



Roj: **STSJ GAL 6193/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:6193**

Id Cendoj: **15030340012014103644**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **23/07/2014**

Nº de Recurso: **1825/2014**

Nº de Resolución: **4027/2014**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **ANTONIO JESUS OUTEIRIÑO FUENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939 Fax:881881133 /981184853

NIG: 15030 34 4 2014 0000031 N22000

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO DE SUPPLICACION CONCURSAL 0001825 /2014 -**PM**

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: INCIDENTE CONCURSAL LABORAL 0000299 /2012 JDO. DE LO MERCANTIL nº 001 de PONTEVEDRA

Recurrente/s: Benito

Abogado/a: MIRYAM BLAZQUEZ ASTORGA

Procurador/a: JUAN LAGE FERNANDEZ-CERVERA

Recurrido/s: FOGASA, EURO ROCA SA , Doroteo (ADMN CONCURSAL EURO ROCA) , Fulgencio

Abogado/a: BERNARDO DOPICO GIL, MARTA LOPEZ LOPEZ

Ilmo. Sr. D. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

PRESIDENTE DE LA SALA

ILMO/AS. SR/AS.

JOSE ELIAS LOPEZ PAZ

LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a veintitrés de Julio de dos mil catorce. Habiendo visto las presentes actuaciones la T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, compuesta por los/as Ilmos/as Sres/Sras citados, de acuerdo con lo previsto en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO DE SUPPLICACION CONCURSAL 1825/2014, Benito contra la **sentencia** de fecha nueve de Enero de dos mil catorce dictada por el A CORUÑA en sus autos número 299/2012 seguidos a instancia de Benito frente a FOGASA, EURO ROCA SA, Doroteo (ADMN CONCURSAL EURO ROCA) , Fulgencio parte



demandada representada en procedimiento concursal, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a. Sr/a. D/D^a. ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE y deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda incidental por la citada actora contra la mencionada parte demandada siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al indicado Juzgado de lo Mercantil, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los actos de juicio verbal en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

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

PRIMERO.- Se declara que el salario diario del trabajador de la sociedad concursada Euro Roca, S.L., a efectos del cálculo de la indemnización concedida en auto extintivo de 5 de septiembre de 2013, es el de 5744 €/día, por lo que la suma que le corresponde por razón de la extinción de su contrato de trabajo es la de 17.040,72 euros; modificándose los hechos probados del citado auto a los mismos citados efectos. **SEGUNDO.-** Se declara probado que a fecha del citado auto el demandante D. Benito formaba parte del Comité de Seguridad y salud de la sociedad concursada, no como delegado de prevención, sino en representación de la empresa.

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

FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por la representación de D. Benito frente a la sociedad concursada Euro Roca, SL, su administración concursal y el Fondo de Garantía Salarial, declaro que el salario diario del demandante, trabajador de la concursada, a efectos del cálculo de las indemnizaciones que le corresponden conforme al auto aprobatorio de expediente de regulación de empleo dictado en esta sede en fecha 5/9/2013 es la de 57.44 €/día, por lo que la suma que le corresponde por razón de la extinción de su contrato de trabajo es la de 17.040,72 euros.

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 estima en parte el incidente concursal laboral, declara que el salario diario del demandante, a efectos del cálculo de las indemnizaciones que le corresponden conforme al auto aprobatorio de expediente de regulación de empleo, dictado en 5/9/2013, es la de 57.44 €/día, finado como suma por razón de la extinción de su contrato de trabajo la de 17.040,72 euros. Y frente a esta recurre la parte actora articulando un primer motivo de suplicación, al amparo del art. 193. b) de la LRJS, en el que interesa la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente texto: "TERCERO.- La mercantil contrató en fecha 12 de Septiembre al trabajador Fulgencio, con la categoría de Director de Producción. Con fecha 16 de septiembre se celebra reunión con la comisión creada al efecto, a fin de dar cumplimiento al acuerdo de "Plan de Empleo" adoptado en el "Acuerdo Segundo" del expediente de extinción".

La adición interesada debe prosperar parcialmente en el sentido siguiente: TERCERO.- La mercantil contrató en fecha 12 de Septiembre al trabajador Fulgencio, con la categoría de Director de Operaciones.

Así resulta de la documental que se cita (contrato de trabajo obrante folios 70 de las actuaciones) en la que consta que la categoría del actor no era Director de Producción, sino Director de Operaciones, que es la que debe figurar en el nuevo hecho tercero. No prospera, por el contrario, el segundo inciso, toda vez que de acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial (SSTS de 19-7-1985 [RJ 1985\3819] o de 14-7-1995 [RJ 1995\6259]), el soporte documental que sirva de base al motivo, debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que de él se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones, que es lo que sucede con el texto que se propone en el inciso segundo.

SEGUNDO.- Ya en sede jurídica sustantiva, y al amparo del art. 193. c) de la LRJS, formula el recurrente los motivos segundo y tercero de suplicación en los que denuncia: en el segundo, inaplicación del art. 30. 4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el art. 68 del ET, por entender que el actor formaba parte del Comité de Seguridad y Salud como trabajador designado por la empresa, y el derecho aplicable debe ser el invocado por esta parte, esto es el artículo 30.4 de la citada LPRL, y no el 37.1 de la misma disposición. Y en el tercero, infracción del artículo 64.8 de la ley Concursal, por entender que el párrafo 2º de dicho precepto establece que las acciones que los trabajadores el Fogasa puedan ejercer contra el auto en cuestiones que



se refieran estrictamente a la relación jurídica individual se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal en materia laboral. A su juicio, por tanto, si corresponde al Magistrado resolver la cuestión relativa a si se ha incumplido el acuerdo adoptado en el plan de empleo.

La censura jurídica que se denuncia ha de ser parcialmente acogida, sobre la base de las siguientes consideraciones:

1.- El artículo 30 de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales , después de establecer, en su nº 1, que "en cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales, el empresario designará uno o varios trabajadores para ocuparse de dicha actividad, constituirá un servicio de prevención o concertará dicho servicio con una entidad especializada ajena a la empresa", dispone en su nº 4 que: "los trabajadores designados no podrán sufrir ningún perjuicio derivado de sus actividades de protección y prevención de los riesgos profesionales en la empresa. En ejercicio de esta función, dichos trabajadores gozarán, en particular, de las garantías que para los representantes de los trabajadores establecen las letras a), b) y c) del artículo 68 y el apartado 4 del artículo 56 del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores ", garantía que "alcanzará también a los trabajadores integrantes del servicio de prevención, cuando la empresa decida constituirlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo siguiente".

Que el recurrente es un trabajador designado por la empresa para ocuparse de la actividad de prevención está fuera de toda duda, pues consta probado que formaba parte del Comité de Seguridad y salud de la sociedad concursada, en representación de la empresa, por lo que, como señala la STSJ de Asturias de 20 de diciembre de 2013 (Recurso: 1868/2013; ROJ: STSJ AS 4146/2013), de conformidad con lo dispuesto en la norma, goza de la prioridad de permanencia que alega y la sentencia le niega por entender, erróneamente, que sólo los Delegados de Prevención, esto es, los representantes de los trabajadores con funciones específicas en materia de prevención de riesgos en el trabajo (artículo 35 de la Ley 31/95), tienen ese derecho. Tal conclusión resulta desmentida por el artículo 30.4 de la Ley que reconoce expresamente el derecho a aquellos trabajadores que son designados por la empresa para ocuparse de labores preventivas, con el fin de proteger su independencia frente al poder empresarial, y que no ostentan la condición de representantes de los trabajadores, puesto que éstos ya lo tienen reconocido en el Estatuto de los Trabajadores.

En similar sentido, la STSJ de Asturias de 26 de julio de 2013 (Recurso: 1058/2013; ROJ: STSJ AS 2569/2013), razona que: "La protección dispensada por el artículo 30.4 de la Ley de Prevención alcanza a los trabajadores designados, y a los trabajadores integrantes del Servicio de Prevención. Hay que tener en cuenta que así resulta del artículo 7.2 de la Directiva 89/391/CEE , ya que en ésta no existe la diferencia entre dos modalidades de organización preventiva consistentes en servicio de prevención y designación de trabajadores, siendo ésta una diferencia propia del Derecho Español, de forma que, para obtener el respeto de la Directiva, ha de garantizarse idéntica protección para los trabajadores ocupados en las tareas preventivas, solo así se protege su independencia, y ello con abstracción de la modalidad, sistema o combinación elegido". Y esos trabajadores gozan de la misma garantía de prioridad de permanencia que los representantes de los trabajadores, por lo que no habiendo sido respetada tal prioridad en el caso enjuiciado, procede acoger en este punto el recurso, revocar parcialmente la sentencia recurrida y reconocer al actor la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo, con la consiguiente nulidad de la extinción de su contrato, toda vez que la solución a aplicar en este caso, aun cuando la extinción se haya acordado por el Juez de lo Mercantil por estar la empresa en situación de concurso, es la prevista en el artículo 124.13 de la Ley de la Jurisdicción Social, que dispone: "también será nula la extinción del contrato acordada por el empresario sin respetar las prioridades de permanencia que pudieran estar establecidas en las leyes...". Los efectos de esa nulidad son: la inmediata readmisión y el abono de los salarios dejados de percibir, pues el art. 123. 2 LRJS establece que "cuando se declare improcedente o nula la decisión extintiva, se condenará al empresario en los términos previstos para el despido disciplinario, sin que los salarios de tramitación puedan deducirse de los correspondientes al periodo de preaviso", y el art. 113 de la LRJS dispone que "si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir".

2.- Cuestión distinta a lo anterior es la relativa a la infracción que se invoca del artículo 64.8 de la ley Concursal , por entender que el actor tiene derecho de recolocación en cumplimiento del plan de empleo. La cuestión comporta la introducción de una cuestión nueva determinante de una variación sustancial de demanda, en la que sólo se pide un salario distinto al inicialmente reconocido y la nulidad de la "rescisión" de su contrato de trabajo, que es efecto legal que se deriva del reconocimiento de la prioridad de permanencia en el puesto de trabajo, no la recolocación que derivaría de un eventual incumplimiento de los compromisos adquiridos en el Plan de Empleo, y que no se pretende en demanda. Procede, por tanto, estimar en parte el recurso y revocar parcialmente la sentencia de instancia en los términos expresados en el apartado anterior. Por lo expuesto,



FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por el actor D. Benito , debemos revocar y revocamos parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Pontevedra, y, estimando la demanda, declaramos que el referido actor goza de prioridad de permanencia en el puesto de trabajo. En consecuencia, declaramos la nulidad de la extinción de su contrato condenando a la empresa concursada Euro Roca S.L., y a su administración concursal en el tal exclusivo concepto, a la readmisión del trabajador y al abono de los salarios dejados de percibir. Y mantenemos los restantes pronunciamientos que el fallo impugnado contiene, todo ello con citación procesal del Fondo de Garantía Salarial.

Notifíquese esta resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

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

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 35 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo** .

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 35 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 35 **** ++**).

Una vez firme, expídase certificación para constancia en el Rollo que se archivará en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente Libro de Sentencias, previa devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.