si el Ente Gestor era conocedor de la situación de la interpelada, como antes queda dicho, habiendo actuado ésta con indudable buena fe, resulta de aplicación la doctrina contenida en reiterada doctrina jurisprudencial de que si bien la regla general que establece en cinco años el límite de la obligación de reintegrar las cantidades indebidamente percibidas, sin embargo, esta regla tiene como excepciones, de un lado, los supuestos de percepción indebida sobrevenida como consecuencia del cambio en la interpretación general de determinadas normas, como en el caso de incompatibilidad entre pensiones de jubilación y trabajo, y de otro, ponderando la conducta adoptada por el beneficiario y el ente gestor, en función del origen de la situación; y para el supuesto a la buena fe del beneficiario, ésta deberá ser inequívoca, de modo que por el mismo se hubieran cumplimentado, debidamente sus obligaciones de facilitar los datos precisos en el momento oportuno; siendo, la Entidad Gestora la que debe alegar y acreditar en el litigio el incumplimiento, por parte del beneficiario de sus obligaciones. En este sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1987, 21 de noviembre de 1988, 17 de abril de 1991, 12 de febrero y 28 de mayo de 1992, y 24 de octubre de 1996. Doctrina seguida por esta Sala, entre otras, en sentencias de 4 de diciembre de 1992, 30 de junio e 1994 y 14 de junio de 1999. Debe, pues, en aplicación de todo ello, señalarse los efectos temporales de la devolución cuestionada en la litis en los tres meses precedentes a la fecha de la reclamación judicial; como así se postuló por la demandada en el momento del juicio, lo que reitera en el recurso, y aunque en éste lo hace con carácter subsidiario, realmente es la petición principal que formula, habida cuenta de lo argumentado en el escrito de formalización.

CUARTO.- Por todo lo expuesto procede dar acogida a la censura jurídica a que el recurso se contrae y, con estimación de éste, dictar un pronunciamiento revocatorio del recurrido y, en definitiva, estimatorio parcial de la pretensión deducida en la demanda; en consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuerto por la representación procesal de doña

V.P.P., contra la sentencia de fecha veintitrés de septiembre de mil novecientos noventa y seis, dictada por el Juzgado de lo Social número uno de A Coruña, en proceso promovido por el Instituto Nacional de Empleo, frente a la recurrente, sobre devolución de prestaciones, con revocación de la misma y estimando parcialmente la demanda, debemos declarar y declaramos indebidamente percibido por la demandada, en concepto de prestación por subsidio de desempleo, en los tres meses anteriores a la revisión del acuerdo de concesión de la prestación, a la que se condena a su devolución.

2835 RECURSO N° 596/98

S. S.

A INCAPACIDADE TEMPORAL NON CONSTITÚE PRESUPOSTO INELUDIBLE PARA A DECLARACIÓN DA INCAPACIDADE PERMANENTE, INEXISTENTE AQUI EN GRADO DE PARCIAL.

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

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

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación nº 596/98 interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. uno de A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos nº 733/97 se presentó demanda por don C.F.B. en reclamación de INVALIDEZ siendo demandado el Instituto Nacional de la Seguridad Social en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado sentencia con fecha 17 de diciembre por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes:
“1º) Que el actor, don C.F.B., nacido el 06.12.59

de profesión “Electricista”, figura afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con el nº..., teniendo acreditadas cotizaciones suficientes para causar pensión, siendo su base reguladora la de 136.170 pesetas/mes.- 2º) Que por razón de enfermedad solicitó ante la Comisión de Evaluación de Incapacidades declaración de Invalidez Permanente, proponiéndose por aquélla su denegación, acordándolo así la entidad Gestora.- 3º) Que disconforme con la anterior resolución el actor interpuso reclamación previa, la cual fue desestimada.- 4º) Que las dolencias que padece el actor consisten en: Operado de varices MI en 3-93. En 9-95 accidente de moto en su casa, no laboral, con fractura conminuta meseta tibial izquierda bicondilea. Le retiraron osteosíntesis, realizando una fistula meseta titibial izquierda en 1-96, precisando fistulectomía, cesando supuración activa en 1-97. Rodilla derecha pérdida de unos 20º extensión, con flexión a unos 110º (pérdida de 20º). Cicatrices despigmentadas infra-rotuliana. Rx: osteoporosis rodilla, calcificaciones intraarticulares-periarticulares.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “Fallo: Que estimando la demanda interpuesta por don C.F.B., contra EL INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo declarar y declaro que dicho demandante se encuentra en situación legal de Invalidez Permanente Parcial, con derecho a percibir la correspondiente pensión, condenando a su abono en la cuantía, forma y con los efectos reglamentarios.

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.- En su recurso frente a la declaración de IPP, la Entidad Gestora se limita a denunciar infracción normativa, acusando en primer término la vulneración del art. 134.3 LGSS. 1.- Tal denuncia no puede prosperar, siendo así que se basa en el argumento de que la presunta IP no deriva de previa IT, siendo así que la decisión de instancia no hace manifestación alguna sobre tal extremo y el recurso tampoco pretende incluir expresión fáctica alguna sobre el mismo, limitándose a afirmar que el alta médica por curación fue dada en 23-enero-97. 2.- Con independencia de ello ha de reiterarse criterio ya expuesto -entre otras- en nuestras sentencias de 11-noviembre-98 R. 3.306/96, 16-diciembre-98 R. 3.463/96, 16-abril-99 R. 6.160/96 y 13-mayo-99 R. 892/97, y se ha de indicar una vez más que

el art. 134-3 LGSS dispone –efectivamente- que «La invalidez permanente habrá de derivarse de la situación de incapacidad temporal, salvo que afecte a quienes carezcan de protección en cuanto a dicha incapacidad temporal, bien por encontrarse en una situación asimilada a la de alta, de conformidad con lo previsto en el art. 125, que no la comprenda, bien en los supuestos de asimilación a trabajadores por cuenta ajena, en los que se dé la misma circunstancia, de acuerdo con lo previsto en el número 2 del artículo 114 de esta Ley, bien en los casos de acceso a la invalidez permanente desde la situación de no alta, a tenor de lo previsto en el número 3 del artículo 138». Pero en interpretación flexible de idéntico texto de la LGSS/1974, como se ha señalado por la doctrina de Suplicación (SSTSJ Castilla-La Mancha 31-marzo-1997 AS 1.032 y 8-octubre-1996 AS 3.620; STSJ Galicia 3-noviembre-1998 R. 2.188/96), la propia Entidad Gestora no ha puesto obstáculo legal alguno –hasta fecha reciente– para reconocer el derecho a la invalidez a aquellos trabajadores que no provinieran de dicha situación. Y más decisivamente el Tribunal Supremo ha señalado (STS 26-mayo-1972 Ar. 2.898) que «si bien es normal que preceda al estado de incapacidad permanente otro, de tipo transitorio, hay realidades patológicas en que el estado de incapacidad permanente ha surgido de forma completa e irreversible, por lo que no es necesaria la previa y transitoria incapacidad y ello es así por la propia naturaleza de las cosas que impide pasar por un estado transitorio de incapacidad cuando la misma ha sido presentada en su total y compleja patología»; y que «no puede estar en la intención del legislador otro propósito que establecer con carácter general la necesidad de un tratamiento previo, sin que ello pueda significar cerrar los preceptos de la Seguridad Social a aquellos productores que, por necesidad, continuaron realizando su tarea laboral, hasta que, por la gravedad de su estado o súbita enfermedad quedaron patológicamente en una situación definitiva e irreversible» (STS 2-febrero-1970 Ar. 588); criterio reiterado en las SSTS 18-febrero-1970 Ar. 695, 3-mayo-1971 Ar. 1.979, 10-febrero-1969 Ar. 595, 27-septiembre-1974 Ar. 3.479, 23-diciembre-1977 Ar. 5.060, 11-junio-1980 Ar. 2.546, 26-marzo-1987 Ar. 1.743 y 22-enero-1990 Ar. 187); doctrina que también se ve indirectamente confirmada por la STS 5-marzo-1998 Ar. 2.079, al considerar computable a efectos de carencia todo el periodo de ILT ni siquiera iniciada, “pues, caso contrario –sostiene el Alto Tribunal–, el trabajador con un solo día de pago por la situación transitoria aludida, sería de mejor condición que aquel que, teniendo muchas veces más clara su invalidez permanente, la solicita directamente sin haber pasado por la incapacidad laboral transitoria [...] Este mismo

criterio se ha seguido también por esta Sala en las Sentencias de 26 marzo 1997 (Ar. 3.042) y 22 septiembre 1997 (Ar. 6.577)". 3.- Y lo precedentemente indicado nos llevaría a inaplicar en el caso de autos el criterio general de exigencia de IT como presupuesto para el reconocimiento de IP, por cuanto que la pretendida situación invalidante ha sido precedida de la situación de IT durante años (desde la fecha del accidente en septiembre-95 hasta la de la afirmada alta en enero-97, con el oportuno seguimiento de los servicios médicos de la Seguridad Social, resultando así cumplida la finalidad e incluso literalidad del precepto, por ser factible afirmar que la postulada IPP deriva de aquella IT, siquiera la situación no concurriese en la fecha del hecho causante.

SEGUNDO.- Muy contrariamente admitimos la segunda infracción normativa que el recurso denuncia, la de interpretación errónea del art. 137.3 LGSS.

Se ha de recordar que el actor, nacido en diciembre 59 es Electricista, que su trabajo consiste en instalar y reparar líneas eléctricas, subiendo a los postes, y que a consecuencia de accidente de moto –septiembre-95– sufrió fractura conminuta de meseta tibial izquierda bicondilea, con secuela de pérdida de flexo-extensión de 20º, osteoporosis de rodilla y calcificaciones intraarticulares-periarticulares.

Así las cosas, si bien es tradicional doctrina de los Tribunales la que equipara a la IPP la "disminución sensible" en lo cuantitativo y a la mayor "penosidad o peligrosidad" en lo cualitativo (así, siguiendo criterio ya marcado por tradicional criterio del extinguido Tribunal Central de Trabajo, lo hemos entendido –entre otras muchas precedentes ocasiones– en las SSTSJ Galicia 28-enero-97 R. 2.267/94, 25-marzo-97 R. 5.230/94, 13-marzo-98 R. 2.164/95, 26-mayo-98 R. 4.616/95, 26-mayo-98 R. 4.614/95, 9-junio-98 R. 5.790/95, 15-julio-99 R. 1.976/97...), entendemos que tales circunstancias no son deducibles de la pérdida de flexo-extensión en 20 grados en uno solo de los miembros inferiores, habida cuenta del perfecto juego articulatorio de la otra extremidad, y que la dificultad que ello comporta no es cualitativa en términos que consientan aproximarse al porcentaje de disminución que el legislador requiere para la posible declaración de IPP. En consecuencia,

Fallamos

Que con estimación del recurso que ha sido interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocamos la

sentencia que con fecha 17-diciembre-1997 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de La Coruña, y desestimamos la demanda presentada por don C.F.B. absolviendo a la parte demandada

2836 RECURSO N° 4/99

S. S.

INEXISTENCIA DOS REQUISITOS IDENTIFICADORES DO CONFLICTO COLECTIVO Ó XURDIR CONFLICTO MERAMENTE PLURAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elias López Paz

La Coruña, a diez de diciembre 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 los presentes autos núm. 4/99 seguidos a instancia del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS, representado y asistido por el Letrado don M.L.N., según poder que obra en autos, contra las demandadas, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA, representada y asistida por la Letrada doña C.G.L., según poder que obra en autos; por las demandadas: "F.C.O.R.G.", "J.A.Q.P.", "I.P.S.T., S.A.", "S.Q.M.", "S.H.C.", "C.M.L.R.", y "P.L.R.", representadas y asistidas por el Letrado don I.G.P., según poderes que constan en autos; por el "I.M.Q.S.R.", representado y asistido por la Letrada doña M.L.T.F., según poder que obra en autos y por el "S.N.L.A., S.A.", comparece en su representación el Letrado don M.G.D.", según poder que obra en autos; no compareciendo a pesar de estar citados en legal forma las demandadas siguientes: UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES, ASOCIACION PROVINCIAL DE LA SANIDAD PUBLICA, "C.E.G.", "S.P.A.L." y UNIÓN SINDICAL OBRERA; siendo el objeto del litigio CONFLICTO COLECTIVO.

Antecedentes de hecho

Con fecha 25 de octubre de 1999, se recibió en este Tribunal, demanda interpuesta por la

representación del SINDICATO NACIONAL DE COMISIONES OBRERAS, anteriormente nombrado, contra las demandadas citadas, en la que se suplica que se dicte sentencia en la que se declare y reconozca la obligación de aplicar el art. 20 del Convenio Colectivo y se condene a las empresas a su cumplimiento y abonen a los trabajadores las horas de prestación de servicios entre las 22 horas y las 6 horas, con el 25% sobre el salario base y con efectos retroactivos de una anualidad.

Por providencia de fecha 25 de octubre último, se admitió a trámite la demanda, acordándose citar a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio, señalándose, al efecto, el día 11 de noviembre, a las diez y treinta horas, actos a los que asistieron las partes, acordándose en esa misma fecha a petición de CC.OO., suspender dicho acto con la conformidad de los intervinientes, con el fin de conceder cuatro días para ampliar la demanda contra USO firmante el Convenio, presentándose el escrito de ampliación de demanda el 16 de noviembre, y en el mismo se solicita el desistimiento de la demanda frente a la entidad Sanatorio "N.S.E.", y por providencia de 17.11.99 se procede a señalar dicho acto el mismo para el día 2 de diciembre a las 10,30 horas. Abierto el acto, por la parte actora y la CIG, se ratificó en su demanda y por las demandadas se opusieron a la misma por los motivos que constan en autos; recibido el juicio a prueba, por la actora y la CIG se propone Documental y por el resto de las codemandadas no se propone prueba alguna, la que fue declarada pertinente acordándose su unión a los autos, previo traslado. En trámite de conclusiones, las partes después de insistir en sus pretensiones las elevaron a definitivas quedando el juicio para votación y fallo. En la tramitación de este juicio se han observado las prescripciones legales.

De todo lo actuado se DECLARA PROBADO:
1º).- A medio de escrito presentado el día 4 de octubre de 1999 en la Delegación Provincial de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, de A Coruña, don J.D.D., Secretario General del Sindicato Nacional de CC.OO.; de Galicia, formuló demanda sobre Conflicto Colectivo de trabajo frente a las empresas ya citadas, haciéndose constar que el conflicto afectaba a todos los trabajadores de las mismas, que presten servicios en el período comprendido entre las 22,00 horas y las 6,00 horas del día siguiente. 2º) La citada Delegación Provincial de la Consellería demandada, remitió a esta Sala comunicación-demanda que tuvo entrada el 20 de octubre de 1999. 3º) Por resolución del 18 de diciembre de 1998 se dispuso la inscripción, registro y publicación en el Diario Oficial de Galicia del

Convenio Colectivo del sector de establecimientos sanitarios de hospitalización, asistencia, consulta y laboratorios de análisis clínicos de la provincia de A Coruña, que fue publicado en el DOG de fecha 25 de enero de 1999. 4º) El artículo 20 del citado Convenio Colectivo se refiere al complemento de trabajo nocturno, estableciendo que "Este complemento consistirá en el 25 por ciento del salario base. Se considera trabajo nocturno al comprendido entre las 22 horas y las seis horas del día siguiente. Si el tiempo trabajado dentro del período nocturno fuese inferior a cuatro horas, se abonará exclusivamente sobre las horas trabajadas". 5º) El Sindicato demandante reclama que se abonen a los trabajadores las horas de prestación de servicios comprendida entre las 22,00 horas y las 6,00 horas con el incremento del 25% del salario base y con efectos retroactivos de una anualidad para las empresas que hayan incumplido tal precepto. 6º) Por escrito ampliatorio de la demanda inicial de fecha 11-noviembre-1999, presentado en esta Sala el 16 del mismo mes, por la representación procesal del Sindicato demandante se solicitó el desistimiento de la demanda frente a la entidad "S.N.S.E.", por venir cumpliendo lo dispuesto en el artículo 20 del Convenio con sus cuarenta y siete (47) trabajadores. 7º) Con fecha 13 de octubre último se celebró en la Delegación Provincial de A Coruña de la Consellería de Xustiza, Interior e Relacións Laborais acto de conciliación, al que comparecieron el representante legal de CC.OO. (Sindicato accionante) y los representantes legales de las empresas "I.M.Q.S.R.", "S.N.L.A." y la Fundación Centro Oncológico Regional de Galicia, no asistiendo los demás convocados. El citado acto de conciliación concluyó con el resultado de "Sen avinza"

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- En la demanda que ha dado inicio a los presentes autos de Conflicto Colectivo, el Sindicato demandante CC.OO. solicita que se dicte una sentencia en la que se declare la obligación de las empresas demandadas de aplicar el artículo 20 del Convenio Colectivo, considerando que la no aplicación del mismo conculta la legalidad, interesando una condena para las empresas demandadas a que "reconozcan, acaten, cumplan y abonen a sus trabajadores las horas de prestación de servicios comprendidas entre las 22 horas y las 6 horas con el 25% sobre el salario base y con efectos retroactivo de una anualidad".

SEGUNDO.- Antes del examen de la cuestión de fondo, es preciso señalar el deber que tienen los órganos judiciales de analizar y resolver aquellas anomalías producidas en el proceso y que afecten

al orden público procesal. Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial, entre otras, sentencias del TS de 8 de julio de 1994 (Ar. 7.155) y 8 de junio de 1973 (Ar. 4.548), la inadecuación de procedimiento es apreciable de oficio dada la naturaleza de derecho necesario de las normas rectoras del proceso y atendido al principio de legalidad (artículo 9.3 de la Constitución Española), que lo preside.

TERCERO.- El artículo 151.1 de la LPL establece que “se tramitarán a través del presente proceso las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, o de una decisión o práctica de empresa”.

La diferenciación entre un mero conflicto individual plural y un Conflicto Colectivo propiamente dicho ha sido objeto de tratamiento jurisprudencial reiterado. Las sentencias de esta Sala, entre otras, de 17-septiembre-1991 (A.S. 5.056) y 13-enero-1996 (A.S. 6), destacaban al respecto que es presupuesto del proceso de conflicto colectivo la concurrencia del requisito subjetivo de que afecte a un grupo de trabajadores de naturaleza homogénea y de la objetiva condición de que el tema planteado consista en interpretación que afecte a intereses indeferenciados de la totalidad de los trabajadores o de un grupo indistinto de los mismos.

Las sentencias del TS de 10-mayo-1997 (Ar. 7.349), se encargan de delimitar las diferencias entre las acciones de conflictos colectivos y las individuales plurales, señalando que en los primeros ha de darse la concurrencia de los elementos cuya presencia define el carácter jurídico del convenio colectivo y que son: “1º.- El elemento subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores entiende por tal no la mera pluralidad, suma o agregados de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad, y 2º) El elemento objetivo, referido a la interpretación de una norma, que tenga interés general que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento”.

CUARTO.- Proyectando la anterior doctrina al presente caso, ha de apreciarse de oficio la inadecuación de procedimiento por cuanto el segundo de los elementos exigidos por la doctrina jurisprudencial, no concurre, en absoluto, porque

no se solicita en la demanda un pronunciamiento jurisdiccional que aclare las dudas interpretativas que pueda presentar el artículo 20 del Convenio Colectivo regulador del complemento de nocturnidad, sino que dada la claridad con que se halla redactado, lo que realmente se interesa es que las Empresas demandadas paguen el plus de nocturnidad en la cuantía convencionalmente estipulada; y la petición de condena sobre la base de un precepto que nada tiene que aclarar ó descifrar, siendo clara y diáfano en su literalidad, puede ser planteada en un proceso ordinario, por la vía de un proceso plural según previene el artículo 19 de la Ley Procesal Laboral, al referirse a la representación en aquellos procesos en que demanden de forma conjunta más de diez actores.

De la simple lectura de los suplicos de la demanda inicial y de la ampliación a la misma, ya se pone de relieve que lo realmente peticionado es el abono de cantidades devengadas en concepto de complemento de nocturnidad, no solicitándose la interpretación del precepto regulador de dicho complemento. Lo que viene avalado, igualmente, por lo manifestado en conclusiones por la dirección letrada del Sindicato demandado CIG (Confederación Intersindical Galega), al señalar que en los turnos de tarde que finalizan a las 22,00 horas, en muchas ocasiones se prolongan hasta las 23,00 horas y que esa hora por encima de la jornada que se realiza en horario nocturno, no es abonada con el complemento previsto en el citado artículo 20 del Convenio. Pues bien, este planteamiento, al igual que lo peticionado en la demanda, tiene un cauce procesal adecuado que es el proceso ordinario, a través del cual se pueden ventilar bien de forma individualizada, o bien de forma plural, todas la reclamaciones que formulan los trabajadores sobre el complemento objeto de debate; todo lo cual implica la desestimación de la demanda planteada, y sin entrar a examinar la cuestión de fondo, la absolución de todos los demandados.

Fallamos

Que apreciando de oficio la excepción de inadecuación de procedimiento, debemos absolver y absolvemos en la instancia a todas las empresas demandadas, y sin entrar a conocer del fondo del asunto, declaramos que el proceso adecuado para sustanciar la pretensión contenida en la demanda es el proceso ordinario.

2837 RECURSO N° 4.907/99

S. S.

A CHEGADA A TERMO DE CONTRATO LÍCITO DE OBRA OU SERVICIO DETERMINADO ESTABLECE A INEXISTENCIA DE DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a diez de diciembre 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. 4.907/99 interpuesto por la CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.F.A. en reclamación de DESPIDO siendo demandado la CONSELLERÍA DE MEDIO AMBIENTE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 223/99 sentencia con fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** Probado que el demandante prestó servicios a la Consellería de Agricultura, Gandería e Montes de la Xunta de Galicia, primero, y de la Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia, en la actualidad, encuadrado en el régimen especial agrario de la Seguridad Social con las categorías profesionales y salarios diarios de: peón 4.290 pesetas, guarda rural: 4.825 pesetas con inclusión de pagas extraordinarias, estando encuadradas sus actividades en el sector de la Administración Pública./ **SEGUNDO.-** El demandante suscribió con la demandada los siguientes contratos por obra o servicio determinado, al amparo del R.D. 2.546/94./ 1990 peón, noviembre y diciembre./ 1991 peón, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre./ 1993 peón, junio, julio,

octubre, noviembre y diciembre./ 1994 peón, noviembre y diciembre./ 1995 peón, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre./ 1997 peón, julio./ 1998/99 guarda rural del 01.10.98 a 31.01.99. Cuyos contenidos se dan aquí por reproducidos./ **TERCERO.-** La Consellería demandada tiene en plantilla 1.301 trabajadores bajo contratación laboral temporal, 167 bajo contratación laboral fija y 959 funcionarios y 6 contratados administrativos./ **CUARTO.-** Con fecha 29.01.99 la demandada comunica por escrito al demandante que a partir del día 31.01.99 cesa en la relación que tiene con el Servicio de Medio Ambiente Natural de Ourense./ **QUINTO.-** El demandante no ostenta cargo sindical alguno./ **SEXTO.-** El demandante agotó la vía previa administrativa”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “**FALLO:** Que estimando la demanda formulada por don M.F.A. contra la Consellería de Medio Ambiente, debo declarar y declaro la improcedencia del despido del demandante realizado por la demandada el día 31.01.99; en consecuencia de tal declaración, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la demandada 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 452.344 (CUATROCIENTAS CINCUENTA Y DOS MIL TRESCIENTAS CUARENTA Y CUATRO) pesetas, con abono al actor de los salarios de tramitación desde la fecha del despido 31.01.99 hasta la notificación de la presente sentencia, a razón de 4.825 pesetas/día”.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda y declara la improcedencia del despido del actor, condenando a la demandada, Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia a soportar las consecuencias legales inherentes a tal declaración. Este pronunciamiento se impugna por la representación letrada de la parte demandada, dedicando el primero de los motivos del recurso que formula, a la revisión de hechos probados y, al amparo del art. 191, letra b), de la Ley Procesal Laboral, solicita que al segundo de los recogidos en la resolución que combate se añada: “En consecuencia el demandante fue contratado,

después de participar en la correspondiente convocatoria anual para la realización de dichos trabajos, y en base a las listas elaboradas por la Consellería de Medio Ambiente, y ello en aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de las convocatorias". Se invoca, en apoyo de tal petición el contrato de trabajo de duración determinada, para obra o servicio determinado suscrito entre el actor y la Consellería, que obra al folio 24 de los autos. No se accede a ello, ya que del contenido de este documento no se evidencia la realidad que la recurrente pretende introducir en el relato judicial. En todo caso, sería intrascendente a efectos decisarios.

SEGUNDO.- Con cobertura en el art. 191, apartado c), de la Ley Adjetiva Laboral se construye el segundo, y último, de los motivos, en el que se denuncia infracción del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores, con la modificación introducida en su apartado 1 por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre; argumentando, esencialmente, que los contratos suscritos por el actor con la Consellería se fundamentan en las diversas campañas anuales realizadas por la Consellería de Agricultura, Gandería e Montes y en la actualidad por la Consellería de Medio Ambiente, mediante selección previa, en aplicación de las Ordenes anuales de la Consellería; así, para el año 1998, la Orden de 30 del mismo año -DOG 18.02.98- y Orden de 27.01.99 -DOG 08.02.99, por la que se anuncia la apertura del plazo de presentación de solicitudes para la realización de contrataciones laborales de carácter temporal, dedicadas a la realización de trabajos ocasionales de carácter selvícola o medioambiental; añadiendo que, en las referidas Ordenes, se establecen los requisitos para acceder a las distintas categorías de puestos de trabajo que tienen que reunir los solicitantes que van a desempeñar las correspondientes tareas; invoca las sentencias del Tribunal Supremo -Sala Cuarta- de 10 de junio y 3 de noviembre de 1994, 10 de abril de 1995 y 26 de mayo y 23 de septiembre de 1997, y las de esta Sala de 24 de octubre de 1997, 29 de marzo, 14 de abril, 3 y 4 de junio y 27 de septiembre de 1999.

TERCERO.- La situación fáctica sometida a enjuiciamiento, y decisión ahora, es la que, por inmodificada, se relata en los hechos probados de la sentencia recurrida y que, sustancialmente, consiste en: A) El demandante prestó servicios a la Consellería de Agricultura, Gandería e Montes de la Xunta de Galicia, primero, y a la Consellería de Medio Ambiente, en la actualidad; encuadrado en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, con las categorías profesionales y salarios diarios de: peón, 4.290 pesetas, y guarda rural, 4.825 pesetas, con inclusión de pagas

extraordinarias. B) El demandante suscribió con la demandada los siguientes contratos para obra o servicio determinado: a) 1990 peón, noviembre y diciembre; b) 1991 peón, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre; c) 1993 peón, junio, julio, octubre, noviembre y diciembre; d) 1994 peón, noviembre y diciembre; e) 1995 peón, junio, julio, agosto, octubre, noviembre y diciembre; f) 1997 peón, julio; g) 1998/99 guarda rural del 01.10.98 a 31.01.99. C) Con fecha 29 de enero de 1999 la Consellería demandada comunicó por escrito al demandante que a partir del día 31 del mismo mes cesaba en la relación que tenía con el Servicio de Medio Ambiente Natural de Ourense. A ello debe añadirse que la contratación del demandante ha tenido lugar con motivo de las campañas anuales realizadas por la Consellería demandada -Ordenes de 30 de enero de 1998, para este año, y 27 de enero de 1999, para éste-, para la presentación de solicitudes y contrataciones de carácter temporal, dedicadas a la realización de trabajos ocasionales de carácter selvícola o medioambiental. En todo caso, es de resaltar la duración de todos los contratos que ha suscrito el demandante con la demandada, concretados en el apartado B) que antecede, algunos de dos meses al año y uno solo de un mes, así como la inexistencia de contratación en los años 1992 y 1996.

Fijada, el modo antedicho la situación de hecho sometida a debate, resta ahora determinar si el efecto jurídico que habrá de producir debe ser el proclamado en la sentencia recurrida, cual es el de conceptualizar la decisión extintiva, acordada por la empleadora demanda, como constitutiva de despido, o si, por el contrario, tal decisión se acomoda al ordenamiento legal y doctrina jurisprudencial, por haberse extinguido el contrato que unía a los colitigantes, al haber concluido la obra que constituía su objeto, como sostiene la recurrente. La opción a la alternativa debe hacerse en favor de la tesis mantenida por la parte demandada-recurrente, siguiendo el criterio mantenido por esta Sala, entre otras, en sentencias de 19 de marzo de 1996, 24 de marzo de 1997, 21 de mayo de 1998 y 27 de septiembre de 1999 (esta última resolutoria de un supuesto idéntico al que ahora se decide), ya que si el actor-recurrido había sido contratado para la realización de trabajos ocasionales de carácter selvícola o medioambiental, siendo la desaparición de esta causa concreta lo que determinaría la resolución del contrato, y esta causa se ha producido en la fecha en que la demandada acordó la extinción del contrato, en aplicación de lo preceptuado en los arts. 15, nº 1, letra a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2.546/1994, de 29 de diciembre; y habiéndose realizado la obra o servicios objeto del contrato, la extinción del vínculo jurídico contractual se ha producido por

imperio de lo normado en el art. 49, nº 1, letra c), del citado Estatuto; criterio que aparece corroborado, de una parte, por la doctrina jurisprudencial establecida en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de junio y 2 de noviembre de 1994, al proclamar que la contratación realizada por el ICONA (para campañas laborales semejantes a la que determinó la contratación del actor) bajo la modalidad de obra o servicio determinado a fin de atender el desarrollo de campaña, organizada con referencia a determinada anualidad, dedicada a la lucha contra incendios forestales, se ajusta a la modalidad contractual que establecen los arts. 15.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 2 del Real Decreto 2.104/1984, siempre que el trabajo que se encomienda al contratado fuera efectivamente para atención propia de la campaña; y de otra, por la línea marcada en la sentencia del citado Alto Tribunal de 10 de abril de 1995, al resaltar, reiterando los razonamientos de las dos sentencias anteriores, la autonomía y sustantividad que, con relación a la actividad normal de la Administración contratante, tiene cada una de las campañas que organiza, su duración incierta, así como la peculiaridad propia de cada una de ellas, dependiente de su condicionamiento presupuestario, de factores climáticos y de específico y concreto objetivo a que atiende; siendo de resaltar que esta última sentencia ha dado acogida al recurso para la unificación de doctrina interpuesto por la Xunta de Galicia contra la sentencia de esta Sala de 10 de marzo de 1994.

Por todo ello, la decisión, en la litis cuestionada, tomada por la Consellería recurrente de extinguir el vínculo jurídico-laboral que la unía con el accionante-recurrido, no es constitutiva de un acto de despido, sino de una causa extintiva, prevista en la normativa que queda invocada, de la relación contractual que habían concertado los colitigantes; y al no haberlo apreciado así el juzgador de instancia, resulta evidente que la resolución que puso fin al debate, ahora combatida, es merecedora del reproche jurídico que en el recurso se le dirige; por lo que procede, con estimación de éste, dictar un pronunciamiento revocatorio del suplicado y, en definitiva, desestimatorio de la pretensión deducida en la demanda; en consecuencia,

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la Consellería de Medio Ambiente de la Xunta de Galicia, contra la sentencia de fecha treinta de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, dictada por el Juzgado de lo Social número tres de Ourense, en proceso por despido promovido

por don M.F.A., frente a la recurrente, con revocación de la misma y desestimando la demanda rectora del debate, debemos absolver y absolvemos a la demandada.

2838 RECURSO N° 4.234/96

S. S.

DISTINCIÓN ENTRE DEREITO Ó RECOÑECIMENTO DE PRESTACIÓN E EFECTOS DO RECOÑECIMENTO PARA A APLICACIÓN DAS NORMAS SOBRE PRESCRICIÓN.

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

A Coruña, a once de diciembre 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. 4.234/96 interpuesto por don F.M.V. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don F.M.V. en reclamación de I.L.T. siendo demandado INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la empresa “I., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 283/96 sentencia con fecha veintiuno de mayo de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El actor don F.M.V., estuvo trabajando para la Empresa “I., S.L.” desde el 07.07.89 al 31.01.91, fecha en que finalizó su contrato.- **SEGUNDO.-** Desde el 29 de noviembre de 1990, inició proceso de I.L.T., al 14.08.91, fecha en que entró en desempleo.- **TERCERO.-** En fecha 11.04.95, solicitó el pago directo de prestaciones por la Entidad Gestora, dictando Resolución denegatoria el I.N.S.S. en

fecha 07.03.96.- CUARTO.- La base reguladora de la prestación es de 2.980.- ptas. diarias.- QUINTO.- Interpuesta reclamación previa en fecha 01.03.96, el actor presentó demanda en fecha 23.04.96”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que desestimando la demanda formulada por don F.M.V., contra la Empresa “I., S.L.”, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones ejercitadas contra ellas por el actor.

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor absolviendo libremente de la misma a los demandados. Y contra este pronunciamiento recurre de referido demandante articulando un único motivo de suplicación, al amparo del art. 191.c) de la LPL, en el que denuncia infracción del art. 43.1 de la LGSS, así como aplicación indebida del art. 44.2 de la misma Ley, todo ello sobre la base de sostener que la automaticidad de las prestaciones requiere que el trabajador se encuentre en alta y que la Entidad Gestora reciba la comunicación de la baja, de tal modo que, si ante dicha comunicación, la Entidad Gestora no deniega la prestación, la misma debe concederse automáticamente, sin que el caso de autos se encuadre dentro de la aplicación de este principio dado que en ningún momento la empresa comunicó la baja en el INSS, como la propia Entidad expresa en la denegación de la solicitud.

Es por ello que, en el presente caso, no procede la aplicación del plazo de un año de caducidad, sino los cinco años del plazo de prescripción que señala el art. 43.1 de la LGSS, ya que, según la doctrina de suplicación que cita, la aplicación del art. 44.2 se refiere racionalmente a aquellos supuestos de prestaciones pacíficamente reconocidas, y no cuestionadas en sí mismo o su alcance, y en el caso de autos la prestación solicitada no se encontraba reconocida, ni es imputable al actor el desconocimiento de la situación de ILT, dada la obligación legal de la empresa de poner en conocimiento de la Entidad la baja de su empleado.

SEGUNDO.- La censura jurídica que se denuncia debe ser acogida parcialmente, pues, por un lado, siendo la causa de denegación, invocada por la Entidad Gestora, la extinción de la situación protegible de ILT, antes del período cubierto, por aplicación de la normativa sobre retroactividad de tres meses desde la fecha de la solicitud, debe tenerse presente que tal cuestión ha sido resuelta por las STS de 09.10.1992, 12/2, 20/9 y 19.11.1993, de cuya doctrina unificada se desprende lo siguiente: 1.- De los arts. 54, 55 y siguientes de la LGSS de 1974 -hoy arts. 43, 44 y siguientes de la vigente- resulta la distinción entre el «derecho al reconocimiento de las prestaciones», que prescribe a los cinco años a contar desde el día siguiente al en que se produjo el hecho causante de la prestación, y «los efectos de tal reconocimiento», a los que el art. 54.1 de la Ley -43.1 de la actual de 1994- les atribuye un alcance retroactivo de «tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud»; esto equivale a decir, de tratarse de prestaciones periódicas, que no se cobran las prestaciones de los períodos anteriores a los tres meses dichos. 2.- La doctrina científica viene precisando, como regla general aplicable a las prestaciones, que tratándose del derecho a cobrar las ya reconocidas, las mensualidades de las prestaciones periódicas caducan al año de su vencimiento, según resulta de lo dispuesto en el art. 55.2 de la Ley de 1974 (44.2 de la vigente), que resuelve el supuesto del pago mensual de prestaciones ya concedidas o reconocidas, o que comenzaron ya a pagarse; mientras que el art. 54.1 (43.1 de la vigente), contempla el caso en que sea preciso decidir si se tiene o no derecho a la prestación, con la retroacción de los efectos del reconocimiento a los tres meses ya dichos en el punto 1 de este fundamento. Esto permite sostener que la caducidad de la pensión periódica supone el previo reconocimiento de la prestación, pues sólo caducan las prestaciones reconocidas. 3.- En función de lo anterior, es claro que en el presente caso no cabe apreciar la caducidad de las mensualidades devengadas como ha hecho la sentencia de instancia, por cuanto, para ello, sería preciso -lo que aquí no ocurre- que la prestación de ILT hubiera sido reconocida al actor, bien porque hubiera mediado la correspondiente solicitud, bien porque la empresa o el trabajador hubiesen remitido a la Entidad Gestora, en los plazos reglamentarios, los correspondientes partes de baja, mantenimiento y alta, en cuyo caso resultaría aplicable el principio de automaticidad de las prestaciones y reconocimiento de las mismas por ministerio de la Ley (arts. 95 LGSS de 1966 y 5 de la O. de 13 de octubre de 1967), y como consecuencia de tal reconocimiento, la caducidad de las referidas prestaciones al haberse producido el hecho causante el 29.11.1990 y ser

la solicitud de pago directo del subsidio a la Entidad Gestora el 11.04.995.

Consecuentemente, no constando comunicación alguna a la Entidad Gestora con anterioridad a la expresada solicitud, debe entenderse aplicable el art. 43.1 de la vigente LGSS, del que resulta la distinción entre el «derecho al reconocimiento de las prestaciones», no prescritas en este caso al no haber transcurrido los cinco años a contar desde el día siguiente al en que se produjo el hecho causante, y «los efectos de tal reconocimiento», a los que el aludido art. 43.1 les atribuye un alcance retroactivo de «tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud», lo que equivale a decir, según la STS de 10.10.1992, que, al tratarse de prestaciones periódicas, no se cobran las de los períodos anteriores a los tres meses dichos, esto es, las anteriores al 11 de enero de 1995, procediendo, en consecuencia, estimar en parte el recurso, revocar el fallo recurrido y reconocer al actor el derecho a un subsidio de ILT equivalente a los últimos tres meses de duración, a cargo de las Entidades Gestoras demandadas y sin perjuicio, en su caso, de la responsabilidad en que la empresa “I. S.L.” pudiera haber incurrido por incumplimiento de su obligación de pago delegado.

Fallamos

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el actor don F.M.V., contra la sentencia de fecha 21 de mayo de 1996 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Orense, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, con estimación parcial de la demanda, condenamos a los demandados Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, a que abonen al referido actor el subsidio de ILT, durante un período de tres meses, en la cuantía que reglamentariamente le corresponda. Y desestimamos la demanda en lo restante pedido, así como respecto de la también demandada “I., S.L.”, sin perjuicio de sus responsabilidades por incumplimiento, en su caso, de su obligación de pago delegado.

2839 RECURSO N° 2.824/97

S. S.

INAPLICABILIDADE DA NORMATIVA LABORAL SOBRE MOBILIDADE XEOGRÁFICA E MODIFICACIÓN SUBSTANCIAL DE CONDÍCIONS A PERSOAL ESTATUTARIO DO SERGAS.

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

A Coruña, a once de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

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

En nombre del Rey

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de Suplicación núm. 2.824/97 interpuesto por don L.G.M.Z. 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 L.G.M.Z. en reclamación de DERECHOS siendo demandado el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 215/96 sentencia con fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “**PRIMERO.-** El actor don L.G.M.Z. viene prestando servicios para el Organismo demandado Servicio Galego de Saúde como facultativo especialista en psiquiatría adscrito al servicio de psiquiatría del Hospital “N.S.D.C.” de Orense, actualmente Complexo Hospitalario “C.P.” y su área de salud, habiendo tomado posesión de la citada plaza el 13 de noviembre de 1990, en virtud del nombramiento de plaza en propiedad obtenida mediante concurso-oposición y percibiendo un salario mensual de 308.453 pesetas./**SEGUNDO.-** En el DOG. de 05.02.96, se publica la Orden de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais por la que se regula la ordenación de los dispositivos de la salud mental de la provincia de Orense, en cuyo artículo 2º se establece que se adscriben funcionalmente al complejo hospitalario “S.M.M.-D.C.G.” de Orense los facultativos especialistas en psiquiatría del servicio de medicina interna del complejo Hospitalario “C.P.”, estableciendo que para tales efectos los citados especialistas dependerán funcionalmente de la Dirección del Complejo Hospitalario “S.M.M.-D.C.G.” de Orense, sin perjuicio de su dependencia orgánica del Complejo Hospitalario “C.P.”./**TERCERO.-** El 9 de febrero de 1996 el actor recibe comunicación escrita del Director Gerente del Complejo Hospitalario “S.M.M.-C.G.”, del siguiente tenor

literal: "Estimado compañero. Con fecha 05.02.96 se publica en el Diario Oficial de Galicia (nº 25), la Orden de la Consellería de Sanidad y Servicios Sociales que regula la ordenación de los dispositivos de Salud Mental en la Provincia de Orense (Orden 29.01.96). Consecuencia de esta Orden se adscriben, entre otros, funcionalmente al Complejo Hospitalario "S.M.M.-D.C.G." los facultativos especialistas en Psiquiatría del Servicio de Medicina Interna del Complejo Hospitalario "C.P.". Con fecha 15.01.96 se puso en funcionamiento uno de los dispositivos de Salud Mental, en concreto la Unidad de Internamiento Psiquiátrico de Agudos en el Hospital "S.M.M.", esta unidad dotada con 18 camas funcionará en régimen de atención continuada, para lo cual se hizo necesario implantar la guardia de presencia física que debe ser cubierto por personal facultativo especialista. Después de la oportuna reorganización asistencial y ante la necesidad de garantizar la asistencia médica en la unidad durante 24 horas, tengo a bien comunicarte que con fecha 12.02.96, se fijará un calendario de Guardias de presencia física en el que se te incluirá en calidad de facultativo. Te agradezco que para una buena coordinación te pongas en contacto con la Jefa de Servicio (Dra. S.), ella pondrá en tu conocimiento todo lo relacionado con el funcionamiento de la Unidad. Agradezco tu colaboración, un saludo". / CUARTO.- En fecha 13 de febrero de 1996, recibió comunicación del Director Gerente del Complexo Hospitalario "C.P." del siguiente tenor literal: "Orense, 12 de febrero de 1996. Según orden de la Consellería de Sanidade e Servicios Sociais de fecha 29 de enero de 1996, publicada en el Diario Oficial de Galicia nº 25 de 5 de febrero de 1996, por la que se regula la ordenación de los dispositivos de salud mental de la provincia de Orense, le comunico que a partir de la fecha pasa a depender funcionalmente de la Dirección Gerencia del Complejo Hospitalario "S.M.M.-C.G." por lo cual la organización y su actividad asistencial quedará bajo las directrices de la citada Dirección. Se adjunta fotocopia de la referida Orden". / QUINTO.- Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de la Dirección Provincial del SERGAS de 12.04.96".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don L.G.M.Z. contra el SERVICIO GALEGO DE SAÚDE, debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y, en consecuencia absuelvo al demandado de las pretensiones en su contra esgrimidas".

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

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

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el actor absolviendo libremente de la misma al demandado Sergas. Y contra este pronunciamiento recurre el referido demandante articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 191.b) de la LPL, en el que se limita a efectuar su particular interpretación de los hechos declarados probados, sin proponer redacción alternativa alguna de los mismos.

El motivo es claro que no puede prosperar, pues como tiene declarado reiteradamente este Tribunal, la flexibilización en el formalismo exigible para interponer el recurso de suplicación, no puede llevar a una impugnación abierta y libre que obligue a la Sala a colaborar en la construcción de dicho recurso, ya que ello atentaría contra la seguridad jurídica y situaría a la parte recurrida en manifiesta indefensión. Consecuentemente, una vez que la revisión de hechos que se propone no contiene expresa indicación de la nueva redacción que haya de darse a aquel o a aquellos cuya modificación se pretende, limitándose a efectuar una subjetiva interpretación de los que la Juzgadora a quo ha declarado probados, con un conjunto de alegaciones relativas a una errónea valoración de las pruebas, debe llegarse a la conclusión de que el motivo -tal como ha sido formulado- resulta procesalmente inviable.

SEGUNDO.- Con cita procesal del art. 191.c) de la LPL, formula el demandante un segundo motivo de suplicación en el que denuncia infracción del art. 6.4 del C.c. y del art. 3.2 del Decreto 389/1994, de 15 de diciembre, de Salud Mental en Galicia, así como de la doctrina jurisprudencial y de suplicación que cita, todo ello sobre la base de sostener, por un lado, que la Administración pretende ampararse como "norma de cobertura" en el art. 87 de la Ley General de Sanidad, encubriendo realmente, con fraude de ley, su propósito de no respetar los derechos adquiridos del trabajador y rebasando los límites legales infranqueables; en el caso del actor, no se respeta su derecho a la plaza en propiedad obtenida mediante oposición, con el correspondiente título en el Complejo Hospitalario "C.P." de Orense, ni tampoco todas sus condiciones laborales, al producir una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo. Por otro lado, el traslado de los facultativos especialistas de psiquiatría desde la Residencia "C.P." al Hospital "S.M.M.-D.C.G.",

deja al complejo sanitario citado en primer lugar, sin responsable de psiquiatría que garantice el adecuado funcionamiento de los recursos encaminados a la salud mental, aspecto que -a su juicio- dicha norma exige de modo imperativo.

La censura jurídica que se denuncia no puede prosperar por las siguientes razones: 1.- Consta probado que el actor venía prestando servicios para el demandado Sergas, haciéndolo como facultativo especialista en psiquiatría, adscrito al servicio de medicina interna del Complejo Hospitalario “C.P.” y su área de salud de Orense, habiendo tomado posesión de la citada plaza el 13 de noviembre de 1990, en virtud de nombramiento en propiedad obtenido mediante concurso-oposición. 2.- Consta igualmente que como consecuencia de la publicación de la Orden de la Consellería de Sanidade y Servicios Sociais de 29.01.96 (DOG nº 25 de 05.02.1996), por la que se regula la ordenación de los dispositivos de salud mental de la provincia de Orense, se estableció la adscripción funcional al Complejo “S.M.M.-D.C.G.” de los facultativos especialistas en psiquiatría del servicio de medicina interna del Complejo Hospitalario “C.P.”, entre ellos el actor, a quien se le comunicó que a partir del 12 de febrero pasaría a depender funcionalmente de la Dirección Gerencia del Complejo “S.M.M.-D.C.G.”, sin perjuicio de su dependencia orgánica del Complejo Hospitalario “C.P.”. Asimismo, también se le comunicó que, con fecha 15.01.1996, se puso en funcionamiento uno de los dispositivos de Salud Mental, en concreto, la Unidad de Internamiento Psiquiátrico de Agudos en el Hospital “S.M.M.”, con funcionamiento en régimen de atención continuada (24 horas), para lo cual se hacía necesaria la implantación de la guardia de presencia física que debería ser cubierta por personal facultativo especialista, por lo que con fecha 12.02.96 se fijaría un calendario de guardias de presencia física en que se incluiría al actor en calidad de facultativo.

3.- En función de lo anterior, en demanda se postula que se declare el derecho del actor a permanecer en el puesto de trabajo que ocupaba sin alteración alguna de sus condiciones laborales y derechos inherentes al mismo, dejando sin efecto la orden de desarrollar su trabajo en el Complejo Hospitalario “S.M.M.-D.C.G.”. Y tal pretensión no resulta acogible, por cuanto la adscripción funcional del demandante al referido Complejo Hospitalario es consecuencia de la nueva ordenación de los dispositivos de salud mental llevados a cabo en la provincia de Orense por el demandado Sergas, a quien compete, como Entidad Gestora, la organización de los servicios sanitarios de la Seguridad Social en toda la Comunidad Autónoma de Galicia (art. 109 y concordantes de la LGSS de 1974, vigente por

aplicación de la Disposición Derogatoria Única 2 de la vigente LGSS), y sin que esa nueva ordenación pueda tildarse de irracional o arbitraria, ya que la Orden de la Consellería de Sanidade y Servicios Sociais de 29.01.96, fue dictada en desarrollo del Decreto 389/94, de 15 de diciembre, por el que se regula la Salud Mental en Galicia, y tras la creación del Complejo Hospitalario “S.M.M.-D.C.G.” por Orden de la Consellería de Sanidade y Servicios Sociais 28 de abril de 1995; es decir, representó la culminación de un proceso de nueva ordenación iniciado mucho antes y dirigido a concretar las directrices generales de actuación en materia de salud mental y asistencia psiquiátrica, mediante la puesta en funcionamiento de los servicios sanitarios precisos de una de las áreas del sistema de salud, intentando adecuar su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad economía y flexibilidad que menciona el art. 7 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, por lo que en modo alguno cabe apreciar la existencia de un pretendido fraude de ley incardinable en el art. 6.4 del C.c., ni mucho menos del art. 3.2 del Decreto 389/1994, de 15 de diciembre, ya que la citada Orden de 29.01.1996 establece claramente en su art. 3 que “las integraciones y adscripciones establecidas en la presente orden no afectarán a la categoría, régimen retributivo y demás condiciones jurídicas básicas de los puestos de trabajo afectados”, lo que en el presente caso han sido respetados.

Por otro lado, el art. 87 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone que “los recursos humanos pertenecientes a los Servicios del Área se considerarán adscritos a dicha unidad de gestión, garantizando la formación y perfeccionamiento continuados del personal sanitario adscrito al Área”, añadiendo que “el personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la Organización sanitaria, con respeto de todas las condiciones laborales y económicas dentro del área de salud”, que es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso, sin que resulten aplicables los arts. 40 y 41 del ET al no estar ligadas las partes por una relación laboral (art. 1.3 a ET), sino de naturaleza estatutaria, regida por sus normas específicas y más próxima al régimen de los funcionarios públicos que al laboral (STS de 19.04.91, Ar. 6.238; 29.10.1993, Ar. 8.090; 14.10.1996, Ar. 7.624), y sin que la circunstancia de que el actor haya sido incluido en un calendario de guardias de presencia física, consecuencia del funcionamiento en régimen de atención continuada (24 horas), pueda implicar el reconocimiento de su derecho a permanecer en el puesto de trabajo que ocupaba, sin alteración alguna, y dejando sin efecto la orden de

adscripción al Complejo Hospitalario “S.M.M.-D.C.G.” ya que como señala la STS de 24.01.1994 (Ar. 372), citando el art. 1.3 de la OM de 09.12.1977, la realización de guardias presenciales es obligatoria para Jefes de Sección y Adjuntos, planificándose a partir del proyecto elaborado por el Jefe de Servicio; y en lo que se refiere a las Instituciones Cerradas el art. 30 del Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los Hospitales, aprobado por el Real Decreto 521/1987, de 15 abril, específicamente previene que el Director Gerente, a propuesta del Director Médico, organizará las guardias médicas teniendo en cuenta los recursos y necesidades del Área de Salud, estableciendo los criterios funcionales que se consideren oportunos y utilizando las modalidades que se requieran de presencia física, localizada o mixta, términos ciertamente amplios que tan sólo permiten estimar como limitación la presencia de desviación o abuso de poder organizativo, lo que no acontece en el caso de autos. Procede, por tanto, desestimar el recurso y confirmar íntegramente el fallo impugnado.

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por el actor don L.G.M.Z., contra la sentencia de fecha 29 de mayo de 1996 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, en los presentes autos tramitados a instancia del recurrente frente al demandado Servicio Galego de Saúde (Sergas), debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha sentencia.

2840 RECURSO N° 4.320/96

S. S.

IMPUGNACIÓN DE ACORDO SOBRE RECLASIFICACIÓN PROFESIONAL EN INTERPRETACIÓN E APLICACIÓN DE NORMA COLECTIVAMENTE PACTADA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Ricardo Ron Curiel

A Coruña, a trece de diciembre 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. 4.320/96 interpuesto por don D.G.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Ourense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don D.G.R. en reclamación de DERECHOS siendo demandado MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR DIRECCIÓN GENERAL DE ADMINISTRACIÓN PENITENCIARIA en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 224/96 sentencia con fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis por el Juzgado de referencia que desestimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “El actor don D.G.R., viene prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia del organismo demandado como personal laboral dependiente de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios, desde el 01.04.89 ostentando la categoría profesional de limpiador y percibiendo un salario mensual según Convenio Colectivo.-

SEGUNDO.- Por Resolución de fecha 19 de diciembre de 1995, de la Subsecretaría de Justicia e Interior se convoca un procedimiento de asignación de nuevo destino, previo a la reclasificación del personal laboral perteneciente a las categorías profesionales de celador, limpiador y auxiliar de farmacia del clausurado Hospital General Penitenciario de Madrid, figurando dicha resolución incorporada a autos y teniendo aquí su contenido por reproducido.-

TERCERO.- Por Resolución de 21.12.95, de la Subsecretaría de Justicia e Interior se convoca concurso de traslado para el personal laboral dependiente de la Secretaría de Estado de Asuntos penitenciarios, dicha resolución figura incorporada a autos, teniendo aquí, igualmente, su contenido por reproducido.-

CUARTO.- La Comisión de interpretación, vigilancia, conciliación, estudio y arbitraje (C.I.V.C.E.A.), en sus reuniones de 14 y 22 de noviembre de 1995, ha acordado en los términos de mayoría fijada en el artículo 6 del Reglamento de Procedimiento y Funcionamiento que: a) La reclasificación del personal aludido se efectúa con carácter previo al concurso general de trasladados previsto en el Capítulo V y VI Convenio Colectivo en razón de que los puestos a ofertar al personal reclasificable no devienen de la existencia previa de vacantes reales y no generan nueva vacante una vez operada la reclasificación. b) Que las plazas objeto de cobertura se vinculen exclusivamente a las de la categoría de Auxiliar de Enfermería y restantes especialidades

agrupadas en el nivel retributivo 7. c) Que la instrumentación del procedimiento de reasignación se contraiga en la prioridad de otorgamiento de nuevo destino a los conceptos de trasladados, si bien, con base en la pertenencia al mismo área profesional (artículo 9.3 del aludido Convenio), otorgando a Celadores y Auxiliar de Farmacia a extinguir, una puntuación adicional a 1.50 puntos cuando aspiren a puestos de la categoría de Auxiliar de Enfermería y esta misma puntuación al personal limpiador cuando soliciten vacantes de demandadero, peón especialista y limpiador de otros Centros Penitenciarios.- QUINTO.- Interpuesta reclamación previa fue desestimada por Resolución de 06.03.96".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por don D.G.R. contra EL MINISTERIO DE JUSTICIA E INTERIOR - DIRECCION GENERAL DE ADMINISTRACION PENITENCIARIA- debo declarar y declaro no haber lugar a la misma y en consecuencia absuelvo al demandado de las pretensiones en su contra esgrimidas".

CUARTO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de Suplicación por la parte demandante siendo impugnado de contrario. Elevados los autos a este Tribunal, se dispuso el paso de los mismos al Ponente. Con fecha 09.11.99, se acordó remitir las actuaciones al Excmo. Sr. Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Galicia, para que se emitiese informe sobre incompetencia de jurisdicción, siendo devueltos el 03.12.99.

Fundamentos de derecho

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión deducida en la demanda, interpone recurso la representación procesal del demandante, construyéndolo a través de un solo motivo de Suplicación, al amparo del art. 191, letra c), de la Ley Procesal Laboral, argumentando que la litis se centra en determinar si se ha incumplido el acuerdo adoptado en el seno de la CIVCEA de realizar el proceso de reclasificación del personal perteneciente al Hospital Penitenciario de Madrid con carácter previo al concurso general de trasladados, en el que podrá tomar parte toda la plantilla de la Subsecretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios; habiéndose producido el inicio del proceso de asignación de nuevo destino, que es previo a la reclasificación, en fecha 19 de diciembre de 1995 y la convocatoria del concursos de trasladados se realiza dos días después; por lo que entiende que se ha producido el incumplimiento del mencionado acuerdo, de manera clara y evidente; estimando que lo

fundamental no sea la cuestión temporal de la convocatoria antes, después o al mismo tiempo que el proceso de reclasificación, sino que en la convocatoria del concurso general voluntario de trasladados, sufre discriminación, en razón al proceso de asignación de nuevo destino el personal del mencionado Hospital, ya que para participar en aquél se requiere que el interesado "esté clasificado en la misma categoría y especialidad a la de la plaza convocada con un mínimo de un año de antigüedad, tanto en ella como en el centro de trabajo respectivo" (Base 1ª b de la convocatoria, obrante al folio 28); lo que implica que el personal del Hospital afectado por el cierre que opte por la asignación de nuevo destino, como paso previo a su reclasificación profesional, no tendrá acceso a la convocatoria general de trasladados, vulnerándose la igualdad de acceso a los puestos de trabajo públicos, basada exclusivamente en los principios de mérito y capacidad, previsto en el art. 103.3 de la Constitución española. Entiendo, por todo ello, que la sentencia debe ser revocada.

De la situación de hecho sometida a debate, descrita en el incombaticido relato fáctico de la sentencia de instancia, son de destacar los siguientes datos: A) El demandante viene prestando servicios, como personal laboral y categoría de limpiador para el organismo demandado. B) Por Resolución de fecha 19 de diciembre de 1995, la Subsecretaría de Justicia e Interior convocó un procedimiento de nuevo destino, previo a la reclasificación del personal laboral, pertenecientes a las categorías de limpiador y otras, del clausurado Hospital General Penitenciario de Madrid. C) La nombrada Subsecretaría, en Resolución de 21 de diciembre de 1995, convocó concurso de traslado para el personal laboral dependiente de la Secretaría de Estado de Asuntos Penitenciarios. D) La Comisión de interpretación, vigilancia, conciliación, estudio y arbitraje (C.I.V.C.E.A.), en reuniones de fechas 14 y 22 de noviembre de 1995, acordó, en los términos de mayoría fijada en el art. 6 del Reglamento de Procedimiento y Funcionamiento, entre otras cuestiones, que la reclasificación del personal se efectuara con carácter previo al concurso general de trasladados, previsto en el Capítulo V y VI del Convenio Colectivo, en razón a que los puestos a ofertar al personal reclasificable no deviene de la existencia previa de vacantes reales y no generan nueva vacante una vez operada la reclasificación.

La pretensión deducida en la demanda se sustentaba, como se argumenta por el juzgador "a quo" en el segundo de los fundamentos de derecho de su pronunciamiento, en el incumplimiento del acuerdo de la C.I.V.C.E.A, adoptado en reuniones de 14 y 22 de noviembre

de 1995, al concurrir paralelos el concurso de traslados voluntario y el procedimiento de asignación de nuevo destino, pretendiendo que las vacantes relacionadas en el procedimiento de asignación de nuevo destino sean ofertadas en el concurso voluntario de traslados, o en su caso, previa resolución del procedimiento de asignación, las vacantes no cubiertas sean ofertadas en el concurso voluntario de traslados. Mas, esta pretensión resulta inviable, por cuanto la Resolución de 19 de diciembre de 1995 no hace más que determinar un procedimiento extraordinario, diferente a lo regulado en el Capítulo V del Convenio Colectivo y surgido de lo pactado con los representantes de los trabajadores, independiente, en absoluto, del concurso ordinario de traslados, al no precisarse la existencia de vacante previa, ya que su finalidad no es otra que la de ofertar plazas a los trabajadores afectados por la clausura del Hospital General Penitenciario de Madrid; por lo que se está, en definitiva, en presencia de una oferta de plazas que pueden ser solicitadas y que no genera ni vacante ni plaza nueva ni vacante; mientras que en el concurso de traslados, regulado en el Convenio Colectivo, requiere la previa existencia de plaza vacante. En cambio, ahora, en trámite de recurso, como acertadamente aduce la parte recurrida, el recurrente introduce una cuestión nueva en el debate, no alegada en la instancia, al manifestar que quizás lo fundamental no sea la cuestión temporal de la convocatoria del concurso, sino la exigencia de los requisitos establecidos en la Base b) de la convocatoria del concurso general de traslados; cuestión ésta que tampoco puede alcanzar éxito, tanto por la extemporaneidad de su alegación, cuanto por ser distintas situaciones fácticas del recurrente, y de sus compañeros de trabajo afectados por la clausura del Hospital, y la de los restantes trabajadores ajenos a la clausura, porque al no encontrarse situados ambos colectivos en una situación de igualdad, en modo alguno, podrían ser vulnerados los principios de mérito y capacidad, proclamados en el art. 103.3 de la Constitución.

SEGUNDO.- 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 don D.G.R., contra la sentencia de fecha veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis, dictada por el Juzgado de lo Social número dos de los de Ourense, en proceso promovido por el recurrente frente al Ministerio de Justicia e

Interior -Dirección General de Administración Penitenciaria, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2841 RECURSO N° 4.967/96

S. S.

CRITERIOS PARA A INTERPRETACIÓN DE PÓLIZA COLECTIVA DE SEGURO ÓS EFECTOS DE COBERTURA DE RISCOS LABORAIS.

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

A Coruña, a trece de diciembre 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. 4.967/96 interpuesto por la "C.G.E.S., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Orense.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don M.C.D. en reclamación de CANTIDAD siendo demandada la "C.G.E.S., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 866/95 sentencia con fecha 5 de junio de 1996 por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "PRIMERO.- El actor don M.C.D. vino prestando servicios por cuenta y bajo la dependencia de la empresa "H.P., S.L.", con la categoría profesional de Oficial de 2º/ SEGUNDO.- En fecha 16 de mayo de 1990 el actor inicia situación de incapacidad laboral transitoria, derivada de enfermedad común pasando a situación de invalidez provisional el 16 de noviembre de 1991 en la cual permaneció hasta el 30 de junio de 1993, en que comienza a percibir pensión de invalidez permanente total, derivada de enfermedad común, dicha declaración de invalidez permanente total se efectuó por

Resolución de la Dirección Provincial del I.N.S.S. de 22.06.93, previo dictamen de la U.V.M.I. de 07.08.91, por padecer las siguientes lesiones: Etilismo crónico, miocardiopatía dilatada, arritmia cardíaca por fibrilación auricular con respuesta ventricular rápida./ TERCERO.- La empresa “H.P., S.L.”, tiene concertada con la demandada “C.G.E.R., S.A.”, póliza a favor de sus trabajadores entre los que se encontraba el actor, que cubre entre otras las situaciones de incapacidad permanente total en la suma de 500.000 pesetas. La empresa “H.P., S.L.”, comunica a la compañía demandada en enero de 1992 la declaración mensual de bajas producidas en el indicado mes, figurando en dicha declaración el actor por baja en la empresa el 31.01.92 y baja en el seguro el 31.03.92./ CUARTO.- Se celebró sin avenencia la conciliación administrativa previa ante el SMAC.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por don M.C.D. contra la “C.G.E.S., S.A.”, debo declarar y declaro haber lugar a la misma y en consecuencia condeno a la compañía demandada a abonar al actor la cantidad de quinientas mil pesetas más los intereses legales por demora del veinte por ciento desde el uno de julio de mil novecientos noventa y tres hasta que se produzca el pago”.

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 “G.S., S.A.” en solicitud de que con revocación de la Sentencia de Instancia, se desestime la demanda. A tal efecto, el recurso contiene un único motivo que se dice formulado al amparo del art. 191.b) L.P.L., si bien a lo largo del mismo la parte sostiene que “a la vista de la prueba documental aportada en Autos” la situación de I.P. Total no está cubierta por la póliza suscrita, invocando al efecto el art. 4 del condicionado general y el punto primero del condicionado particular de la póliza aportada al proceso, así como el art. 137 de la L.G.S.S. de 1994, y concluyendo la argumentación afirmando que el condicionado particular de la póliza determina “de forma expresa y clara cuales son los riesgos cubiertos, quedando excluidos todos los demás, no teniendo que hacer mención a los mismos”.

SEGUNDO.- Como denuncia la parte actora en la impugnación que formula, resulta patente la

incorrectitud formal del recurso interpuesto, no acomodándose ni respetando las exigencias que al efecto establecen los arts. 191 y 194 L.P.L. Tal como ha quedado ya reflejado en el Fundamento anterior, el recurso interpuesto contiene un único motivo que dice formularse al amparo del art. 191.b) L.P.L., esto es, para revisar los H.D.P. en la Sentencia de Instancia, de tal manera que si éste fuera su único y valorable contenido, la Suplicación se haría inviable, puesto que el Tribunal, salvo cuestiones de orden público, no puede apreciar infracciones legales o jurisprudenciales no denunciadas adecuadamente por la parte vía art. 191.c) L.P.L. Sin embargo, el contenido del único motivo del recurso resulta más bien encajable en una denuncia de infracción normativa que de mera revisión de los H.D.P., sin que respecto de éstos tampoco señale el motivo el H.P. concreto a revisar y los términos de la misma, tanto más importante cuanto que en el H.P. 3º de la Sentencia de Instancia se declara que la póliza suscrita en autos cubría, entre otras, “las situaciones de I.P. Total en la suma de 500.000 ptas”.

Se pone de relieve, en suma, que el recurso, para su debida admisibilidad, debía haber articulado en motivos diferenciados y correctamente formulados al amparo de los arts. 191 y 194 L.P.L. la revisión oportuna de los H.P. y el examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia correspondientes. Pero, aún caso de poder marginar lo dicho, la argumentación que contiene, por supuesto reconducida por el Tribunal a términos admisibles de suplicación, tampoco habría de resultar acogible y propiciar la revocación de la Sentencia de Instancia.

TERCERO.- La sentencia recurrida condena a la “C.G.E.S., S.A.” a que abone al actor la cantidad de 500.000 ptas, más los intereses que fija, en función de que el actor vino trabajando para “H.P., S.L.” como oficial 2º y que teniendo esta empresa concertada una póliza con aquella compañía de seguros a favor de sus trabajadores - entre ellos, el actor- cubriendo la situación de I.P. Total en la suma de 500.000 ptas, el demandante fue declarado en tal grado de invalidez mediante resolución del I.N.S.S. de 22.06.93, pero con dictamen de la U.V.M.I. emitido en 07.08.91, fecha ésta en la que estaba vigente la póliza dicha y en la que causó baja el actor el 31.03.92.

Lo único que viene a ser cuestionado a través del recurso es, como ya quedó dicho anteriormente, si la póliza suscrita por la empresa cubría la situación de I.P. Total, sosteniendo la recurrente que la tal póliza sólo cubría la Invalidez Absoluta y Permanente “pero no la I.P. Total”.

A los folios 28 y siguientes de los autos obra la póliza de “Seguro de Grupo de Vida” número..., suscrita por “H.P., S.L.” con “C.G.E.S., S.S.”; y en las “condiciones especiales del seguro de los riesgos complementarios” de dicha póliza aparece tanto el seguro complementario de “incapacidad profesional total y permanente” (art. 3º; Folio 32), como el seguro complementario de “invalidez absoluta y permanente” (art. 4º; Folio 33); condiciones suscritas y firmadas por empresa y aseguradora; a partir de ello, se firman también por los antedichos unas “condiciones particulares” en las que se hace constar como “Complementarios” la invalidez absoluta y permanente. Pero es lo cierto que desde la amplitud que tiene el propio referido concepto y el que se deriva de las condiciones especiales incorporadas a la póliza suscrita, constan actos expresos propios de “C.G.E.S., S.A.” a través de los que la propia aseguradora reconoce y determina definitivamente las coberturas y garantías de la póliza nº... A los Folios 22 y 23 de los autos aparecen aportados sendos “certificados” (así se autodenominan) de “C.G.E.S., S.A.” en los que se hace constar lo siguiente: en el del Folio 23, que las pólizas nº 13.887/1.063.423, suscritas por “H.P.” y en que el actor figuraba asegurado tenían las coberturas y garantías de “Muerte o invalidez total, Absoluta y permanente” por 500.000 ptas.; y en el del Folio 22, que la póliza nº..., en vigor desde 01.06.78 y que reemplazó a las anteriores (las números...; folio 35), suscrita con “C.G.E.S.” con la empresa “H.P.” y en la que el actor estaba asegurado, tenía -entre otras- como “coberturas y garantías” la de “Invalidez Total Absoluta y permanente 500.000 ptas.”; además, en el reverso de este certificado se hacen constar por GES “condiciones especiales del seguro temporal renovable”, en cuyo art. 1 y como “objeto del seguro” se hace constar: “Se regirá por las presentes condiciones especiales el compromiso asumido por la entidad aseguradora para la cobertura del riesgo de fallecimiento...”.

Evidentemente, el certificado referido relativo a la póliza nº..., de carácter receptivo y con una naturaleza jurídica tanto más trascendente como acto de la aseguradora definidor de las propias obligaciones contraídas cuanto que también contiene condiciones especiales acerca de cierto seguro, tiene oportuno valor declarativo o específicativo-interpretativo de la dicha póliza, en todo caso vinculante para la aseguradora en cuanto justificativa y asuntiva de los términos que de la misma explícita; a los que por tanto hay que atender y que claramente abarcan la I.P. total, pues otra conclusión no admite la frase “Invalidez Total Absoluta y permanente”. Además, es doctrina jurisprudencial que dado el carácter de prestaciones de S.S. que tienen las mejoras voluntarias de S.S., han de tenerse en cuenta las

situaciones protegidas según los criterios que establecen las normas contenidas en su legislación, dentro de cuyo espíritu han de ser interpretadas (S:T.S. de 13.06.89, 25.10.90, 0902.94 y 08.04.95), y que la interpretación de las cláusulas oscuras o confusas del contrato, del propio contrato en sí mismo, no puede en modo alguno beneficiar a la parte que las redactó y generó tal oscuridad.

Por consiguiente, decae en todo caso el recurso, que no impugna ya la vigencia del aseguramiento a la fecha del hecho causante (u otros aspectos de la condena decretada en la Instancia), que ha de ser, como ya razona la sentencia recurrida, cuando se consolidó el carácter irreversible de las dolencias padecidas y que propiciaron la declaración en I.P. total; en el caso, al tiempo del dictamen de la U.V.M.I.

CUARTO.- Las costas del presente recurso han de ser impuestas a la parte vencida, incluyéndose en las mismas la cantidad de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del Letrado de la parte demandante-impugnante; suma ésta que constituye la habitualmente fijada para supuestos semejantes por esta Sala de lo Social (art. 233 L.P.L.).

Fallamos

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la Compañía demandada “C.G.E.S., S.A.”, contra la sentencia de fecha 05.06.96 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Orense, en los presentes autos nº 866/95 sobre reclamación de indemnización, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con imposición a la referida aseguradora demandada de las costas causadas en el recurso, que incluirán la cantidad de 25.000 ptas. en concepto de honorarios del Letrado de la parte demandante-impugnante.

2842 RECURSO N° 4.843/99

S.S.

**PRESCRICIÓN DE FALTA INEXISTENTE ÓS
EFEKTOS DA SÚA SANCIÓN CON
DESPEDIMENTO DISCIPLINARIO.**

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

A Coruña, a trece de diciembre 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. 4.843/99 interpuesto por don J.R.P.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm DOS de Pontevedra.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.R.P.M. en reclamación de DESPIDO siendo demandado "P.B., S.A." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 505/99 sentencia con fecha dieciocho de septiembre 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 J.R.P.M., DNI..., prestó servicios para la empresa demandada "P.B., S.A." con antigüedad de 10.06.94, categoría profesional de Pescador y un salario mensual prorratoeado de 210.000 ptas./ Segundo.- Mediante carta de 24.06.99, recibida el 30.06.99 notificándole su despido por comisión de una falta muy grave tipificada en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores./ Tercero.- El capitán del Buque era M.G., socio de la empresa armadora con el 25% del capital social. Su hermano es igualmente socio./ Cuarto.- El 27 de abril de 1999 el actor fue visto en estado de embriaguez. El día 28 de abril 99 se le encontró en la taquilla una botella vacía de aguardiente y otra sin empezar. el 29 de abril 99 intentó romper los candados que cerraban los tanques de vino, cogió unas cuchillas y las lanzó contra las mamparas del pasillo pasando una a poca distancia de un marinero. El capitán comunica con el centro radio Médico comunicándose que lo tienen que evacuar. El 30 de abril toman Puerto en Malvinas donde hay una ambulancia esperando y queda ingresado en el Hospital de "P.S." Desembarca a las 21.50 horas. El capitán entrega relato de los hechos al agente de la empresa armadora que lo remite a España./ Quinta.- Tuvo lugar, sin efecto, conciliación obligatoria previa delante del Servicio de Mediación, Arbitraxe e Conciliación."

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por don J.R.P.M. contra la

empresa "P.B., S.A" declaro extinguida la relación laboral sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

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.- El trabajador demandante recurre la sentencia de instancia, que desestimó su acción por despido, y solicita con amparo procesal correcto el examen del derecho que contiene aquel pronunciamiento, por entender que infringe el artículo 60.2 del Estatuto de los trabajadores, pues transcurrieron más de sesenta días desde el momento en que la empresa demandada conoció los hechos determinantes del despido y el día en que le notificó su decisión de despedir.

SEGUNDO.- A los efectos que ahora interesa, los antecedentes de la decisión a adoptar son: 1º) El recurrente trabajó para "P.B., S.A." desde el 10.06.94, con categoría profesional de pescador. 2º) Cuando prestaba servicios a bordo del buque P., el 27.04.99 fue visto en estado de embriaguez, el 28.04.99 se encontró en su taquilla una botella vacía de aguardiente y otra sin empezar, el 29.04.99 intentó romper los candados de los tanques de vino, y cogió unas cuchillas que lanzó contra las mamparas del pasillo pasando a poca distancia de un compañero. 3º) Previa comunicación con un centro de radio médico para evacuar al demandante, a las 21.50 horas del 30.04.99 toman puerto en Malvinas donde una ambulancia le traslada y queda ingresado en el hospital de "P.S." 4º) En esta última fecha, el capitán del buque, que es socio de la empresa armadora con un 25% del capital social y su hermano ostenta igual condición, entrega el relato de los hechos al agente de la empresa armadora que lo remite a España.

TERCERO.- Los datos expuestos llevan a rechazar el recurso, de acuerdo con las siguientes consideraciones: A) Indiscutida la realidad y gravedad máxima de los hechos cometidos por el demandante, la norma legal que denuncia establece "respecto de los trabajadores, las faltas prescribirán..., las muy graves, a los sesenta días a partir de la fecha en que la empresa tuvo conocimiento de su comisión...". B) La prescripción no deja sin efecto el despido notificado el 30.06.99, porque el cómputo de aquélla no puede iniciarse el 29.04.99, como propone el recurrente, toda vez que: a) la cualidad de socio del capitán del buque y su participación en el capital social no le identifican con la

empresa en sí, ni por ello son condiciones suficientes para atribuirle la facultad de sancionar, aunque por ley le corresponda el mantenimiento del orden y de la disciplina a bordo (art. 610 Código comercio); b) fue el 30.04.99 cuando el capitán entregó la documentación descriptiva de la conducta del trabajador que, posterior aunque inmediatamente, fue remitida a la empresa en España, lo que impide apreciar el transcurso del plazo legal prescriptivo. C) La empresa adoptó la decisión litigiosa a la vista de aquellos documentos sobre el omisionamiento ilícito y continuado del demandante, lo que supuso una tramitación o valoración del mismo antes de adoptar la decisión de despedir; en tal sentido, la jurisprudencia afirma que la prescripción corta no comienza a correr hasta que el expediente (s. 4, 30.10.89), auditoría (s. 30.09.85) o investigación (s. 4, 26.12.90) constate los hechos.

Por todo ello,

Fallamos

Desestimamos el recurso de suplicación de don J.R.P.M. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Pontevedra, de 18 de septiembre de 1999 en autos nº 505/99, que confirmamos.

2843 RECURSO N° 4.948/99

S. S.

NULIDADE DA SENTENCIA DE INSTANCIA POR INCONGRUENCIA A PROPÓSITO DE DEMANDA SOBRE ACOSO SEXUAL A TRABALLADORA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don José Elías López Paz

A Coruña, a trece de diciembre 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. 4.948/99 interpuesto por M.G.A. y "C.N., S.A." contra la sentencia del Juzgado de lo Social Núm. dos de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña A.O.A. en reclamación de tutela de derechos fundamentales siendo demandados "C.N., S.A." y don M.G.A. en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 464/99 sentencia con fecha catorce de septiembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: "1º.- La actora, A.O.A., vino prestando servicios para la empresa demandada "C.N., S.A." cuyo representante legal el también demandado M.G.A., en la gasolinera sita en..., desde el 15.02.99, con la categoría profesional de ayudante de expendedora y un salario mensual de 128.662 ptas., hasta el 14.04.99 en que llama por teléfono a la empresa diciendo que no quiere volver al trabajo. 2º.- Su trabajo lo llevaba a cabo en las oficinas de la gasolinera, donde atendía a los clientes que pagan con tarjeta y a la pequeña tienda que había en su interior; el Sr. G.A. realizaba su trabajo de siempre en las oficinas de la empresa. 3º.- El empresario de forma constante y reiterada pidió a la actora que le acompañara fuera del trabajo para efectuar las compras de la tienda, ya que ella era más entendida, a lo que se negaba la actora; le manifestaba que la quería, que quería abrazarla, acostarse con ella, que le gustaba su cuerpo; que si su marido no la dejaba embarazada, lo hacía él, que aunque no trabajase la quería ver ahí, en la gasolinera y también en algunas ocasiones le cogía el periódico por las páginas de contactos, diciéndole que buscaba a una chica de buen ver. 4º.- El empresario desde que la actora dejó el trabajo la llamó a su domicilio para que volviese, la dejó un mensaje en el contestador para que hablara con él, y cuando volvió a cobrar la liquidación acompañada por su esposo, se produjo una riña-agresión entre éste y el empresario. 5º.- Se ha intentado conciliación ante el SMAC".

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: "Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por A.O.A., contra "C.N., S.A." y M.G.A., debo declarar y declaro el derecho de la actora a la indemnización de 500.000 ptas. por los perjuicios causados por el acoso sexual a que fue sometida por parte del empresario Sr. G.A. "C.N., S.A." a los que debo condenar y condeno solidariamente al abono de la citada indemnización.

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.- Contra la Sentencia de instancia que condena solidariamente a la mercantil demandada “C.N., S.A.”, así como a su representante don M.G.A., al pago de 500.000 ptas. a la trabajadora demandante, por los perjuicios causados por el acoso sexual a que fue sometida por el citado Sr. G.A., se interpone recurso de Suplicación por la representación letrada de ambos condenados solidarios, articulando por el cauce del apartado a) del artículo 191 de la LPL, cuatro motivos de recurso en los que denuncia haberse infringido normas o garantías del Procedimiento que han producido indefensión.

En el primero de los motivos, relativo a la presentación por la parte actora en la fase de prueba de trece hojas manuscritas que obran en los folios 32 al 44 de los autos, se denuncia la vulneración de los artículos 74 y 75 de la Ley de Procedimiento Laboral, del artículo 24 de la Constitución y de los artículos 229.1 y 228.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; argumentándose, en síntesis, que la inclusión de tales hojas como alegaciones, en el período de prueba, le produce una absoluta indefensión, porque no existe cauce procesal para contestarlas, tratándose de imputaciones sorpresivas.

Este primer motivo de recurso no puede ser acogido porque del examen de tales hojas manuscritas se desprende que ninguna indefensión se le ocasiona a la parte recurrente, ya que las mismas no ofrecen un contenido distinto, ni expresan circunstancias diferentes de las que fueron expuestas en la demanda y en el acto de juicio. Además, dichas hojas no fueron admitidas como prueba, y la juzgadora de instancia no extrajo su convicción de las mismas, ya que ninguna referencia se hace a ellos en la Sentencia que se impugna, ni en el relato probatorio, ni en su fundamentación jurídica.

En el segundo de los motivos, se denuncia la vulneración de los artículos 97 de la LPL y de los artículos 359 y 565 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; alegándose, en esencia, que la sentencia recurrida incurre en incongruencia al fijar como hechos declarados probados extremos fácticos distintos de los que se recogen en la demanda y que aparecen “ex novo” en la fase probatoria; e igualmente se alega que se condena al demandado no por los hechos fijados al quedar constituida la “litis contestatio”, sino por otros distintos.

Este motivo tampoco resulta acogible, porque del contraste del Hecho Probado Tercero, en el que se recogen las conductas del demandado reveladoras del acoso sexual a que fue sometida la trabajadora, con el Hecho Segundo de la demanda, se evidencia que este motivo carece de toda razón y fundamento. En efecto, en dicho ordinal 3º se declaran probados los hechos a que se refería la demanda, y no otros distintos. Así: se hace referencia a una conducta del empresario sobre sus propósitos libidinosos, sobre sus deseos de abrazar a la actora, de acostarse con ella, de que el gustaba su cuerpo, etc. Y en el Hecho Segundo de la demanda se hace referencia a estos mismos hechos, señalándose que poco tiempo después de iniciarse la relación laboral, el empresario le hacía constantemente insinuaciones para mantener relaciones sexuales con ella, intentando abrazarla, agarrándola por detrás cuando estaba en el mostrador. Pidiéndole que lo acompañase a los desplazamientos fuera de la empresa para comprar mercancías para la tienda; extremo este último que se recoge igualmente en el ordinal 3º de H. P. “de forma constante y reiterada pidió a la actora que le acompañara fuera del trabajo para efectuar las compras de la tienda”. De lo dicho, resulta claramente que no se da la incongruencia denunciada, y que la sentencia no contiene la introducción de hechos nuevos distintos de los invocados en la demanda.

En el Tercero de los motivos del Recurso interpuesto, se denuncia la infracción de los artículos 90 y 97.2 de la LPL y artículo 120 de la Constitución; argumentando, en esencia, que la Sentencia no explica cual ha sido el razonamiento que ha llevado a la convicción que recogen los hechos declarados probados, que algún testigo, es el caso de doña M.F.E., no es más que “el soporte” de las alegaciones de la actora, y que la Sentencia no expresa la razón del porqué rechaza el testimonio de trabajadores del mismo centro de trabajo propuestos por la recurrente.

Tampoco puede acogerse este motivo, porque conviene destacar en torno a la prueba testifical que la misma consiste en la declaración de una persona extraña al proceso, acerca de la verdad o falsedad de los hechos declarados, dudosos y controvertidos en el pleito y que ha presenciado u oído, dándose en el procedimiento laboral la particularidad de que los testigos no pueden ser tachados, según dispone el artículo 92.2. de la Ley Procesal Laboral, esto es, no son de aplicación los artículos 600 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, si bien las partes en conclusiones pueden hacer las observaciones que estimen oportunas respecto de sus circunstancias personales y de la veracidad de sus manifestaciones. De ahí que no resulte de recibo la alegación contenida en el escrito de recurso

sobre los testigos de referencia. Y en cuanto a la alegación de que el juzgador de instancia acogió unos testimonios y excluyó otros, conviene señalar que la Magistrada ha expresado unos hechos probados, declarando como tales aquellos que resultan serlo como fruto de su personal convicción (art. 97.2 de la LPL) extraída de las pruebas practicadas en juicio; y ante testimonios contradictorios de los hechos debe considerar como probados aquellos que le infunden mayor convicción, y explicarlo y razonarlo en la fundamentación jurídica de la Sentencia, como correctamente se hace en el Segundo de los Fundamentos de la misma. En consecuencia, la sentencia que se impugna cumple con los requisitos procesales del artículo 97.2 de la LPL, al referir los razonamientos que han llevado a las conclusiones de hechos, razonando y explicando la valoración de la prueba testifical, no sólo de los testigos de la parte actora, sino también de los de la parte demandada si bien; limitando dicho razonamiento exclusivamente a la condena del representante legal de la empresa, y sin alusión alguna a esta última.

Por el mismo cauce que los anteriores motivos (art. 191.a) de la LPL), la parte recurrente plantea un cuarto y último motivo de recurso, en el que denuncia la infracción de los mismos artículos del motivo tercero, esto es, artículos 90.1 y 97.2 de la LPL y 120.3 de la Constitución argumentando que la Sentencia condena a “C.N., S.A.” solidariamente con don M.G.A., sin que en los hechos declarados probados, ni en los Fundamentos Jurídicos se haga referencia alguna a esta Sociedad, alegándose que la condena carece de motivación y citando en apoyo de su tesis la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de septiembre de 1992.

Y, en efecto, este motivo debe ser acogido, porque no aparece que la Sentencia recurrida se haya pronunciado sobre la pretensión deducida en el Suplico de la demanda, en la que se postulaba que se condenase a ambos demandados a hacer efectiva la cantidad reclamada de 1.014.648 ptas. en concepto de indemnización por los perjuicios causados por el acoso sexual a que se vio sometida la actora.

El Tribunal Constitucional en su Sentencia de 14 de enero de 1991 (STC 1/91) ha declarado que “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva incluye como contenido básico, el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta a las pretensiones planteadas que sea motivada y fundada en Derecho y no manifiestamente arbitraria o irracional”. Así lo ordena el nº 3 del art. 120 de la Constitución, que se cita como infringido, al disponer que “las sentencias serán siempre motivadas”, y este mandato

constitucional encuentra su desarrollo ordinario en el artículo 248.3 de la LOPJ al decir que “las sentencias se formularán expresando, tras un encabezamiento, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho, los hechos probados, en su caso, los fundamentos de derecho y, por último, el fallo”; en el art. 372.3 de la Supletoria Ley de Enjuiciamiento Civil “...se apreciarán los puntos de derecho fijados por las partes, dando las razones y fundamentos legales que se estimen procedentes para el fallo que haya de dictarse, y citando las leyes y doctrinas que se consideren aplicables al caso”. Y en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral – también citado como vulnerado- en el que se establece que “la sentencia deberá expresar, dentro de los antecedentes de hecho, resumen suficiente de los que hayan sido objeto de debate en el proceso. Asimismo, y apreciando los elementos de convicción declarará expresamente los hechos que estime probados, haciendo referencia en los fundamentos de derecho a los razonamientos que le han llevado a esta conclusión. Por último, deberá fundamentar suficientemente los pronunciamientos del fallo”.

Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional de 5 de febrero de 1987 (STC 13/1987 -RTC 1987-13) nos recuerda que “el artículo 120.3º de la Constitución establece que las sentencias serán siempre motivadas y la relación sistemática de este precepto con el artículo 24 lleva a la conclusión ineludible de que el ciudadano que tiene derecho, como tutela efectiva, a la Sentencia, lo tiene también al requisito o condición de motivada... requisito que expresa un derecho del justiciable y el interés legítimo de la comunidad jurídica en general de conocer las razones de la decisión que se adopta y, por tanto, el enlace de esta decisión con la Ley y el Sistema General de Fuentes, en cuanto aplicación de ellas que es”. Estableciéndose, igualmente, en la misma sentencia que “el juzgador debe explicar la interpretación del Derecho que realiza”.

Y en la Sentencia del mismo Tribunal de 8 de octubre de 1986 (RTC 1986, 116) se señala que “la mera emisión de una declaración de voluntad no debe estimarse ni respuesta judicial suficiente ni satisfacción adecuada al derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24.1 de la Constitución”.

La aplicación de esta doctrina constitucional, los claros mandatos de la legalidad constitucional (arts. 24 y 120) y de la legalidad ordinaria anteriormente citados (arts. 372 LEC; 97.2 LPL; 284.3 LOPJ), la Sala entiende que no se han cumplido en la Sentencia recurrida, la cual condena solidariamente a la Entidad “C.N., S.A.”

y al representante legal de la misma don M.G.A., sin contener razonamiento alguno respecto de dicha solidaridad; por lo que se ha producido la vulneración que se denuncia en este Cuarto motivo de Suplicación, o que conlleva la nulidad de la condena a “C.N., S.A.” por evidente incongruencia omisiva o negativa por falta de motivación. Y el acogimiento de este motivo, hace innecesario el examen del Quinto motivo del recurso, amparado en el apartado c) del artículo 191 de la LPL, destinado al examen del derecho que se considera infringido.

SEGUNDO.- La estimación del recurso de Suplicación interpuesto por la representación procesal de la parte demandada, lleva a la Sala a la revocación de la Sentencia recurrida y, sin entrar a conocer el fondo del asunto, acuerda la nulidad de la misma y la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, tal como expresamente ordena el artículo 200 de la Ley de Procedimiento Laboral, en este concreto caso, la reposición debe hacerse al momento inmediatamente posterior a la celebración del juicio, para que por la Magistrada de instancia, se dicte nueva Sentencia con libertad de criterio y con arreglo a derecho.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de los demandados don M.G.A. y “C.N., S.A.” contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de Vigo, de fecha 14 de septiembre de 1999, en proceso sobre tutela de derechos fundamentales, debemos declarar y declaramos la nulidad de la Sentencia recurrida, y sin entrar a conocer el fondo del asunto, se acuerda la reposición de los autos al momento inmediato posterior a la celebración del juicio, para que por la Magistrada de instancia con plena libertad de criterio, se dicte nueva Sentencia, motivando y fundamentando la condena solidaria de ambos demandados.

2844 RECURSO N° 4.961/99

S. S.

CADUCIDADE DA ACCIÓN DE DESPEDIMENTO EXERCITADA.

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

A Coruña, a trece de diciembre 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. 4.961/99 interpuesto por contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. TRES de Lugo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.A.G.V. en reclamación de DESPIDO siendo demandado “S.A.M.L.” y la Empresa “L.N., S.A.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 309/99 sentencia con fecha veinticinco de junio 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.- El actor don J.A.G.V. nacido el 12.10.68, DNI..., prestó servicios por cuenta ajena y dependencia de la empresa “S.A.M.L., S.L”. Esta empresa fue la adjudicataria del servicio de limpieza en la biblioteca pública y en el archivo histórico de Lugo./ Segundo.- La relación laboral entre el actor y “S.A.M.L., S.A.”, se inició mediante contrato de 5 de febrero de 1997, en el que se estableció un horario de 15 horas semanales, del lunes a viernes, siendo la categoría del actor “limpiador” y el centro de trabajo la “ Biblioteca pública y archivo”. Según consta en el contrato. Este contrato consta en autos y su contenido se da aquí por reproducido. Fue objeto de diversas prórrogas y el día 4 de febrero de 1998 se convirtió en indefinido y a tiempo completo. Siendo el sueldo de 108.068 pesetas mensuales con inclusión de prorratas de pagas extras siendo sus funciones limpieza general de cristales, techos, alicatados, baños etc. el día uno de marzo de 1998 “S.A.M.L., S.A.” comunicó al actor que su jornada semanal era de 39,5 horas (23,7 horas en Biblioteca Pública y 15,8 horas en archivo histórico): Se da aquí por reproducido el contenido íntegro de la comunicación de conversión en indefinido del contrato de trabajo y de la comunicación del de marzo de 1998, que consta en autos./ Tercero.- El convenio colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Lugo publicado el 13 de febrero de 1998, establece que la jornada laboral será de 39,5 horas semanales./ Cuarto.- La directora del archivo histórico certifica que a lo largo de los años 1997 y 1998 el servicio de

limpieza del archivo histórico fue desempeñado, desde febrero de 1997 por “S.A.M.L., S.A.” y que el servicio diario de limpieza fue llevado a cabo por la limpiadora E.F.I. y a partir del 1 de enero de 1999, el contrato de limpieza del archivo fue adjudicado a “L.N., S.A” que mantuvo como trabajadora para la citada limpieza diaria a la trabajadora E.F.I./ Quinto.- La empresa “L.N., S.A.”, resultó ser la nueva adjudicataria del servicio de limpieza en la Biblioteca Pública y en el archivo histórico de Lugo, sucediendo a “S.A.M.L., S.A.” en dicho servicio, y en el telegrama de 8 de enero de 1999 se comunica al actor siendo “L.N., S.A” la nueva adjudicataria del servicio de limpieza del archivo Histórico y biblioteca pública de Lugo, dependiente de la Consejería de Cultura, comunicación Social y Turismo de Lugo, en atención a las bases de adjudicación del nuevo concurso, nos vemos obligados a modificar sus condiciones de trabajo con una reducción de jornada de 23 horas”, es decir que dejó la jornada del actor en 16,5 horas a la semana. Según el Pliego de prescripciones técnicas para la contratación de limpieza en los centros dependientes de la delegación de Lugo de fecha 18.11.98 el horario de trabajo de limpiador en la biblioteca es de 3 horas diarias una trabajadora, 3 horas y media otra trabajadora y una hora y media otra trabajadora. El horario del trabajo en el archivo es de 6 horas diarias una sola persona./ Sexto.- El actor en fecha 15 de enero de 1999 presentó papeleta de conciliación sobre modificación de condiciones de trabajo, que resultó sin avenencia; en fecha 1 de marzo de 1999 el actor presenta demanda sobre modificación de condiciones de trabajo que recae en el juzgado de lo Social nº 2 de Lugo, dictándose sentencia el 22 de marzo de 1999 en el que se desestima la demanda formulada por el actor contra “L.N., S.A”, considerando que la empresa demandada a cumplido con sus obligaciones de subrogación. En virtud de esta sentencia el actor se puso en contacto con la empresa “S.A.M.L., S.A.” mediante telegrama remitido el 5 de abril de 1999, solicitando la realización del diferencial de jornada resultante de la subrogación parcial de la empresa “L.N., S.A”, sin que el actor recibiese contestación, considerando este que se ha producido un despido tácito./ Séptimo.- En fecha 27 de abril se intento el preceptivo acto de conciliación, resultando su avenencia; En fecha 11 de mayo de 1999 el actor presenta demanda por despido contra la empresa “S.A.M.L., S.L” y “L.N., S.A.”/ Octavo.- El actor en el último año no ha sido delegado de personal ni miembro del Comité de empresa.”

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimo parcialmente la demanda interpuesta por don J.A.G.V. contra las empresas

“S.A.M.L., S.L” Y “L.N., S.A” sobre despido, debo declarar y declaro la improcedencia del despido realizado por la empresa “S.A.M.L., S.L” y en consecuencia debo condenar y condeno a esta a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia opte por la readmisión del trabajador o el abono de la indemnización que es de doscientas cinco mil quinientas cincuenta y cinco (205.555 pesetas); entendiéndose que de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización procede la primera; y además al pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia y que hasta la fecha de la presente a la suma de ciento sesenta y una mil quinientas diez pesetas (161.510 pesetas); absolviendo a la empresa “L.N., S.A” de los pedimentos contenidos en la demanda.”

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 “S.A.M.L., S.L” en solicitud de que con revocación de la sentencia de instancia, se desestime la demanda absolviéndola de sus pretensiones y declarando “caducada la acción de despido ejercitada”; a cuyo efecto y al amparo del art. 191.c) LPL denuncia las siguientes infracciones: del art. 59.3 y 4 E.T. (motivo 1º); del art. 1.8.1 y 45.1 E.T. en relación con el art. 533.4 L.E. Civil y 59.3 y 4 E.T. (motivo 2º); y del art. 55.4 y 56 E.T (motivo 3º). Al hilo de articular la referida denuncia, “S.A.M.L., S.L” alega lo fundamental siguiente: “...no se ha ejercitado la acción de despido frente a la extinción de la relación laboral acaecida el día 31.12.98 en relación con la empresa “S.A.M.L., S.L” y en consecuencia ha transcurrido con creces el precitado plazo de 20 días hábiles...” (motivo 1º); “...durante el periodo 01.01.99 hasta 31.03.99 el actor no prestó servicio alguno para la empresa “S.A.M.L., S.L” y en consecuencia no mantuvo ningún tipo de relación laboral con esta empresa, por lo que dada la inexistencia de relación laboral (art. 1 TRET) ni siquiera presunta (art. 8.1 TRET), difícilmente se puede hablar de un despido tácito acaecido el 31.03.99. Es más, mencionado periodo tampoco puede ser considerado como relación laboral suspendida (art. 45.1 TRET)...” (motivo 2º) “....Difícilmente se puede hablar de despido en el mes de abril de 1999 respecto de la empresa “S.A.M.L., S.L” ya que la relación laboral con el trabajador se vio extinguida tres meses antes...” (motivo 3º).

SEGUNDO.- Se declara probado en el proceso lo fundamental siguiente: A) el actor prestó servicios para “S.A.M.L., S.L”, adjudicataria del servicio de limpieza en la Biblioteca Pública y en el Archivo Histórico de Lugo; relación que se inició mediante contrato de 05.02.97 en que se estableció un horario de 15 horas semanales, de lunes a viernes, como limpiador y centro de trabajo en la “Biblioteca Pública y Archivo”, el cual fue prorrogado y el día 04.02.98 se convirtió en indefinido y a tiempo completo en los términos que obran en el H.P. 2º, en concreto, jornada semanal de 39,5 horas, 23,7 en Biblioteca Pública y 15,8 en Archivo Histórico. B) la empresa “L.N., S.A”, fue la nueva adjudicataria del servicio de limpieza en la Biblioteca Pública y Archivo Histórico a partir del 01.01.99, sucediendo a “S.A.M.L., S.L.”, y mediante telegrama de 08.01.99 comunicó al actor que siendo la nueva adjudicataria del servicio de limpieza en Biblioteca y Archivo y en atención a las bases de adjudicación del nuevo concurso “nos vemos obligados a modificar sus condiciones de trabajo con una reducción de jornada de 23 horas”, de modo que la jornada del actor quedó en 16,5 horas a la semana. C) Ante tal decisión, el actor presentó en 15.01.99 conciliación sobre modificación de condiciones de trabajo y en 01.03.99 demanda, todo ello frente a “L.N., S.A”, dictando sentencia el Juzgado nº 2 de Lugo en 22.03.99 desestimando la demanda (sobre modificación de condiciones de trabajo). Tras dicha sentencia el actor se puso en contacto con “S.A.M.L., S.L.”, solicitándole mediante telegrama remitido el 05.04.99 la realización del diferencial de jornada resultante de la subrogación parcial de la empresa “L.N., S.A”, que no fue contestado. D) El pliego de prescripciones técnicas para la contratación de limpieza en los centros de la Delegación de Lugo de 1998 establece el horario de trabajo de limpiador en la Biblioteca y el Archivo que se dice en el H.P. 5º. Y E) El actor intentó conciliación por despido en 27.04.99 y en 11.05.99 presentó demanda al efecto frente a las empresas “S.A.M.L., S.L.” y “L.N., S.A”.

A partir de esta integral situación de hecho acreditada, el Tribunal estima que el recurso interpuesto, en cuanto invoca caducidad de la acción de despido, debe ser acogido y revocada la sentencia de instancia que la rechazó.

TERCERO.- De conformidad con los hechos probados que se han dejado concretados, no cabe dudar que el actor dejó de prestar servicios y de percibir salarios en la empresa “S.A.M.L., S.L” a partir del 31.12.98; fecha en la que la empresa “L.N., S.A.” se hizo cargo del contrato de limpieza de la Biblioteca Pública y el Archivo Histórico de Lugo, sucediendo a “S.A.M.L., S.L.”

y asumiendo la relación laboral del actor, si bien participándole “L.N., S.A.” en 08.01.99 que modificaba sus condiciones de trabajo reduciéndole la jornada en 23 horas. El propio demandante aparece reconociendo y asumiendo mencionada situación. A) Por un lado, es “L.N., S.A” (H.P. 5º, hecho 3º de demanda; HDP de la sentencia sobre “modificación de condiciones de trabajo”) quien en 08.01.99 le comunica que reduce su jornada laboral con modificación de sus condiciones de trabajo, y es exclusivamente a tal empresa a quien el actor demanda afirmando (folios 12 y siguientes y 47 y siguientes) que prestaba servicios para la misma y postulando ser repuesto en la jornada que tenía anteriormente de 39,5 horas semanales (en el hecho 1º de tal demanda sobre modificación de condiciones de trabajo se decía “el demandante, viene prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa demandada...”). B) Por otro lado, el demandante solo se dirige a la empresa “S.A.M.L., S.L.” desde la fecha en que ésta dejó la contrata de limpieza en la Biblioteca y el Archivo en 05.04.99, pidiéndole en esta fecha el “diferencial de jornada resultante de la subrogación parcial...”.

Si ello es así, la acción de despido que el actor ejercita en el proceso frente a la empresa “S.A.M.L., S.L” en abril de 1999 está en todo caso caducada, puesto que ha transcurrido, con mucho, el plazo previsto al efecto en el art. 59.3 E.T. y 103.1 LPL. Y es que el cómputo del periodo de 20 días hábiles para el ejercicio de la acción del despido se inicia al siguiente día de la causación de éste en su genuino y esencial concepto de extinción del contrato de trabajo por voluntad unilateral de la empresa, de modo que la fecha de tal despido, a los efectos del art. 59.3 E.T., no es sino el momento en que real y efectivamente se produce esa rescisión, con la práctica terminación de los derechos y obligaciones recíprocos de las partes; es decir, la fecha inicial del cómputo de la caducidad comienza a partir del día en que definitiva y efectivamente no se facilita ocupación por la empresa ni se percibe de ella retribución cualquiera que sea la causa y con independencia de que haya habido o no comunicación alguna. Por consiguiente, como la desvinculación, sin trabajo ni salario ni causa de suspensión contractual, entre actor y “S.A.M.L., S.L”, la ruptura de la relación laboral que los unía, tuvo lugar en enero de 1999 como consecuencia de y tras hacerse cargo de la contrata del servicio de limpieza de la Biblioteca y del Archivo, así como de la relación laboral del actor, la empresa “L.N., S.A”, la caducidad que alega “S.A.M.L., S.L” se ha producido frente a ella, pues el actor no ejercitó la acción por despido hasta el 27 de abril de 1999 cuando en todo caso y según lo que

quedó dicho, el tal despido por parte “S.A.M.L., S.L.” se habría producido en enero anterior.

CUARTO.- Así pues, en absoluto cabe considerar, como hace la sentencia de instancia, que “el hecho causante del despido nace con la sentencia de fecha 22.03.99 autos nº 124/99 en la que se desestima la demanda presentada por el actor contra “L.N., S.A.” (fundamento Jurídico 1º) y/o que como se alegaba en la demanda (hechos 4º y 5º) y vino también a asumir la sentencia recurrida (fundamento jurídico 2º) existió un despido tácito por parte de “S.A.M.L., S.L.” al no contestar el telegrama de 05.04.99: A) Según quedó razonado, el acto extintivo de la relación laboral del actor con “S.A.M.L., S.L.” se produce en enero de 1999, con conocimiento y asunción por parte del actor, quien desde tal fecha dejó de prestar servicios retribuidos para aquélla y al que también ya en 08.01.99 su nueva empresa le participó la reducción de su jornada laboral; a pesar de todo ello, y de su inequívoco significado, el actor no entabla acción alguna frente a “S.A.M.L., S.L.” hasta finales de abril siguiente. Así incluso lo ratifica el que se hable (H.P. 6º y fundamento jurídico 2º de la sentencia de instancia) de una subrogación parcial por parte de la empresa “L.N., S.A”, nueva adjudicataria de la contrata de limpieza del Archivo y Biblioteca, en las obligaciones de “S.A.M.L., S.L.” al no coincidir el horario de trabajo para archivo y biblioteca con lo establecido en la contratación del actor con “S.A.M.L., S.L.”; lo que en su caso debió hacerse valer frente a ésta en el momento en que si la subrogación que procedía era parcial, “S.A.M.L., S.L.” rompió totalmente el vínculo con el demandante, en enero de 1999. B) La sentencia dictada en el proceso sobre “modificación de condiciones de trabajo” en fecha 22.03.99 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Lugo en ningún caso puede engendrar para la empresa “S.A.M.L., S.L.” el hecho causante del despido del actor, puesto que la ruptura de la relación laboral entre ambos se había producido anteriormente; hasta tal punto que el actor mismo afirmaba en la demanda que propició el proceso dicho que venía prestando servicios para “L.N., S.A”, dirigiendo por ello la acción contra esta empresa y exclusivamente con el objeto de que le repusiera su jornada laboral anterior. Y C) Consecuentemente, con menor fundamento puede basarse la existencia de un despido tácito en abril de 1999, a raíz del telegrama que remitió el actor a “S.A.M.L., S.L.” en 05.04.99. Por lo anteriormente razonado, en todo caso el tal despido se habría producido en enero anterior, no habiendo variado la empresa “S.A.M.L., S.L.” ni en marzo ni en abril su conducta respecto del actor adoptada en enero de 1999 y por éste conocida ya en dicha fecha.

QUINTO.- Por lo expuesto, procede estimar el recurso interpuesto por la empresa “S.A.M.L., S.L” y declarando caducada la acción, absolverla de la demanda de despido; con el consiguiente mantenimiento de la absolución que ya decreta la sentencia de instancia respecto de “L.N., S.A”, no recurrida por el actor y sin que la estimación del recurso de “S.A.M.L., S.L.” obligue al cuestionamiento del referido pronunciamiento absolutorio, máxime cuando el demandante siguió trabajando para “L.N., S.A” y por sentencia firme ha sido considerada procedente la reducción que de la jornada laboral del actor acordó en enero de 1999.

Fallamos

Que estimando el recurso de Suplicación interpuesto por la empresa “S.A.M.L., S.L.”, revocamos en parte la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Lugo el día 25.06.99 en autos nº 309/99; y en consecuencia, manteniendo la absolución que de la empresa Limpiezas “L.N., S.A” se ha decretado en la instancia, con desestimación de la demanda interpuesta por don J.A.G.V. frente a la empresa también demandada “S.A.M.L., S.L.” y declarando la caducidad de la acción de despido ejercitada, absolvemos a la citada empresa de los pedimentos contenidos en aquella demanda.

2845 RECURSO N° 5.019/99

S. S.

REQUISITOS PARA A PROCEDENCIA DA LIMITACIÓN DE SALARIOS DE TRAMITACIÓN CON OCASIÓN DO RECOÑECIMENTO EXTRAXUDICIAL DA PROCEDENCIA DO DESPEDIMENTO.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Manuel Domínguez López

En A Coruña, a trece de diciembre 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. 5.019/99 interpuesto por Residencia 3ª edad “E.P.B., S.L.”

contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 A Coruña.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por doña M.P.G.N. en reclamación de DESPIDO siendo demandado Residencia 3^a edad “E.P.B., S.L.” en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 575/99 sentencia con fecha quince de septiembre de mil novecientos noventa y nueve por el Juzgado de referencia que estimó la demanda.

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia se declaran como hechos probados los siguientes: “1º) Que la actora, doña M.P.G.N. vino prestando servicios para la empresa demandada desde el 20.12.96, con la categoría profesional de “Auxiliar de Clínica” y percibiendo un salario mensual de 105.000 pesetas con prorratoe de pagas extras.- 2º) Que con fecha 25.06.99 y por medio de carta la empresa demandada procedió al despido de la actora, sin alegar causa o motivo justificativo de tal decisión.- 3º) Que se ha celebrado “sin avenencia” acto de conciliación ante el SMAC, habiendo reconocido la representación de la demandada la “improcedencia” del despido, ofreciéndole la suma de 410.000 pesetas en concepto de indemnización más 235.000 pesetas en concepto de liquidación a cobrar en dicho acto, ofrecimiento que fue rechazado por la actora por considerar que le corresponde una cantidad mayor que la ofertada; cantidad que ha sido consignada en el Juzgado de lo Social (expediente 7/99) el 14 de julio de 1999.- 4º) Que la actora no ha ostentado durante el último año la cualidad de representante de los trabajadores”.

TERCERO.- Que la parte dispositiva de la indicada resolución es del tenor literal siguiente: “FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por doña M.P.G.N. contra la empresa Residencia 3^a edad “E.P.B., S.L.”, debo declarar “improcedente” el despido de la actora, condenando a dicha demandada a que abone a la actora en concepto de indemnización la suma de 410.000 pesetas, más los salarios de tramitación dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la de la presente resolución”.

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 parte demandada la sentencia de instancia que acogió la demanda rectora de los autos y declarando la improcedencia del despido efectuado por la recurrente le condeno al abono de los salarios de tramitación hasta la notificación de dicha resolución, y, admitiendo el relato fáctico de dicha resolución, al amparo del art. 191.c) LPL denuncia como infringido el art. 56.2 LET y art. 11 LOPJ, argumentando que al haber consignado en plazo la cantidad ofrecida ante el SMAC, reconociendo la improcedencia de la decisión extintiva del contrato de trabajo, los salarios de tramitación han de finalizar en la fecha de tal acto conciliatorio. Para la resolución del litigio ha de partirse de los siguientes extremos: a) la actora fue despedida el 25.06.99, siendo su antigüedad en la empresa desde 20.12.96 y el salario mensual de 105.000 ptas., extremos indiscutidos; b) que presentada papeleta de conciliación al SMAC por la actora se celebró el acto (el 13.07.99) en el cual la demandada/recurrente reconoció la improcedencia de tal decisión “e pola indemnización polo despido 410.000 ptas., e de liquidación 235.000 ptas. total 645.000 ptas., a cobrar neste acto”; c) que la actora no aceptó la oferta empresarial por considerar que “a cantidade que lle corresponde e superior á ofertada, e insiste na súa reclamación”; d) que la cantidad ofrecida fue consignada en el Juzgado de lo social el 14.07.99; e) la resolución de instancia ha estimado que el ofrecimiento dentro del proceso de la liquidación excede del marco legal previsto y no cumple con la exigencia normativa para dar lugar a la liberación de abono de salarios de trámite posteriores a dicho acto.

SEGUNDO.- Centrado así el debate, se observa que el único punto litigioso consiste en determinar si el ofrecimiento efectuado por la recurrente a la actora ante el SMAC, con la subsiguiente consignación de la cantidad ofrecida, limita el devengo de los salarios de tramitación a favor de la actora a tal fecha -como pretende-, o por el contrario no la libera del devengo de los mismos -como entendió la resolución de instancia-, todo ello en interpretación del art. 56.2 LET. Tal como ya consta en la resultancia fáctica, la empresa ante el SMAC cuantificó correctamente el importe de la indemnización ofrecida (410.000 Ptas.) que luego consignó y se le reconoce en sentencia a la actora, los salarios de tramitación que le corresponderían a la recurrida en el momento conciliatorio, -desde el despido 25/6 hasta 13/7 (19 días) a razón de un salario diario de 3.500 ptas. día-, supondrían 66.500 ptas. no obstante se le ofrecieron 235.000 ptas. que incluyen la liquidación (168.500 ptas.), por lo que tal acumulación en el ofrecimiento plantea la cuestión de su admisibilidad, que el juzgador de instancia rechaza.

La Sala comparte el criterio de instancia y partiendo igualmente de la STS de 30.09.1998 se estima que, efectivamente, el art. 56.2 LET condiciona la limitación en el pago por el empresario al trabajador de los salarios de tramitación a la concurrencia de los tres requisitos siguientes: reconocimiento empresarial de la improcedencia del despido, ofrecimiento de la indemnización prevista en los apartados a) y b) del apartado 1 del indicado precepto -de acuerdo con la interpretación mantenida por STS de 4 marzo 1997-, y consignación de dicha cantidad en los dos días siguientes, ante el Juzgado; en el presente supuesto se han cumplido de los tres citados requisitos dos, el reconocimiento de la improcedencia del despido y la consignó la cantidad ofrecida (requisitos indiscutidos), mas no el ofrecimiento en los términos legalmente previstos ya que, como señala la doctrina citada, la oferta de una cantidad que incluye conceptos ajenos al procedimiento de despido (la liquidación), no acumulables al mismo (art. 27 LPL), y que resulta indeterminada en cuanto a los conceptos que la conforman y su importe y cuya aceptación implica la renuncia al ejercicio de posteriores reclamaciones, lleva -al menos inicialmente-, un perjuicio para el trabajador y en todo caso distorsiona la finalidad de la conciliación y del beneficio pretendido lo que no puede entenderse compatible con la finalidad del precepto que se denuncia como infringido, consecuentemente no incurre la resolución recurrida en el defecto imputado procediendo la confirmación de la misma previa desestimación del recurso planteado.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 202 LPL al confirmarse la resolución recurrida procede decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir y dése a las consignaciones efectuadas el destino legal. Igualmente, de conformidad con lo dispuesto en el art. 233 LPL, procede imponer las costas del presente recurso al recurrente, condenándole al abono de 25.000 ptas. en concepto de honorarios de letrado de la parte actora impugnante del recurso. Por todo lo expuesto, vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación,

Fallamos

Que desestimamos el recurso de suplicación formulado por Residencia 3^a edad "E.P.B., S.L." contra la sentencia dictada el 15.09.99 por el Juzgado de lo Social N° 1 de A Coruña en autos N° 575-99 seguidos a instancias de M.P.G.N., contra el recurrente, resolución que se mantiene en su integridad.

2846 RECURSO N° 5.030/99

S. S.

REQUISITOS CONCORRENTES PARA QUE A NEGATIVA POR TRABALLADOR DESPEDIDO A UNHA OFERTA DE READMISIÓN POIDA CONSIDERARSE EXTINCIÓN DO CONTRATO POR DIMISIÓN.

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

A Coruña, a trece de diciembre 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. 5.030/99 interpuesto por la empresa "C.D., S.L." contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de Vigo.

Antecedentes de hecho

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por don J.M.F.R. en reclamación de DESPIDO siendo demandada la empresa "C.D., S.L." en su día se celebró acto de vista, habiéndose dictado en autos núm. 345/99 sentencia con fecha 10 de septiembre 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 don J.M.F.R., mayor de edad, con DNI... viene prestando servicios para la empresa demandada "C.D., S.L.", dedicada en... a la actividad de construcción, y ello en virtud de contrato de trabajo de duración determinada celebrada al amparo del art. 15 del Estatuto de los Trabajadores suscrito el 26.11.1998, estableciéndose en la cláusula sexta del contrato que la duración del contrato será de obra y se extenderá desde el 26.11.1998 hasta la finalización de la obra en..., y ello con la categoría profesional de oficial de 2^a y con una retribución mensual de 126.000 ptas. incluido el prorratao de pagas extraordinarias./ 2º.- Que el actor, prestó servicios para la empresa

demandada, también en otras obras, en concreto en una obra en "Z."/ 3º.- Que el día 26.05.1999, la empresa demandada despidió verbalmente al actor./ 4º.- Se intentó Conciliación ante el SMAC, instada y celebrada los días 9 y 21.06.1999 y en dicho acto el representante de la empresa demandada ofreció al actor la readmisión, en su puesto de trabajo, y que debe efectuarse la reincorporación en el horario de 9 a 13 horas y de 14,30 a 18,30 horas en la obra de... (Bueu) ofreciendo asimismo el abono de los salarios de tramitación, a percibir con la nómina mensual habitual, no aceptándose por el actor el ofrecimiento, dado que los salarios de trámite debe percibirlos en el momento de la reincorporación a su puesto de trabajo./ 5.- Que el actor empezó a trabajar en otra empresa el día 07.06.1999./ 6º.- Se presentó demanda ante esta jurisdicción Social con fecha de 24.06.1999./ 7º.- 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 excepción de falta de acción, y estimando la demanda interpuesta por don J.M.F.R. contra “C.D., S.L.”, debo declarar improcedente el presente Despido litigioso, condenando a la empresa demandada a que en el plazo de CINCO DÍAS a contar desde la notificación de la presente resolución, opte entre readmitir al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de NOVENTA Y DOS MIL CUATROCIENTAS PESETAS (92.400 ptas.) y en ambos casos con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha de Despido hasta el 07.06.1999 fecha en que causó alta en otra empresa”.

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.- Se recurre por la Empresa la decisión de instancia, que desestimó la excepción de falta de acción y acogió la demanda formulada sobre despido, con motivo que ampara en el art. 191.c) LPL y en el que denuncia la inaplicación del art. 49.1.d) ET. 1.- Son presupuestos fácticos de la sentencia recurrida (a) que el 26-mayo-99 la empresa demandada despidió verbalmente al actor; (b) que en 21-junio-99 se celebró –sin avenencia– acto de conciliación ante el SMAC, por ofrecer la Empresa la readmisión del trabajador en la Obra de... y el abono de los

salarios de tramitación junto con la nómina mensual, y por rechazar tal oferta el accionante al considerar que los salarios debían percibirse en el momento de la reincorporación; y (c) que el trabajador comenzó a prestar servicios en otra Empresa el 7-junio-99. 2.- Tal como se desprende de la infracción denunciada, la tesis mantenida por la empleadora en la instancia y el presente recurso es la de que ese ofrecimiento rechazado supone dimisión del trabajador, que se ve privado –así– de acción. Y la Magistrada de instancia consideró que la inexistencia de acuerdo de voluntades –cuálquiera que sea su causa– da válido cumplimiento al trámite preprocesal conciliatorio y deja expedita la vía judicial, y con mayor motivo cuando hay causa del todo justificativa, cual es –en autos– el ofrecimiento de readmisión en distinto centro de trabajo y la mera promesa de abono de los salarios de tramitación. 3.- Confirmamos la decisión de instancia, siendo así que aunque el criterio de la doctrina jurisprudencial no sea siempre uniforme, las SSTS 23-diciembre-1982 Ar. 7.894 y 30-septiembre-91 Ar. 6.483 –dictada en unificación de doctrina– insisten en que no cabe dotar de eficacia decisiva en orden a la desestimación de la demanda de despido al simple ofrecimiento de readmisión efectuado por el empresario en el acto de conciliación previo, aún en condiciones diversas a las debidas, trasladando al trabajador la onerosa carga de iniciar un nuevo proceso, con el riesgo de la caducidad de su acción, argumentando que «cuando el acuerdo de voluntades no se produce, el trámite previo queda cumplido para dar paso a la órbita jurisprudencial, dentro de la cual se hará la ratificación del despido, nulo, procedente o improcedente, se fijarán las indemnizaciones y se ejercitará el derecho de opción en los términos legales». Y sirve de argumento complementario la doctrina que sienta la STS 1-julio-1996 Ar. 5.628 (oportunamente citada en la impugnación del recurso), en el sentido de que «implicando la acción ejercitada [...] una reacción frente al acto extintivo empresarial que tiene como presupuesto lógico la terminación efectiva de la relación de trabajo, estando desde el mismo momento en que se ejerce, mediante la presentación de la papeleta de conciliación y de la demanda, constituida la relación jurídica procesal que debe desembocar en la decisión judicial calificando el acto extintivo unilateral del empresario, y en su caso en la restauración del vínculo contractual reparando los perjuicios causados, salvo desistimiento posterior del trabajador, ya que aunque exista allanamiento del empleador también debe dictarse sentencia, no cabe que por una decisión unilateral empresarial posterior con ofrecimiento de readmisión se restablezca un vínculo contractual ya roto e inexistente, ni mucho menos [...] la negativa del trabajador a

reincorporarse implica dimisión de éste por entenderse que con la decisión empresarial dicho trabajador dejaba de estar despedido, privándole no sólo de una acción como la de despido ya ejercitada y del derecho a la calificación del acto empresarial olvidando la naturaleza consensual y bilateral del contrato de trabajo con obligaciones reciprocas para ambas partes contratantes, y que su finalización tuvo por causa la sola voluntad del empleador [pues] para que exista dimisión del trabajador (art. 49.4), tiene que existir vínculo contractual previo, circunstancia aquí no concurrente dado la extinción del contrato por voluntad empresarial». 4.- Finalmente, a lo que entendemos, los abusos que pudiera dar lugar la protección del legítimo interés que pueda tener el trabajador en obtener sentencia declaratoria de antijuricidad del despido, pese a ofrecimiento de readmisión y salarios en forma (no es éste el caso de autos, conforme a los HDP que hemos recordado) pueden ser perfectamente corregidos por aplicación analógica de la prevención contenida en el art. 56.2 ET para los supuestos de reconocimiento en el acto conciliatorio de la improcedencia del despido y el ofrecimiento –con depósito en el Juzgado– de la indemnización y salarios de trámite (estos también: SSTS de 4-marzo-1997 Ar. 3.039, 27-abril-1998 Ar. 3.869, 29-diciembre-1998 Ar. 452/99 y 23-abril-1999 Ar. 4.434), limitando los salarios hasta la fecha del referido acto; pero ello, repetimos, únicamente puede tener lugar en los casos de regular ofrecimiento readmisorio y de verdadera puesta a disposición de los salarios, pero no cuando –como en la presente litis– se ofrece reanudación de servicios en centro de trabajo diverso y solamente se oferta el futuro abono de la remuneración debida; y en todo caso, éste no ha sido el planteamiento en la instancia ni en este trámite. En consecuencia,

Fallamos

Que con desestimación del recurso interpuesto por «C.D., S.L.», confirmamos la sentencia que con fecha 10-septiembre-1999 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Vigo, a instancia de don J.M.F.R. y por la que se acogió la demanda formulada. Y asimismo acordamos que por la parte recurrente satisfaga 25.000 ptas., por el concepto de honorarios, al Sr. Letrado de la parte recurrida. Igualmente acordamos la pérdida de depósito y destino legal para la consignación.

**2847 RECURSO N°
03/0008609/1996**

S. CA.

INEXISTENCIA DE CADUCIDADE NO PROCEDEMENTO SANCIÓNADOR DE INFRACCIÓN EMPRESARIAL.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veinte de diciembre 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 03/0008609/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por «A.M.», con D.N.I./C.I.F... domiciliado en... (Vigo), representado por don R.T.C. y dirigido por el Letrado don R.G.L., contra Resolución de 02.04.96 de la Dirección General de Migraciones que desestima el recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Pontevedra-Vigo de 28.12.94 que confirma el acta de infracción nº 1.760/94 (expte. 145/95). 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 7 de diciembre 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.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 de 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 mencionada ley 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 (en Vigo) dictada con fecha 29 de diciembre de 1994 con la que culmina el expediente incoado con motivo del Acta de infracción núm. 1.760/94 el día 23.01.95, por lo tanto, pese a ser un procedimiento de los iniciados de oficio no susceptibles 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 la infracción y la sanción propuesta. 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 23 de abril de 1996 para proceder a su impugnación, lo que, dicho sea de paso, aún hizo el 28 de junio de 1995; tales razonamientos desvirtúan así los alegatos del recurrente, que no son más que mera reproducción de los ya esgrimidos en el recurso 8.364/96, que ha deducido y se ha sustanciado ante este Orden Jurisdiccional por similares hechos y circunstancias; por consiguiente el procedimiento no ha terminado por caducidad, como afirma, de ahí que el recurso por ese 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 clásica 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 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 02.04.96 de la Dirección General de Migraciones que desestima el recurso ordinario contra otra de la Dirección Provincial de Trabajo de Pontevedra-Vigo de 28.12.94 que confirma el acta de infracción nº 1.760/94 (expte. 145/95) dictado por Ministerio de Asuntos Sociales. Sin imposición de costas.

**2848 RECURSO N°
03/0008614/1996**

S. CA.

INFRACCIÓN MOI GRAVE DO TRABALLADOR, EN MATERIA DE DESEMPEGO, POR CONIVENCIA CO EMPRESARIO PARA A OBTENCIÓN INDEBIDA DA PRESTACIÓN, SANCTIONADA COA SÚA PERDA.

Ponente: Ilmo. Sr. Don Juan Bautista Quintas Rodríguez

En la Ciudad de A Coruña, veinte de diciembre 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 03/0008614/1996, pende de resolución ante esta Sala, interpuesto por "J.P.M.", con D.N.I./C.I.F... domiciliado en... (Pontevedra), representado y dirigido por el Letrado don P.M.G.C., contra Silencio administrativo a recurso ordinario contra Resolución de la Dirección Provincial de Pontevedra (Vigo) de 31.01.96 que confirma el acta de infracción 12 E.T.165/95 con pérdida de prestaciones desempleo ampliado a resolución expresa de 06.08.96 (4473/96). Es parte la Administración demandada Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, representada por el abogado del Estado. La cuantía del asunto es indeterminada.

Antecedentes de hecho

I.- Admitido a trámite el recurso contencioso-administrativo presentado, se practicaron las diligencias oportunas y dado traslado de los autos a la parte actora para que se dedujera la demanda lo realizó por medio de escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho

que estimó pertinentes, suplicó se dictase sentencia declarando no ajustada a Derecho la resolución recurrida.

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

III.- No habiéndose recibido el asunto a prueba, y seguido el trámite de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 7 de diciembre 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 desestimatoria presunta en virtud de silencio de recurso ordinario contra la resolución dictada por la Dirección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de A Coruña de fecha 6 de febrero de 1996 en virtud de la cual se le impone sanción de pérdida de prestaciones por desempleo y contra resolución expresa de 9 de agosto de 1996 confirmatoria de las anteriores. La citada resolución desestimó, en efecto, en virtud de silencio el recurso ordinario interpuesto por don M.A.O. contra resolución de la Dirección Provincial de Trabajo, Seguridad Social y Asuntos Sociales de Pontevedra en Vigo confirmatoria a su vez del acta de infracción núm. T 165/95 de 11 de diciembre de 1995, por la que estimándose al recurrente responsable de una infracción muy grave de las definidas en el art. 30 de la Ley 8/88, de 7 de abril, sobre infracciones y sanciones de orden social, se le impuso la sanción de referencia, proponiéndose la extinción de prestaciones por desempleo desde la fecha indicada en el Acta a tenor de lo dispuesto en el art. 46.1.3 de la citada Ley.

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 el trabajador para la obtención por parte de este de prestaciones por desempleo en connivencia con el empresario. Se trata por tanto de un acto administrativo sancionador dictado por

la Administración laboral cuya fiscalización corresponde a esta jurisdicción contenciosa, lo que no ocurriría si el recurso versara, en aplicación de lo dispuesto en la Ley 31/84, de 2 de agosto, sobre una resolución del Instituto Nacional de Empleo relativa al reconocimiento, denegación, suspensión o extinción de las prestaciones por desempleo.

III.- Concretados en esos términos el objeto de la presente litis, hay que examinar el fondo del asunto; a este respecto, debe tenerse en cuenta que, como se revela del acta, -cuya nulidad pretende el recurrente con base en que solo a través del informe de la Dirección Provincial puede tener conocimiento de la motivación de la resolución recurrida, al que tuvo acceso con ocasión de haberle puesto de manifiesto el expediente ya en vía judicial, resoluciones que son meros formularios que en modo alguno inciden en la concreta situación y sus circunstancias particulares objeto de debate, por lo que lo esencial es determinar si es cierto o no lo que el actor adujo en vía administrativa- en la entrada del local en obras los controladores constataron la presencia y realización de tareas de fabricación o construcción por el Sr. J.P.M., quien era perceptor de prestaciones por desempleo en ese momento de la realización de tales tareas, sin que pueda enervar el carácter infractor el que se trate de un favor al propietario del local.

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, al no resultar atendible tal motivo de impugnación, cual es el de la nulidad del acta por inexistencia de relación laboral.

IV.- Por último se aduce que en última instancia es cuestión de prueba de los hechos vertidos en el Acta, al no mediar cantidad alguna en concepto de prestación, solicitando el recibimiento del pleito a prueba, la cual no se consideró transcendente para la decisión del mismo por Auto de fecha 7 de febrero de 1997, en el que se le ofreció recurso de súplica, sin que lo hubiese deducido, quedando en consecuencia el Auto firme.

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

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

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

Fallamos

Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo deducido por J.P.M. contra Silencio Administrativo a recurso ordinario contra resolución de la Dirección Provincial de Pontevedra (Vigo) de 31.01.96 que confirma el acta de infracción 12 E.T 165/95 con pérdida de prestaciones desempleo ampliado a resolución expresa de 06.08.96 (4.473/96) dictado por Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Sin imposición de costas.