



Roj: **STSJ GAL 6820/2014 - ECLI: ES:TSJGAL:2014:6820**

Id Cendoj: **15030340012014103929**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **22/09/2014**

Nº de Recurso: **2242/2014**

Nº de Resolución: **4366/2014**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **JORGE HAY ALBA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:881881133 /981184853

NIG: 15078 44 4 2013 0001800

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002242 /2014 MCR

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000626 /2013 JDO. DE LO SOCIAL nº 001 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente/s: Agapito

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social: MARCOS PEREZ GARCIA

Recurrido/s: FOGASA, JJ CHICOLINO SL , MARISCOS ANDURIÑAMAR SL

Abogado/a:

Procurador/a:

Graduado/a Social:

ILMO. SR. D. MANUEL DOMINGUEZ LOPEZ

ILMA. SRA. D. M^a ANTONIA REY EIBE

ILMO. SR. D. JORGE HAY ALBA

En A CORUÑA, a veintidos de Septiembre de dos mil catorce.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, el T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido 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

S E N T E N C I A



En el RECURSO SUPPLICACION 0002242 /2014, formalizado por el/la letrado D/Dª MARCOS PEREZ GARCIA, en nombre y representación de Agapito , contra la sentencia número 54 /14 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000626 /2013, seguidos a instancia de Agapito frente a FOGASA, JJ CHICOLINO SL, MARISCOS ANDURIÑAMAR SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª JORGE HAY ALBA.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/Dª Agapito presentó demanda contra FOGASA, JJ CHICOLINO SL, MARISCOS ANDURIÑAMAR SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 54 /14, de fecha siete de Febrero de dos mil catorce

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

PRIMERO.- El demandante D. Agapito , prestaba servicios en la empresa J.J. CHICOLINO SL, en el régimen especial del mar a jornada completa desde el 20 de agosto de 2001, con la categoría profesional de patrón, siendo el último contrato de obra y servicio determinado de fecha 5 de septiembre de 2002 para la realización de trabajos de su categoría y mientras la empresa tenga concertada la prestación de servicios con la empresa Mexipor.

SEGUNDO.- La empresa JJ CHICOLINO SL, el 30 de abril de 2013, como propietaria del buque MANUELA BEGOÑA vende y transmite a la empresa MARISCOS ANDURIÑAMAR SL, el citado buque y ésta se subrogada en todas las obligaciones con los trabajadores que lo utilizan a diario, quedando subrogado en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior propietario, (doc. nº 2, 3 y 4 del ramo de prueba de JJ CHICOLINO que se da íntegramente por reproducido) Desde el día 1 de mayo de 2013 la empresa Mariscos ANDURIÑAMAR SL, queda subrogada en todos los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de la entidad JJ CHICOLINO SL, lo que es comunicado a los trabajadores y a los representantes legales de los mimos (doc. 3 y 4 del ramo de prueba de JJ CHICOLINO que se da íntegramente por reproducido)

TERCERO.- La entidad JJ CHICOLINO SL, dio de baja en la Seguridad Social al actor en fecha 30 de abril de 2013 (doc. nº 6 del ramo de prueba de JJ CHICOLINO SL)

Consta en autos, informe de datos para la cotización (doc. nº 6 del ramo de prueba de JJ CHICOLINO SL) en el que se indica: contrato de obra o servicio determinado; alta 05.09.2002; baja: 30.04.2013; inicio contrato de trabajo 20.08.2001.

Consta en autos certificado de empresa (doc. nº 7 del ramo de prueba de JJ CHICOLINO SL), en la que se indica causa de baja: subrogación.

CUARTO.- El trabajador percibe un salario mensual de 1.622,37 incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (además de la cantidad de 69,74 euros en concepto de plus de transporte)

QUINTO.- La empresa Mariscos Anduriñamar SL, remitió el día 2 de mayo de 2013 burofax al trabajador, recibido el día 4 de mayo de 2013, (doc. nº 3 y 4 del ramo de prueba de Mariscos Anduriñamar SL), donde le comunica la transmisión del buque Manuela Begoña, requiriéndole documentación para efectuar los cambios oportunos.

Por escrito de fecha 6 de mayo de 2013 el actor se pone en contacto con Mariscos Anduriñamar SL a fin de mostrar su colaboración (doc. nº 5 del ramo de prueba de Marsicos Anduriñamar)

SEXTO.- El 3 de mayo de 2013 el actor causo baja médica. Así se lo comunico a la entidad Mariscos Anduriñamar a la que le remitió los diferentes partes de confirmación de la baja.

SEPTIMO.- La empresa Mariscos Anduriñamar, procedió a dar de alta en la Seguridad Social al actor en fecha 1 de mayo de 2013 y de baja el 6 de julio de 2013, fecha en la que fue despedido (despido disciplinario) (doc. nº 14 y 11 del ramo de prueba de Mariscos Anduriñamar SL)

OCTAVO.- En fecha 7 de mayo de 2013 se deposita Rol de Despachos y Dotación del Buque Manuel Begoña por el siguiente motivo: Cese temporal de actividad por falta de tripulación al desenrolarse con fecha 03/05/2013 el tripulante Agapito , por baja médica.

NOVENO.- El actor instó acto de conciliación ante el SMAC que se celebró el 6 de junio de 2013, en virtud de papeleta de fecha 24 de mayo de 2013, con el resultado de sin efecto. t



DECIMO.- El trabajador no ostenta la condición de delegado de personal ni miembro de comité de empresa ni representante sindical.

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Desestimo la demanda formulada a instancia de D. Agapito , representado por el graduado social Sr. Perez Garcia contra la entidad J J CHICOLINO SL. Que comparecen representada por el letrado Sr. Garcia Vidal, y contra la entidad MARISCOS ANDURIÑAMAR SL, representado por el Letrado Sr. Gallego Rivera, y contra FOGASA que no comparece en este acto pese a estar debidamente citada, sobre despido y en consecuencia, absolviendo a las demandadas de todos los pedimentos efectuados en su contra.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Agapito formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 9/5/14.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 22/9/14 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La sentencia de instancia desestimó la demanda por despido contra JJ CHICOLINO S.L. y MARISCOS ANDURIÑAMAR S.L., con citación del FOGASA y, frente a este pronunciamiento, interpone recurso de suplicación la representación procesal del demandante en base a dos motivos, al amparo del apartado c) de la L.R.J.S., alegando infracción del art. 44 E.T ., y al amparo del apartado a) del art. 193 L.R.J.S ., por infracción del art. 97 L.R.J.S ., siendo el recurso impugnado

SEGUNDO .- La medida de la nulidad de actuaciones requiere la infracción de norma esencial de procedimiento, con resultado de indefensión para la parte (SSTSJ Galicia 20 febrero 1993, Rec. 4733/1991 y 12 noviembre 1999, Rec. 4095/1997), porque la nulidad de actuaciones por violación de disposición adjetiva requiere inexcusablemente -así, SSTSJ Galicia 12 mayo 2000, Rec. 1192/1997 , 16 mayo 2000, Rec. 2018/1997 y 15 junio 2000, Rec. 1117/1997 - 1º) que se indique la concreta norma que se considere infringida 2º) que efectivamente se haya vulnerado 3º) que la misma tenga carácter esencial 4º) que con la infracción se haya determinado indefensión a la parte, y 5º) que se hubiese formulado oportuna protesta, en los supuestos en que la misma sea factible. Ello es así, porque la indefensión -proscrita por el art. 24 CE [RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875]- no nace de toda infracción de las reglas procesales, sino tan sólo de aquella que se traduce en privación o limitación real del fundamental derecho de defensa (STC 34/1991, de 14 febrero [RTC 1991, 34]), de manera que la prohibición de indefensión tiene carácter material más que formal, y no se entiende producida cuando, pese a la existencia de infracciones procesales, no se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal o cuando no se merman las oportunidades de la parte para alegar y probar lo que a su derecho convenga (STS 12 noviembre 1990 [RJ 1990, 9169]).

Del visionado del juicio se desprende la petición de interrogatorio de las entidades demandadas (min. 11) y no consta petición del actor de que se les tenga por confesos al no tener los Letrados intervinientes poder para absolver posiciones, tampoco consta la protesta del recurrente en el acto del juicio si creía que se debía de algún modo practicar la prueba, sin olvidar que es facultad del juzgador tener por confeso a las partes, por tanto, no se altera el derecho de defensa del recurrente y decae la alegación de nulidad de actuaciones.

TERCERO .- Seguidamente se alega infracción del art. 44 E.T . al entender que no se ha producido una subrogación regular, pero no solicita alteración fáctica. De los HDP se deduce que el actor viene prestando servicios como patrón desde el día 20-8- 01 para la entidad JJ CHICOLINO. El día 30-4-13 esta entidad vende a MARISCOS ANDURIÑAMAR el buque y se subroga en el trabajador, notificando la subrogación a los representantes de los trabajadores y a los trabajadores. La entidad JJ CHICOLINO da de baja en seguridad social al actor por subrogación el día 30-4-13 y la nueva empresa le comunica al actor por burofax el día 2-5-13 la transmisión del buque , dando de alta al actor desde el día 1-5-13. El día 3-5-13 el actor causa baja por I.T. El día 7-5-13 se deposita Rol de Despachos y Dotación del buque por cese temporal de actividad por falta de tripulación al desenrolarse el actor el día 3-5-13 por baja médica. El día 6-7-13 el actor fue objeto de despido disciplinario que no fue impugnado por el recurrente.

CUARTO .- Puesto en relación el relato histórico con la impugnación de fondo que hace el recurrente, irremediadamente debe fracasar dado que sólo se alega infracción en materia de subrogación (art. 44 E.T .) pero no de las que se refieren a materia de despido (v.gr. art. 56 y concordantes E.T .), lo que no puede suplir la



Sala, pues sería construir ex officio el recurso y se violaría el principio de igualdad de partes. No obstante lo cual, tampoco se aprecia subrogación irregular pues es indiscutible la venta del buque, la comunicación al trabajador y la colaboración de éste (hecho probado 5º), incluso entrega a la nueva entidad los partes de confirmación de la baja por I.T. (FJ 5º, in fine), por lo que no ha habido una especie de despido tácito en fecha 1-5-13. Las alegaciones vertidas por el recurrente en el recurso sobre la falta de actividad posterior a la venta se torna en hecho nuevo no alegado ni decidido en la instancia imponiéndose, en consecuencia, previa desestimación de recurso, la confirmación de la resolución recurrida.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de Agapito contra la sentencia de fecha 7-2-14, dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Santiago de Compostela, en proceso por despido promovido por el recurrente contra JJ CHICOLINO S.L. y MARISCOS ANDURIÑAMAR S.L., y confirmamos la sentencia de instancia.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de este T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

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 **** ++**).

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

PUBLICACION.- 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.