



Roj: **STSJ AND 3125/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:3125**

Id Cendoj: **29067340012016100474**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **28/04/2016**

Nº de Recurso: **209/2016**

Nº de Resolución: **713/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **RAMON GOMEZ RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16

N.I.G.: 2906744S20130004967

Negociado: **PC**

Recurso: Recursos de Suplicación 209/2016

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº2 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 396/2013

Recurrente: Bienvenido

Representante: JOSE LUIS FERNANDEZ RUIZ

Recurrido: FERROVIAL S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A. y FOGASA

Representante: FRANCISCO JAVIER VILLALBA BORRUEL

Sentencia Nº 713/2016

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE

ILTMO. SR. D. RAMON GOMEZ RUIZ,

ILTMO. SR. D. RAUL PAEZ ESCAMEZ

En la ciudad de Málaga a veintiocho de abril de dos mil dieciséis

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA

En el Recursos de Suplicación interpuesto por Bienvenido contra la sentencia dictada por JUZGADO DE LO SOCIAL Nº2 DE MALAGA, ha sido ponente el **Ilmo./Ilma Sr. /Sra D./ RAMON GOMEZ RUIZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que según consta en autos se presentó demanda por Bienvenido sobre Procedimiento Ordinario siendo demandado FERROVIAL S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A. y FOGASA habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 26/06/2015 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.



SEGUNDO.- En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

PRIMERO.- D. Bienvenido , con NIE NUM000 , ha venido prestando servicios para la empresa GNEIS SERVIS S.L., con una antigüedad de 21/04/2009, con categoría profesional de guarda de obra/auxiliar de control y salario de 1.901,31 euros incluida prorrateo de pagas extras.

SEGUNDO.- El actor fue despedido el 25/04/2011 dictándose sentencia por el Juzgado de lo social nº 6, el 17/11/2011, por la que se declaró la improcedencia del despido, siendo readmitido el mismo día 17/11/2011.

El 16/01/2012 fue nuevamente despido, declarándose nuevamente la improcedencia del despido por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Málaga en sentencia de fecha 10/05/2012 . (f. 50 y ss).

TERCERO.- GNEIS SERVIS S.L., no abonó al demandante las cantidades correspondientes a los conceptos y períodos siguientes: salario correspondiente a 14 días de Noviembre de 2011 (884,18 euros), salario de diciembre de 2011 (1.901,31 euros), salario de 16 días de Enero de 2012 (1.013,92 euros); vacaciones de 2011 (801,75 euros) y parte proporcional de vacaciones 2012 (34,74 euros).

CUARTO.- La prestación de servicios del actor con GNEIS SERVIS S.L., traía causa de subcontratación, por parte de dicha mercantil, con Ferroviario Agroman S.A., conforme al contrato obrante a los folios 85 a 93 de los autos, que se dan por reproducidos en aras a la brevedad.

QUINTO.- Dicha prestación de servicios concluyó el 31/01/2012 (f. 94-96).

SEXTO.- Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga (autos 745/12), se condenó a la demandada GNEIS SERVIS S.L. a abonar al actor la suma de 5.102,79 € por los mismos conceptos y períodos aquí reclamados. (f. 57 vuelto a 58 vuelto).

SEPTIMO.- El 17/04/2013 el actor interpuso papeleta de conciliación ante el CMAC contra FERROVIAL S.A., celebrándose el preceptivo intento de conciliación, sin efecto, el 03/05/2013.

OCTAVO.- El 03/05/2013 tuvo entrada en el Juzgado Decano la demanda que dio origen a las presentes actuaciones, interesando el dictado de sentencia por la que se condene a la demandada a abonar al actor las cantidades reclamadas por importe de CINCO MIL CIENTO DOS EUROS CON SETENTA Y NUEVE CENTIMOS (5.102,79 Euros), así como de los intereses producidos desde que se devengó dicha cantidad a razón del 10% anual, sin perjuicio de lo que se fije en conclusiones definitivas.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Frente a la sentencia que estimó las excepciones de prescripción y caducidad opuestas por las demandadas, absolviéndolas de las pretensiones deducidas en su contra, al desestimarse la demanda actora, formula la parte actora Recurso de Suplicación, articulando, sin interesar la revisión de los hechos declarados probados al amparo del art. 193.b de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social , un motivo de censura jurídica encaminado al examen del derecho aplicado en la misma por el cauce procesal del art. 193.c de la Ley adjetiva Laboral al entender que infringe los arts. 42 y 59 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y doctrina judicial que cita sobre la materia, como la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1097/2015 , solicitando la estimación de la demanda más el interés por mora.

SEGUNDO: Por su parte, por la empresa demandada recurrida, en su escrito de impugnación, se interesa la revisión de los hechos probados al amparo del art. 197.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social y 193 del mismo texto procesal en los términos que indica.

Dispone, al respecto, el art. 197.1 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción social que "En los escritos de impugnación, que se presentarán acompañados de tantas copias como sean las demás partes para su traslado a las mismas, podrán alegarse motivos de inadmisibilidad del recurso, así como eventuales rectificaciones de hecho o causas de oposición subsidiarias aunque no hubieran sido estimadas en la sentencia, con análogos requisitos a los indicados en el artículo anterior", por lo que deben analizarse la procedencia de las rectificaciones pretendidas al amparo de dicho precepto procesal, toda vez además que como ya ha declarado esta Sala, entre otras en las Sentencias recaídas en Recursos de Suplicación nº 1897/2006 , 478/2008 , 1848/2.012 y 821/15 , incluso gozaría de legitimación activa para recurrir, y así se declara por la Sala que "en principio, sólo está legitimada para recurrir la parte vencida en el proceso de instancia,.... resulta que el Recurso de Suplicación de la parte demandada se plantea por la trascendencia y



relevancia de ciertos extremos fácticos relativos a la jornada en los hechos probados, y por ello está legitimada en aplicación de la referida doctrina jurisprudencial con independencia de que haya obtenido una sentencia favorable en la instancia pues tiene interés legítimo en que se modifique el relato fáctico de la sentencia recurrida introduciendo todos los hechos necesarios para resolver sobre los aspectos del tema debatido en el proceso aún sin pretenderse que se modifique el sentido del fallo de la resolución recurrida. Por ello, como resulta incuestionable que la redacción de hechos probados de la sentencia dictada pudiera desplegar determinados efectos, por ello como dijo la Sentencia de la Sala en Recurso de Suplicación nº 290/2007 , la empresa demandada posee un interés directo y legítimo consistente en evitar ciertas repercusiones que la redacción de hechos probados pueden desplegar."

En la primera de las alegaciones de la parte recurrida, en las que interesa la revisión fáctica, pretende la modificación del ordinal nº 5 de los hechos probados, con una redacción alternativa que propone que recoja que "la relación laboral del actor se extinguió el 6-9-2012 por auto del Juzgado de lo Social número de Málaga 3" y en base a la documental obrante a los folios nº 57 y 58, y la adición de un nuevo hecho probado que recoja que la obra concluyó el 31-1-2012 y en base a la documental obrante a los folios nº 94, 95 y 96.

Y la propuesta de revisión fáctica debe prosperar, al encontrar adecuado sustento en la documental al efecto invocada y resultar trascendente y relevante a los fines debatidos en la litis la modificación y constancia de los nuevos hechos que se pretende accedan al relato de probados, que se desprenden sin necesidad de mayores conjeturas deducciones o razonamientos, resolución judicial y acta de recepción de obras de 31-5-2012.

Por tanto procede estimar la modificación fáctica interesada por la parte recurrida en el escrito de impugnación.

TERCERO: Por la parte recurrente se denuncia el acogimiento indebido de la excepción de prescripción en los términos que indica con infracción de los arts. 42 y 59 Estatuto de los Trabajadores Real Decreto Legislativo 1/95 de 24 de marzo y la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1097/2015 .

Dicho precepto regula la prescripción y caducidad, como instituciones que limitan la vida del derecho sustantivo en el tiempo, pues por razones de seguridad jurídica los derechos materiales, salvo cuando así se declare, no pueden tener una vida indefinida o ilimitada, sino que debe tener un plazo de duración, como influencia del tiempo en el ejercicio de los derechos, de forma que los mismos sólo tienen vida en el plazo que la ley fije como plazo de duración del ejercicio del derecho, quedando extinguidos por su falta de ejercicio en dicho plazo, estando la prescripción como institución que limita la vida de los derechos basada en la presunción de abandono del derecho por el titular por su inactividad o falta de ejercicio en dicho plazo.

Por dicho motivo la prescripción es sólo apreciable a instancia de parte y no cabe apreciarla de oficio; es decir respecto de las reclamaciones de cantidades en concepto de retribuciones no abonadas opera la prescripción como dispone el apartado 1º del art. 59 ET , y no la caducidad la que sólo opera en este caso de forma fatal ope legis y apreciable de oficio en los supuestos establecidos legalmente de forma expresa como para la acción de despido en el apartado 3º del art. 59 ET , y siendo la prescripción la aplicable a aquellas reclamaciones, pues las acciones prescribirán como dispone el apartado 1º del art. 59 ET , no cabe apreciar la prescripción sino cuando ha sido expresamente opuesta mediante excepción por la parte demandada, la que en el caso que se analiza ahora hizo valer la demandada en el acto del juicio.

Tratándose de las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial, establece el párrafo 1 del art. 59 ET , que prescribirán al año de su terminación, pero que en el párrafo 2º dispone que "si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse"; con ello, se atiende al criterio de la actio nata, es decir, que el día a quo o día inicial del cómputo comienza en el momento en que nace el derecho y puede ser reclamado.

CUARTO: Por la parte recurrente también se alega que concurren los presupuestos exigidos para la responsabilidad pretendida con arreglo al art. 42 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores , lo que niega la parte recurrida.

Ya la sentencia de la Sala, entre otras, recaída en Recurso de Suplicación nº 1401/10 , analiza este tema litigioso, declarando que "Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en relación al tema litigioso y así, entre otras en la Sentencia nº 764/2002 de 26-4-02 dictada en Recurso de Suplicación nº 1564/2001 AS 2002\2654 y nº 306/2004, se precisa lo que debe entenderse por propia actividad de la empresa principal, recogiendo el criterio del TS en Sentencia de 18 de enero de 1995 (RJ 1995\514), declarando que por propia actividad de la empresa debe entenderse que lo son las obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa. Más que la inherencia al fin de la empresa, es la indispensabilidad para conseguirlo lo que debe definir el concepto de propia actividad.



También la doctrina señala que nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando, de no haberse concertado ésta, las obras o servicios debieran realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial». Y la STS de 27 octubre 2000 RJ 2000\9656, también citada por la recurrente declara que "El art. 42 del Estatuto de los Trabajadores regula la responsabilidad de las empresas principales o comitentes respecto a las obligaciones de los contratistas con sus trabajadores, con la doble condición de que se trate de obras o servicios de su propia actividad, y que tal responsabilidad proceda de deudas de naturaleza salarial. En el presente supuesto ni las tareas de vigilancia forman parte de la propia actividad de la empresa eléctrica, Endesa (Sentencias de esta Sala de 18 de enero de 1995 [RJ 1995\514] y 24 de noviembre de 1998 [RJ 1998\10034]), ni la reclamación se refiere a salarios, sino a despido". Y, con aplicación del precepto y doctrina indicada, la Sala llega a la conclusión de que en el supuesto enjuiciado se da tal relación pues el objeto de la contrata es la realización de las tareas de vigilancia de la obra que deben entenderse que forman parte de forma indispensable e inexcusable de la propia actividad de la empresa dedicada a la actividad de la construcción y está dentro del ámbito de aplicación del citado precepto estatutario y la responsabilidad solidaria que en él se establece pues el actor ha formado parte del proceso productivo ejerciendo las tareas de vigilante de obras al tratarse ésta de una categoría profesional contemplada en el convenio colectivo aplicable de la construcción en la que ha de ser encuadrado por lo que dicho trabajo o función de vigilante de obra previsto como categoría en el convenio es un trabajo normal y ordinario dentro de la actividad constructora y por consiguiente consustancial a la misma que la propia empresa constructora tendría que haber realizado por sí misma si no lo hubiera contratado a la recurrente, debiéndose estimar el motivo de censura jurídica del Recurso de Suplicación atinente a dicho extremo de la responsabilidad solidaria establecida en el art. 42 ET que es de aplicación al caso de autos por lo ya indicado".

Tal criterio de la Sala es de aplicación en el caso que se analiza ahora en el presente proceso, pues igualmente ha de concluirse que el actor ha formado parte del proceso productivo ejerciendo las tareas de vigilante de obras al tratarse ésta de una categoría profesional contemplada en el convenio colectivo aplicable de la construcción en la que ha de ser encuadrado por lo que dicho trabajo o función de vigilante de obra previsto como categoría en el convenio es un trabajo normal y ordinario dentro de la actividad constructora y por consiguiente consustancial a la misma que la propia empresa constructora tendría que haber realizado por sí misma si no lo hubiera contratado a la recurrente, por lo que no puede acogerse la alegación de la parte recurrida en este sentido.

QUINTO: Y, ciertamente, también la cuestión relativa a la prescripción en los supuestos de contratas, ya ha sido analizada y resuelta por esta Sala, entre otras, en la sentencia recaída en el Recurso de Suplicación nº 1097/2015 , citada por la parte recurrente, debiendo seguirse el criterio establecido al no haber motivo para cambiarlo.

En la misma la Sala declara, al respecto, que "El artículo 59 del ET , bajo el epígrafe *Prescripción y caducidad* , establece en su apartado 1 que *las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación* . , precisando en el apartado 2 que *si la acción se ejercita para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse*.

Por su parte, el artículo 42.2 del ET -en la versión dada por el artículo segundo del *Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad* , que era la vigente en enero de 2011, cuando comenzó la contrata en la que participaba la recurrente- establece que *el empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata*. CUARTO.- La interpretación aplicativa de tales normas ha llevado a la doctrina de suplicación a señalar que el régimen que impone en los supuestos de contratación o subcontratación de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario principal o contratista, constituye una regulación específica para estos casos, siendo una de las manifestaciones de tal especificidad es el establecimiento de un límite temporal concreto a la posibilidad de exigir al empresario principal o al contratista el cumplimiento de la deuda salarial contraída por el contratista o el subcontratista. El mandato legal es tajante cuando afirma que el empresario principal responde sólo durante el año siguiente a la terminación del encargo. La norma no sienta un plazo de prescripción o de caducidad sino directamente una regla extintiva de la responsabilidad y marca una diferencia sustancial con el régimen general de las obligaciones solidarias que como norma especial debe aplicarse con preferencia a éste. Una de las consecuencias es que para exigir esta responsabilidad al empresario principal la reclamación ha de serle presentada dentro de este año siguiente a la terminación del encargo. De no hacerlo así, desaparece la posibilidad de obligarle al pago de la deuda salarial contraída por el contratista. Por consiguiente, la



reclamación judicial o extrajudicial frente a este último no tiene eficacia respecto de aquél, que está sujeto a un régimen especial en el cual lo decisivo es la exigencia de la responsabilidad dentro del periodo del año siguiente a la terminación del encargo. La especialidad de la norma, que supone el establecimiento de un régimen de solidaridad asimétrico y no uniforme respecto de los obligados solidarios, tiene otra manifestación en su inciso final, cuyo tenor, interpretado sobre la base de tal carácter especial, obliga al empresario principal a responder de cualquier salarial contraída durante todo el periodo de vigencia de la contrata (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 12 de diciembre de 2014 [ROJ: STSJ AS 3906/2014]). En otras palabras, tratándose de la acción para exigir la responsabilidad solidaria de la empresa principal, el plazo de prescripción empieza a correr el día en que expira la vigencia de la relación mercantil o administrativa en cuyo marco se desarrolla la actividad laboral del trabajador (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior del País Vasco, de 21 de julio de 2015 [ROJ: STSJ PV 2594/2015]).".

SEXTO: Del relato histórico Sentencia recurrida, inatacado por la parte recurrente, y con las modificaciones fácticas incorporadas a los hechos probados a virtud del escrito de impugnación como se ha indicado, se deducen como circunstancias más significativas para resolver la cuestión litigiosa las de que:

1.- el actor ha venido prestando servicios para la empresa GNEIS SERVIS S.L., en obra que traía causa de subcontratación, por parte de dicha mercantil, con Ferrovial Agroman S.A., conforme al contrato obrante a los folios 85 a 93 de los autos, que se dan por reproducidos en aras a la brevedad.

2.- La relación laboral del actor se extinguió el 6-9-2012 por auto del Juzgado de lo Social número de Málaga 3"

3.- La obra subcontratada concluyó el 31-1-2012.

4.- Por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Málaga (autos 745/12), se condenó a la demandada GNEIS SERVIS S.L. a abonar al actor la suma de 5.102,79 € por los mismos conceptos y períodos aquí reclamados. (f. 57 vuelto a 58 vuelto), salario correspondiente a 14 días de Noviembre de 2011 (884,18 euros), salario de diciembre de 2011 (1.901,31 euros), salario de 16 días de Enero de 2012 (1.013,92 euros); vacaciones de 2011 (801,75 euros) y parte proporcional de vacaciones 2012 (34,74 euros).

5.- El 17/04/2013 el actor interpuso papeleta de conciliación ante el CMAC contra FERROVIAL S.A., celebrándose el preceptivo intento de conciliación, sin efecto, el 03/05/2013.

6.- El 03/05/2013 tuvo entrada en el Juzgado Decano la demanda que dio origen a las presentes actuaciones.

La Sala, examinando y analizando las alegaciones de ambas partes y la circunstancias fácticas concurrentes en el caso que se examina expuestas en los hechos probados y en los Fundamentos de derecho de la sentencia recurrida, llega a la conclusión de que, en el presente caso acertó la sentencia de instancia al apreciar la excepción de prescripción, dado que se encontraba extinguido por prescripción el derecho a reclamar frente a la empresa principal, a la vista de los preceptos invocados como infringidos, 42 y 59 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de la sentencia de la Sala recaída en Recurso de Suplicación nº 1097/2015 , toda vez que, a diferencia del supuesto analizado en dicha sentencia de la Sala, en el presente sí aparece la fecha de terminación de la obra que en el ordinal 5 se recoge como que "Dicha prestación de servicios concluyó el 31/01/2012 (f. 94-96)" y, con las modificaciones incluidas, que la obra subcontratada en la que prestaba servicios el actor concluyó el 31-1-2012, fecha que marca el dies a quo al poder desde dicho momento el actor ejercitar la acción frente a la empresa principal, y la parte actora presentó papeleta de conciliación frente a la empresa principal el 17-4-2013, habiendo transcurrido en exceso el plazo prescriptivo de un año de vida del derecho.

Por todo ello, al haberlo entendido así el juzgador de instancia no vulneró los preceptos invocados como infringidos arts. 42 y 59 del Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ni la sentencia de la Sala citada, por lo que procede desestimar el recurso con confirmación de la sentencia.

SÉPTIMO: Contra la presente sentencia cabe recurso de casación en unificación de doctrina.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por DON Bienvenido , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº DOS de MÁLAGA de fecha 26/06/2015 , recaída en los Autos del mismo formados para conocer de demanda formulada por DON Bienvenido contra FERROVIAL S.A., FERROVIAL AGROMAN S.A. Y FOGASA sobre CANTIDAD, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución recurrida, sin costas.



Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala IV del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Líbrense certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose su original al correspondiente libro.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ