

# DOCTRINA JUDICIAL

## SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA

1298

SENTENCIA núm. 843, de 15 de marzo de 2010

**MATERIA.** Despido nulo: Extinción de la relación laboral por vulneración de derechos fundamentales. Trabajadora funcionaria de carrera a la cual se le contrata temporalmente para desempeñar un cargo de superior categoría. Transcurrido el plazo por el que legalmente se puede rescindir su relación la actora argumenta extinción del contrato como represalia empresarial al haberse constatado quejas por negligencia con un paciente.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando el despido de la parte actora como nulo, condenando a la demandada a que proceda a la readmisión de la trabajadora a su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía al momento del despido y al abono a la misma parte de los salarios de trámite dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido, debiendo asimismo la demandada durante todo este periodo de devengo de salarios de trámite mantenerle de alta/cotización en la Seguridad Social.

**SALA:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La trabajadora desempeña una categoría profesional provisionalmente y transcurrido el plazo la empresa tiene derecho a la extinción de esa relación. Además no queda probado la vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.



### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte demandada, frente a la sentencia que estimando la demanda, declara nulo el despido de actora y condena a la demandada a que proceda a la readmisión de la actora a su puesto de trabajo y en las mismas condiciones que tenía al momento del despido y al abono a la misma parte de los salarios de trámite dejados de percibir desde la fecha de efectos del despido -1 de enero de 2009- hasta la reincorporación efectiva a razón de 95,30 euros diarios, con descuento de las retribuciones percibidas en el mismo periodo. El recurso se formula en diez motivos, los seis primeros redactados al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, para interesar, en el primero, la revisión del hecho probado cuarto, proponiendo texto alternativo, basándose en la documental que cita.

La revisión no puede estimarse, pues lo que pretende la recurrente es suprimir el dato de que a los compañeros de la actora si se les renovó la contratación laboral como mejora de empleo, y tal dato se obtiene del propio informe de la demandada, folio 403 reverso, pues respecto a que a la Sra. H. no se le renovó, consta al folio 400 que su situación era la de contratada laboral, no constando por tanto que fuese funcionaria en mejora de empleo.

2. En el segundo motivo, se solicita la revisión del hecho probado sexto, proponiendo texto alternativo, con apoyo en la documental que cita, de la que se desprende que efectivamente los informes emitidos a consecuencia de los hechos ocurridos el 6 de octubre, fueron suscritos, uno por la actora y 14 trabajadores más, otro por la actora y otro trabajador, y uno sólo por la actora (estos dos últimos referenciados a los hechos probados 11º y 12º), folios 384 a 390, por lo que únicamente en estos términos se admite la adición al hecho probado, ya que el

resto de la revisión postulada es innecesaria, dado que ya consta que intervinieron diversas instituciones, careciendo de trascendencia el archivo de las investigaciones.

3. En el tercer motivo, se propone redacción alternativa al hecho probado décimo, basándose en la documental que indica. Pretende la recurrente introducir el contenido de los folios 184 y 186 por estar incorporados la expediente administrativo, pero dichos folios consisten en escrito de la Jefa de servicio asistencial, y de auxiliares de servicio, comunicando su disconformidad y queja con determinada actuación de la actora, por lo que su naturaleza probatoria sería la testifical y es bien conocido que, por así disponerlo los artículos 191, b) y 194.3 LPL, en el recurso de suplicación la pretensión de que se revisen los hechos declarados probados por la sentencia de instancia no puede fundarse en la errónea valoración de la prueba testifical o de interrogatorio de parte (confesión judicial), por lo que no cabe acceder a la revisión postulada.

4. En el cuarto motivo solicita la recurrente la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal 2º-bis, que diga, “El puesto de trabajo de ATS o Diplomado en Enfermería en el Hogar Provincial es distinto y tiene asignadas diferentes funciones la puesto de trabajo de ATS o Diplomado en Enfermería del Servicio de Salud Mental”, con apoyo en los folios 354 a 365, consistentes en informe técnico y diccionario de funciones aportado por la demandada; no procediendo la revisión pues, en un recurso extraordinario como es el de suplicación, no cabe que la Sala realice una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, de modo que como señala el Tribunal Supremo en numerosas sentencias como las de 16 de noviembre de 1.998, 2 de noviembre de 1.999 o 27 de marzo de 2000, los documentos o pericias sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas”, siendo por otra parte innecesario hacer constar que el servicio de salud mental tiene especificidades concretas que afectan a la atención a los enfermos.

5. En el quinto motivo, se interesa la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal 8º-bis, con el texto que propone, basándose en los folios que indica. La revisión no puede admitirse, pues el hecho de que le 1-8-08 se incorporase un funcionario carece de trascendencia, pues el cese impugnado por la actora no se produce hasta el 31-12-08, y en la comunicación del mismo se indicó como causa, la finalización del contrato laboral temporal suscrito, viéndose ya indicado en la desestimación del primer motivo del recurso, que la Sra. H. no consta que estuviese contratada como mejora de empleo.

6. En el sexto motivo, se solicita la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal 13º-bis, que diga, “A varias de las personas firmantes de los citados escritos e informes suscritos asimismo por la demandante, en relación con la deficiente organización del Hogar y el fallecimiento de una menor, y que ya venían prestando sus servicios laborales para la administración demandada se les renovó su contratación laboral”, con apoyo en los folios que indica. No se accede a la revisión por ser innecesaria, pues ya consta en el hecho probado cuarto, a cuya revisión no se ha accedido, que tras la finalización del contrato de la actora el 31-12-08 a sus compañeros se les renovó.

SEGUNDO.- 1. En el séptimo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción del art. 20 del Texto Refundido de la Función Pública Valenciana. Sostiene la recurrente que al ser la actora funcionaria en situación de mejora de empleo esta excluido el carácter indefinido de la relación laboral pues se configura como una forma de provisión temporal de puestos de trabajo de categoría superior, y no una mera contratación temporal que pueda considerarse fija o indefinida, con cita de sentencias de esta Sala de 25-5-99 y 25-1-01 y del art. 101 de la Constitución Española, por lo que discrepa con la fundamentación jurídica de la sentencia cuando dice, “... y con derecho de la actora a ser readmitida en su puesto de trabajo y en las mismas condiciones laborales anteriores al despido con el carácter de relación laboral indefinida (no fija)...”.

2. El art. 20 de la Ley de la Función Pública Valenciana, en su redacción dada por la Ley 10/1998 de 28 de diciembre, dice, “e) Nombramiento provisional por mejora de empleo: Las funcionarias y funcionarios de carrera que reúnen los requisitos de titulación establecidos en la clasificación de un puesto de trabajo vacante adscrito a un grado superior de titulación, podrán desempeñarlo temporalmente hasta su provisión reglamentaria, la reincorporación del titular o la amortización del puesto, mediante nombramiento provisional por mejora de empleo.

A la funcionaria o funcionario que sean nombrados provisionalmente por mejora de empleo se les reservará, durante el tiempo del desempeño temporal, el puesto de trabajo del que, en su caso fueren titulares, considerándoseles como de servicio activo en el grupo de titulación al que pertenece.

El personal funcionario con nombramiento provisional por mejora de empleo percibirá las retribuciones

básicas y complementarias del puesto de trabajo que desempeñe temporalmente, sin que, en ningún caso, pueda tomarse en consideración el grupo de titulación de este puesto a efectos de perfeccionamiento de trienios ni su nivel de complemento de destino para la consolidación de grado personal.

Reglamentariamente se regulará un procedimiento de urgencia para proceder a los dichos nombramientos, en el que se respetarán los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad”.

3. Los Convenios Colectivos que regulan las condiciones de trabajo de los empleados de la demandada, obrantes en autos, regulan la mejora de empleo para el personal de la Diputación (funcionario/a y laboral), según el procedimiento acordado por la Comisión de Mejoras de Empleo, cuyo Acuerdo obra al folio 314 y ss, y establece una duración máxima de un año, siempre y cuando exista lista de espera.

4. De lo expuesto se deduce que la situación del funcionario en mejora de empleo es temporal, y en el caso de la demandada se prevé una duración máxima anual en caso de lista de espera, no estableciéndose en el fallo de la sentencia recurrida el carácter indefinido de la relación laboral.

TERCERO.- 1. En el motivo octavo, por la vía procesal del Art. 191-c) de la LPL, denuncia la recurrente la infracción del Art. 179.2 y 181 de la LPL en relación con el Art. 24 de la CE, garantía de indemnidad, alegando que la actora no había ejercitado acción judicial alguna en relación con las quejas sobre funcionamiento del Hogar o con el fallecimiento de una menor, por lo que no hay acción de represalia ni indicio de vulneración de su garantía de indemnidad, con cita de la STC de 18-7-2001, además existe causa organizativa de reestructuración del centro y de inidoneidad de la actora por las quejas de sus compañeros, por lo que el jefe de la Unidad solicitó la no renovación de la actora.

2. Tal como se indica en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20-4-2009, nº 92/2009, rec. 9608/2005, “la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el demandante de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho reconocido en el art. 24.1 CE, no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2; 87/2004, de 10 de mayo, FJ 2; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; 144/2005, de 6 de junio, FJ 3; 16/2006, de 19 de enero, FJ 2; y 125/2008, de 20 de octubre, FJ 3). En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; y 138/2006, de 8 de mayo, FJ 5), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores). También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales”.

3. Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, el motivo debe estimarse, pues del relato de hechos probados se desprende que la actora formuló quejas sobre la situación asistencial de la Unidad de Enfermería, y había emitido informes, al igual que otros compañeros, sobre el fallecimiento de una menor, pero no consta que la actora estuviese preparando el ejercicio de ninguna acción judicial, por lo que no cabe estimar que el cese impugnado sea debido a una actuación de represalia empresarial, máxime cuando al hecho probado cuarto consta que la actora y sus compañeros fueron cesados el 31-12-08.

CUARTO.- En el noveno motivo, y al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción



del Art. 23.2 y 14 de la CE. Sostiene la recurrente que los otros ATS contratados en mejora de empleo no prestan sus servicios en el Hogar Provincial sino en centros del área de salud mental, por lo que no son situaciones equiparables.

Del relato fáctico se desprende que a la fecha del cese impugnado, el 31-12-08, tanto la actora como los demás compañeros, -que también habían suscrito escritos de queja en relación con el servicio- en su misma situación, fueron cesados, por lo que no se aprecia discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (Art. 14 CE), pues tal como se ha dicho, en el Acuerdo de la Comisión de mejora de empleo de la demandada, adoptada en la mesa de negociación entre la representación sindical y la de la demandada (folios 320 a 317) consta que la duración de los contratos de mejora de empleo tendrán una duración máxima de un año, siempre y cuando exista lista de espera, en las condiciones y requisitos que se establecen; Asimismo, tampoco se desprende del relato fáctico infracción del derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (Art 23.2 CE), pues debe tenerse en cuenta que el objeto del presente litigio es la impugnación del cese producido el 31-12-08 por vulneración de derechos fundamentales, ello si perjuicio del derecho de la actora a accionar por no haber sido nuevamente contratada en mejora de empleo, pues consta al hecho probado 17º que formuló nueva solicitud de mejora de empleo el 11-3-09, estableciéndose en el referido Acuerdo de la Comisión de Mejoras de Empleo el procedimiento de participación. Lo expuesto conlleva la estimación del motivo.

QUINTO.- En el último motivo, redactado al amparo de la letra c) del Art. 191 de la LPL, se alega por la recurrente que por aplicación de los Art. 176, 181 y 182 de la LPL, es esta litis no cabe entrar a analizar cualquier hipotética trasgresión de legalidad ordinaria, que la actora solicita la nulidad del despido por vulneración de derechos fundamentales y subsidiariamente la improcedencia del mismo con invocación del Art. 15 del ET y RD 2720/1998 de 19 de diciembre y tal petición subsidiaria quedaría fuera del objeto del presente procedimiento, con cita de la STS de 9-5-2008, 6-10-1997.

La actora acciona en el presente procedimiento frente a su cese de fecha 31-12-08 por vulneración de derechos fundamentales, por lo que el trámite seguido es el correcto, es decir la modalidad procesal del despido (art. 182 LPL), en la que obviamente puede plantearse la nulidad del mismo por vulneración de derechos fundamentales y subsidiariamente la improcedencia del mismo. Ahora bien, la estimación de los anteriores motivos lleva a concluir que no se aprecia vulneración de los derechos fundamentales invocados en el cese impugnado, ni tampoco que tal cese pueda ser calificado de improcedente, pues la actora, funcionaria de la Diputación demandada, ha sido cesada en su situación de mejora de empleo, como el resto de sus compañeros, en la que llevaba un año-pues fue contratada el 1-1-2008 (folio 175)-, por lo que con independencia de la modalidad contractual laboral utilizada para la formalización de su situación de mejora de empleo, en ésta y en las anteriores ocasiones, lo cierto es que la misma debe adecuarse a lo previsto en el Acuerdo de la Comisión Mixta, por lo que no cabe apreciar que la contratación de la actora lo fuese en fraude de ley ni que por tanto el cese impugnado pueda ser declarado improcedente, pues conforme al referido acuerdo el plazo anual de duración de los contratos para mejora de empleo “se establece con carácter general, existiendo excepciones que se tendrán que estudiar en cada situación que se plantee”, no constando, en el cese impugnado, situación excepcional. Todo lo cual lleva a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia de instancia.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de EXCMA. DIPUTACIÓN PROVINCIAL DE ALICANTE, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Alicante, de fecha 30-7-2009, en virtud de demanda presentada a instancia de P.M.B.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la parte demandada de la reclamación deducida frente a ella.



1299

**SENTENCIA núm. 844, de 17 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Impugnación alta médica. Trabajadora afiliada a la Seguridad Social en el Régimen Especial de Empleados de Hogar. Situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común siendo dada de alta agotados los doce meses de duración máxima. Con posterioridad acude a los servicios médicos y se le diagnostica fibromialgia crisis aguda, solicitando nueva situación de incapacidad. Estimación.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

**SALA:** Estima el recurso revocando el alta médica derivada de enfermedad común, declarando el derecho de la trabajadora a las prestaciones dejadas de percibir.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda, interpone recurso de suplicación la parte actora y en el conjunto de su recurso con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 128 y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con la jurisprudencia relativa a los trabajadores aquejados de fibromialgia, alegando, en síntesis, que las dolencias y limitaciones que padece la actora le impedían para su trabajo habitual el cual debe realizarse con profesionalidad, continuidad, dedicación y eficacia lo que no puede efectuar en el presente supuesto, por lo que con estimación del recurso debe revocarse la sentencia de instancia y prolongarse la baja médica al menos los seis meses que reconoce el art. 128 de la LGSS, con abono de las prestaciones y un ulterior examen para comprobar la existencia de algún grado invalidante.

En el presente supuesto atendidos los inalterados hechos declarados probados de la sentencia impugnada, resulta que la actora con la profesión habitual de empleada de hogar fija discontinua causó baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, en fecha 5-7-07 con el diagnóstico de tendinitis aquilea, siendo dada de alta por los servicios médicos del INSS en fecha 16-7-08 una vez agotada la duración máxima de doce meses de la incapacidad temporal, a los exclusivos efectos económicos, ratificada por posterior resolución tras la disconformidad mostrada por la actora.

La invariada resultancia fáctica también indica que: la actora con diagnóstico principal de tendinitis aquilea, presentaba además de dicha tendinitis bilateral crónica, patología mecánica-degenerativa leve múltiple, espondilolistesis lumbar leve, fibromialgia, contusión sacrococcigea el 28.06.08; y presenta la conclusión de tratamiento rehabilitador, y continuando en tratamiento médico con los fármacos mencionados en el mismo, concluyendo que la patología en su estado evolutivo actual desaconseja la realización de actividades laborales que impliquen esfuerzos físicos intensos y puede dificultar la realización de posturas forzadas en ambos tobillos, pendiente de realizar rx columna lumbar y sacrococcigeas el 18.07.08 y cita reumatólogo el 20.08.08, en los términos que constan en la misma. Según informe del Médico de Atención Continuada de fecha 26.07.08, la actora que acudió por dolor en pierna izquierda cara interna y en cuello, fue diagnosticada de fibromialgia crisis aguda; y en la consulta programada del servicio de reumatología de 20.08.08, la actora no presentaba signos inflamatorios ni clara limitación de la movilidad articular, con 15/18 puntos doloroso, dolor en talón de Aquiles, metatarsalgia, dolor lumbar en últimos grados de movilidad, aconsejándole reducir el ritmo de sobrecarga de trabajo, ejercicio físico relajante, suave, respetando limitaciones y con finalidad de descargar tensión y relajar (piscina).

De todo lo cual resulta que si bien la actora había agotado el plazo máximo de doce meses de duración de la incapacidad temporal y había también agotado el tratamiento rehabilitador en fecha 29-5-08 siendo dada de alta por el reumatólogo al no presentar signos inflamatorios, no obstante no consta que hubiera curado y si que se le había aconsejado reducir el ritmo de sobrecarga del trabajo, con ejercicio físico relajante, suave, respetando limitaciones y con la finalidad de descargar tensión y relajar, pero además se le desaconseja la realización de actividades laborales que impliquen esfuerzos físicos intensos y pueda dificultar la realización de posturas forzadas en ambos tobillos, y siendo así que su profesión es la de empleada de hogar fija discontinua, las actividades de esfuerzo físico que se realizan en tal profesión resultan contraindicadas con la situación que presentaba la actora al tiempo en que fue dada de alta médica.



**FALLO**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora Doña N.E., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Alicante de fecha 10 de Marzo de 2.009, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con estimación de la demanda debemos revocar y revocamos el alta médica de 16-07-2.008, derivada de enfermedad común, con derecho a las prestaciones dejadas de percibir de acuerdo con su base reguladora.

**1300****SENTENCIA núm. 849, de 23 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Reclamación de cantidad. Trabajadora al servicio de empresa demandada, que sucede a otra en adjudicación del servicio de limpieza. La anterior empresa debía a la actora determinada cantidad más intereses por mora. Reclamación cantidades devengadas a la nueva empresa. Procedencia.

**JUZGADO:** Estima la demanda condenando solidariamente a las empresas demandadas a abonar a la actora determinada cantidad más un 10% en concepto de interés por mora.

**SALA:** Declara inadmisibile el recurso de suplicación por razón de la cuantía, confirmando la sentencia de instancia. No procede la imposición de costas al no haberse emitido por este Tribunal un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Mediavilla Cruz.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- 1. Previo al análisis del recurso interpuesto, la Sala decide examinar si el recurso de suplicación otorgado era admisible por razón de la cuantía, cuestión que puede ser examinada de oficio como últimamente ha declarado la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2009, al subrayar citando doctrina precedente que los criterios sobre la afectación general a los efectos del recurso de suplicación que refiere Corresponde examinarlos en primer lugar al Juez de lo Social de instancia “... Pero similar facultad tienen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver el recurso de suplicación, y esta Sala IV al examinar el recurso de casación para la unificación de doctrina. Pues, a pesar del carácter extraordinario de ambos recursos y de la naturaleza excepcional del segundo, se trata de una materia de competencia funcional que puede ser examinada de oficio por la Sala “ad quem” sin necesidad de cumplir las rigurosas exigencias propias de aquellos”.

2. El presente procedimiento versa sobre una reclamación salarial (nómina y partes proporcionales de pagas) por importe de 821.05 euros, la cual ha sido estimada por la demanda. Y ante todo debemos indicar que esta Sala ya ha conocido entre otros, el recurso de suplicación nº 881-09 una pretensión idéntica, frente a las mismas empresas, (varía la cuantía que en todo caso es inferior a 1.803,04 euros), por lo que elementales razones de igualdad y seguridad jurídica implican que estemos a lo en ella resuelto. Dice la sentencia recaída en el citado recurso nº 881-09 que: “La pretensión ejercitada se orientaba a obtener diferencias salariales inferiores a 900 euros por aplicación del Convenio Colectivo de Limpieza (que es el que se aplica por la codemandada X.), durante un tiempo inmediatamente anterior a ser X. la concesionaria del servicio de limpieza en la Residencia de la Tercera Edad de Alicante, tiempo en que la entonces concesionaria aplicaba el Convenio Colectivo para las empresas que tengan adjudicado, mediante contrato con alguna Administración Pública, la gestión de Residencias de la Tercera Edad, Centros de Día, Residencias Materno Infantiles y Servicio de Ayuda a Domicilio de titularidad pública en la Comunidad Valenciana. (DOGV 31-07-2003). En esta situación se encuentra la actora y otros 26 trabajadores destinados al servicio en la citada Residencia).

3. Con tales antecedentes estimamos que no procedía la admisión del recurso de suplicación interpuesto, de acuerdo con las pautas marcadas por la sentencia del Tribunal Supremo antes mencionada, así como la del mismo Tribunal de 23 de enero de 2009, cuando resumiendo doctrina precedente parten de que la “afectación general” es, como declaró el Tribunal Constitucional, “un concepto jurídico indeterminado, que sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, requiere una valoración jurídica acerca de su concu-

rrerencia en cada caso concreto”, suponiendo la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa (siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen “a todos o a un gran número” de aquellos), como quiere que los trabajadores afectados serían 27, no estimamos existente la afectación que general que da acceso al recurso pese a que por razón de la cuantía no procediese, al no deber confundirse dicha afectación, tal y como se pone de manifiesto por la doctrina jurisprudencial de referencia, con el ámbito personal de las normas jurídicas, ya que “no se trata de tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino de si el conflicto surgido a consecuencia de la negativa o desconocimiento de unos derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social...”, en consecuencia no estamos ante los hechos notorios ni ante el caso de que el asunto “posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes”, máxime cuando en el juicio la parte actora se opuso al otorgamiento de recurso, y es que la expresión “gran número de trabajadores” a que alude el artículo 189.1.b) de la Ley de Procedimiento Laboral ha de significar magnitud considerable, tanto objetivamente, porque en otro caso no se estaría ante un número elevado de personas, como en su relación porcentual con el total de asalariados, no de una empresa determinada (salvo empresas que agrupen a un número de trabajadores que se pudiera calificar de grande), sino del conjunto sectorial, provincial, autonómico o estatal de que se trate, por lo que no constando la existencia de otros trabajadores afectados que los 27 a que se alude en el hecho probado noveno, estimamos no nos encontramos ante la afectación general al estar muy lejos de los 2.623, que motivaron que la sentencia del Tribunal Constitucional 79/85, de 3 de julio, acogiendo el recurso de amparo allí decidido, decidiera la procedencia del recurso de suplicación formalizado de acuerdo con la Ley de Procedimiento Laboral entonces vigente”.

4. De conformidad con lo expuesto, hemos de declarar inadmisibile por razón de la cuantía (inferior a 1.803,04 euros) el recurso de suplicación interpuesto y firme la sentencia de instancia, al no estar en presencia de algún otro de los supuestos previstos en el art. 189 de la Ley de Procedimiento Laboral que posibilitaran el acceso a este recurso extraordinario, y en consecuencia carecer esta Sala de competencia funcional para decidirlo (art.7.b) de la Ley de Procedimiento Laboral).

SEGUNDO.- 1. Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir.

2. De conformidad con la doctrina jurisprudencial expresada en las SSTs de 26 de noviembre de 2003 y 31 de mayo de 2005 (rec. 2881/2004), no procede la imposición de costas al no haberse emitido por este Tribunal un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo.

## FALLO

Declaramos la incompetencia funcional de la Sala al ser inadmisibile por razón de la cuantía el recurso de suplicación interpuesto en nombre de X. S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante el día 24 de febrero de 2009, en proceso sobre cantidad seguido a instancia de doña L.L.C. contra GRUPO X. S.L., XX. S.A., y FOGASA y declaramos firme dicha sentencia.

Procedase a la devolución de la cantidad depositada para recurrir.

Sin costas.

1301

**SENTENCIA núm. 855, 23 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Minusvalía: Revisión grado. Trabajador al que se le concede una prestación al reconocérsele un grado de minusvalía del 65%. Con posterioridad, hay una revisión del grado y el actor no comunica a la administración la modificación practicada.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando al actor afecto de un grado de minusvalía que da derecho al percibo de una pensión de invalidez no contributiva.

**SALA:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Como consecuencia de la revisión realizada al actor, se produce una disminución en el grado de minusvalía. Se declara extinguido el derecho a la prestación de invalidez no contributiva.

**PONENTE.** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la Generalidad Valenciana (Conselleria de Bienestar Social), la sentencia que ha estimado la demanda sobre prestación de invalidez no contributiva.

El recurso se estructura en dos motivos. El primero, con amparo en el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, postula la modificación del hecho segundo para el que propone nueva redacción en la que se sustituye la fecha de la resolución que extinguió la pensión que dice la sentencia de 2-5-2008, por la de 26-6-2001, para lo que señala la certificación que obra en autos de fecha 28 de abril de 2008, sin mencionar folio. Y se rechaza la modificación, no solo porque no se ubica debidamente el folio en el que consta el documento del que se desprendería la modificación pretendida, sino porque la fecha de la resolución que extingue la prestación no contributiva discutida es tal y como dice la sentencia el 2-5-2008, (doc. 1 de la parte actora). Lo que quiere decir la recurrente es que la resolución que modificó de oficio la minusvalía situándola en el 45% es de fecha 26-6-2001, tal y como consta en la certificación de 28 de abril de 2008 (folio 30), donde se dice que desde el 1 de abril de 1998 la actora tiene reconocido un grado de minusvalía del 45%.

SEGUNDO.- Por la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo la infracción del art. 149 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), sosteniendo que el actor incumplió de forma manifiesta el citado precepto al no poner en conocimiento de la demandada, el cambio de grado de minusvalía, lo que conocía al menos desde el año 2003, tal y como expone en el escrito de reclamación previa, y desde entonces podía habérselo extinguido la prestación no contributiva que percibe, y al haberlo hecho la recurrente en el año 2008, sin reclamar el cobro de cantidades indebidamente percibidas constituye un legítimo derecho de la administración.

Los hechos probados de la sentencia dan cuenta de que el actor tuvo inicialmente reconocido y con efectos desde el 1-1-1993 un grado total de minusvalía del 65%, lo que motivo que por resolución de 11-3-1993 se le reconociera el derecho a percibir pensión de invalidez no contributiva; que tras la revisión de oficio de dicho grado y hasta situarlo en el 45%, mediante resolución de fecha 2-5-2008 se declaró la extinción de su derecho al percibo de la indicada pensión, por no estar afecto del grado de minusvalía igual o superior al 65%. Tras la reclamación previa que se ha desestimado se ha formulado demanda en la que solicita la prestación no contributiva extinguida.

Pues bien, la sentencia que se adentra a enjuiciar sobre la bondad de la revisión de oficio del grado de minusvalía que ya fue acordada en el año 2001, y que el actor reconoce en su reclamación previa conocer desde el año 2003, es incongruente al resolver cuestión no planteada en el procedimiento, que excede de lo reclamado. De cualquier forma la resolución impugnada, que se limita a extinguir la prestación por faltar el requisito del grado de minusvalía resulta ser conforma a derecho, habiendo incumplido el actor con la obligación que establece el art. 149 de la LGSS al no poner en conocimiento de la demandada la resolución que impedía seguir percibiendo la prestación.

En consecuencia, procede estimar el recurso y revocar la sentencia para desestimar la demanda.

## FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Generalidad Valenciana (Conselleria de Bienestar Social), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Alicante de fecha 14 de abril de 2009; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de don G.A.G.P. contra la recurrente absolviendo a ésta última de las pretensiones contra la misma formuladas.

**1302**

**SENTENCIA núm. 925, de 24 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Despido. Extinción de la relación laboral por bajo rendimiento en el trabajo. La empresa reconoce la improcedencia del despido y pone a disposición del trabajador la correspondiente indemnización. El actor solicita la nulidad del despido alegando discriminación empresarial e indefensión.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de las peticiones formuladas en su contra, al no concurrir en el despido del demandante motivos de discriminación por su afiliación sindical.

**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda sobre nulidad del despido, se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del actor, el cual contiene un único motivo, redactado al amparo de la letra a) del art. 191 de la LPL, interesando la nulidad de la sentencia por infracción del art. 97.2 de la LPL y del art. 218.2 de la LEC. Sostiene el recurrente que la sentencia no alcanza las mínimas exigencias de motivación lógica y razonable, que la sentencia no contiene exégesis sobre la testifical practicada, lo que le causa indefensión por vulneración del art. 24 de la CE.

De acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial manifestada, entre otras, en las SSTS de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia, las pautas para analizar la nulidad de actuaciones solicitada son las siguientes: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003 que “la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”); b) ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; f) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones; y g) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

En el presente caso, se razona en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida que “...Por otra parte, mientras tanto el Jefe de Planta como el inmediato superior del trabajador han declarado sobre lo insatisfactorio de su trabajo y actitud, no se han acreditado las presiones que se dicen generadas por la empresa en contra de la candidatura de Comisiones Obreras. Tampoco se ha probado algún género de actuación empresarial que pudiera fundar la sospecha de discriminación...”, de lo cual debe concluirse que el Juez de instancia ha valorado la prueba practicada, debiéndose tener en cuenta que conforme dispone el art. 376 de la LEC, la prueba testifical es valorada por el Magistrado de instancia conforme a las reglas de la sana crítica, sin que el art. 191-b de la LPL permita, en el presente recurso, la revisión de los hechos probados en atención a la prueba testifical, por lo que teniendo en cuenta que la prueba propuesta fue practicada, no puede apreciarse indefensión alguna, conteniendo la sentencia de instancia, tanto en su fundamentación jurídica como en el relato fáctico, la convicción alcanzada por el Juez de instancia tras la valoración de dicha prueba, procede la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de I.G.G., contra la senten-



cia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Castellón, de fecha 20-11-2009; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

### 1303

**SENTENCIA núm. 941, de 25 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que inicia un periodo de baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Solicitud afectación incapacidad permanente total para ejercicio de su profesión habitual.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando al actor afecto de una situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. El actor ha sido despedido de la empresa para la que trabaja, alegándose en justificación de tal despido ineptitud sobrevenida derivada de un proceso de lumbociatalgia de varios años de evolución, encontrándose actualmente en situación de IT.

**SALA:** Estima el recurso de la parte demandada, revocando la sentencia e instancia. Las dolencias que padece el actor no le incapacitan para realizar todas o las principales funciones de su profesión habitual.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Francisco José Ceres Montes.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte demandada INSS se interpone recurso de suplicación frente a la sentencia que estimó la demanda interpuesta, declarando al actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de pulidor de mármol, el cual es impugnado por la contraparte. A tal fin, estructura el recurso a través del motivo relativo a la infracción de normas sustantivas, al amparo del art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, y en consecuencia a la censura jurídica.

Con base en dicho precepto, estima infringido el artículo 137.1.b) y 137.4 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, y ello por discrepar de la calificación de incapacidad permanente total reconocida porque estima que las lesiones que padece no son lo suficientemente graves como para hacerle merecedor de la pensión de incapacidad, sin perjuicio que durante los períodos álgidos pueda estar temporalmente incapacitado para su trabajo. Añade que de especial trascendencia son las exigencias del trabajo del actor, como pulido, descritas en el hecho probado sexto. La carga máxima que tiene que soportar es tan sólo de 2 kilogramos aproximadamente, el resto de tareas no requieren esfuerzo de especial intensidad y el facultativo del INSS afirma tan sólo que desaconseja la sobrecarga biomecánica del raquis, emitiendo un consejo médico que no una afectación funcional.

SEGUNDO.- La incapacidad permanente total para la profesión habitual se halla definida por el vigente artículo 137.4 TRLGSS como la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Como ha venido diciendo esta Sala en Sentencias, entre otras muchas, de 4 junio 1990 (AS 1990\2209); 12 febrero 1992 (AS 1992\550); 10 y 22 marzo y 7 y 18 mayo 1993; 3 junio y 17 septiembre 1994; 16 y 20 mayo, 17 octubre y 5 y 19 diciembre 1996 (AS 1996\2149), puesto que las Invalideces Permanentes protegidas por la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, son profesionales, es preciso para su declaración efectuar un riguroso análisis comparativo de dos términos. El de las limitaciones funcionales y orgánicas que producen al trabajador las lesiones que padece, y el de los requerimientos físico-psíquicos de su profesión habitual (Incapacidad Permanente Parcial o Total) o de cualquier otra de las que pueda ofrecer el mercado laboral (Incapacidad Permanente Absoluta)". Y según declara la jurisprudencia, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral (STS 29-9-87), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS 6-11-87), sin que sea exigible un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia por el empresario (STS 21-1-88). Por otra parte, las tareas que han de analizarse en relación con las secuelas, son las definidas para la «categoría profesional» en la correspondiente Ordenanza Laboral -en su caso Convenio Colectivo- y no las que conforman un «puesto de trabajo» en determinada empresa, si son diferentes de aquéllas, que han sido precisamente el objeto del aseguramiento (STSJ de la Rioja 10-03-93,

Art. 1257). La Sentencia de 18/11/1999, de la SS TSJ DE NAVARRA (AS 1999\3650), con ocasión del binomio invalidez total y profesión habitual tiene declarado que “Conveniente resulta recordar que, como tiene declarado esta Sala en sentencias cuya notoriedad excusa su cita pormenorizada, en relación con las notas características que definen el concepto legal de incapacidad permanente, debe entenderse por profesión habitual, no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarlo en movilidad funcional, puesto que la aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con la profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, rendimiento y eficacia, y sin que el desempeño de las mismas genere riesgos adicionales o superpuestos a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a una continua situación de sufrimiento en el trabajo cotidiano. Por esto mismo no es obstáculo a la declaración de la incapacidad permanente total el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, dentro de su categoría profesional, mas livianas o sedentarias, o incluso que pueda desempeñar tareas menos importantes o secundarias de su profesión habitual, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y que conserve una aptitud residual que tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concertar una relación de trabajo futura, eso sí, distinta a la profesión de origen”.

TERCERO.- Siguiendo la anterior doctrina, en el presente supuesto, ha podido constatarse que los padecimientos que sufre la parte demandante recurrida, y que constan en el inalterado hecho quinto de los declarados probados, se refieren al padecimiento de una espondiloartrosis lumbar, lumbalgia con irradiación de miembros inferiores, cervicalgia, y refiere también mareos, vómitos ocasionales, ansiedad y cefaleas, presentando limitación de movilidad espontánea cervical y lumbar, que desaconseja la sobrecarga biomecánica de raquis cervical y dorso-lumbar para tareas de especial intensidad y esfuerzo.

Y poniendo en relación dicho cuadro patológico con las principales funciones de su profesión, recogidas en el hecho probado sexto (pulido de losetas con pulidora manual, alimentación o descarga de líneas automáticas, trabajos en banco, palatizado de losas, empleando en la realización de dicho trabajo labores de carga de materiales consistentes en losetas de mármol de 2 kilogramos aproximadamente), se ha de estimar el recurso interpuesto, y ello habida cuenta que en la resultancia fáctica no se recoge con claridad que esté impedido para prestar todas o las principales funciones de su profesión, sino que meramente se “desaconseja” la sobrecarga biomecánica del raquis cervical y dorso-lumbar, pero se enfatiza que para tareas de “especial intensidad y esfuerzo”, sin que se desprenda que las funciones que realiza, y recogidas en el hecho probado sexto, que todas ellas o las principales conlleven necesariamente esa “especial intensidad y esfuerzo”.

Es cierto, que presenta una limitación en la movilidad espontánea cervical y lumbar, pero ello se indica que únicamente le repercute para las tareas de especial esfuerzo indicadas, y por lo que respecta a la cuantía de peso de las losetas, la referida es la cuantía que reflejan los hechos probados, y también consta, por dos ocasiones al folio 44.

En conclusión, procede la estimación del recurso y la consiguiente desestimación de la demanda.

## **FALLO**

---

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia de fecha 26 de marzo de 2009, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante, y revocando la misma, desestimamos la demanda formulada por D. R.R.B. contra la empresa L.A.M. S.A. y el Instituto Nacional de la Seguridad Social, absolviendo al INSS de la pretensión de reconocimiento de una incapacidad permanente absoluta y total a que se refiere la demanda.



1304

**SENTENCIA núm. 943, de 26 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Pensión de viudedad. Matrimonio que se separa de mutuo acuerdo con convenio regulador pactado. La separación no crea desequilibrio económico para ningún cónyuge: cada uno cuida de su manutención, alimentación y vestido. No obstante, deciden convivir juntos habida cuenta de la enfermedad de uno de ellos. Se produce el fallecimiento y el otro cónyuge solicita pensión de viudedad.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. No se dan las circunstancias para que la solicitante tenga derecho a la prestación. Tampoco puede probarse legalmente la convivencia de las dos personas con el fin de generar el derecho a la prestación.

**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Voto particular discrepante frente a esta resolución.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Montes Cebrián.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la actora la sentencia de la instancia que desestimó su pretensión de obtener pensión de viudedad, frente a la resolución del INSS de fecha 14 de mayo del 2008 que la denegó, por constar separación conyugal por sentencia de fecha 28 de Octubre del 2003 en la que se aprobó el Convenio regulador en el que ambos cónyuges convinieron que por ser respectivamente preceptores de su respectiva pensión, la separación no creaba desequilibrio económico a ninguno de ellos.

Tras establecer los presupuestos procesales y dar por reproducidos los antecedentes de hecho, expone la parte recurrente, en un apartado III los motivos de recurso, que expone de la manera que, resumidamente, sigue:

*“1.- Incompatibilidad pensión compensatoria-pensión viudedad.- Tras dicho título señala que el precepto no viene a exigir la existencia de una pensión compensatoria en vigor, sino la incompatibilidad entre la prestación de viudedad y la pensión compensatoria, salvo con la excepción del art 101 del Código Civil. Tercera.- Vulneración del principio de seguridad jurídica.- Señalando que para la interpretación de las normas jurídicas, el art 3 del CC ordena atender, entre otros, a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas, y si se hubiera querido condicionar el acceso a la viudedad a la existencia de una pensión compensatoria la redacción del precepto debería haber sido otra. Añade que la no concesión podría dar lugar a un resultado contrario al art 9 de la CE, y posibilita acuerdos fraudulentos, y termina señalando que esta interpretación posiblemente vulnera el art 14 de la CE. Cuarta.- Jurisprudencia.- Bajo ésta rubrica se cita la sentencia del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, de fecha 28.7.08, que se dice debe ser valorada. Quinta. Artículo 174.3 de la LGSS.- por último, señala la recurrente que en aras de una interpretación literal del precepto la actora tiene derecho a la prestación de viudedad por cuanto convivió hasta sus últimos días con el Sr Olmo , por lo que procede su concesión al amparo del art. 174.3 de la L.G.S.S”*

SEGUNDO.- La cuestión suscitada en el presente recurso, en relación con los requisitos exigibles cuando ha mediado separación entre los cónyuges, ha sido abordada por esta Sala de lo Social al menos en dos recientes sentencias de fechas 17 de noviembre de 2009 (rs.498/2009) y 9 de febrero de 2010 (recurso 1500/2010), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, aconsejan seguir el criterio expuesto en ellas. Como se dice en la primera de ellas, la nueva redacción dada al art.174 de la LGSS por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, con entrada en vigor en fecha 1 de enero de 2008, dictada en relación a medidas en materia de seguridad social y aplicable pues a la fecha del fallecimiento del causante de la prestación interesada al haber acaecido aquel el día 29 de abril de 2008, establece en su punto 2 que en los casos de separación o divorcio el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en éste último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o constituido una pareja de hecho según los términos instituidos en dicho artículo. Sigue diciendo el precepto, que el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. A su vez, este último precepto contempla el derecho a una compensación temporal o por tiempo indefinido o prestación única cuando la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en uno de los cónyuges, compensación

que se determinará en el convenio regulador o en la sentencia. En el presente caso, consta que en el proceso de separación legal de los cónyuges tramitado en el año 2003 de común acuerdo y del que se hace eco expresamente el hecho probado tercero de la sentencia recurrida, no se fijó ni estableció pensión compensatoria a favor de la ahora solicitante de la prestación de viudedad, al considerar ambas partes que al ser cada una preceptora de una pensión, no se generaba desequilibrio alguno con la separación.

Pues bien, la literalidad del contenido del precepto que se dice infringido, art 174.1 de la LGSS vigente es clara y de su lectura sólo puede desprenderse una conclusión en la que, superando disfunciones anteriores sobre la asignación de pensión de viudedad en casos de divorcio en relación al tiempo de convivencia entre cónyuges, condiciona la prestación a la previa existencia de una pensión compensatoria que se ve extinguida por el fallecimiento del causante. Si dicha pensión compensatoria, según la valoración de las circunstancias expresamente contempladas en el art.97 del Código Civil, atendiendo a diversos factores, entre ellos los medios económicos de los cónyuges, no se estableció al no existir presupuestos legales para hacerlo, ya no cabría hablar de derecho a pensión de viudedad en los términos previstos en la nueva regulación, que requiere no sólo de dicho establecimiento sino también de una posterior extinción ante el fallecimiento del causante, requisitos que no se daban en el caso que contempla la sentencia combatida.

No está de más indicar que la pensión de viudedad viene a compensar la pérdida de rentas o de recursos que provenían del fallecido, asociándose así a una función claramente resarcitoria de daños y perjuicios causados por el fallecimiento del causante, a modo de renta de sustitución por la merma o disminución en tales recursos, y que con la legislación anterior, aún existiendo separación o divorcio entre cónyuges, venía a compensar el tiempo de convivencia habido entre ambos. La nueva normativa condiciona el derecho a prestación de viudedad en casos de separación o divorcio, a la previa existencia de dicha pensión compensatoria y al efecto de su pérdida por el fallecimiento del pagador, buscándose un equilibrio económico objeto de mantenimiento o protección entre la extinción de la pensión y la posterior prestación de seguridad social. De ahí, que encontrándose ausente la percepción de pensión ya no cabría hablar de desequilibrio patrimonial y derivado de ello decaería el derecho a la prestación interesada sobre la que no existe previsión alguna de incompatibilidad entre pensión compensatoria y prestación de viudedad, en los términos alegados en el escrito de recurso, sino de una previa condición instituida legalmente fijada en la existencia a favor de la solicitante de la tantas veces aludida pensión compensatoria que se extingue por el fallecimiento del causante. Y aunque es cierto que en la fecha de la separación legal de ambos cónyuges no existía tal condicionamiento y podríamos hablar de mera expectativa de un derecho, es claro que la consolidación del mismo tan solo se produce con la fecha del hecho causante y la normativa vigente en dicho momento. Tampoco se produciría vulneración al principio de igualdad ante la Ley que no requiere una aplicación automática a todos los supuestos fácticos, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, y es que la desigualdad de trato entre diversas situaciones puede derivar de un cambio normativo, que no acarrea discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la Ley. Lo expuesto determina que el recurso no pueda tener favorable acogida y debemos confirmar la sentencia de instancia.

En éste mismo sentido ya se han pronunciado diferentes Salas de lo Social de TSJ. Nos referimos a sentencias dictadas por el TSJ de Asturias de fecha 17/4/2009. Madrid de 13/7/2009, Castilla-León (sede de Valladolid) en resolución de 17/7/2009 o País Vasco en sentencia de 24/3/2009. Por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

TERCERO.- Queda por analizar la alegación relativa a la convivencia entre la pareja ya separada, que la sentencia de la instancia estima acreditada hasta el fallecimiento del Sr. O., como causa y premisa de la mencionada prestación. Ello nos lleva a concretar si concurren o no los requisitos del art 174.3 párrafo 4 de la Ley General de la Seguridad Social.

Esta Sala entiende que no es de aplicación al presente caso el contenido del art. 174.3 párrafo 4 de la Ley General de la Seguridad Social habida cuenta de que el matrimonio existente entre la beneficiaria y el causante impide considerar que los mismos formasen pareja de hecho aun cuando conste acreditada su convivencia en el mismo domicilio tras haberse separado judicialmente.

Llegados a este punto resulta oportuno recordar la doctrina jurisprudencial de la que se hace eco nuestro Alto Tribunal en sentencia de S 21-7-2008, rec. 2705/2007, y según la cual y “como se razona en nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2004 (Rec. 359/04) “la separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento judicial que la decreta produce -”ex lege”- unos determinados efectos, entre los que aparece, como el más esencial, el cese de la convivencia conyugal y la posibilidad de vincular bienes de otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 del Código Civil). De aquí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva re-



solución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulte legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho. Siendo esto así por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha”.

Y llega a la siguiente conclusión: “para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación (de la reconciliación al órgano) judicial, que exige el artículo 84 del Código Civil.”

“Por su parte la sentencia de 2 de febrero de 2005 EDJ2005/23998 reitera que cuando la reconciliación no se comunica “se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges, como se desprende del precepto citado (“la reconciliación ...deja sin efecto lo acordado” en el procedimiento de separación ), no produce tales efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial”. Y destaca que también “hay que tener en cuenta la necesaria publicidad, que, en principio, resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil también tendrá que inscribirse la reconciliación, que sólo puede tener acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial adopte, una vez comunicada por los cónyuges la reconciliación conforme al art. 84 del Código Civil”.

“En conclusión, la “vida en común” que se presume por el matrimonio (art. 69 C.C.) se suspende con la sentencia de separación (art. 83), lo que por cierto, no es incompatible con la reanudación temporal de la “vida en el mismo domicilio” (argumento “a sensu contrario” de la previsión del art. 87) porque se trata de una situación distinta -precisamente porque no hay reconciliación - de la “vida en común” (o “tiempo vivido con el cónyuge” en expresión del artículo 174.2 LGSS EDL1994/16443 ) que es propia de la convivencia conyugal. Y para que la reanudación de esa convivencia pueda dejar “sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación “ (art. 84, párrafo primero), -esto es, “la suspensión de la vida en común de los casados” que es el efecto propio de la sentencia de separación (art. 83)- es necesario que “los cónyuges”, es decir los dos de consuno y no uno solo, la pongan en conocimiento del juez civil que entendió de la separación. Mientras tanto no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica a los efectos que se discuten”.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso impide por lo tanto considerar pareja de hecho a la constituida por la demandante y su esposo y ello tanto por la persistencia del vínculo matrimonial que les une como por el hecho de que la convivencia mantenida entre ambos pese su separación no implica la existencia de análoga relación de afectividad a la conyugal, de modo que la aplicación de lo establecido en el art. 174.3 párrafo 4 de la LGSS deviene de todo punto inviable en el presente caso e impide por consiguiente que la demandante pueda lucrar la pensión solicitada, por lo que al haberlo apreciado así la sentencia de instancia, se ha de confirmar, previa desestimación del recurso examinado.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA J.M.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DOCE de los de VALENCIA, de fecha 12 de marzo del 2009; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

### VOTO PARTICULAR QUE EMITE LA MAGISTRADA MARIA MERCEDES BORONAT TORMO

Es exclusivo objeto del presente voto, su discordancia con la conclusión alcanzada por la sentencia de la instancia en relación con uno de los motivos planteados al amparo del apartado c) del art 191 de la LPL, el relativo a la aplicación del art 174.3 de la LGSS, cuyos requisitos, entiende la sentencia mayoritaria, no concurren en el presente supuesto.

Por el contrario, la firmante de éste voto considera que tales requisitos concurren, y aunque es cierto que la nueva regulación de la viudedad ha excluido el derecho a la percepción de dicha pensión cuando el fallecimiento del causante no conlleve un desequilibrio económico en los supuestos de parejas separadas o divorciadas, en

el caso concreto, la solución debe venir de la mano de la valoración de la situación de convivencia mantenida por la pareja hasta el fallecimiento de uno de ellos, por el cauce de lo previsto en el art 174.3 de la LGSS. En dicho precepto se exige que el beneficiario se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, del párrafo cuarto, del citado precepto, durante, al menos los seis años anteriores al fallecimiento de éste”. Se señala en concreto que: “se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años”.

En el presente supuesto ha quedado probado, y así lo ha declarado la propia sentencia de la instancia, en su hecho probado Cuarto, que: “No obstante su separación conyugal, ambos contrayentes decidieron seguir conviviendo, habida cuenta de la enfermedad que afectaba al Sr. S., permaneciendo éste al cuidado de la demandante hasta su fallecimiento el día 17 de abril de 2008”. Esta declaración, tiene su base en la prueba testifical, pero también en una interpretación del contenido del pacto complementario numerado como quinto de la propuesta del convenio regulador de la separación conyugal, que fue suscrito de común acuerdo y aprobado judicialmente. En el mismo se señalaba, en relación con los pactos segundo y tercero, que establecían que la vivienda se atribuía a la esposa, que los bienes gananciales están integrados por dicho inmueble y los bienes que se encuentran en su interior, y que su liquidación no procedía de momento, que los esposos acordaban que mientras el esposo residiera en el domicilio conyugal, sería la Sra. M. la que se ocuparía de la economía doméstica, y administraría las pensiones de ambos, ya jubilados.

La interpretación que cabe atribuir a tal situación, difiere de la realizada en la sentencia mayoritaria de la Sala. Y ello porque si se entiende acreditada tal convivencia, y se determina incluso que ésta se efectúa entre personas que han sido cónyuges durante casi cuarenta años, y que, separados legalmente durante los siguientes cinco años de convivencia, han mantenido dicha convivencia, compartiendo el patrimonio común, la misma administración de bienes e ingresos y la atención y cuidados en la enfermedad, resultaría ciertamente formalista exigirles la acreditación de formar una unidad similar o entender que tal relación de pareja de hecho quedaba desvirtuada por el hecho de haber convenido una separación formal que no se ha llevado a la práctica. Pero, además, a la misma conclusión se puede llegar atendiendo a la finalidad de la propia norma reguladora, pues la reforma operada por la Ley 40/2007 pretende extender, en ciertos casos, la pensión de viudedad a los integrantes de parejas de hecho que lleven no menos de seis años de convivencia ininterrumpida en el momento de la muerte del otro miembro. El elemento constitutivo del derecho a pensión radica en esa convivencia, que la sentencia de instancia afirma y declara, y no resulta impugnada en el procedimiento, por lo que la exigencia de un instrumento que acredite la reconciliación formal de la pareja, para hacer valer el derecho a la pensión por la vía del art 174.1 no debe impedir el obtener ese mismo derecho por la vía del párrafo 3º del mismo precepto. La interpretación mantenida por la sentencia mayoritaria conlleva, además, la siguiente paradoja, y es que mientras se acepta el derecho a la pensión para una pareja conviviente por un período limitado con o sin hijos, se rechaza para aquella, que con una convivencia ininterrumpida de 45 años, y con dos hijos comunes, en un momento dado han sufrido una crisis que les ha llevado a firmar un convenio de separación, que nunca se ha hecho efectivo en la práctica. En el presente caso, los Sres. M. y S. han permanecido en situación de convivencia estable durante 45 años, tenían dos hijos comunes, y no han tenido vínculo matrimonial con otra persona, concurriendo el resto de requisitos legales en relación con los ingresos del sobreviviente, por lo que entiendo que debió darse lugar a la demanda.

Por último, debe señalarse que las dudas interpretativas que suscite la normativa sobre prestaciones de la Seguridad Social han de solventarse de acuerdo con el principio pro beneficiario, y que las sentencias del Tribunal Supremo, que la sentencia mayoritaria cita como precedentes, resultan de la aplicación de la anterior normativa por lo que las pautas de convivencia se analizan desde la perspectiva del porcentaje de pensión que era atribuible al beneficiario por el tiempo de convivencia, del que excluía el subsiguiente a una separación, sin reconciliación notificada al órgano judicial que conoció de la misma, mientras que en el caso presente se contempla la situación de convivencia bajo la óptica de la nueva regulación legal, tras la reforma de la LGSS conforme a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, la cual había ya entrado en vigor a la muerte del causante; por todo lo cual procede entender que concurren las condiciones legalmente exigibles para que la actora lucre pensión de viudedad en el porcentaje del 52% de la base reguladora de 588,09 euros mensuales.



**1305****SENTENCIA núm. 966, de 30 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Declaración de invalidez. Solicitud declaración invalidez permanente total para ejercicio de profesión habitual. Trabajadora afiliada al RGSS que es declarada afecta de una incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. Se le revisa grado y se le declara no afecta de incapacidad permanente en ninguno de sus grados. Revisión grado.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de la pretensión formulada en su contra.

**SALA:** Estima el recurso en su pretensión subsidiaria de reconocer a la actora la misma situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual que se le había concedido con anterioridad, sin que proceda estimar el grado de revisión de la misma.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chalver.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente, se interpone por la parte actora recurso de suplicación, que no es impugnado de contrario, y en un primer motivo redactado al amparo de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL–, se solicita la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que han producido indefensión, por haberse infringido los arts. 94, 97.2 de la LPL en relación con el art.24.1 y 2 y colisión con el derecho constitucional a la garantía de prestaciones en caso de necesidad (art. 41 CE). Cita asimismo los arts. 35 y 120.3 de la CE, 317 y 319 de la LEC, 238.3 de la LOPJ y jurisprudencia interpretativa en cuanto al momento de valoración de las lesiones y de la prueba aportada; TS 25-6-1998, 7-12-2004 y TSJCV 18-12-2008. Se dice que el Tribunal Supremo (7-12-2009) admite la valoración a efectos de calificación de la invalidez de las dolencias demostradas en juicio por el trabajador y que la valoración del estado de incapacidad del interesado debe referirse al momento en que se celebra el juicio oral y no, como dice la sentencia, a fecha del dictamen del EVI.

La petición de nulidad debe ser desestimada ya que toda la argumentación de este motivo gira en torno a la discrepancia que el recurrente manifiesta respecto a la valoración que el juzgador de instancia efectúa de la prueba practicada, lo que no constituye razón para llegar a la excepcional medida de la nulidad. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el artículo 24.1 CE, comprende el derecho de los litigantes a obtener de los Jueces y Tribunales una resolución motivada y fundada en Derecho sobre el fondo de las pretensiones deducidas por las partes en el proceso, que puede ser de inadmisión si concurre causa legal para ello y así se aprecia razonadamente por el órgano judicial (por todas, SSTC 206/1999, de 8 de noviembre; 198/2000, de 24 de julio, y 116/2001, de 21 de mayo). De la lectura de la fundamentación jurídica de la sentencia, resulta que el órgano a quo, en ejercicio de la potestad jurisdiccional otorgada por el art. 117.3 CE, apreció, que concurre una ausencia de limitaciones inhabilitantes para el ejercicio de cualquier profesión u oficio y para la realización de todas o las fundamentales tareas de la propia, desestimando por ello la demanda. Que el juzgador se refiera a la fecha del dictamen del EVI no es causa de nulidad. Se trata del momento en que quedan objetivadas las dolencias y bien que luego a fecha de juicio puedan ampliarse determinados extremos, el juez a quo no ha considerado que ello haya sucedido en este caso; no porque no pueda hacerse tal valoración, sino porque la que él efectúa es la que consta en la sentencia, la cual no es arbitraria ni irracional. En suma y además de lo expuesto, no procede llegar a la excepcional y traumática medida de la nulidad ya que los recursos se dan contra el fallo y no contra la fundamentación jurídica, existiendo en los hechos probados los suficientes elementos fácticos para que esta Sala resuelva sobre el fondo de la cuestión debatida, y pudiendo acudir la parte al mecanismo de la adición fáctica, sin que se constate producción de indefensión alguna ni infracción de los preceptos citados por el recurrente. Queda con ello desestimado el primer motivo de recurso.

SEGUNDO.- En el motivo fundado en el art. 191 b) se solicita que el hecho probado 3º quede redactado de la siguiente manera en base a los documentos referenciados y que consisten en informes médicos citados: “La actora padece en la actualidad las siguientes enfermedades y limitaciones: Cuadro Clínico actual: - FIBROMIALGIA y FATIGA CRÓNICA diagnosticada en el año 2006, acompañado de ASTENIA y CLÍNICA DE ANSIE-

DAD, con trastornos del sueño y del estado de ánimo: - EVALUADA mediante Escalas de HAQ (2,125 sobre 3), FIQ (90/100). – Puntos de gatillo 18/18. – Escala de Hamilton Depresión (26 = grave) y Ansiedad (28 = grave).- Proceso CRÓNICO E IRREVERSIBLE. – Puntuación en la escala de Beck de 8 puntos. – Mala respuesta a los tratamientos farmacológicos psicoterapia y fisioterapia. – OSTEOPOROSIS. Las limitaciones son por el Dolor generalizado en TRONCO y EXTREMIDADES SUPERIORES E INFERIORES, 18/18, con ALTERACIONES DEL SUEÑO Y DEL ESTADO ANIMICO en grado moderado y con –FATIGA en grado GRAVE, CON EVOLUCIÓN DESFAVORABLE”.

Debemos desestimar la nueva redacción solicitada ya que no cabe olvidar que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LPL al juzgador de instancia, juzgador que en este caso ha formado su convicción, en particular, de los distintos informes médicos, una vez examinadas las pruebas que obran en autos, permitiéndole la valoración ponderada del conjunto de la prueba y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes aportados, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental. Según reiterada doctrina, cuando existe dictámenes discrepantes que han podido ser asumidos concediendo mayor valor probatorios a unos y otros por parte del Juez a quo, es al mismo al que le corresponde la misión de fijar los hechos probados con libertad de convicción según lo actuado y el conjunto de la prueba practicada conforme al art. 97.2 de la LPL (STS 24.02.1992), sin que, a efectos de suplicación una prueba alcance mayor que otra. De este modo, la libre valoración adquiere pleno sentido cuando se pone en relación con la necesidad de fundamentar las sentencias. Si prueba equivaliera a discrecionalidad no sería necesaria la motivación fáctica de las sentencias, bastando que el juzgador dijera qué hechos estima probados, pero sin fundamentar. La exigencia de motivación que se contiene en el art. 120.2 CE es cumplida en nuestro caso, bien que de modo escueto, en el fundamento de derecho único de la sentencia, en el cual asume básicamente que las limitaciones y secuelas que aqueja la parte actora son las declaradas por el informe de valoración médica.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia por interpretación errónea la infracción de los arts. 136, 137.4, 137.5 y 143 de la LGSS y jurisprudencia interpretativa de los mismos. Se reitera que se parte de una incorrecta valoración probatoria por las razones expuestas en su escrito y que damos por reproducidas a los efectos expositivos; que hay un diagnóstico claro: fibromialgia más fatiga crónica; que producen concretas e importantes limitaciones funcionales que ya tenía en el año 2006 y que la actora sigue incapacitada para desarrollar actividades que requieran mínimos esfuerzos, fatiga e intolerancia a la actividad física y necesidad de otra persona para tareas mínimas sencillas; que la evolución es tórpida sin tratamiento; y que ante lo expuesto debe reconocerse afecta de una Incapacidad Permanente Absoluta o cuanto menos en el grado de Total para la profesión habitual.

El motivo debe prosperar en su pretensión subsidiaria, pues cuando la actora, de profesión cosedora, fue declarada en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual por resolución del INSS de 26-1-2007, presentaba el siguiente cuadro clínico: “fibromialgia – en el informe médico de síntesis el médico evaluador señala 14 puntos de fibromialgia positivos a la palpación digital -trastorno adaptativo y osteoporosis; con las limitaciones funcionales de: dolor generalizado con escasa respuesta a los tratamientos realizados”. Por su parte en fecha 8-4-2008 cuando se procedió a la revisión de oficio, emitiendo el INSS resolución de 16-4-2008, el EVI apreció un cuadro clínico residual de: “fibromialgia, osteoporosis y trastorno adaptativo y ausencia de limitaciones incapacitantes de forma permanente”. Ahora bien, en el hecho probado 3º de la sentencia se indica que la actora padece el siguiente cuadro clínico:

- fibromialgia diagnosticada en el año 2006 acompañada de astenia y clínica de ansiedad, trastornos del sueño y del estado de ánimo, con mala respuesta al tratamiento farmacológico y psicoterapia. Puntuación en la escala de Beck de 8 puntos – no disfunción – y del haq de 1.12. Los arcos de movilidad cervical completos. Puntos fibromiálgicos positivos 4 de 18, posición de cuclillas posible y no dolorosa. Arcos de movilidad en rodillas y caderas completos.
- osteoporosis.

Todo lo expuesto significa que no se constata mejoría respecto del cuadro del año 2006 que dio lugar a la IPT, tratándose de enfermedades que por su cronicidad, evolución y las repercusiones que producen en otras esferas, principalmente en la psíquica, son difícilmente susceptibles de mejoría. Como en el año 2006 no se hizo referencia a los arcos de movilidad, el que ahora se nos diga que están conservados no supone, sin más, una mejoría, sorprendiendo por otra parte que de 14 puntos gatillo se pase a 4 lo que induce a considerar que se trata de un error mecanográfico. Nótese que la Fibromialgia va ahora acompañada de astenia y clínica de ansiedad, trastornos del sueño y del estado de ánimo, con mala respuesta al tratamiento farmacológico y psicoterapia lo que lle-



va a pensar que es altamente improbable que hayan desaparecido 10 puntos gatillo. Lo indicado, en su conjunto, determina la ausencia de una mejoría que permita a la demandante trabajar en la profesión de cosedora, pues de lo actuado y probado se desprende la imposibilidad para realizar forzamientos de columna, movimientos repetitivos y sobrecarga de la misma así como de los miembros superiores, y la gran dificultad que ha de padecer en lograr una adecuada concentración y atención; todo ello en una profesión en la que los encargos y el tiempo de ejecución son básicos. No está capacitada la demandante para ejercer todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, de conformidad con lo dispuesto en el art. 137.4 de la LGSS. Sin embargo, no se constata que exista una abolición total de la capacidad de trabajo (art. 137.5 de la LGSS), entendiéndose que la actora la conserva para actividades livianas y fundamentalmente sedentarias así como de escasa exigencia en materia de responsabilidad y concentración.

Por lo tanto, y a tenor de lo expuesto, no cabe entender que al presente supuesto le sea de aplicación el artículo 143.2 de la LGSS en cuanto prevé que la inicial calificación de la invalidez pueda ser revisada por agravación o mejoría del estado invalidante dado que no se constata mejoría alguna en el estado patológico de la recurrente y en las limitaciones derivadas de él. Debe procederse, en consecuencia, a la estimación del recurso en su pretensión subsidiaria y a la revocación de la sentencia de instancia y de la resolución administrativa por la que se le revocó a la actora el grado invalidante que se le había inicialmente reconocido.

## FALLO

Estimamos la pretensión subsidiaria del recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA M.J.A.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de VALENCIA, de fecha 3 de junio de 2009; y, en consecuencia, revocamos la citada sentencia y declaramos que no procede la revisión del grado de incapacidad permanente total que tenía reconocido la demandante por resolución de 26-1-2007, debiendo continuar en la referida situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual que había sido declarada.

Sin costas.



1306

**SENTENCIA núm. 983, de 30 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Rescisión de contrato: Extinción relación laboral a voluntad del trabajador por grave incumplimiento empresarial. Competencia de jurisdicción. Acción colectiva de extinción de los contratos de trabajo por parte de toda la plantilla de la empresa. Estimación.

**JUZGADO:** Declara la incompetencia del orden jurisdiccional social no entrando a conocer sobre el fondo del asunto: Extinción laboral por incumplimientos graves de la empresa.

**SALA:** Estima en parte el recurso reconociendo competente al orden jurisdiccional social para conocer sobre el fondo del asunto. No existe una acción colectiva de extinción, por lo que no es aplicable la Ley Concursal. Desestima la petición de extinción de relación laboral, pues si bien se le adeuda al demandante una determinada cantidad, no resulta motivo suficiente para obtener la extinción de la relación laboral.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Manuel Alegre Nueno.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la parte actora, la sentencia de instancia que declaró la incompetencia del orden social de la jurisdicción para conocer de la demanda presentada en materia de extinción del contrato de trabajo, por entender que son los Juzgados de lo Mercantil los competentes para conocer de la acción ejercitada.

2. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL–, que se modifique el hecho probado décimo de la sentencia recurrida, para que se deje constancia en él que la papeleta de conciliación se presentó por los seis trabajadores de la empresa

que a continuación se citan entre los que se encuentra el demandante del presente procedimiento. Petición a la que se accede, pues así resulta del folio 14 de las actuaciones, tratándose de un dato relevante para resolver la cuestión referida a la competencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación planteada, máxime cuando la sentencia de instancia es confusa en relación con este extremo, como se puede observar de la lectura de los últimos párrafos del fundamento de derecho tercero.

SEGUNDO.- 1. El recurso cuenta con otros dos motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL. Dado que en ambos se plantean las mismas cuestiones e incluso se invocan como infringidos los mismos preceptos sustantivos, no existe inconveniente en resolverlos conjuntamente. Ahora bien, dicho esto, también es preciso señalar que en tales motivos se mezclan dos cuestiones diferentes, a saber: la relativa a la competencia de la jurisdicción social para conocer de la reclamación planteada, y la que se centra en el éxito de la acción resolutoria que se ejercita, por lo que deben ser examinadas separadamente.

2. Por lo que respecta a la determinación de la competencia, ya hemos indicado que la sentencia de instancia es, en este extremo, cuanto menos confusa, pues si bien se dice en su fundamentación jurídica que toda la plantilla de la empresa A.C. y H., S.L. ha presentado solicitud de extinción individual de sus contratos de trabajos, esta afirmación no tiene reflejo en el relato de hechos probados de la sentencia ni tampoco se razona en ella la base probatoria en la que se sustenta. Por el contrario, tras la modificación fáctica solicitada por el recurrente, lo único que consta es que sólo seis de los ocho trabajadores que integran la plantilla de la empresa presentaron en su día papeleta de conciliación previa a la demanda de extinción de sus contratos de trabajo. Por consiguiente, no existe ninguna constancia fehaciente de que estemos ante una acción colectiva de extinción de los contratos de trabajo por toda la plantilla de la empresa (arts.8,50 y 64.10 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal). Lo que determina, como señala el Ministerio Fiscal en su razonado informe, que sea la jurisdicción social la competente para conocer de la pretensión ejercitada por el demandante en este procedimiento.

TERCERO.- 1. La afirmación anterior llevaría, como lógica consecuencia, a devolver las actuaciones al Juzgado de instancia para que, asumiendo la competencia objetiva, procediera a resolver la cuestión de fondo suscitada en la demanda. Pero como quiera que dicha cuestión también ha sido discutida en sede del presente recurso, toda vez que el recurrente invoca la infracción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores –en lo sucesivo, ET-, y a fin de evitar mayores dilaciones en la tramitación del presente procedimiento –recuérdese que la primera sentencia dictada por el Juzgado ya fue anulada por esta Sala por un vicio procedimental-, y en atención al principio de celeridad que inspira el proceso laboral (art.74.1 de la LPL), procede resolver hora dicha cuestión.

2. Pues bien, la acción resolutoria ejercitada no puede prosperar por dos razones:

a) La primera es que según se relata en el hecho probado tercero de la sentencia recurrida, ya existe una resolución del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia que ha admitido el cese de la actividad empresarial y la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa demandada, por lo que teniendo en cuenta el carácter constitutivo de la sentencia que se pronuncia sobre la acción extintiva del contrato (STS de 22 de mayo de 2000, entre otras muchas), no resultaría posible extinguir ahora una relación laboral que ya se extinguió con anterioridad por decisión del Juez del concurso.

b) Y la segunda razón que nos conduciría al mismo resultado desestimatorio de la pretensión ejercitada, es que aun cuando se obviara lo anterior, lo cierto es que en el relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida y al que esta Sala queda vinculada en la resolución del recurso, no se vislumbra la existencia de ninguna de las causas contempladas en el artículo 50 del ET para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato de trabajo. Es verdad que éste en su recurso relata una serie de circunstancias que podrían dar amparo a su pretensión, pero ninguna de ellas se declara probada por la resolución recurrida, por lo que no pueden ser tomadas en consideración por este tribunal. Lo único que consta es que se le adeuda una cantidad de dinero por parte de la demandada, pues el grueso le fue abonado por el Fondo de Garantía Salarial, pero ello, por sí solo, no se puede considerar suficiente para entender que estemos ante un grave incumplimiento empresarial que habilite al trabajador para obtener la extinción de su contrato. Por consiguiente, procede desestimar la pretensión ejercitada.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

## **FALLO**

---

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de don Francisco Aldana Castillo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Valencia de fecha 21 de



octubre de 2009; y en consecuencia:

1º.- Declaramos la competencia del orden jurisdiccional social para conocer de la pretensión ejercitada.

2º.- Desestimamos la demanda de extinción del contrato de trabajo presentada por don F.A.C. contra la empresa A.C. y H., S.L. y M.A.C., S.L.

Sin costas.

### 1307

**SENTENCIA núm. 1.045, de 31 de marzo de 2010**

**MATERIA:** Prestación de viudedad. Matrimonio español divorciado en Francia y concedido el cumplimiento de éste en España mediante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo 10 años más tarde. Sin embargo, la actora solicita revisión de la prestación de viudedad al señalar que la convivencia familiar se prolongó durante cinco años a partir de la fecha de la declaración de divorcio por el tribunal francés.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en el suplico de la demanda.

**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La fecha que se toma para calcular la prestación por viudedad es desde que se hace firme la sentencia de divorcio. Además, no queda acreditado legalmente que la demandante haya convivido con el causante de la prestación durante cinco años desde la fecha de disolución del matrimonio.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Manuel Alegre Nueno.



### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la demanda formulada por la parte actora contra los codemandados en reclamación de pensión de viudedad, interpone la demandante el presente recurso de suplicación en base a dos motivos. El primero de ellos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral (en lo sucesivo, LPL), tiene por objeto revisar el relato de hechos probados de la sentencia de instancia.

Por un lado, se interesa la modificación del ordinal segundo del relato fáctico de la sentencia impugnada, para que se añada a su actual redacción que la sentencia dictada por un Tribunal francés en la que se decretó el divorcio de la actora y el causante surte efectos en España el 8 de febrero de 1.985. La modificación propuesta no puede ser aceptada por esta Sala, porque para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados, la recurrente no invoca medio probatorio hábil alguno, que ponga de manifiesto de forma clara, directa y patente, el presunto error cometido por el juzgador de instancia al valorar las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, toda vez que el dato que pretende introducir en la redacción del hecho declarado probado segundo de la sentencia combatida, ya figura en el mismo, amén de no tratarse de un dato fáctico sino de una cuestión jurídica que no puede plantearse en el recurso de suplicación al amparo del apartado b) del artículo 191 de la LPL.

Por otro lado, la hoy recurrente solicita la adición al relato de hechos probados de la sentencia recurrida, un nuevo hecho, el octavo, con el siguiente tenor literal: “Que desde el 18-4-1975 hasta finales de 1980 existió convivencia marital de los cónyuges”. Basa su pretensión revisoria en “las fotografías aportadas por esta parte al expediente como documental y ratificado por las manifestaciones realizadas por la viuda del causante en el interrogatorio”. Esta modificación fáctica también merece ser rechazada porque de las fotografías que la recurrente no identifica, pese a haber aportado a los autos seis documentos fotográficos distintos, no se evidencia el presunto error cometido por el juzgador de instancia y denunciado por la recurrente. Pero, además, lo pretendido por ella es sustituir el ponderado juicio de la magistrada de instancia por el interesado de parte, cuando no resulta factible buscar a través de este medio de impugnación una nueva valoración de la prueba practicada en el acto del juicio oral, como si de un segunda instancia se tratase (sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2.006).

Se rechazan, en consecuencia, los dos motivos de revisión fáctica articulados por la actora, quedando los hechos probados firmes e inalterados, y de ellos se ha de partir para atender al segundo de los motivos del recurso que se examina.

SEGUNDO.- Seguidamente se plantea por la representación letrada de la actora un segundo motivo de impugnación en el que, al amparo de los apartados b) (sic) y c) del artículo 191 de la LPL, denuncia la infracción de unas normas sustantivas y de la jurisprudencia que no cita, solicitando, además, la modificación del fundamento de Derecho primero de la sentencia recurrida.

Antes de pronunciarnos sobre la aceptación o el rechazo de este motivo de censura jurídica, debemos denunciar que el escrito de interposición adolece de todo rigor jurídico, pues, como se ha indicado, la recurrente no cita la norma sustantiva que entiende infringida, y la que menciona en su escrito de interposición (Reglamento CE 2.201/2.003, de 27 de noviembre de 2.003) no resulta aplicable al conflicto objeto del recurso, como manifiesta la propia recurrente, ni ha sido aplicada por la magistrada de instancia como, por error, estima la letrada recurrente.

El carácter extraordinario y casi casacional del recurso de suplicación justifica la exigencia de unos requisitos procesales, aunque, ciertamente, como se dijo en la STC 18/1993, desde la perspectiva constitucional, en último extremo lo relevante “no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido, esto es, que de forma suficientemente precisa exponga los hechos o razonamientos que estime erróneos y cuáles los que debieran ser tenidos por correctos ... desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinarias del recurso, no debe rechazar ‘a limine’ el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte”. Por tal motivo, la Sala resolverá el segundo de los motivos de impugnación, entendiendo que la crítica efectuada a la resolución de instancia en relación con la norma que menciona, debe entenderse como denuncia de la infracción de la misma.

La cuestión litigiosa se reduce a determinar el período de tiempo por el que se prolongó la convivencia matrimonial entre la actora, y hoy recurrente, y el causante, a los efectos de concretar el porcentaje de la pensión de viudedad que corresponde a la demandante. En la sentencia recurrida, la magistrada “a quo” estima que la convivencia marital se mantuvo hasta el 18 de abril de 1.975, fecha en la que el causante fallecido y la recurrente se divorciaron por sentencia dictada por un tribunal francés.

Por contra, la actora sostiene que la convivencia se prolongó hasta finales de 1.980 -sin mayor concreción-, porque es “*a principios de 1.981 cuando se presentó en España la demanda de separación y de adopción de medidas provisionales en relación a los hijos del matrimonio*”, careciendo de sentido, a juicio de la recurrente, “*querer regularizar su situación y la de su prole...en España, si no estuvieran viviendo juntos y...tuvieran dos residencias, una en Francia y otra en España. Sirviendo de prueba que ratifica dicha convivencia el nacimiento de su hija, Natalie Anne Clara*”. Por todo ello, concluye, que “*en aplicación del Art. 69 del Código Civil, se presume que los cónyuges conviven juntos maritalmente hasta dicha fecha*”.

TERCERO.- Para dar una respuesta adecuada a la cuestión planteada, debemos analizar las normas reguladoras de la pensión de viudedad, las del divorcio y las de reconocimiento y ejecución de las sentencias dictadas en materia civil por tribunales extranjeros.

Preceptúa el artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social que en los casos de divorcio, como el que nos ocupa, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien sea o haya sido cónyuge legítimo. De concurrir varios beneficiarios (cónyuge actual e históricos) con derecho a pensión, ésta se reconocerá en cuantía proporcional al período de convivencia de cada uno de los beneficiarios con el causante.

Como acertadamente se indica en la sentencia recurrida (fundamento de Derecho primero), la presunción de convivencia entre los cónyuges (artículo 69 del Código Civil) cesa con la demanda de divorcio (artículo 102 del Código Civil). Pues bien, de los hechos que como probados constan en la resolución recurrida, resulta que la hoy recurrente y el causante se divorciaron el 18 de abril de 1.975, en virtud de sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia de Versalles (Francia). Dicha resolución judicial tiene concedido el cumplimiento en España por resolución de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1.985 (hecho probado segundo).

De conformidad con lo previsto en el artículo 89 del Código Civil, la sentencia de divorcio produce efectos desde su firmeza, pero como en el asunto que enjuicamos no se trata de una sentencia dictada por un tribunal español sino francés, debemos analizar qué disponen las normas sobre ejecución en España de sentencias dictadas por tribunales extranjeros. A tal efecto, acudimos a lo previsto en el artículo 951 de la LEC de 1.881, declarada en vigor por la disposición derogatoria única de Ley 1/2000, de 7 enero, hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, puesto que el Reglamento CE núm. 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 – hoy sustituido por el Reglamento 2003/2201/CE, de 27 noviembre- relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad



parental sobre hijos comunes, no resulta aplicable al asunto enjuiciado, como se indica en el recurso que examinamos y se reconoce en la sentencia.

El citado precepto de la LEC de 1.881 preveía que “*las sentencias firmes pronunciadas en países extranjeros tendrán en España la fuerza que establezcan los Tratados respectivos*”. El tratado aplicable por la fecha - 1.975- en que el tribunal francés dictó la sentencia de divorcio, es el Convenio sobre reconocimiento de decisiones judiciales y arbitrales en materia civil, suscrito entre Francia y España, de 28 de mayo de 1.969. Su artículo 3 establece que “*las resoluciones dictadas por los Tribunales de cada una de las Partes Contratantes serán reconocidas en el territorio de la otra sin necesidad de seguir un procedimiento especial, siempre que concurren dos requisitos: a) que se acredite que el Tribunal de origen era competente conforme a las reglas que al efecto establece el artículo 7 del Convenio; b) Que en el Estado de origen la decisión no puede ser objeto de un recurso extraordinario y es susceptible de ejecución, es decir, que se trate de una decisión firme*”. Por “*Tribunal de origen*”, se entiende aquel que ha dictado la resolución cuyo reconocimiento o ejecución se solicita (artículo 2). Éste resulta competente “*cuando, en el momento de la presentación de la demanda, 1º el demandado tenga su domicilio o su residencia habitual en el Estado de origen*”.

En consecuencia, como en el momento de su divorcio la recurrente y el causante tenían su residencia habitual en Francia, el Tribunal de Primera Instancia de Versalles que dictó la sentencia de divorcio, el 18 de abril de 1.975, era el órgano judicial competente; por consiguiente, la presunción de convivencia marital cesó con dicha resolución judicial, que desde aquella fecha es firme –no consta que fuera recurrida-.

Así pues, como la tesis de la actora y recurrente se apoya en la afirmación de que la convivencia con su ex cónyuge y causante no se interrumpió hasta finales de 1.980, a pesar de existir una sentencia de divorcio desde abril de 1.975, la solución que ha de adoptarse es la misma que la de instancia, que la Sala no puede revocar a la vista de sus razonamientos, que pueden considerarse correctos en función de la prueba practicada, toda vez que la recurrente no aportó medio de prueba alguno que acredite que la convivencia con el causante se mantuvo con posterioridad a la fecha en que se dictó la sentencia de divorcio, siendo meras afirmaciones de parte que el hecho de la presentación en España, en el año 1.981, de la demanda de separación y de adopción de medidas provisionales y el del nacimiento de su hija, N.A.C., sirven de prueba que ratifica dicha convivencia, pues no debe olvidarse que la sentencia de divorcio dictada por el tribunal francés dicta obtuvo su cumplimiento en España por resolución dictada en 1.985 por la Sala de lo Civil de nuestro Tribunal Supremo (de conformidad con el artículo 13 del citado Convenio entre España y Francia), lo que no priva a la resolución judicial francesa de eficacia, siendo título suficiente para entender extinguido el vínculo matrimonial (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2.004) desde que se dictó (1.975).

Por otro lado, es un hecho no controvertido (hecho probado séptimo) que el nacimiento de N.A.C. se produjo el 14 de septiembre de 1.975, por lo que no demuestra, como pretende la actora una convivencia posterior a la sentencia de divorcio que se dictó, recordemos, el 18 de abril de 1.975. En suma, si la recurrente defiende que existió una reconciliación debió acreditarla, cosa que no hizo; pero, en cualquier caso, la reconciliación no produce efectos retroactivos que permitan estimar que entre la fecha de la sentencia de divorcio y las posteriores medidas hubo convivencia (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2.006).

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la LPL, en relación con el artículo 2,d) de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de C.M.J.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 17 de los de Valencia, de fecha 23 de marzo de 2.009, en virtud de demanda presentada a su instancia y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

No procede imponer condena en costas.



1308

**SENTENCIA núm. 1.050, de 1 de abril de 2010**

**MATERIA:** Prestación de invalidez: Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. Trabajador afiliado al RGSS que sufre accidente de trabajo, ocasionándole lesiones que le incapacitan para trabajar. Solicitud de invalidez permanente al no poder desarrollar su actividad con normalidad. Procedencia.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra.

**SALA:** Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Las lesiones del trabajador le impiden el normal desarrollo de su actividad profesional. Se le declara afecto de incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual con derecho a una pensión vitalicia del 75% del salario regulador.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Francisco José Pérez Navarro.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral para que se añada al ordinal 5º lo siguiente: “El actor además, presenta rotura completa del supraespinoso, crónica y progresiva, bilateral con movilidad dolorosa y mareos”.

2. La revisión fáctica propuesta no debe prosperar pues, como esta Sala ha venido subrayando por ejemplo en las sentencias recaídas en los recursos 3187/06 y 3408/06 la convicción alcanzada por el órgano jurisdiccional de instancia “lo es en base a la conjunta valoración probatoria (art.97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes médicos, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental. Además...el patente error del juzgador de instancia ... ha de ser irrefutable e indiscutible (sentencias del tribunal Supremo de 24-11-85 y 18-7-89), requisito necesario para que prospere la revisión fáctica, y no debe sustituirse por el del recurrente...el criterio más objetivo e imparcial del juez “a quo”, al que incumbe la misión de fijar los hechos probados con libertad de convicción, según lo actuado y el conjunto de pruebas practicadas (sentencia del Tribunal Supremo de 24-2-92)”. Como quiera que el Magistrado de instancia en la fundamentación jurídica de su sentencia ya indicó los elementos probatorios de los que extrajo su convicción fáctica, valorando los informes médicos aportados, su convicción, en razón a la doctrina antes reseñada, debe prevalecer sobre la del recurrente.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, denunciando infracción “del artículo 137 de la LGSS”. Argumenta en síntesis que las dolencias que el actor padece son definitivas y de carácter permanente y constitutivas del grado de incapacidad permanente que postula, atendiendo a su profesión habitual de albañil.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia impugnada destacamos: A) Que el actor, nacido el 3.10.1942, se encuentra afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, siendo su profesión habitual la de Albañil Oficial 1ª. B) El día 18.01.07 sufrió accidente de trabajo por caída de 2,50 metros de altura. C) La Mutua dio de baja al actor por accidente de trabajo con el diagnóstico de Rotura del manguito de rotador izquierdo (no dominante), Artrosis acromio-clavicular izquierda, dándole de alta por curación el 2.10.07. D) El INSS con fecha 11.09.08 declaró al demandante afecto de Incapacidad Permanente Parcial para su profesión habitual, con derecho a percibir la indemnización correspondiente. E) La parte actora presenta el siguiente cuadro clínico residual: Rotura del manguito rotador hombro izquierdo. Artrosis acromio-clavicular izquierda. El demandante es diestro y presenta limitación en su hombro izquierdo en el que tiene una antepulsión de 80º, retropulsión de 20º, rotación interna a L5, abducción 80º, estando limitado para actividades que precisen elevación del miembro superior izquierdo por encima de 90º.

3. Con los antecedentes indicados preciso será concluir con la estimación del motivo al constatar que las dolencias del actor le impiden la realización de actividades que precisen elevación del miembro superior izquierdo por encima de 90º, es decir, más arriba de la horizontal, elevación muy común en su profesión habitual de albañil, y que le impedirá por ejemplo los trabajos en altura, -como los que efectuaba cuando ocurrió el accidente que motivó las actuaciones posteriores- (que eventualmente siempre requerirán una perfecta



elevación al máximo de ambos miembros superiores, con el fin de evitar accidentes) todo ello atendiendo a lo expresamente instituido en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción originaria (dada la falta de desarrollo reglamentario de lo previsto en el art.137.3 de dicha ley en su redacción vigente) que define tal grado de incapacidad permanente como la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Así en supuesto próximo se pronunció también en idéntico sentido la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía/Sevilla de 14 de marzo de 2007.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será, la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para dar lugar a la pretensión ejercitada principalmente, atendiendo a la edad del actor. Sin costas.

## FALLO

Estimamos el recurso interpuesto en nombre de don D.G.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia el día 19 de mayo de 2009 en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSS, TGSS, MUTUA X. y C.B., S.L. y con revocación de la expresada sentencia debemos declarar como declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual por causa de accidente de trabajo a percibir una pensión vitalicia mensual del 75% del salario regulador correspondiente en la cuantía y desde la fecha que legalmente proceda, condenando a los codemandados a estar y pasar por tales declaraciones y a la MUTUA X. como subrogada en las obligaciones de la empresa codemandada a que constituya en el Servicio Común que corresponda el capital coste necesario para hacer pago al actor de dicha prestación.

Sin costas.



**1309**

**SENTENCIA núm. 1.053, de 7 de abril de 2010**

**MATERIA:** Extinción de relación laboral. Trabajador con categoría profesional de peón de servicio, con contrato eventual, que realiza su actividad en porterías de inmuebles. En determinada fecha la empresa extingue su contrato alegando fin de su duración temporal y le da de baja en la Seguridad Social. Solicitud declaración de improcedencia o nulidad del despido. Inadecuación modalidad contractual utilizada.

**JUZGADO:** Desestima la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda alegada por la demandada al tiempo que desestima la demanda, absolviendo a la empresa demandada de los pedimentos formulados en su contra.

**SALA:** Estima el recurso declarando improcedente el despido. En la contratación eventual del actor no concurre ninguno de los acontecimientos que conforme al art. 15.1 b) del ET permiten la modalidad de contratación de duración determinada.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora de que se declare la improcedencia o la nulidad del despido del actor, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la parte demandada y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que se adicione un nuevo hecho probado con el texto que indica en su escrito de recurso, pero la variación fáctica no puede prosperar por cuanto no evidencia el error del juzgador, que ha de ser irrefutable, indiscutible y porque se ampara en prueba testifical inidónea a efectos revisorios y en prueba documental de cuyo contenido no resulta directamente, sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis, ni razonamientos, el texto que se pretende introducir.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dis-

puesto en los artículos 3.3, 15.1 b) y 3 del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 3 del RD 2720/1998, de 18 de julio por el que se desarrolla el artículo 15 del E.T. en materia de contratos de duración determinada. Así como infracción de los artículos 49, 52, 54 y 56 del E.T., alegando, en síntesis que en los contratos suscritos por las partes no aparecen con claridad y precisión los datos objetivos que justifican la temporalidad, sino una mera reproducción del tenor literal del artículo 15.1 b) del E.T. o empleo de formulas vagas o genéricas, sin que las deficientes redacciones hayan sido suplidas por la empresa demandada en el acto del juicio que acreditara que han concurrido las razones que sirviesen de causa para la contratación eventual. Los contratos se han sucedido en cadena y sin interrupción habiendo incurrido en fraude de ley por haber utilizado una contratación con el objetivo contrario a la ley. Por lo que con estimación del recurso debe revocarse la sentencia recurrida y declararse la improcedencia del despido con las legales consecuencias.

Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia recogen que el actor ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada desde el 25-7-07 mediante contrato eventual, con la categoría de peón servicio, y con fecha 25-4-09 la empresa procedió a extinguir el contrato de trabajo con efectos de ese mismo día alegando fin de la duración temporal del contrato.

Y siendo así que la relación laboral se inició el 25-7-07 mediante contrato eventual en el que se indicaba como causa de la contratación “atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en aumento tareas...”, que sin interrupción se han venido prorrogando este contrato o se han suscrito otros posteriores con la misma causa, habiéndose mantenido la contratación desde el 25-7-07 hasta el 25-4-09, sin solución de continuidad, resulta evidente que las circunstancias expuestas ponen de manifiesto que la prestación de servicios del actor no responde a un incremento de las tareas en la empresa por un incremento puntual o de temporada de su actividad, ni a la existencia de trabajos acumulados, ni en fin, a un exceso anormal de las necesidades habituales de la misma que no pudiese ser atendido con la plantilla existente en el momento de la contratación del demandante, ni razonablemente aconsejaría, por su excepcionalidad, un aumento de personal fijo, por lo que se ha de concluir que en la contratación eventual del actor no concurría ninguno de los acontecimientos que, conforme al artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores (circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aún tratándose de la actividad normal de la empresa), permiten tal modalidad de contratación de duración determinada, siendo de destacar que en el contrato de trabajo eventual tan solo se alude para justificar su temporalidad a la necesidad de “aumento de tareas”, sin incluir ninguna otra nota o detalle que pudiera identificar, con la claridad y precisión que exige el artículo 3.2.a) del Real Decreto 2720/98, de 18 de diciembre, la causa o circunstancia concreta legitimadora de esa contratación temporal, no siendo, desde luego admisible como causa, la referencia genérica al aumento de tareas, correspondiendo a la empresa la prueba de la temporalidad de la relación y requiere de una circunstancia excepcional, un punto álgido en la producción, lo que supone traer un elemento de comparación que ponga en evidencia esa circunstancia extraordinaria del mercado, lo que no ha acreditado la empresa. Sin olvidar que la temporalidad de la relación también resulta desvirtuada por el hecho de que la relación laboral se ha mantenido durante más de año y medio ininterrumpidamente.

Con tales datos debe apreciarse la ausencia de causa en la contratación temporal del actor, y el carácter indefinido de la relación laboral, debiéndose tener en cuenta respecto a la validez de la cláusula de temporalidad de los contratos de duración determinada la doctrina mostrada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 21 de marzo de 2002 y de 6 de marzo de 2009, por lo que el cese adoptado por la empresa en base a la finalización del último contrato temporal, debe calificarse de despido improcedente de conformidad con lo establecido en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores y al no haberlo entendido así la sentencia impugnada debe ser revocada la resolución impugnada, condenando a la empresa demandada a las consecuencias previstas en el artículo 56 apartados a y b del E.T. Sin que proceda tener en cuenta la documental acompañada con el escrito de recurso al tratarse de un informe emitido por la Inspección de Trabajo tras dictarse la sentencia de instancia y sobre extremos que contiene y valora la misma.

Por último, debe tenerse en cuenta a los efectos de establecer la indemnización del actor y los salarios de tramitación que la antigüedad del mismo es de 25-7-2007, por lo que corresponde una indemnización de 122 días a 6,72 euros diarios. Y el salario mensual asciende a la cantidad de 208,60 euros según resulta de la nómina del mes de marzo de 2009, por lo que el salario diario es de 6,72 euros, resultado de dividir 208,60 euros entre los 31 días que tiene el mes de marzo.



**FALLO**

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Don J.R.S.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Dieciséis de los de Valencia, de fecha 5 de octubre de 2009, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa X. SL; y, en consecuencia declaramos la improcedencia del despido del actor de fecha de efectos 24 de abril de 2009 y condenamos a la empresa demandada a que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, opte entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación a razón de 6,72 euros día, o el abono de una indemnización en la cantidad de 819'84 euros, debiendo abonarle los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

**1310**

**SENTENCIA núm. 1.058, de 13 de abril de 2010**

**MATERIA:** Nulidad de contrato. Estibador portuario que solicita traslado por razones personales a Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba de puerto diferente. Aunque el actor tiene la condición de trabajador portuario, va a realizar su labor en otra sociedad, por lo que va a suscribir un contrato de trabajo nuevo. El sindicato demandante denuncia que el contrato suscrito no siguió el régimen de ingreso previsto en el Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario.

**JUZGADO:** Desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta y desestima la demanda interpuesta por el sindicato demandante, absolviendo a la entidad demandada de las pretensiones contenidas en la misma.

**SALA:** Estima el recurso declarando nulo el contrato de trabajo suscrito entre los codemandados, ya que la suscripción del contrato de trabajo no siguió el régimen previsto en el III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Combate la Confederación General del Trabajo del País Valenciano la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Quince de los de Valencia que desestima la demanda sobre nulidad del contrato de trabajo suscrito entre la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia, S.A. y D.A.C., siendo cuatro los motivos que se articulan en el recurso de suplicación, que ha sido impugnado de contrario por los codemandados, como se refirió en los antecedentes de hecho.

Antes de entrar a examinar el recurso conviene hacer referencia a la competencia del orden social para conocer de la pretensión ejercitada en la demanda de la que derivan las presentes actuaciones, por cuanto que si bien es cierto que la sentencia de instancia afirma acertadamente dicha competencia, lo hace por entender que no estamos ante la impugnación de un nuevo ingreso en empresa del sector portuario sino que se trata de la impugnación de un traslado, es decir, sobre la impugnación de una incidencia producida sobre un contrato de trabajo ya existente. Ahora bien, entiende esta Sala que aun cuando estuviéramos ante la impugnación de un nuevo ingreso en empresa del sector portuario también sería competente el orden social para conocer del mismo, lo que es oportuno aclarar con carácter previo a dilucidar la cuestión controvertida en el presente pleito. En este punto resulta preciso hacer referencia a la doctrina establecida por nuestro Alto Tribunal en sentencia de 25-7-2006, rec. 2969/2005, en la que se indica lo siguiente: “tanto la jurisprudencia de la Sala de conflictos como la de esta Sala se han inclinado en principio por asignar al orden contencioso-administrativo la competencia para resolver las reclamaciones sobre convocatorias y provisión de puestos de trabajo en organismos públicos. La razón de ello es que, como dice nuestra sentencia de 17 de julio de 1996, en estos supuestos la regulación administrativa “es siempre prevalente, porque la actuación de la Administración es previa al vínculo laboral y predomina en ella el carácter de poder público que está obligado a formular una oferta de empleo en los términos fijados en la Ley, y a someterse a procedimientos reglados de convocatoria y selección”. El precepto legal en que se basa esta doctri-

na es el art. 19 de la Ley 30/1984 (“Las Administraciones Públicas seleccionarán su personal, ya sea funcionario, ya sea laboral, de acuerdo con la oferta pública, mediante convocatoria pública y a través del sistema de concurso-oposición libre, en los que se garanticen en todo caso los principios constitucionales de igualdad, mérito, capacidad, así como el de publicidad”).

Pero, en consonancia con la propia doctrina jurisprudencial referida, esta regla general, “que ha de aplicarse cuando se trate de Administraciones Públicas sometidas a la regulación básica que para esta materia contiene la Ley 30/1984”, tiene una excepción, que es la de las empresas “con participación mayoritaria del capital público y las entidades de derecho público que por ley han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”. A este grupo, donde es de aplicación la excepción y no la regla general, pertenecen las que el art. 6 de la Ley General Presupuestaria (Real Decreto legislativo 1091/1988) ha llamado “sociedades estatales”, y las que, con fórmula equivalente, el art. 53 de la Ley de organización de la Administración General del Estado (Ley 6/1997) denomina “entidades públicas empresariales”, encargadas de “la realización de actividades prestacionales”. Tales entidades públicas empresariales se rigen, de acuerdo con el propio art. 53 de la Ley 6/1997 en su apartado dos, “por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria”.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso determina la competencia del orden social para conocer de la pretensión ejercitada aun cuando se entendiera que no estamos ante la impugnación del traslado de un trabajador ya contratado, como entiende la sentencia del Juzgado, sino ante la impugnación de un nuevo ingreso de personal laboral en la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia, como aduce la parte recurrente, habida cuenta que la meritada entidad es una sociedad estatal como su propio nombre indica y no una Administración pública, y la contratación laboral de D. Á.G.C. que se impugna, es un acto de la referida sociedad estatal en cuanto entidad empleadora y no en cuanto poder público en ejercicio de potestades administrativas, lo que determina como ya se anticipó la competencia del orden social para conocer de la referida impugnación.

SEGUNDO.- Realizada la anterior puntualización, procede entrar ya a conocer de los motivos del recurso que, como se dijo, son cuatro, si bien el último de ellos se deduce con carácter subsidiario para el caso de no prosperar los otros.

El primer motivo se introduce por el apartado b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y en él se pretende la adición un nuevo hecho probado, el cuarto, con el siguiente tenor: “Que la SOCIEDAD DE ESTIBA Y DESESTIBA DEL PUERTO DE VALENCIA, S.A. y la SOCIEDAD DE ESTIBA Y DESESTIBA DEL PUERTO DE BARCELONA, S.A. constituyen dos empresas distintas y autónomas.”

Dicha adición se apoya en el documento nº 37 que es el contrato de trabajo de D. Á.G.C. con la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia y en el documento nº 39 que es el alta en Seguridad Social del indicado trabajador por parte de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia así como en el documento nº 40 que es el contrato de trabajo del citado trabajador con la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Barcelona. La meritada adición ha de prosperar por cuanto que se desprende de los documentos en los que se apoya y en los que cada una de las Sociedades Estatales referidas tiene su propio C.I.F. siendo además la adición pretendida admitida por los impugnantes si bien los mismos subrayan su irrelevancia para modificar el sentido del fallo, lo que esta Sala no comparte pues a efectos de dilucidar si estamos ante la impugnación de un traslado o ante la impugnación de una nueva contratación laboral es decisivo el dato ahora adicionado.

TERCERO.- A continuación se examinarán conjuntamente los dos siguientes motivos que se introducen por el apartado c del art. 191 de la LPL, ya que guardan una íntima conexión como se verá seguidamente.

En el primero de los motivos destinados a la censura jurídica se denuncia la infracción del art. 40 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 7º del Real Decreto nº 2/1.986, mientras que en el segundo de dichos motivo se imputa a la sentencia del Juzgado la infracción de los artículos 6.2 y 7 del III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario.

Razona el Sindicato recurrente que no estamos ante un supuesto de movilidad geográfica a instancias del trabajador, ya que entiende que la aplicación del art. 40 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores está fuera de lugar en el presente caso, puesto que la movilidad geográfica se debe de producir en el ámbito organizativo de la empresa, en el presente caso, de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia y no como un trasvase o cesión de una organización empresarial a otra que es lo que sucede en el supuesto que nos ocupa. Por otra parte si no estamos ante un caso de movilidad geográfica la contratación del trabajador codemandado se ha de regir por las condiciones que para el ingreso en las Sociedades Estatales establecen los artículos 6.2 y 7 del III



Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario sin que pueda obviarse dichas condiciones por la existencia de una costumbre, según la cual bastaría para dicho ingreso la aceptación por la asamblea de trabajadores sobre el susodicho ingreso en la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia, no pudiendo prevalecer, por lo demás, la costumbre sobre la norma convencional.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar ya que si bien la contratación de D. Á.G.C. por parte de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia, no supone la adquisición por parte del indicado trabajador de la condición de trabajador portuario por cuanto que dicha condición ya la había adquirido el mismo, ello no significa que su contratación por la Sociedad codemandada constituya un supuesto de movilidad geográfica, ya que estamos ante la suscripción de un contrato de trabajo nuevo, con una Sociedad Estatal distinta a la que era la empleadora del referido trabajador y por lo tanto dicho contrato de trabajo se ha de ajustar a lo previsto en los artículos 6.2 y 7 del III Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector portuario. El art. 6.2 establece que “Las partes firmantes del presente Acuerdo autorizarán en Comisión Mixta los ingresos de personal necesario en cada Sociedad de Estiba y Desestiba, siempre que se den las condiciones establecidas en el apartado 6.1 anterior. La propuesta de ingreso se podrá efectuar:

- 1.- Por la Sociedad de Estiba
- 2.- Por la Representación Sindical

La propuesta deberá ir acompañada de un informe que contendrá, además de los datos referenciados en el artículo 6.1 del presente acuerdo, aquellos otros de especial relevancia.

Ambas partes están obligadas a reunirse, a aportar los datos que sobre la materia obren en su poder y a negociar de buena fe en la consecución de un acuerdo.

b) El ingreso de nuevo personal se producirá preferentemente por el Grupo O Auxiliar, sin perjuicio de que puedan efectuarse incorporaciones de trabajadores a los Grupos Profesionales restantes para ajustar las plantillas a las necesidades operativas del Puerto, en atención a los niveles de ocupación y de empleo.

c) El régimen de ingreso aquí regulado, no condicionará el derecho de promoción preferente de los trabajadores de los Grupos I, II, III y IV, en base a las especialidades y cursos de formación que hayan superado.

d) La Comisión Mixta podrá autorizar el ingreso de trabajadores, aún cuando el nivel de ocupación del Puerto no exceda del establecido en el art. 6.1 anterior, cuando concurren circunstancias excepcionales, que afecten a las condiciones de trabajo, formación profesional de la plantilla, introducción de nuevas tecnologías, tráfico del Puerto u otra circunstancia que la justifique.”

A su vez el art. 7 indica que “La selección y contratación de personal portuario por parte de una Sociedad de Estiba, deben inspirarse en los principios de igualdad, mérito y capacidad, mediante convocatoria pública.”

En el presente caso y conforme se recoge en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia la contratación laboral de D. Á.G.C. por parte de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia fue precedida de una solicitud del indicado trabajador que venía prestando servicios desde el 8 de julio de 1998 en el Puerto de Barcelona como estibador portuario, con capacitación acreditada mediante la superación en su momento de las pruebas de aptitud correspondientes, el cual dedujo su solicitud de traslado ante el Comité de Empresa de la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia que a su vista (invocaba razones personales relacionadas con la enfermedad de su madre) convocó Asamblea General de Trabajadores, a la que acudieron la mayoría de los que prestaban servicios en el Puerto de Valencia que tras ser informados de la petición, votaron a mano alzada favor de la petición del codemandado. De lo expuesto se evidencia que la suscripción del contrato de trabajo entre D. Á.G.C. y la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia no siguió el régimen de ingreso previsto en los preceptos antes transcritos, sin que el hecho de que el indicado operario ya ostentase la condición de trabajador portuario baste para eximirle de la sujeción a dicho régimen habida cuenta de que nada se dice al respecto en la normativa aplicable, por lo que se ha de concluir que dicha contratación es nula, tal y como pretende el Sindicato recurrente y al no haberlo entendido así la sentencia de instancia se ha de revocar a fin de estimar la demanda por las razones expuestas sin necesidad de entrar ya a resolver el último motivo destinado a la censura jurídica al haberse articulado el mismo con carácter subsidiario para el caso de no prosperar los antes examinados.

## FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de la Confederación General del Trabajo del País Valenciano, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Quince de los de Valencia y su provincia, de fecha 3 de abril de 2009, en virtud de demanda presentada a instancia de la Confederación Sindical recu-



rente contra D. Á.G.C. y la Sociedad Estatal de Estiba y Desestiba del Puerto de Valencia; y, revocando la sentencia del Juzgado, estimamos la demanda y declaramos nulo el contrato de trabajo suscrito entre los codemandados.

**1311**

**SENTENCIA núm. 1.094, de 13 e abril de 2010**

**MATERIA:** Despido. Trabajador que ve extinguida su relación laboral por causas objetivas-económicas. Se le abona determinada indemnización en concepto de despido procedente más preaviso. Diferencias salariales.

**JUZGADO:** Desestima la demanda declarando la procedencia del cese, absolviendo a las empresas demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.

**SALA:** Estima en parte el recurso, reconociendo al actor el abono de determinada cantidad en concepto de diferencias por el periodo de preaviso, confirmando la procedencia del despido por causas objetivas.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor la sentencia que ha declarado la procedencia del despido objetivo enjuiciado en este procedimiento.

El recurso, se estructura en tres motivos, todos formulados por el cauce del apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en los que denuncia la infracción del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores y de los arts 1281, 1282 y 1809 del Código Civil, y de la jurisprudencia que relaciona, al considerar que en ningún caso tiene valor liberatorio el documento finiquito aportado por la empresa en el que se hace constar expresamente “no conforme” por el actor, con lo que se evidencia la falta de voluntad extintiva y liquidadora del documento; la infracción del art. 53 c), en relación con el art. 52 c), y 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como la del art. 26 del referido texto legal, porque la cantidad abonada en concepto de preaviso se calculó sin la prorrata de pagas extras, correspondiéndole percibir además de los 1514,98 € abonados, la de 565,45 €; y, la infracción del art. 51, en relación con el art. 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, y la del art. 122 de la Ley de Procedimiento Laboral, porque no se acredita la causa objetiva económica alegada en la carta de despido, ya que aunque se estimase probada con lo referido en la fundamentación jurídica de la sentencia, la situación negativa de la empresa, en aplicación de la doctrina contenida en la STS de 29-9-2008, no es dato suficiente para acceder al despido por dicha causa objetiva, debiéndose acreditar también la conexión funcional o instrumental con la medida extintiva adoptada, lo que a su juicio aquí no acontece.

Ciertamente los hechos probados de la sentencia resultan parcos e insuficientes si no se completan con las afirmaciones que se plasman en la fundamentación jurídica, con el contenido de la carta a que se remiten los hechos y con el informe de viabilidad organizativa, cuentas anuales del ejercicio y certificado de hechos constatados a que se remite la fundamentación jurídica. Dice la sentencia en los hechos que el actor prestó servicios para la empresa demandada, dedicada a la actividad de venta al por menor, desde el 13-5-02, en su centro de trabajo de Pilar de la Horadada, con la categoría profesional de encargado y el salario a efectos de despido de 2.080,43 €, incluida la prorrata de pagas extras; que con fecha 10-12-2008 le fue extinguido su contrato mediante carta de esa fecha, que obra incorporada a autos, por causas objetivas –económicas, y que así mismo le fue abonado un importe de 9.407,95 € y 1.514,98 € como indemnización y preaviso. Se añade en la fundamentación jurídica que: “...en el presente supuesto, habiendo resultado acreditada la situación económica negativa de la empresa, en virtud de los documentos aportados como nº 5 del ramo de la demandada (INFORME DE VIABILIDAD ORGANIZATIVA), elaborado y ratificado en el acto de juicio por el testigo A.J.S.V.), y como nº doc 6 y 7, también del ramo de prueba de la demandada y ratificados en el acto de juicio por el perito J.R.P.G.R., consistente en cuentas anuales del ejercicio 2008 y el certificado de hechos constatados, así como la contribución que la extinción del contrato de trabajo de un trabajador, supone para superar dicha situación.....”. Por lo demás, y en relación al finiquito, consta en el acta del juicio que la empresa alegó, que se le abonó la indemnización y el preaviso y que firmó el finiquito, fundamentando la sentencia sobre su valor liberatorio a pesar de que en el documento que firmó el actor puso “no conforme”.



Pues bien, ordenando las cuestiones suscitadas en el recurso que en el suplico solicita la declaración de improcedencia del despido, o en todo caso, la condena a la empresa a abonar la indemnización de 565,45 €, son tres las cuestiones a tratar; a saber: 1.-La posible existencia en el caso de finiquito extintivo de la relación laboral. 2.- La calificación del despido objetivo enjuiciado. 3.- Y la cantidad que como preaviso corresponde percibir al actor.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al finiquito, como se dijo, nada refieren los hechos probados sobre su existencia, solo en la fundamentación jurídica se alude a él y se dice que en el documento analizado se firmó por el trabajador, poniendo “no conforme”, la percepción de las cantidades de 9.407,95 € y 1514,98 € por los conceptos de indemnización y preaviso, alegándose por la parte actora que es correcta la indemnización pero no el preaviso que no incluye la prorata de las pagas extras.

El documento a que se refiere la fundamentación jurídica no es otro que el que corresponde al documento nº 3 bis de la empresa (folio 52) de fecha 16 de diciembre de 2008 (misma fecha de efectos del despido, que por error señala la sentencia ser de 10-12-2008) en el que se declara percibir la cantidad de 13.027,66 € en concepto de indemnización y liquidación por saldo y finiquito quedando extinguida la relación laboral que les unía, cantidad que corresponde a la nómina que figura en el documento nº 4 de la empresa (folio 53) y en la que, entre otros conceptos, se incluyen la indemnización y preaviso abonado.

Pues bien, el tan referido documento no es un finiquito, para ello basta con considerar que no hay conformidad entre las partes sobre su contenido, de modo que la firma del trabajador solo sirve para acreditar la percepción, no discutida, de la cantidad a que se refiere, pero no impide la demanda de despido ni la reclamación de cantidad superior por preaviso. Es más el art. 121.2 de la Ley de Procedimiento Laboral dispone: “La percepción por el trabajador de la indemnización ofrecida por el empresario o el uso del permiso para buscar nuevo puesto de trabajo no enervan el ejercicio de la acción ni suponen conformidad con la decisión empresarial”, a lo que hay que añadir que la STS de 13-5-2008 (rec. 1157/2007), señala que es ineficaz el finiquito suscrito con la misma fecha del despido y con liquidación inferior a la que legalmente correspondería.

TERCERO.- Sobre la calificación del despido, la carta aportada por ambas partes como documento nº 1 de sus pruebas, resulta concreta y suficiente. En ella se comunica al demandante la extinción de su contrato con efectos de 16 de diciembre (fecha de la carta) poniendo en su conocimiento la existencia de pérdidas en la empresa que se producen desde el año 2005 a 2008, en las cuantías de 258.547 €, 325.616 €, 86.226 € y 86.225 € respectivamente, el descenso de la facturación con cifras concretas referidas a los años 2007 y 2008, las medidas adoptadas para superar las pérdidas, y la decisión de amortizar el puesto de trabajo al descender la actividad de la empresa y las funciones de encargado que venía desempeñando, aduciendo que, con base en las razones económicas y organizativas expuestas, se extingue el contrato con abono de la indemnización y preaviso a que antes hemos hecho referencia.

Por su parte, como se dijo, la sentencia considera acreditada la causa objetiva económica dando valor a los documentos nº 5, 6 y 7 de la empresa que son el informe de viabilidad organizativa realizado por Inforges Consultores el 24 de noviembre de 2008 en el que basándose en las cifras de ventas que expresa la carta, se determina que resulta necesario disminuir la plantilla adecuándola a la nueva realidad para evitar el grave riesgo de que desaparezca la empresa, el certificado de hechos constatados emitido por una empresa que ha auditado las cuentas de la demandada de fecha 8 de junio de 2009, donde se dice que en el ejercicio 2007 la cifra de negocio es de 4.260.106 € y las pérdidas de 86.226 €, y en el ejercicio 2008 la cifra de negocio asciende a 3.599.884 € y las pérdidas a 171.989 €, y el informe de auditoría de donde se extraen estos extremos.

Así las cosas, no hay base para revocar la sentencia, como se pide, al señalar la STS de 29-9-2008 (rec. 1659/2007), referida en el recurso, que basta con que la medida extintiva contribuya a la efectiva superación de la crisis, sin que tenga que garantizarla, pudiendo la empresa recurrir a despidos económicos para ajustar su plantilla en términos viables, y que aunque sea necesaria la conexión funcional o instrumental entre la medida extintiva adoptada y el objetivo de hacer frente a la situación económica, lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido, bastando con que exista el exceso de pérdidas o caída de ventas, aunque éste disminuya o se estabilice. Y en este caso, se acreditaron las pérdidas continuadas de la empresa, el descenso de ventas y la necesidad de reducir plantilla para volver a conseguir el equilibrio de las cuentas de la empresa.

En consecuencia procede desestimar la petición principal deducida en el recurso al no conculcarse los preceptos que el mismo denuncia y ser procedente el despido objetivo enjuiciado.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la cuantía del preaviso, hay que señalar, en primer lugar, que como se desprende de los términos en los que se redacta el art. 123 de la Ley de Procedimiento Laboral, nada impide que se

reclame en el procedimiento de despido, o en el de cantidad si no puede ventilarse en el de despido por no haber sido solicitado.

En este caso solicita el recurrente, como pretensión subsidiaria, la diferencia de los 30 días de preaviso que se produciría por incluir en la misma la prorrata de pagas extras, con lo que los 1514,98 € abonados, supondrían la cantidad de 2080,04 €, de donde deriva la diferencia de los 565,45 € reclamados.

El art. 53.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, regula como requisito de la extinción por causas objetivas, la concesión de un plazo de preaviso de treinta días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo; y el art. 53.4 añade; "...La no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho periodo", de donde se desprende que el preaviso no concedido se transforma en una indemnización por incumplimiento equivalente a 30 días de salario, definido en el art. 26 del Estatuto de los Trabajadores, que debe ser considerado bruto, con prorrata de pagas, calculado conforme al salario regulador del despido, como no podía ser de otra manera, si se considera que se trata de una indemnización por incumplimiento de un mandato legal derivado del despido objetivo que debe concederse aun en los supuestos en los que éste sea declarado procedente según establece el art. 123.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (STS de 23-10-2008 –rec.5456/2005-), y en los que se tratan de forma unitaria las diferencias generadas tanto en la indemnización como en los salarios del periodo de preaviso no concedido.

En consecuencia, habiéndose solicitado y discutido en el pleito las diferencias del periodo de preaviso, se está en el caso de estimar en este punto el recurso, al constar que para la determinación de los salarios del periodo de preaviso no se ha tenido en cuenta el salario bruto del trabajador, a quien corresponde percibir la cantidad solicitada de 565,06 €.

## FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don M.A.F.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Elche, de fecha 15 de junio de 2009; y, en consecuencia, revocamos parcialmente la sentencia recurrida, estimamos en parte la demanda interpuesta por el recurrente contra la empresa B.A. SL condenando a esta última a abonar al actor la cantidad de 565,06 € en concepto de diferencias por el periodo de preaviso, confirmándola en el resto.

Sin costas.



1312

SENTENCIA núm. 1.113, de 15 de abril de 2010

**MATERIA:** Despido. Trabajadora fija discontinua al servicio de empresa demandada. La actora ha estado de baja, cursándosele posteriormente alta médica. La empresa le comunica que en un plazo de 24 horas debe incorporarse a su puesto. La trabajadora se presenta en la empresa y alega que por sus dolencias no puede realizar tarea alguna. La empresa notifica mediante sms la baja de la trabajadora en la Seguridad Social.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo a los demandados de todas las peticiones que se deducen de contrario. Considera justado a derecho la extinción de la relación laboral.

**SALA:** Estima el recurso declarando la improcedencia del despido. La empresa debería haber despedido a la trabajadora por no presentación a su puesto de trabajo. No procede darle de baja sin más en la seguridad social pues ello conlleva una extinción tácita que resulta improcedente.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Mercedes Boronat Tormo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de la instancia que considera inexistente el despido imputado a la empresa, al considerar que es atribuible a la trabajadora la voluntad de no reincorporarse a su puesto de trabajo, recurre és-

XXXI

ta a través de un motivo único, amparado en el apartado c) del art. 191 de la LPL, en el que señala las siguientes infracciones: la del art. 49.1 d) del Estatuto de los Trabajadores, la inaplicación indebida de los arts 55.4 y 56, ambos del mismo texto estatutario, en relación con el art 55.1 del mismo, así como con los arts. 217 de la LE Civil y art 105.1 de la LPL. Razona la parte recurrente que en éste supuesto ha sido la empresa la que decidió poner fin a la relación laboral, sin que la trabajadora, a pesar de no reincorporarse tras su alta, expresara su voluntad de dimitir. Por ello pretende que se declare que lo producido fue un despido improcedente.

Ciertamente no es fácil en ocasiones distinguir entre los supuestos de despido de aquellos en los que el trabajador pone trabas a la reanudación de la relación laboral, tras un inicial período de suspensión de la misma, como cuando se ha terminado una situación de baja por enfermedad. Por ello existe una variada y amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha valorado situaciones diversas para determinar cuando debe estimarse concurrente el abandono del trabajador. Entre las sentencias más significativas pueden citarse las de 3 de junio de 1988, 1 de octubre y 10 de diciembre de 1990, y sobre todo de las de 21 de noviembre del 2000 (rec. 3462/99) citada por la recurrente, así como la posterior de 29 de marzo del 2002 (rec. 2093/00). La primera de ellas, tras analizar con carácter general los requisitos del negocio jurídico, considera que para que exista la causa extintiva de la relación laboral por abandono del trabajador “es preciso que se produzca una actuación que de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato...” y que “la dimisión del trabajador como todo acto negocial, en este caso con la finalidad de extinguir otro negocio más amplio y de carácter sucesivo o prolongado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral...” Es decir, que la dimisión o abandono pueden deducirse de manifestaciones o actos expresos o tácitos, siempre y cuando de ellos se deduzca tal voluntad o decisión.

Por tanto, tal dimisión no es necesario que se manifieste de manera expresa, y así el propio Tribunal Supremo, en resolución de 27 junio 2001 (rec.2071/2000), señaló de forma clara que: “la dimisión del trabajador no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, basta que la conducta seguida por el mismo manifieste de modo indiscutido su opción por la ruptura o extinción de la relación laboral”. Por tanto, la expresión de voluntad del trabajador, que puede ser expresa o tácita, debe en todo caso revelar tal voluntad, de manera que no deje dudas sobre su intención y alcance. El mismo Tribunal, en sentencia de 10 de Octubre del 2006 (ROJ: STS 8194/2006), r.c.5065/2005 afirma que para que exista una causa extintiva dependiente de la voluntad del trabajador es preciso que “se produzca un actuación del trabajador que, de manera expresa o tácita, pero siempre clara y terminante, demuestre su deliberado propósito de dar por terminado el contrato, lo que requiere una manifestación de voluntad en este sentido o una conducta que de modo concluyente revele el elemento intencional decisivo de romper la relación laboral. En esta línea, a efectos de la delimitación del abandono frente al despido disciplinario por faltas de asistencia al trabajo, que éstas no pueden considerarse, objetivamente y al margen de un contexto en el que por su continuidad o por otras circunstancias aparezcan dotadas de un indudable significado extintivo, como un abandono ya que para valorar el propósito del trabajador hay que precisar de forma inequívoca las motivaciones e impulsos que le animan, toda vez que la voluntad de realizar un acto culposo laboral es diferente de la necesaria para extinguir la relación laboral”. La sentencia citada establece así la línea divisoria entre la renuncia voluntaria y las faltas de asistencia que si bien son reveladoras del incumplimiento de la disciplina laboral, no lo son de una voluntad extintiva.

SEGUNDO.- Y en base a éste contexto doctrinal, ciertamente complejo, nos encontramos con una trabajadora, que tras una situación de IT, es requerida por la empresa, a la que se ha comunicado el alta de fecha 12 de febrero el 19 del mismo mes, y la definitiva el día 25 de febrero, notificada el 3 de marzo para que se reincorpore el día 5 de marzo, alegando la trabajadora en tal fecha no poder incorporarse al persistir sus dolencias. De tal situación, y en concreto de las propias manifestaciones fácticas de la sentencia de instancia que señala, en su hecho tercero que: “la trabajadora se persona en la empresa y dice que no se encuentra bien para realizar sus funciones al persistir sus dolencias”, no aparece con la claridad necesaria, pese a ser discutible, la voluntad deliberada de finalizar la relación laboral. Por ello, la empresa debió, de acuerdo con la anterior jurisprudencia citada, despedirla, por ausencias injustificadas, a fin de poder valorarse cual era el grado de abandono, en relación con las dolencias y situación legal de la misma. Por ello, y con independencia de que el resultado de tal despido hubiera podido ser favorable a los intereses de la empresa, ésta debió seguir el procedimiento de despedir a la trabajadora, de manera que aquella pudiera justificar sus ausencias, o, por el contrario, motivar una resolución de procedencia de tal extinción.



Por tanto, al haber procedido la empresa, no a despedir a la trabajadora, sino a darla de baja en Seguridad Social, se produjo un despido tácito, que debe considerarse improcedente, y dar lugar a las consecuencias legalmente previstas.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D<sup>a</sup>. M.E.B.N., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n<sup>o</sup>. UNO de los de ALICANTE, de fecha 8 de Octubre del 2009; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos la improcedencia del despido, condenando a la empresa demandada a la readmisión de la actora, o, a su opción, a que la indemnice en 8.804 euros, y con abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la de notificación de ésta resolución, sobre los datos expresados en el hecho primero de la sentencia de instancia. Sin costas.

1313

**SENTENCIA núm. 1.138, de 20 de abril de 2010**

**MATERIA. Reconocimiento de derecho: Solicitud de ayuda social. Personal laboral al servicio de administración autonómica. Solicitud presentada fuera de plazo. Presentación en registro diferente.**

**JUZGADO: Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. No reconoce como válido el registro donde la actora presenta la solicitud de la ayuda social.**

**SALA: Estima el recurso al entender que el registro donde se ha presentado la solicitud es válido para recibir la documentación presentada, al tratarse de una oficina pública dependiente de la administración autonómica. Aplicación ley y homogeneidad solución de conflictos.**

**PONENTE: Ilmo. Sr. D. Manuel José Pons Gil.**



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada de la demandante se formula recurso frente a la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, en la que se reclamaba que se declarara que su petición de ayudas sociales para el año 2006 se formuló dentro de plazo.

Así, el único motivo del recurso, que se ampara en el artículo 191 “c” de la LPL, censura a la sentencia la infracción de lo señalado en el artículo 13 de la Orden de 28 de diciembre de 2007 de la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, por la que se regula y convoca el Fondo de Ayudas Sociales del año 2006, en relación con el artículo 38.2 y 38.4 de la Ley 30 / 92, de 26 de noviembre, argumentándose que la solicitud debió ser atendida al presentarse en plazo, pues considera que la normativa citada no restringe solamente la presentación de las solicitudes en los registros establecidos por la Administración Autonómica al amparo del artículo 38.2 de la mencionada Ley 30 / 92, de 26 de noviembre.

La cuestión suscitada, estrictamente jurídica, pasa por interpretar si la presentación el 7 de febrero de 2008, todavía dentro de plazo, en el registro de entrada de la Residencia de la 3<sup>a</sup> Edad de X., tiene virtualidad para considerar cubierto el requisito de que dichas ayudas se solicitaran con arreglo a lo previsto en el artículo 13 de la orden que regula la concesión de tales ayudas.

Y desde ahora se anticipa que la respuesta debe ser positiva, pues a los efectos que interesan, el artículo 38.4 de la Ley 30 / 92, en lo que aquí respecta, faculta a los interesados a que sus solicitudes se presenten en los registros de los órganos administrativos a que se dirijan o en los de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, mientras que el apartado 7<sup>o</sup> de dicho precepto señala que las AAPP deberán hacer pública una relación de las oficinas de registro, propias o concertadas que garanticen la efectividad de dichas presentaciones, para lo que el Decreto del Consell 130/98, de 8 de noviembre, en su Anexo, describe cuales son las que tienen dicha naturaleza o condición de recibir válidamente solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos, y si bien en esa relación no se encuentra el registro donde el 7 de febrero de 2008 se presentó dicha solicitud, la cuestión

debe ser resuelta de manera análoga a como se hizo en la sentencia dictada por esta propia Sala al resolver el recurso de suplicación nº 1768/09, pues la amplitud de posibilidades interpretativas que se derivan de la aplicación de registros que ni siquiera pertenecen a la Conselleria que oferta las ayudas, debe llevar a entender que la apariencia de legitimidad del registro que fue utilizado por la actora, en cuyo sello de presentación consta “Generalitat Valenciana, Conselleria de Bienestar Social”, inducía a entender que se trata de una oficina pública dependiente de la propia GV, con capacidad para la recepción de escritos como el presentado, a lo que coadyuva el hecho de haberse aceptado la presentación y remitida esta a la Dirección Territorial.

Por tanto, por evidentes razones de igualdad en la aplicación de la ley y de homogeneidad en la solución de conflictos, debemos estimar el recurso, revocando la sentencia de instancia.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.C.Ñ.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante de 17 de abril de 2009, recaída en demanda sobre reconocimiento de derechos frente a la GENERALITAT VALENCIANA, y con revocación de la expresada resolución judicial, estimamos la demanda y declaramos la validez de la solicitud presentada por la actora, la que deberá cursarse respecto la ayuda social interesada.

**1314**

**SENTENCIA núm. 1.165, de 20 de abril de 2010**

**MATERIA:** Prestación por desempleo. Subsidio para personas mayores de 52 años. Percepción indebida de prestaciones al poseer el beneficiario rentas superiores al 75% del SMI. El trabajador ha rescatado una póliza de seguro de vida que incrementa su renta. El trabajador solicita que se tenga en cuenta la renta familiar a efectos de calcular los ingresos para solicitar el subsidio.

**JUZGADO:** Desestima la demanda, denegando el subsidio de desempleo al trabajador demandante.

**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Para poder tener derecho al subsidio el actor ha de carecer de rentas superiores al 75% del SMI, sin que esta cantidad dependa del número de familiares que componen su unidad familiar ni de los ingresos de éstos.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Mediavilla Cruz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación la parte actora la sentencia de instancia que desestima la demanda en reclamación de subsidio por desempleo.

El recurso se fundamenta en un sólo motivo (pese a que en el recurso se denomine primero), formulado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciándose la infracción de los artículos 215.1.3, 216.3 y 219 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Argumenta, en resumen, que el rescate de la póliza de seguro de vida, debe ser considerado como rendimiento irregular, por lo que su cómputo debe realizarse atendiendo al período en que se ha generado, esto es, 9 años. Añadiendo que, lo percibido tiene carácter ganancial, por lo que se debe de computar por partes iguales tanto al actor como a su cónyuge, y computando las rentas divididas por la unidad familiar. Desde estas premisas, concluye su razonamiento con la conclusión, que no se supera el límite de 75% del SMI vigente.

El motivo se rechaza, tendiendo a las siguientes consideraciones:

a) El criterio de división de las rentas irregulares entre el número de años en los que las mismas fueron generadas no es aplicable en materia de subsidio de desempleo, puesto que, a diferencia de lo regulado en algunas normas tributarias, no aparece disposición alguna que autorice el prorrateo, lo que implica la íntegra imputación temporal del incremento patrimonial a aquel año en el que el mismo se ponga de manifiesto. Hay que tener en cuenta que el prorrateo de las plusvalías patrimoniales y demás rentas irregulares por periodos superiores al año no constituye en modo alguno una operación simple, sino que exige de importantes precisiones normativas

respecto a la forma de cálculo del periodo de generación de la renta y los efectos sobre los años pretéritos a los que se imputen rentas con efectos retroactivos, las cuales no pueden ser improvisadas jurisprudencialmente, sino que exigen de una decisión expresa de naturaleza normativa, inexistente hasta ahora. Por otra parte, el subsidio por desempleo lo que tiende es a garantizar al beneficiario un nivel mínimo de ingresos que permita atender a sus necesidades más básicas y que sólo se percibe en el caso de que las mismas no resulten ya cubiertas con los ingresos, de todo orden, que posea el beneficiario, siendo, en consecuencia irrelevante, si unos determinados rendimientos se han devengado durante una, dos o más anualidades, pues lo único relevante es que en el momento de su percepción el trabajador en desempleo ha dispuesto de su importe para atender a las necesidades más arriba reseñadas, y es claro que tal conclusión no es fruto de una interpretación más o menos rigurosa del artículo 215 de la Ley de Seguridad Social sino que viene impuesta, inexcusablemente, por la redacción vigente del citado artículo, que considera como renta computable las plusvalías o ganancias patrimoniales.

El criterio legal es el de computar todos los rendimientos de los que el desempleado haya dispuesto en una anualidad determinada, y claro es que se dispone de los materialmente percibidos en cada anualidad, con independencia del período de generación.

Este criterio ha sido también el adoptado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su sentencia de 11 de octubre de 2005 (recurso 3399/2004), en la que extiende al subsidio de desempleo el pronunciamiento que al respecto había ya hecho en sentencia de 16 de mayo de 2003 en relación con la prestaciones no contributivas de invalidez, manifestando que una renta no puede considerarse irregular, aunque así lo dispusiera el artículo 28.2 de la Ley 8/1987 a los efectos del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (art. 57 de dicha Ley), porque es doctrina unificada de esa Sala (por todas, la sentencia de 17 de septiembre de 2001 en el recurso 2717/2000) que la calificación que proceda a efectos impositivos no trasciende a otros campos del Derecho y, concretamente, al de la Seguridad Social. Y destaca también que la posterior Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas no permite la división de los rendimientos irregulares en tantos períodos impositivos como número de años en que la renta se ha generado, como se viene a pretender, sino que el total percibido debe declararse en el año de su ingreso, aunque con ciertas alteraciones y reducciones en cuanto a su cómputo y tributación. Por consiguiente, aunque se aceptase a efectos puramente dialécticos que fuera aplicable tal normativa, el capital percibido habría de computarse íntegro en el año en que se incorpora al patrimonio del beneficiario, sin que el sentido de la doctrina haya de cambiar por el posterior Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas”.

b) Efectivamente, el art. 215-3 LGSS establece que los trabajadores mayores de 52 años, aunque no tengan responsabilidades familiares, serán beneficiarios del subsidio por desempleo “siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores...”; y tras referirse el número 2 del precepto a los parados que “reuniendo los requisitos a que se refiere el apartado 1.1 de este artículo...”, este apartado 1-1 dispone para ser beneficiarios del subsidio, con carácter general, que los parados figuren inscritos como demandantes de empleo... y careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores en cómputo mensual, al 75% del S.M.I. excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias...”. Así pues, la Ley toma en consideración la carencia de rentas como demostrativa de la situación de necesidad protegible, estableciendo no solo que el límite cuantitativo al efecto es el 75% del SMI, sin dos extras, sino también que el sujeto al que se refiere este requisito general de carencia de rentas es exclusivamente el peticionario del subsidio, sin que quepa tener en cuenta para la determinación del mismo la renta promediada de la unidad familiar a la que pertenece, los ingresos del grupo familiar, al ser la renta familiar un elemento complementario y subordinado al anterior que sirve para la determinación de las cargas familiares. Y es que, en suma, si el peticionario tiene rentas superiores al módulo citado, no está necesitado.

En el indicado sentido unificó doctrina en su día la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre 1992, confirmada por sentencias posteriores como las de 23 de marzo, 6 y 24 de mayo y 18 de julio 1994 que han dejado establecido que “todos los supuestos o situaciones que a tenor del art. 13-1 LPD (hoy el art. 215-1 LGSS denunciado como infringido), tienen derecho al subsidio de desempleo, requieren como condición necesaria e ineludible que el beneficiario carezca de rentas de cualquier naturaleza superiores a la cuantía del SMI”. En definitiva, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 215-1 LGSS 1994, es requisito general para acceder a cualquiera de los supuestos o modalidades del subsidio asistencial por desempleo el que el beneficiario, aparte de otras condiciones, carezca de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del SMI excluida la p/p de las dos pagas extraordinarias.



Tratándose de requisitos de una prestación de desempleo, resultan de aplicación las normas legales que específicamente la regulan, resultando irrelevantes al efecto normas de carácter fiscal, reguladoras de aspectos de tal naturaleza y no extrapolables a aquel ámbito prestacional, y menos para desvirtuar los requisitos específicos de dichas prestaciones. A partir de ello, en lo relativo a los rendimientos e ingresos computables a los efectos del subsidio por desempleo y aparte de otras cuestiones, es lo cierto que en la atribución de los ingresos -SSTSJ Galicia 5 de Marzo 1999 y 10-Marzo de marzo 2000, C. Valenciana de 4 de octubre 2001- ha de seguirse el criterio de la individualización, que atribuye el rendimiento a quien haya generado el ingreso con independencia de que éste se hubiese o no incorporado a la comunidad de gananciales (las rentas propias no dejan de serlo porque sean gananciales; STS 15-Marzo-1995), de manera que no resulta válido soslayar la operatividad de dicho requisito dividiendo la renta que se persigue entre los esposos, pues tal renta en su globalidad es la que debe ser considerada, ya que, a los efectos del beneficio social de que se trata deben actuar las reglas que lo disciplinan, las cuales inciden y se proyectan sobre la unidad familiar, que son independientes de las rectoras del régimen matrimonial que se tenga. Aparte de que -como observa la STSJ Extremadura 12 de Marzo 1994- no parece lógica la división por mitad de las rentas del solicitante, pretendida por el recurrente, pues el art. 1344 CC, sólo indica que las ganancias o beneficios se hacen comunes en la sociedad de gananciales, siendo sólo divisibles “por mitad al disolverse aquélla».

También la STS de 28 de octubre de 2002, citada por el juzgador de instancia, dejó establecido: “... al disponer que debe entenderse concurrente tal requisito si se tuviera a cargo al cónyuge o a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive que convivan con el trabajador y siempre que la renta mensual del conjunto de la unidad familiar, dividida por el número de sus miembros, no superara el salario mínimo interprofesional. Dándose la expuesta circunstancia, queda cumplido desde luego tal requisito, pero ello no excluye que siga siendo exigible el primeramente expuesto de carencia de rentas superiores al montante que antes se mencionó, no concurrente cuando las acreditadas excedan de la mencionada cuantía, cual ocurre en el supuesto enjuiciado. No es válido soslayar la operatividad de dicho requisito dividiendo la renta que se persigue entre los esposos, pues tal renta en su globalidad es la que debe ser considerada, sin que tal conclusión pueda quedar desvirtuada por la ganancialidad alegada, ya que, a los efectos del beneficio social de que se trata deben actuar las reglas que lo disciplinan, las cuales inciden y se proyectan sobre la unidad familiar, que son independientes de las rectoras del régimen matrimonial que se tenga”.

Evidentemente, la doctrina jurisprudencial expuesta es de aplicación al subsidio para mayores de 52 años dado el tipo de requisito sobre el que se cieme y la prestación de que se trata y su regulación legal.

c) Esta Sala ha dicho en multitud de sentencias (entre ellas las recaídas en los rec. 1241/05, 467/06, 1599/07, 2699/08 y 3267/08 ) que: “Previamente a los requisitos particulares de este subsidio, se exigen los generales de todo subsidio por desempleo, como carecer de rentas el beneficiario superiores al 75% del salario mínimo, sin incluir pagas extras, lo que no depende del número de familiares ni de sus ingresos (T. Supremo: 6-11-92,18-7-94, 15-3-95,etc.), de suerte que para acceder al subsidio de desempleo por responsabilidades familiares es imprescindible que el sujeto carezca de rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de pagas extraordinarias (art. 215.1.1 del TRLGSS). Son cosas distintas el umbral personal de ingresos (requisito general) y la determinación de la renta familiar (requisito específico para el supuesto de subsidio por razón de cargas familiares). El primero actúa como requisito de pórtico o de acceso a la prestación, y su concurrencia viabiliza el examen de los restantes requisitos. En el mismo sentido se expresa la sentencia de 31-10-2005 del TSJ de Madrid según la cual la concurrencia del requisito es exigible en el peticionario individualmente considerado, no condicionado al número de miembros que componen la unidad familiar.

Lo expuesto conduce, como ya se adelantó al fracaso del motivo y por ende del recurso de suplicación interpuesto, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

En su virtud,

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en representación de D. J.S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 7 de Alicante, de fecha, 10 de marzo de 2009, a su instancia, en materia de desempleo, contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y en su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.



**1315**

**SENTENCIA núm. 1.182, de 20 de abril de 2010**

**MATERIA:** Lesiones permanentes no invalidantes. Niveles deterioro auditivo. Trabajador al servicio de empresa dedicada a actividad cerámica. El actor padece hipoacusia por ruido en el puesto de trabajo. Determinación del baremo aplicable.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo al instituto demandado de los pedidos formulados en su contra. No procede aplicar nuevo baremo.

**SALA:** Estima el recurso declarando al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional. Aplicación del número 11 del baremo recogido en la Orden TAS/1040/2005. Condena al instituto demandado al abono de determinada cantidad en concepto de indemnización.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ÚNICO.- Recurre en suplicación la parte actora, la sentencia que ha desestimado su demanda sobre Lesiones Permanentes no invalidantes (LPNI).

El recurso contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia la infracción del art. 150 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y de la doctrina jurisprudencial aplicable a esta figura derivada de hipoacusia, al considerar que de conformidad con lo que dicen los hechos 2º y 3º dicha hipoacusia afecta a la zona conversacional de ambos oídos, alegando que la sentencia incurre en incongruencia al fundamentar el fallo desestimatorio en cuestiones que no han sido objeto de controversia, ya que si en la vía administrativa se ha concedido las LPNI correspondientes al baremo 8 (hipoacusia que no afecta a la zona conversacional en ambos oídos), no procedía determinar si las lesiones acústicas que el actor padece en ambos oídos derivan de enfermedad profesional, sino solo el grado de afectación para determinar si es correcto el baremo 8 concedido o debe concederse al baremo 11 reclamado, atendiendo a si afecta o no a la zona conversacional.

El recurso debe prosperar, ya que tal y como expone el recurso, no se ha discutido si las lesiones que presenta el actor derivan de enfermedad profesional, sino solo la determinación del baremo aplicable, constandingo en la sentencia, a parte de lo que ya se ha dicho que practicada audiometría al actor, arroja los siguientes niveles de deterioro auditivo, según mediciones audiométricas efectuadas por U.P. y U.M.:

1) oído derecho: 35 dB a 500 Hz, 40 dB a 1000 Hz, 35 dB a 2000 Hz, 40 dB a 3000 Hz; oído izquierdo: 35 dB a 500 Hz, 30 dB a 1000 Hz, 25 dB a 2000 Hz, 40 dB a 3000 Hz. (folio 154, audiometría de fecha 29-1-2003).

2) oído derecho: 35 dB a 500 Hz, 35 dB a 1000 Hz, 25 dB a 2000 Hz, 35 dB a 3000 Hz; oído izquierdo: 25 dB a 500 Hz, 25 dB a 1000 Hz, 30 dB a 2000 Hz, 40 dB a 3000 Hz. (folios 42 y 155, audiometría de fecha 30-5-2005).

3) oído derecho: 30 dB a 500 Hz, 25 dB a 1000 Hz, 25 dB a 2000 Hz, 25 dB a 3000 Hz; oído izquierdo: 35 dB a 500 Hz, 25 dB a 1000 Hz, 35 dB a 2000 Hz, 45 dB a 3000 Hz. (folio 45, audiometría de fecha 29-8-2008) (hecho segundo). Y el dato referido en el hecho tercero relativo a que el demandante presta servicios en la empresa I.A.C. S.A. desde 2004, siendo su puesto de trabajo “entrada hormo 1 y 2” en empresa de producción cerámica, donde soporta un ruido, durante toda la jornada superior a 80 dB, no avala la decisión de instancia que desestima la demanda por no poder justificarse que las dolencias del actor derivan del ruido soportado en su puesto de trabajo, al presentar esta dolencia en el año 2003, sobre todo si se considera que en el dictamen propuesta de la EVI de fecha 4-9-2008, al que también se refiere la sentencia (hecho primero), consta que el demandante ha prestado servicios tres años mas en otras empresas cerámicas.

En consecuencia, como se desprende del relato fáctico que la media aritmética de la pérdida de audición del demandante en ambos oídos es superior a los 25 decibelios y por lo tanto afecta a la zona conversacional en ambos oídos, debe aplicarse la doctrina establecida por el TS que en sentencia de 4 de octubre de 2006 ha indicado, con cita de diversas sentencias anteriores, sobre todo la de 2 de noviembre de 2005, aplicando la normativa recogida en el art. 150 de la Ley General de Seguridad Social y en los Anexos que contienen los baremos relativos a lesiones permanentes no invalidantes, que “...la clave de la decisión radica en valorar si la hipoacusia padecida tal como resulta de las pruebas de audiometría realizadas, afecta o no a la zona conversacional. Si la respuesta es afirmativa respecto de los dos oídos, la indemnización que corresponde es la prevista en el núm. 10



del baremo (en la actualidad en el núm. 11); si la respuesta es afirmativa para un oído y negativa para el otro, el importe de la indemnización es el fijado en el núm. 9 (en la actualidad en el núm.10); la indemnización establecida en el núm. 8 (en la actualidad en el núm. 9) (duplicada en casos de afectación de ambos oídos) debe ser la asignada para casos de hipoacusia simple que no afecta a la zona conversacional ...el criterio adoptado para la calificación o graduación de la hipoacusia se atiene en la sentencia de 2 de abril de 2002 y en las sucesivas a normas técnicas de experiencia; en concreto, a las normas indicadas en una guía de valoración del menoscabo permanente editada en 1996 por el Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo, que sigue a su vez estándares internacionales. De acuerdo con estas reglas de experiencia: 1) el nivel de audición a tener en cuenta ha de ser el promedio del resultado de la prueba audiométrica en 500, 1000, 2000 y 3000 hercios, efectuada en circunstancias de audición ordinarias; y 2) si el menoscabo auditivo es igual o inferior a 25 db no es de apreciar un deterioro significativo, como el que supondría la afectación de la zona conversacional. Se ilustra esta valoración en la propia STS 2-4-2002, con otros datos empíricos: la sonoridad de las hojas movidas por el viento llega a 20 db y la respiración normal de un ser humano alcanza una intensidad sonora de 10 db..., y con el fin de dejar, definitivamente, sentado el criterio de Sala en orden a la valoración de las hipoacusias, el que ha de prevalecer sobre cualquier afirmación distinta que pudiera haberse efectuado con anterioridad, debe significarse que la denominada “zona conversacional” de la emisión de palabras se halla encuadrada entre los 500 y 3000 ciclos (Hz) por segundo y que una pérdida entre 25 y 40 db se viene considerando como una pérdida leve de audición que conlleva una dificultad para la conversación en voz baja o a distancia.

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso lleva a concluir que el demandante es acreedor a la indemnización a tanto alzado prevista por lesión permanente no invalidante del número 11 del baremo de la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, que actualiza las indemnizaciones contenidas en el Baremo Anexo a la Orden de 15 de abril de 1969, cuya última reforma había tenido lugar por Orden de 16 de enero de 1991 y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia, procede su revocación, previa estimación del recurso para declarar al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional, conforme al número 11 del baremo recogido en el Anexo de la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, condenando al INSS a estar y pasar por dicha declaración y a abonar al actor la suma de 2.990 euros.



## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don A.P.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Castellón y su provincia, de fecha 3 de octubre de 2008, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos que el está actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional conforme al número 11 del baremo recogido en el Anexo de la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por dicha declaración y a abonar al actor la suma de 2.990 euros.

### 1316

**SENTENCIA núm. 1.194, de 22 de abril de 2010**

**MATERIA:** Recargo de prestaciones. Falta de medidas de seguridad empresa demandada. Sucesión de empresas. Obligaciones laborales. Trabajador que sufre enfermedad pulmonar y que fallece como consecuencia de exposición a la inhalación de amianto.

**JUZGADO:** Estima la demanda revocando la resolución del INSS por la que se impone a la empresa demandada el 40% del recargo de todas las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional sufrida por el trabajador.

**SALA:** Estima el recurso declarando la responsabilidad empresarial por recargo en la prestación por falta de medidas de seguridad de la empresa demandada.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de los demandados JAA, ECA, CCA y JMCA, frente a la sentencia que estimó la demanda instada por T. FHS. SL y revocó la Resolución del INSS por la que se imponía a la referida empresa el 40% de recargo de todas las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad profesional sufrida por D. E.C.B.. El primer motivo del recurso, se redacta al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, a fin de que se adicione la hecho octavo, el siguiente texto, “En marzo 2005 el diagnóstico del actor era de fibrosis pulmonar por asbestosis; en estudio pretrasplante (multidisciplinar); insuficiencia respiratoria; infección fúngica en piel. Se le prescribió oxigenoterapia permanente domiciliaria y silla de ruedas para deambular. En febrero de 2006 se desestimó la posibilidad de trasplante”, basándose en los informes hospitalarios obrantes a los folios 156, 160 y 186.

De la documental en que se apoya el recurrente se desprende que en Informe Hospitalario de 14-12-04 se diagnostica: insuficiencia respiratoria parcial, asbestosis y probable infección bronquial, prescribiendo fármacos y oxigenoterapia domiciliaria a 2 L/min 24 horas/día; en informe hospitalario de 31-3-05, se diagnostica: asbestosis pulmonar, insuficiencia respiratoria severa, con tratamiento de oxígeno al 50% y fármacos, indicando que se solicita valorar la posibilidad de tratamiento en la unidad de trasplante pulmonar del Hospital la Fe; y en informe hospitalario de 12-6-05 consta, diagnóstico: insuficiencia respiratoria global, asbestosis pulmonar, estreñimiento crónico, fibrosis pulmonar y trastorno adaptativo. Pero, dado que se trata de informes hospitalarios ya valorados por la Magistrada de instancia, y siendo que en el hecho impugnado ya consta que en fecha 30-08-04, es decir con anterioridad a dichos informes, ya le había sido diagnosticada una insuficiencia respiratoria crónica con afección pleural por Asbestosis, la revisión postulada resulta, en cualquier caso, intrascendente.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia, en primer lugar, la infracción de los art. 123 y 127.2 de la LGSS, con cita de sentencias de TSJ que no conforman jurisprudencia (art. 1.6 Código Civil), y en segundo lugar, alega el recurrente infracción del art. 127.2 de la LGSS y art. 44.1 del ET, con cita de la Sentencias de esta Sala nº 526-07 de 6-2-07, rec. 1536/06. Sostiene el recurrente que la empresa T. F.E. SLU es responsable del recargo que a la misma le impone la Resolución del INSS dada la responsabilidad en cuanto al pago de prestaciones causadas antes de la sucesión o transmisión, que la obligación laboral pudo empezar antes de producirse la transmisión y exteriorizarse después de la misma, y que la referida empresa ya fue condenada como empresa sucesora por daños y perjuicios a los recurrentes, por la muerte de su padre.

3. El Tribunal Supremo en Sentencia de 8-7-2009, rec. 4582/06, dice, “La doctrina de la Sala ha sido vacilante en torno a esta cuestión, pues si bien ocasionalmente se ha mantenido -con rotundidad- que el recargo tiene carácter de un prestación de la Seguridad Social (SSTS 12/12/97 -rec. 468/97-, a propósito del plazo de prescripción para reclamarlo; 10/12/98 -rec. 4078/97-, versando sobre la reclamación adicional por daños y perjuicios; y 21/07/06 -rec. 2031/05 -, al tratar los intereses de capitalización del capital coste del recargo), no lo es menos que mayoritariamente se ha defendido la tesis sancionadora (sanción con finalidad preventiva), bien para afirmar su inaplicación a las mejoras voluntarias de las prestaciones (SSTS 20/03/97 -rec. 2730/96-; 11/07/97 -rec. 719/1997-; y 02/10/00 -rec. 2393/99 -), bien para justificar que su importe no ha de ser computado en el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios, o para excluir el aseguramiento -público o privado- de tal responsabilidad (SSTS 08/04/93 -rec. 953/92-... la decisiva 02/10/00 -rec. 2399/99-...y 22/04/04 -rec. 4555/02 -), pero sin que tal consideración punitiva se lleve a su consecuencia procesal de suspensión del procedimiento del derecho al recargo por la existencia de procedimiento penal, ex art. 3.2 LISOS, por considerarse -más eclécticamente- que «(...) la naturaleza jurídica del recargo por falta de medidas de seguridad es un tanto compleja, teniendo algunos matices propios de la sanción, aunque acaba teniendo una consideración sui generis que le aparta de la sanción propiamente dicha, al ser beneficiarios de su cuantía el trabajador o sus causahabientes» (SSTS 17/05/04 -rec. 3259/03-; y 25/10/05 -rec. 3552/04 -); y -con similar planteamiento- sostenerse que su finalidad es, de una parte, disuasoria para obtener el mayor grado de cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales; y de otra, incrementar el importe de unas prestaciones debidas en virtud de la relación trabajador empresa cuando esta no ha dispensado las medidas de protección que el contrato de trabajo impone (art. 19 ET), con lo que podría afirmarse que el recargo no deriva propiamente de la potestad sancionadora de la Administración -esa potestad se manifiesta en la imposición de la correspondiente multa- sino más bien de un incumplimiento de las obligaciones que el empresario asume como consecuencia del contrato de trabajo (STS 05/12/06 -rec. 2531/05 -).

2.- En esta última línea -naturaleza compleja y sui generis del recargo- es oportuno destacar que si bien el recargo parece responder en principio al concepto genérico de sanción administrativa («mal infligido por la



Administración -privación de un derecho (sanción interdictiva) o imposición de una obligación (sanción pecuniaria)- como consecuencia de una conducta ilegal, llevados a cabo con finalidad represora», en todo caso concurren una serie de notas que le alejan de esa naturaleza estrictamente sancionadora; que no se trata de una genuina sanción administrativa. Al efecto se ha argumentado: a) en tanto que el fundamento de la sanción se encuentra en el mero incumplimiento de un deber tipificado, el recargo de prestaciones exige no solamente la infracción del deber genérico de prevención en materia de seguridad y salud en el trabajo, sino también la producción causal de un resultado lesivo, que es precisamente el eje sobre el recargo se construye; b) el recargo de prestaciones no figura en el texto refundido de la LISOS, cuya finalidad -conforme a su Exposición de motivos- es «agrupar e integrar en un texto único (...) las diferentes conductas reprochables contrarias al orden social»; c) en materia sancionadora, si bien la LISOS atribuye a las Entidades Gestoras -que no son autoridades administrativas, sino organismos administrativos- la imposición de sanciones a los trabajadores en cuestiones de Seguridad Social (art. 48.4), tratándose de infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, la misma siempre corresponde -en función de la cuantía- al Director Provincial de Trabajo, al Director General o al Ministro de Trabajo y Seguridad Social; d) parece ausente el obligado principio de tipicidad (art. 129 LPAC), al no identificarse con una mínima precisión las conductas reprobables y las sanciones correspondientes; e) ostenta el trabajador denunciante o compareciente obvio interés que le atribuye siempre cualidad de parte; f) el importe de la «sanción» no se ingresa en el Tesoro Público, sino que se incorpora al patrimonio del beneficiario, de forma que si éste no existe no hay recargo, lo que -señala la doctrina- es impensable en una sanción; y g) el procedimiento regulado en la OM 18/01/96 no es propiamente sancionador, por carecer de las garantías que debe reunir todo procedimiento de aquella naturaleza punitiva y ser muy semejante al previsto para el reconocimiento de prestaciones de la Seguridad Social.

3.- A la vista de tales manifestaciones bien pudiera alcanzarse la conclusión de que la naturaleza jurídica del recargo de prestaciones es dual o mixta, pues si bien desde la perspectiva del empresario infractor se presenta como una responsabilidad sancionadora (siquiera no puede calificarse de sanción propiamente dicha), no es menos cierto que desde la óptica del beneficiario supone una prestación adicional o sobreañadida de carácter indemnizatorio (a tener en cuenta que su regulación por la LGSS se hace en Sección -2ª- titulada «Régimen General de las Prestaciones», ubicada en Capítulo -III- denominado «Acción Protectora» y dentro del Título -II- «Régimen General de la Seguridad Social»; y que ha de ser objeto de la oportuna capitalización en la TGSS). De esta manera, atribuyendo una naturaleza mixta a la institución de que tratamos, se justificarían las soluciones -aparentemente contradictorias- que en doctrina se ha dado para los diversos problemas que en torno al tema se suscitan, sin que ello signifique que se haya calificado la naturaleza jurídica de la institución en función de los efectos que a la misma se han atribuido jurisprudencialmente, sino -antes al contrario- que de su formulación positiva se obtiene una naturaleza compleja que explica satisfactoriamente las consecuencias deducidas en diversos órdenes por la unificación de doctrina. Así, desde la primera vertiente (sanción para el empresario), adquiere plena justificación el criterio jurisprudencial expresivo de que el recargo no puede descontarse del importe de la indemnización a percibir por los daños y perjuicios causados; en tanto que desde la segunda perspectiva (cobertura adicional e indemnizatoria para el beneficiario), no sólo queda aclarada la competencia del INSS para imponer el incremento de la prestación reconocida (el art. 57.1ª) LGSS le atribuye «la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social»), sino que también tiene cumplida respuesta el tema que es objeto del presente debate, el relativo a la caducidad del expediente por transcurso de los 135 días previsto en el art. 135 OM 18/01/96.”

3.-De la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de instancia se desprende que el trabajador fallecido D. E.C. inició su relación laboral el 1-4-1958, prestando sus servicios en telares expuesto a fibras de amianto y desde 1993 en producción, que desde julio-1994 no existe riesgo higiénico por inhalación de amianto en ningún puesto de trabajo, que en fecha 25-8-2000 la empresa actora, T. F.E. SL se subrogó en la empresa BBA F.E. SA, que al Sr. C. le fue diagnosticado Asbestosis el 30-8-04, iniciando situación de incapacidad temporal y posterior incapacidad permanente en grado de gran invalidez, falleciendo el 7-6-06; el INSS ha declarado la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en la enfermedad profesional sufrida por el Sr. C. declarando que procede el incremento del 40% en las prestaciones, con cargo exclusivo a la empresa T. FE. SL. De todo lo cual se desprende que estamos ante un supuesto de sucesión empresarial del art. 44 del ET, tal como ya entendió esta Sala en sentencia de 18-8-2009 (rec. 3493-08) confirmando la sentencia de instancia que condenó solidariamente a ambas mercantiles a abonar indemnización de daños y perjuicios a los herederos del Sr. C., siendo el objeto del presente procedimiento la acción instada por la empresa T. F.E. SLU contra la Resolución del INSS imponiéndole el abono exclusivo del recargo, por lo que aplicando al presente caso la doctrina expuesta, es claro que la infracción de medidas de seguridad del Art. 123 de la LGSS la cometió la empresa, la cual subsiste en la persona jurídica actora, por mor del Art. 44 del ET, sin



que el mero cambio de titularidad de la empresa operada en el presente caso, suponga merma alguna en el derecho del trabajador a percibir el recargo de la referida empresa, que se ha subrogado “ope legis” en todos los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social, sin perjuicio de las acciones que conforme al Art. 1137 del Código Civil asistan a la empresa actora respecto de la sucedida, tal como se indica en STSJ de Madrid de 25-4-2005, Rec. 67/2005, dictada en supuesto semejante. Procediendo, por las razones expuestas, estimar el recurso y desestimar la demanda, pues en nada incide el hecho de que la actora haya sido condenada solidariamente al abono de la indemnización por daños y perjuicios, ya que el recargo no se integra en la referida indemnización pues el recargo deriva de una infracción empresarial de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, como tampoco el tiempo transcurrido desde la sucesión empresarial operada, a efectos del Art. 44.3 del ET, pues la obligación nace desde la resolución del INSS imponiendo el recargo, que como se ha dicho, debe entenderse impuesta a la empresa infractora, en la persona jurídica que actualmente constituye dicha empresa por mor del Art 44 del ET, así el STS de Madrid, en Sentencia de 14-10-2009, rec. 3200/2009, dice “...no puede ser atendida la tercera de las afirmaciones mantenidas en el recurso en cuanto que la responsabilidad contemplada en el apartado 3 del artículo 44 del ET no puede ser de aplicación al caso analizado, en la consideración, según esta parte procesal, de que a la fecha de la sucesión ninguna obligación existía establecida para la empresa cedente en favor del beneficiario. Y no puede ser acogida dado que tanto en la regulación actual como en la anterior a la introducida por la Ley 12/01 de 9 de julio en el artículo 44 del ET, el límite de tres años en la responsabilidad solidaria se refiere exclusivamente a las obligaciones laborales (St TS de 23 de enero de 2007). En efecto, en la primitiva redacción el precepto expresamente aludía a obligaciones laborales, sin contener referencia alguna a obligaciones de Seguridad Social y en la redacción actual, si bien se refiere a obligaciones de Seguridad Social, en el apartado 1, en el nuevo apartado 3 aclara dicho extremo, al disponer expresamente “sin perjuicio de lo establecido en la legislación de Seguridad Social, el cedente y el cesionario..... responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales...”. Se hace pues necesario acudir a la regulación contenida en la legislación de Seguridad Social para fijar el alcance de la responsabilidad del cesionario en esta materia, y en este punto habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 127.2 de la Ley General de la Seguridad Social al establecer que “en los casos de sucesión en la titularidad de la explotación, industria o negocio, el adquirente responderá solidariamente con el anterior o con sus herederos del pago de las prestaciones causadas antes de dicha sucesión”. Por lo que, tratándose de una responsabilidad por recargo en la prestación por falta de medidas de seguridad y habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la sucesión operada, ha de regir en su plenitud la responsabilidad contemplada en dicho precepto establecida sin aplicación de límite temporal del artículo 44.3 del ET.”



## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la viuda e hijos del trabajador fallecido: J.A.A., E., C. y J.M.C.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 8 de los de Valencia, de fecha 28-4-2009; y, en consecuencia, con revocación de la resolución recurrida, desestimamos la demanda instada por T. FE. SLU contra la viuda e hijos del trabajador fallecido: J.A.A., E.C.A., C.C.A., JMCA, INSS y TGSS, absolviendo a los demandados de las pretensiones en su contra formuladas.

### 1317

**SENTENCIA núm. 1.214, de 27 de abril de 2010**

**MATERIA:** Prestación de jubilación. Trabajador afiliado al RGSS que solicita pensión de jubilación de reglamentos comunitarios ante el INSS. El actor ha cotizado en España, Francia y Suiza. Solicita revisión porcentaje de pensión teniendo en cuenta todos los periodos cotizados. Cálculo de prestaciones.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo al ente gestor de las pretensiones deducidas en su contra.

**SALA:** Estima en parte el recurso, condenando a la entidad gestora demandada a que proceda a calcular el porcentaje por años de cotización de la pensión concedida, con derecho del recurrente a obtener la prestación más elevada de cada país, sin perjuicio de aplicar posteriormente las cláusulas de reducción.

**PONENTE.** Ilmo. Sr. D. Francisco José Pérez Navarro.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo (aunque se numera como primero), que se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando en cuatro submotivos infracción por falta de aplicación del “Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la CEE y sus estados miembros, y la Confederación Suiza por otra, publicado en el Diario Oficial de las CEE en fecha 30.04.2002, Serie L114/6” y del “Reglamento (CEE) 1408/71, de 14 de junio de 1971, en concreto sus artículos 45 y 46 en la nueva redacción del año 1992”, así como del “Reglamento (CEE) 574/1972, de fecha 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) n° 1408/71, en concreto los artículos 41 a 43, ambos inclusive”, “jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, pero también a la jurisprudencia más reciente de la Sala IV del Tribunal Supremo, que por mayor claridad y proximidad es en ella en la que basamos nuestro recurso, pues bien es en base a la nueva doctrina de la Sala IV de lo Social del Tribunal Supremo, por ser la más próxima al caso que nos ocupa en la que basamos nuestra posición”. A continuación de cada uno de los submotivos realiza un alegato contra la fundamentación jurídica de la sentencia, defendiendo respecto del Acuerdo referido en el submotivo primero que los acuerdos de Seguridad Social bilaterales existentes entre Suiza y los Estados miembros de la Comunidad Europea estaban suspendidos debiéndose aplicar los reglamentos comunitarios, por lo que debió tomarse en consideración el tiempo trabajado en Suiza; en relación con el submotivo segundo que no debió calcularse el importe de la pensión teniendo en cuenta, únicamente, los períodos de seguro en España, sino totalizando los períodos cotizados en los otros dos países (51 trimestres a la Seguridad Social francesa y 16 meses a la suiza) por lo que el porcentaje por años cotizados debió ser del 100%, “con lo cual 513,20 € es la base sobre la que se liquida la pensión y sólo al final se tendrá que hacer la prorrata temporis”, y en relación con el submotivo tercero, que siendo la institución instructora el INSS, debió cumplimentar el formulario correspondiente y enviar un ejemplar de ese formulario a todos los Estados donde hubiera prestado servicios el trabajador, para que fueran tenidos en cuenta las cotizaciones efectuadas en España; y respecto del último transcribe parte de la fundamentación jurídica de las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de julio, 19 de septiembre y 23 de octubre de 2007, así como la de 14 de mayo de 2008, que a su juicio apoyan la pretensión ejercitada.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia impugnada y datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica destacamos: A) Que el demandante, ahora recurrente, nacido el 28 de agosto de 1.942, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social con afiliación n° 46/ 591.909/19, solicitó pensión de Jubilación de Reglamentos Comunitarios ante el INSS el día cinco de agosto de 2.002 al haber cumplido los sesenta años. B) Al demandante, que reunía según la legislación francesa 51 trimestres cotizados (cuarenta y ocho en el régimen general y dos en el régimen agrícola francés), le fue reconocida con efectos de 15 de enero de 2.003 una pensión de jubilación en dicho país con un montante de 72, 85 euros mensuales. C) Tras regresar a España trabajó y cotizó durante todos los períodos indicados en el hecho probado segundo, habiéndosele reconocido un subsidio de desempleo para mayores de 52 años con fecha de inicio 24 de febrero de 1.998 y finalización el 28 de agosto de 2.002 (2.877 días). D) Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de fecha (registro de salida) 5 de septiembre de 2.002 se acordó reconocer al actor, de conformidad con lo previsto en el artículo 45.1 del Reglamento 574 /72 de la CEE y con carácter provisional, prestación de jubilación conforme a los siguientes parámetros: efectos económicos: 29 de agosto de 2.002 base reguladora: 513,20 euros. Porcentaje por años de cotización: 68%. Coeficiente reductor por edad: 0,60. Porcentaje aplicable a la base reguladora: 40,80%. Base reguladora resultante: 209, 39 euros. Complemento a mínimos: 134, 48 euros. Total mensual: 343,87 euros. Para el cálculo de la base reguladora se tomó el periodo 1/08/87 a 31/07/2.002. E) El demandante prestó servicios, además, en Suiza siéndole reconocida con fecha 25 de enero de 2.002 una pensión por un periodo de 16 meses. F) En fecha cuatro de marzo de 2.008 formuló reclamación previa en solicitud de que por el Ente Gestor se procediera a efectuar un cálculo definitivo de su pensión teniendo en cuenta conjuntamente los períodos cotizados en España, en Francia y en Suiza y ello al entender que el porcentaje de pensión no era correcto debiendo tenerse en cuenta que acredita 43 años de cotización por lo que el porcentaje sobre la base reguladora se elevaría al 92%. G) El INSS emitió resolución en fecha (registro de salida) 24 de marzo de 2.008 poniendo de manifiesto al señor C. los siguientes aspectos: – “en el expediente de jubilación existe resolución definitiva de fecha 6/05/2.003. Ésta fue notificada en su momento y, caso de no haberla recibido, puede solicitar copia a esta Dirección Provincial -en fecha 10/09/ 2.002 se envió a Francia la comunicación de los períodos trabajados en España -la liquidación de la pensión española se ha llevado a cabo conforme dispone el artículo 46 del Reglamento Comunitario de Seguridad Social 1.408/71: Calculando el importe de la pensión teniendo en cuenta, únicamente, los períodos de seguro en

España; calculando la cuantía de la pensión totalizando los períodos cotizados en todos los estados miembros y aplicando a la pensión teórica la prorrata que correspondería de acuerdo con la proporción de días trabajados en España; eligiendo la pensión que tenga la cuantía más elevada de las resultantes en los cálculos anteriores.

3. Como subrayó la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2008 invocada en el recurso, “El nuevo artículo 47 del Reglamento, vigente desde entonces, contiene las “Disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones”, como norma específica para los supuestos que ahora se verá y así, se dice en el precepto que “1. Para el cálculo de la cuantía teórica y de la prorrata señalados en el apartado 2 del artículo 46, se aplicarán las reglas siguientes: a) Si la duración total de los períodos de seguro y de residencia cumplidos antes del hecho causante de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados es superior a la duración máxima exigida por la legislación de uno de esos Estados para obtener una prestación completa, la institución competente de este Estado tomará en consideración dicha duración máxima en vez de la duración total de dichos períodos. Este método de cálculo no podrá tener como efecto imponer a dicha institución la carga de una prestación de una cuantía superior a la de la prestación completa establecida en su legislación. Esta disposición no será válida para las prestaciones cuya cuantía no está en función de la duración de los períodos de seguro”. Es manifiesto que la interpretación del precepto ha de conducir, dada su claridad, al acogimiento de la pretensión del recurrente, en cuanto que no cabe aplicar a este caso el principio general de distribución ordinaria, sino que deberá serlo el específico, de manera que en aplicación de la misma, tal y como viene sosteniéndose por la doctrina científica, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la prorrata temporis, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de prorrata que le corresponde al trabajador migrante es superior, sin perjudicarlo por haber trabajado más años en el extranjero”. Como quiera que el artículo 46.1 del Reglamento CEE nº 1408/71, al referirse al supuesto en que reúnan las condiciones requeridas por la legislación de un Estado para tener derecho a las prestaciones, también tiene en cuenta para su aplicación lo dispuesto en el apartado 2 de dicho precepto, entendemos de aplicación al presente caso la doctrina jurisprudencial de referencia.

SEGUNDO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso (que desde luego no es ejemplo de claridad), para dar lugar también parcialmente a la pretensión ejercitada, condenando a la Entidad Gestora demandada a que proceda a calcular de nuevo el porcentaje por años de cotización de la pensión concedida teniendo en cuenta los períodos de cotización en Francia y Suiza (Acuerdo CEE y Estados miembros con Suiza) hasta alcanzar la duración máxima exigida para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.3 del Reglamento CEE 1408/1971 (“El interesado tendrá derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro afectado la prestación más elevada, determinada de acuerdo con lo dispuesto en los apartados 1 y 2, sin perjuicio, llegado el caso, de la aplicación de las cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación en virtud de la cual dicha prestación habrá de ser abonada. En tal caso, la comparación que ha de realizarse se refiere a las cuantías determinadas tras la aplicación de dichas cláusulas.”) para todo lo cual se ofrecerá en su caso al actor la opción correspondiente.

## **FALLO**

---

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don A.C.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia el día 17 de abril de 2009 en proceso de Seguridad Social seguido a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada debemos condenar como condenamos a la Entidad Gestora demandada a que proceda a calcular de nuevo el porcentaje por años de cotización de la pensión concedida teniendo en cuenta los períodos de cotización en Francia y Suiza hasta alcanzar la duración máxima exigida para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%, teniendo el recurrente derecho a percibir de la institución competente de cada Estado miembro afectado la prestación más elevada, sin perjuicio, llegado el caso, de la aplicación de las cláusulas de reducción, suspensión o supresión previstas por la legislación en virtud de la cual dicha prestación habrá de ser abonada, en cuyo caso la comparación se realizará respecto a las cuantías determinadas tras la aplicación de dichas cláusulas, para todo lo cual se ofrecerá en su caso al actor la opción correspondiente.



1318

**SENTENCIA** núm. 1.274, de 29 de abril de 2010

**MATERIA:** Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajador que solicita reducción de trabajo por cuidado de hijo menor, que le es concedido. Posteriormente, solicita trabajar en turno de mañana, petición concedida de nuevo por la empresa demandada. A partir de determinada fecha se le comunica al actor nuevas funciones y cambio de horario, entrando éste a formar parte de la rueda de turnos existente en la sección. El actor impugna la medida empresarial.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando nula la medida empresarial, declarando el derecho del actor a ser reintegrado en sus anteriores condiciones de trabajo.

**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No resulta ajustado a derecho el cambio que la empresa efectúa en la concreción horaria del trabajador, cuando ésta previamente le había concedido turno de mañana para cumplir con la guarda legal.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Diaz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora declaró nula la medida empresarial de 20-10-08 declarando el derecho del actor a ser reintegrado en sus anteriores condiciones de trabajo, en concreto en su anterior horario de 8:30 a 13:30 horas, interpone recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora, y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 191, a) de la Ley de Procedimiento Laboral, se interesa la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, interesando la nulidad del juicio por no haber quedado debidamente documentado por fallo del sistema de grabación, lo que ha producido error en la apreciación de la prueba, apreciándose infracción del artículo 187 de la LEC, habiéndose producido una irregularidad procesal que causa indefensión a las partes y no puede ser suplida por el contenido del Acta que levantó el Secretario Judicial. Motivo que no puede alcanzar éxito. El artículo 187.2 de la LEC dispone que cuando los medios de registro a que se refiere el apartado anterior no pudieran utilizarse por cualquier causa, la vista se documentará por medio de acta realizada por el Secretario Judicial, y en el presente caso por el Secretario Judicial se ha levantado la preceptiva acta que de forma sucinta recoge lo imprescindible del juicio de conformidad con lo exigido por el artículo 89.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, sin que conste se haya producido indefensión alguna a la parte recurrente ya que ésta ha podido alegar lo que a su derecho ha convenido en el ejercicio del derecho de defensa y replicar dialécticamente las posiciones contrarias, y siendo las pruebas propuestas la documental y la testifical, no siendo esta última eficaz a efectos revisorios y obrando en autos la documental no se aprecia que se le haya podido causar indefensión a la parte demandada.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende la supresión del hecho probado cuarto, bajo la alegación de que ninguna prueba sustenta la afirmación del hecho probado, pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito ya que no cabe alegación de inexistencia de pruebas demostrativas del hecho declarado probado siempre que exista un mínimo de actividad probatoria, lo que acontece en el presente supuesto. También se postula la revisión del ordinal quinto para el que propone se le dé la redacción que indica en su escrito de recurso, pero la variación fáctica no puede prosperar por cuanto no evidencia el error del juzgador, que ha de ser irrefutable, indiscutible y porque se ampara en documentos de cuyo contenido no resulta directamente sin necesidad de conjeturas ni hipótesis el que la Unidad estaba organizada en régimen de turnos, siendo el resto básicamente coincidente con lo que refleja el ordinal que se pretende modificar.

TERCERO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 37 apartados 5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, así como indebida aplicación del artículo 41 del E.T., alegando, en síntesis, que la cuestión debatida se ciñe, exclusivamente, en determinar el alcance del derecho que el artículo 37.6 del E.T. confiere al trabajador para concretar el horario de su jornada reducida que se le concedió para cuidado de su hijo menor, señalando que dicho precepto no puede suponer que el ac-

tor disponga de la posibilidad de alterar el régimen y sistema de turnos de la unidad a la que pertenece y que accedió por petición voluntaria, sin que pueda alcanzar a la elección permanente de turno pues ello afectaría a la capacidad organizativa de la empresa y a los derechos de terceros trabajadores. No se ha producido ninguna modificación organizativa y de condiciones de trabajo, sino que la pretensión actora es la que lleva a una verdadera alteración de las condiciones existentes en la Unidad. Por lo que interesa la estimación del recurso y la revocación de la sentencia recurrida.

Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que el actor solicitó en fecha 2-11-05 reducción de jornada para cuidado de hijo menor, realizando un turno de trabajo de 15 h. A 20 horas, y en el año 2006 interesó trabajar en turno de mañana con horario de 8:30 h a 13:30 horas, siéndole concedido por la empresa demandada. En fecha 19-2-2008 el demandante pasa a desempeñar funciones en "Asignación y Activación Bucle Y B a Este II". En fecha de julio de 2008 al actor se le comunica el cambio de horario, que tendrá efectos a partir del 20 de octubre de 2008, entrando a formar parte de la rueda de turnos existente en la sección, con el siguiente horario: turno mañana: 8:30 a 13:30 y turno de tarde de 14:30 a 19:30.

Partiendo de los precedentes hechos probados en los que se establece que el actor tenía reconocido por la empresa la reducción de jornada para cuidado de un hijo menor y que desde el año 2006 solicitó y la empresa le concedió trabajar en el turno de mañana, no resulta ajustado a derecho el cambio que la empresa efectúa en la concreción horaria del trabajo del actor cambiándole el turno de trabajo de mañana que se había establecido, por el nuevo horario y entrando a formar parte el demandante de la nueva ronda de turnos que se ha puesto en marcha en su sección a partir del 20 de octubre de 2008, por cuanto desde el 19-02-2008 en que el actor pasa a desempeñar funciones en "Asignación y Activación Bucle Y B a Este II" desempeña su trabajo en el turno de mañana en jornada reducida y así se lo había admitido la empresa, y conforme a nuestra legislación, artículo 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, corresponde al trabajador en los supuestos de guarda legal y asimilados, la concreción horaria de la reducción de jornada prevista en el apartado 5 del artículo 37 del E.T. y así lo ha considerado esta Sala, entre otras en su sentencia de 29-11-2005, por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada. Sin olvidar, a mayor abundamiento, que no se acredita causa alguna que justifique este cambio, siendo la propia empresa la que ya no permite que trabajadores voluntarios realicen el turno de tarde, como con valor fáctico se indica en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, ni se justifica por parte empresarial la necesidad del cambio de horario del actor y de su turno. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.



## **FALLO**

---

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de T.E. S.A.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón de fecha 3-6-09 en virtud de demanda formulada a instancias de D. V.C.M., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal. La parte recurrente abonará en concepto de honorarios de letrado a la parte recurrida la cantidad de 200 euros.

1319

**SENTENCIA núm. 1.306, de 4 de mayo de 2010**

**MATERIA.** Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora que presta servicios para agencia demandada. En un primer momento trabaja como becaria, formalizando posteriormente un contrato de duración determinada (eventual por circunstancias de la producción, si bien era para cubrir baja de otra trabajadora. Se le da de alta en la seguridad social y para cumplir su cometido utiliza material de la agencia. A partir de una determinada fecha, la agencia le indica que debe darse de alta en el régimen de autónomos y que debe utilizar su propio material. Además se produce una modificación en la forma de retribución. Ello le ocasiona una merma económica y unos gastos que ahora reclama, al haberse modificado sus condiciones laborales.

**JUZGADO:** Estima parcialmente la demanda declarando nula la decisión de la entidad demandada de modificar las condiciones de trabajo de la demandante, condenando a la misma al abono de determinada cantidad en concepto de indemnización.

**SALA:** Desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia. Considera ajustada a derecho y declara nula la decisión de la empresa demandada de modificar las condiciones de trabajo de la demandante.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Antonio Martínez Zamora.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia formula la Agencia X. demandada recurso, impugnado por la actora, en el que interesa que los hechos probados 3º,4º,5º,6º,7º,9º,10º y 12º queden con la redacción que propone, aquí por reproducida; a la que no se accede, pues bien se basan en prueba testifical, sin eficacia revisoria (3º,4º,7º,9º,10º), o bien no cita documento concreto o pericia, (3º,6º), o no resulta directamente, sin necesidad de conjeturar o razonamientos de los documentos que menciona (5º y 12º) y tampoco se indica la relevancia de dicha revisión fáctica ni se evidencia irrefutable error omisión trascendente en la fijación de los hechos probados que, tras la correspondiente valoración “en su conjunto de la prueba practicada” (f.j.1º) ha realizado el juzgador “a quo”.

SEGUNDO.- Denuncia el recurso infracción de los art. 1,8 9 ET y 1255 y 1281 C.C. porque entiende, en resumen, que la relación entre las partes no es laboral, al faltar las notas de dependencia y ajeneidad dadas las a circunstancias que mencione (no tiene horario, ni jornada laboral, ni obligación de asistencia, ni recibe instrucciones, ni trabaja en exclusiva para la demandada, ni retribución fija y periódica, está de alta en el RETA, etc); y al ser su relación mercantil no cabe apreciar la modificación sustancial invocada, ni aplicación de los arts. 41 ET y 138 LPL; y solicita sentencia absolutoria.

El motivo no debe prosperar, pues de los hechos probados claramente resulta que la actora ha venido prestando sus servicios para la Agencia X. SA. en Valencia desde el 1-7-04, inicialmente como redactora en virtud de una beca, con retribución fija de 480,81 Euros al mes y desde el 1-7-05 continuó realizando tareas de redactora, si bien figuraba como “colaboradora”, percibiendo retribución mensual, incluidas vacaciones y situaciones de IT, que en el último año fue de 1.101,11 Euros de media hasta el 31-3-09 (una cantidad fija al mes más otra por número de noticia, si bien se hacía coincidir esta para que la retribución fuera prácticamente la misma todos los meses). De 13-9-07 a 31-3-08 suscribió con la empresa contrato de duración determinada eventual por circunstancias de la producción, como redactora, con retribución de 2.462,53 Euros mensuales, si bien el contrato obedecía a la necesidad de sustituir a la redactora Sra. Q. por encontrarse ésta en situación de IT. Desde el inicio de la prestación se encargaba de cubrir, con otras dos personas, las noticias de las Cortes Valencianas, utilizando siempre material propiedad o del ámbito de disposición de la demandada, que se encarga de tramitar sus acreditaciones, poseyendo carné de prensa extendido a nombre de la Agencia; cuyo redactor jefe, todas las mañanas sobre las 9, le daba instrucciones sobre las previsiones objeto de cobertura, las normas de trabajo y las pautas de estilo las definía la Agencia. La demandante comunicaba el periodo de vacaciones que iba a disfrutar, si bien la empresa podía aconsejarle un periodo distinto. La Agencia X. le notificó el 20-1-09 escrito exigiéndole alta fiscal, y en el Régimen de autónomos; y el 31-3-09 la aplicación de un nuevo régimen de tarifas, por noticia cubierta (cuando hasta entonces percibía retribuciones fijas) y que debía ella procurarse sus propios medios de trabajo y sin recibir ya instrucciones de trabajo; y con ello, se han venido dando en esta relación las notas específicas de ajeneidad y dependencia que caracterizan el contrato de tra-

bajo y lo distinguen de otros similares (arrendamiento de servicios, ejecución de obra, sociedad). Concurriendo algunos de los indicios reveladores de la presencia de dichas notas (p. ej STS 22-7-2008), sin perjuicio de alguna peculiaridad derivada del tipo de trabajo que se realiza. Así, concurren, además de: A) la voluntariedad; que no se discute, B) la dependencia, en cuanto la actora se integra en el círculo rector y organicista de la empresa, en cuyo ámbito de organización (locales y medios propios de la Agencia o a su disposición) desempeñaba sus tareas, recibiendo instrucciones de aquella diariamente a través de su redactor jefe, lo que no excluía cierta flexibilidad en las prestaciones; horario, jornada, vacaciones; C) la ajeneidad, tanto de los frutos del trabajo, que se transfieren a la empresa desde el momento de su producción (o entrega de las noticias), como de los riesgos que esta asume respecto al resultado (interés, conveniencia de su publicación, asumiendo el empresario el posible beneficio o perjuicio) y D) la retribución por el trabajo prestado: cantidad fija al mes..., permitiendo además el art. 26.3 del E.T. la retribución por unidad de tiempo y por unidad de obra.

Como señala el fundamento jurídico tercero de la sentencia, las actuaciones de la empresa desde el 1-4-09 tratando de configurar la prestación de la actora como trabajo autónomo, suprimiendo retribución fija, medios materiales, instrucciones concretas y sistema de retribución, supone incumplimiento del contrato por parte de la empresa (con cita de los arts. 1091 y 1256 C.C.) y, modificación unilateral y sustancial de las condiciones de trabajo de aquélla, sin observancia de los requisitos del art. 41. ET; por lo que se considera conforme a derecho la decisión de acceder a la pretensión de la actora, declarar la nulidad de modificación operada y reintegrar a ésta en sus anteriores condiciones de trabajo, con más la indemnización de los perjuicios sufridos.

Procede en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Abogado del Estado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia de fecha 21 de septiembre de 2009 21 de septiembre de 2009 en virtud de demanda formulada D<sup>a</sup>. D.G.P., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida, imponiendo al recurrente que como costas, abone a la parte impugnante del recurso la cantidad de 300 Euros en concepto de honorarios de su Letrado.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y dése a las cantidades consignadas el destino legal una vez firme la presente sentencia.

## 1320

**SENTENCIA núm. 1.363, de 10 de mayo de 2010**

**MATERIA:** Invalidez: Contingencia. Trabajadora que sufre accidente de trabajo "in itinere". La actora causa baja con posterior incorporación al puesto de trabajo. Nuevamente causa baja por dolencias asimilares a la anterior situación pero ahora derivada de enfermedad común. Solicitud de declaración invalidez permanente total para ejercicio de profesión habitual derivada de accidente de trabajo.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando a la actora en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual de camarera, derivada de contingencia laboral con derecho a una pensión vitalicia.

**SALA:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No cabe atribuir al cuadro clínico actual las patologías sufridas en el anterior accidente de trabajo. No procede solicitar grado invalidante derivado de contingencia laboral sino de enfermedad común, por lo que la Sala desestima la demanda.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la pretensión actora de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo, interpone recurso de suplicación la parte demanda mutua F., siendo impugnado el recurso por la parte actora, la cual en su escrito de impugnación y con carácter previo a la impugnación del recurso de suplicación interpuesto alega que existen causas de inadmisibilidad del



mismo, en base a lo dispuesto en el artículo 198.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, por haber ya desestimado la Sala en el fondo otros recursos en supuestos sustancialmente iguales, pero atendido el contenido de las sentencias a las que alude la parte impugnante del recurso debe decaer esta alegación, por cuanto en modo alguno se aprecia que se trate de recursos en supuestos sustancialmente iguales.

En el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que al hecho probado tercero se le adicione el texto que indica en su escrito de recurso, a lo que no se puede acceder, por cuanto resulta intrascendente para cambiar el signo del fallo, ya que las dolencias que actualmente padece se encuentran recogidas en otro hecho probado y esta revisión fáctica en nada modifica las dolencias en función de las cuales le ha sido reconocida la invalidez.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social, en lugar del artículo 117, en relación con la Orden de 15/04/1969 y R.D. 1993/1995, en relación con el artículo 137 de la LGSS, de 20 de junio de 1994 y las sentencias del Tribunal Supremo que cita por entender que la contingencia rectora de la prestación solicitada por la trabajadora debe ser enfermedad común, alegando, en síntesis, que si en un procedimiento quedó firme, administrativamente como contingencia profesional la incapacidad temporal y vínculo a la contingencia de la incapacidad permanente al ser consecutivas, lo lógico, es aplicar el mismo silogismo aquí y si la incapacidad temporal ha quedado firme como común, igualmente la incapacidad permanente, y porque las dolencias más relevantes derivan de enfermedad común (problemas psicológicos y lumbares que afectan a la bipedestación y deambulación), porque por la patología cervical el Juzgado de lo Social nº 8 ya desestimó la demanda y no fue recurrida, siendo la entidad Gestora la que debe responder de la totalidad de la prestación por contingencia común, debiéndose determinar en confluencia simultánea de secuelas cual es la más importante y numerosa. Y si se impulsa una responsabilidad compartida debe hacerse responsable a cada entidad del tramo prestacional correspondiente, y la mutua respondió de la situación de incapacidad temporal y el alta no ocasionó secuelas, siendo la patología lumbar previa al accidente y no agravada por éste.

En el presente supuesto si bien en la sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de las de Valencia, de fecha 22-9-2006 se consideró que ambos procesos, el de incapacidad temporal y el de invalidez permanente que se sometía a su consideración surgido de la baja de 20 de diciembre de 2004 derivaba de accidente de trabajo in itinere, aunque no se acogiera el grado invalidante postulado, ello no conlleva a que la situación actual, de la que se pretende una invalidez permanente en el grado de total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo, tenga que considerarse que surge de la contingencia de accidente in itinere, por cuanto la nueva pretensión de grado invalidante nace de una nueva baja por enfermedad común de fecha 7 de diciembre de 2005 con el diagnóstico de “discopatias vertebral”, y en el momento de determinación de las dolencias, aunque el Juzgador de instancia sostiene que el cuadro clínico precedente y actual son el mismo, salvo la patología psíquica, y por ello considera que deriva la situación actual de accidente laboral, ello no es así, por cuanto las consecuencias limitantes de las dolencias no son las mismas, ya que las limitaciones en la precedente petición de grado invalidante consistían en limitación “para actividades que sobrecargue columna cervical y miembros superiores” y en la actualidad presenta “Limitación de la movilidad lumbar y cervical, limitación para la sobrecarga del raquis, limitación para la deambulacion y bipedestacion prolongadas”, lo que constituye un plus limitativo trascendente que desvirtúa la situación anterior y no permite establecer que estas nuevas limitaciones deriven exclusivamente del accidente in itinere sufrido por la actora, por lo que no cabe atribuir al mismo las consecuencias del nuevo cuadro clínico, donde confluyen diversas dolencias, sin que, por otro lado, se acredite que la mayor limitación derive de la patología cervical que se desencadenó por el accidente laboral. Y habiendo interesado la parte actora un grado invalidante derivado de contingencia laboral y no de enfermedad común, no procede entrar en el estudio del resto de motivos del recurso y debe desestimarse la demanda. Sin que tampoco incidan en el presente supuesto los documentos aportados por ambas partes recurrente e impugnante porque en nada modifican las dolencias que presenta la trabajadora, que es lo determinante para establecer el grado que se postula.

## FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la mutua F., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Once de los de Valencia, de fecha 30 de mayo de 2008, dictada en virtud de demanda interpuesta por Doña M.R.L.M., a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin



efecto y en su lugar con desestimación de la demanda debemos absolver y absolvemos a las partes demandadas.

Se decreta la devolución del depósito y de la consignación efectuada para recurrir.

Notifíquese la presente a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, con la advertencia de que quien no tenga la condición de trabajador, beneficiario del sistema público de la seguridad social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 300 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), cuenta número 4545, indicando la clave 35 y el número de procedimiento y el año. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá efectuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en la misma cuenta, con la clave 66. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

## 1321

**SENTENCIA núm. 1.391, de 11 de mayo de 2010**

**MATERIA:** Conflicto colectivo. Empresa dedicada a la actividad de fabricación del vidrio, siéndole de aplicación el convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas. Aplicación calendario laboral. Turno horario para los trabajadores de almacén. Falta de acuerdo. La empresa instaura de oficio nuevo turno para estos trabajadores. Carácter individual o colectivo de la modificación efectuada. Legitimación del comité de empresa para interponer demandada de conflicto colectivo.

**JUZGADO:** Desestimando las excepciones de inadecuación del procedimiento y de caducidad de la acción opuestas por la parte demandada y estimando la demanda, declara sin efecto la medida instaurada por la empresa del nuevo turno del personal sección almacén, reponiendo a todos los trabajadores de almacén a su situación anterior a tal modificación.

**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Se produce una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. No queda justificada la causa que motiva la modificación ni que haya habido una notificación formal por la empresa.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Guillermo Enrique Rodríguez Pastor.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que, estimando la demanda de conflicto colectivo, declaró sin efecto la medida instaurada por la empresa en el calendario laboral de 2009 consistente en la instauración en la sección de almacén del nuevo turno que va de lunes a domingo en mañanas y tardes, se formula el presente recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa demanda, siendo impugnado de contrario.

2. En un único motivo de recurso, con apoyo procesal en el art. 191 c) Ley Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción del art. 41.2 b) Estatuto de los Trabajadores. En esencia, se argumenta que no estamos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, por lo que el Comité de empresa no estaría legitimado para interponer la demanda de conflicto colectivo y habría una falta de adecuación de procedimiento.

3. De la inalterada, por no combatida, narración de hechos probados esta Sala de lo Social destaca lo siguiente: a) la empresa demandada, dedicada a la actividad de fabricación del vidrio para automóviles, se rige por el convenio colectivo de ámbito estatal para las industrias extractivas, industrias del vidrio, industrias cerámica y para las del comercio exclusivista de los mismos materiales; b) la empresa cuenta con 132 trabajadores; c) en el calendario laboral 2009, que la empresa implantó con efectos de 1-1-2009, la empresa introdujo el siguiente cambio en el sistema de trabajo en el almacén: a') antes los 12 operarios de almacén trabajaban de lunes a viernes en turnos de mañana, tarde y noche, existiendo un sistema rotatorio para cubrir sábados y domingos en horario de mañana únicamente. La media de fines de semana a cubrir eran 7 al año; b') ahora 6 trabajadores continúan con el anterior sistema de lunes a viernes en turnos de mañana, tarde y noche, y los otros 6 trabajan de lunes a domingo, mañana y tarde, con un 6-3 (6 días de trabajo y 3 de descanso), trabajando un total de 12 fines de semana al año; habiendo desaparecido el anterior sistema rotatorio para cubrir sábados y domingos, trabajando en fin

de semana sólo estos últimos 6 trabajadores (los que trabajan de lunes a domingo); d) durante las sucesivas reuniones entre la empresa y el Comité de empresa, la empresa expuso verbalmente a los miembros del Comité los motivos para el cambio de turnos.

4. La cuestión planteada en el presente recurso de suplicación se limita a determinar si la modificación llevada a cabo por la empresa demandada tiene el carácter de colectiva o individual y, en consecuencia, si el Comité de empresa estaba o no legitimado para interponer la demanda de conflicto colectivo a través del procedimiento de conflicto colectivo.

5. Los artículos 59 y 17 del convenio colectivo de aplicación señalan, por lo que aquí interesa que “Se entiende que es facultad privativa de las empresas organizar turnos de trabajo y sus relevos, así como cambiar aquéllos cuando lo crean necesario o conveniente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41 ET”; “Cuando concurren causas técnicas, económicas, organizativas o eventualidades productivas, previa consulta con la representación de los trabajadores/trabajadoras, las empresas podrán implantar temporal o indefinidamente un sistema de turnos con prestación de servicios de lunes a domingo o cuarto turno que afecte a toda o una parte de la plantilla”. Por su parte el artículo 41 ET ordena que “Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, otras las que afecten a las siguientes materias: b) horario; c) régimen de trabajo a turnos”. Las modificaciones pueden ser de carácter individual o colectivo. El carácter individual o colectivo de la modificación, como regla general, viene determinado por el origen individual o colectivo de la condición. Excepcionalmente, y únicamente a efectos del procedimiento a seguir por el empresario, no se consideran de carácter colectivo las modificaciones funcionales o de horario de trabajo cuando en empresas que ocupen entre 100 y 300 trabajadores la modificación afecta a un número de trabajadores inferior al 10% de la plantilla. La modificación sustancial de condiciones, individuales o colectivas, requiere que existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y que el empresario cumpla con el procedimiento de modificación previsto al efecto.

6. Aplicando esta normativa al caso traído ahora a nuestra consideración, el recurso se ve abocado al fracaso. Las razones que nos llevan a desestimar el recurso son las siguientes: a) la condición objeto de modificación es el “régimen de trabajo a turnos” y no el “horario”, como aduce la empresa demandada y recurrente, por lo que no resulta aplicable el párrafo cuarto del artículo 41.2 ET. En efecto, por un lado, unos trabajadores han pasado de realizar un sistema de trabajo a turnos de mañana tarde y noche de lunes a viernes a otro sistema de trabajo a turnos de mañana y tarde de lunes a domingo. Por otro lado, otros trabajadores siguen realizando un sistema de trabajo a turnos de mañana, tarde y noche de lunes a viernes, pero se les suprime el turno rotativo de fines de semana. La modificación de esta condición, que tiene un carácter u origen colectivo (párrafos cuarto y quinto del fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia), únicamente puede llevarse a cabo a través del procedimiento colectivo de modificación de condiciones (art. 41.4 ET), con independencia del número de trabajadores afectados; b) Al tratarse de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, para hacer efectiva la modificación, el empresario debió cumplir con los requisitos y procedimiento previstos en el artículo 41.1 y 4 ET. Si así se hubiera realizado, frente a la decisión empresarial hubiera cabido tanto una impugnación individual de cada trabajador afectado a través de la modalidad procesal prevista en el art. 138 LPL, como una impugnación colectiva de la representación legal o sindical de los trabajadores a través de la modalidad de conflicto colectivo (art. 41.4 ET en relación con los arts. 151 y ss. LPL). En ambos casos, la acción hubiera estado sujeta a un plazo de caducidad de 20 días (art. 59.4 ET; en la jurisprudencia, por todas, STS 28-4-1997, Rec. 4363/1996); c) sin embargo, en el presente caso, de los requisitos y procedimiento exigidos en el art. 41.1 y 4 ET únicamente consta que se ha cumplido con el trámite del período previo de consultas. En efecto, consta que la modificación se llevó a cabo en el marco de la elaboración anual del calendario laboral, en la que participó el comité de empresa, pero sin llegar a un acuerdo; en dichas reuniones la empresa expuso verbalmente a los miembros del Comité los motivos para el cambio de turnos. Por el contrario, no consta que se haya justificado la causa que motiva la modificación, ni que haya habido una notificación formal y por escrito de la medida adoptada con una antelación mínima de treinta días a la efectividad de la misma (párrafo quinto del fundamento de derecho de la sentencia de instancia); d) al tratarse de una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo, es claro que el Comité de empresa estaba legitimado para interponer la demanda de conflicto colectivo (arts. 41.4 ET y 152 LPL); pero, comoquiera que la empresa no cumplió con el procedimiento exigido, sin sujeción al plazo de caducidad de veinte días (STS 10-4-2000, Rec. 3646/1999); e) por todo lo expuesto, confirmamos que es ajustado a derecho el fallo de la sentencia de instancia que declaró “sin efecto la medida instaurada por la empresa en el calendario de 2009 consistente en la instauración en la sección de almacén del nuevo turno que va de lunes a domingo en mañanas y tardes, reponiendo a todos los trabajadores de almacén a su situación anterior a tal modificación”; f) a mayor abundamiento, cabe recordar que, como señalan la jurisprudencia y la doctrina judicial, el calendario laboral no es instrumento jurídico hábil para intro-

ducir modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo (STS 9-12-2003, Rec. 88/2003).

7. Corolario de todo lo expuesto es la desestimación del recurso de suplicación con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de la empresa AGC F.G.I. S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 9 de Valencia de fecha 4 de diciembre de 2009 en virtud de demanda formulada por D. C.C.L., D. J.S.M., D. A.H.R. y D. J.M.M. contra la empresa AGC F.G.I. S.A., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Notifíquese la presente a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, con la advertencia de que quien no tenga la condición de trabajador, beneficiario del sistema público de la seguridad social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 300 € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), cuenta número 4545, indicando la clave 35 y el número de procedimiento y el año. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá actuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en la misma cuenta, con la clave 66. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.

1322

**SENTENCIA núm. 1.397, de 11 de mayo de 2010**

**MATERIA:** Conflicto colectivo. Empresa a la que es de aplicación el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Valencia. Plus festivo para jornada laboral en día festivo. Acuerdo interno de empresa.

**JUZGADO:** Estima la demanda y declara que dentro de los conceptos o devengos salariales tenidos en cuenta para el cálculo de las pagas extraordinarias debe ser incluido el importe del "plus festivo o medio plus festivo" fijado en el acuerdo de empresa.

**SALA:** Desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia. No consta en el acuerdo privado de empresa la voluntad de exclusión del plus festivo.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Mediavilla Cruz.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte demanda la sentencia de instancia que estimando la demanda deducida por la Confederación X., declaró que "dentro de los conceptos o devengos salariales tenidos en cuenta para el cálculo de las pagas extraordinarias debe ser incluido el importe del plus festivo o medio plus festivo de aquellos trabajadores que lo venían percibiendo", siendo impugnado de contrario.

El recurso contiene dos motivos. En el primero, por el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se solicita la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, citándose expresamente la vulneración de los artículos 97.2 LPL y 24 de la Constitución, al considerar la recurrente, que la sentencia de instancia adolece de una insuficiencia de hechos probados.

El motivo se rechaza. En efecto, es reiterada la doctrina de esta Sala, mostrada, entre otras, en sus sentencias de 14-2-94, 22-2-94, 20-5-94 y las resolutorias de los recursos de suplicación nº 1636/04, 2532/07 y 300/08, en las que se establece que no están facultadas las partes para denunciar por la vía aquí escogida esa supuesta anomalía, como trasgresión de normas rectoras del procedimiento, sino que, amparándose en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral pueden solicitar las rectificaciones o adiciones que estimen convenientes en la premisa histórica, siempre con fundamento en pruebas documentales y periciales, y proponiendo la redacción de esos hechos como resultado de esa prueba, lo que en este caso ni si quiera se efectúa por la parte recurrente en el segundo y úl-

timo motivo del recurso, utilizando en este primer motivo una inadecuada vía procesal a tal fin.

SEGUNDO.- Seguidamente, en el correlativo motivo, al amparo del apartado c) del artículo 191 LPL se denuncia infracción por interpretación errónea del artículo 26.5 del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene el recurrente que la empresa y los representantes de los trabajadores pactaron el 14-06-07 un “Acuerdo Interno” que constituye un pacto colectivo extraestatutario que regula jornada laboral, vacaciones, licencias, horarios, categorías, etc.; así como una estructura salarial completa y diversa a la fijada en el Convenio Colectivo, remitiéndose al Convenio Colectivo únicamente para aquellas materias no reguladas en el Acuerdo Interno, siendo mas favorables en su conjunto las condiciones salariales del Acuerdo que el Convenio Colectivo, por lo que no procede la aplicación de éste, ya que no cabe acudir al espiguo, pues de aplicar el Convenio Colectivo las pagas extras se pagarían conforme a las tablas salariales del mismo y no conforme a las previstas en el Acuerdo interno, siendo además aplicable la compensación y absorción y la prohibición de concurrencia de convenios.

De los datos fácticos contenidos en la sentencia de instancia se desprende que en la empresa demandada, dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales el 14-06-07 se pactó entre la empresa y los representantes de los trabajadores, un Acuerdo, en cuyo artículo 6, que lleva por rúbrica: “Plus Festivo” se dice, “Queda establecido, a partir de la fecha de la firma del presente Acuerdo, en 27.04 euros por día festivo, y para los trabajadores que realicen menos de media jornada laboral en un día festivo se establece la cantidad de 15 euros. Para el año 2008 queda establecido (...), Para el año 2009 queda establecido (...)”, no incluyendo la empresa para el cálculo de las pagas extras el “plus festivo”, conteniendo el referido Acuerdo, una cláusula de remisión (cláusula final nº 48) que dice, “Con estos acuerdos refundidos, quedan sin vigor todos los acuerdos anteriores. En aquellas materias no reguladas en los presentes acuerdos se aplicará el Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Valencia”, el cual en su art. 8 prevé que las pagas extras de verano y navidad incluirán “el importe de una mensualidad de salario base, incrementado con el complemento salarial por antigüedad, primas y demás emolumentos que perciban por todo concepto salarial”, y el art. 9, que la paga de marzo incluirá, “el importe de una mensualidad de salario base, mas complementos salarial por antigüedad y demás devengos salariales”.

Pues bien, siendo que como se razona en la sentencia de instancia, en el Acuerdo de 14-06-07, no se prevé la forma de cálculo de las pagas extras, no se aprecia obstáculo alguno en aplicar, en cuanto a tal cálculo, la previsión normativa contenida en el Convenio Colectivo, conforme a la cláusula de remisión prevista en el Acuerdo, pues ello no implica acudir a la técnica del espiguo ni supone concurrencia de Convenios, sino a la aplicación del Convenio en materia no prevista en el Acuerdo, mediante una técnica de integración normativa regulada en el propio Acuerdo. En definitiva, no se trata de aplicar la compensación, sino que lo relevante es determinar si fue o no voluntad de las partes que suscribieron el Acuerdo de empresa, la de excluir en el cálculo de las pagas extras el plus festivo, y dado que no consta tal voluntad de exclusión como tampoco cual sea el sistema de cómputo de las pagas extraordinarias en el Acuerdo, deberá estarse, en cuanto a su determinación, a lo previsto en el Convenio, conforme a lo pactado en la cláusula de remisión del Acuerdo. Procediendo, en atención a lo expuesto, confirmar la sentencia de instancia, que así lo interpreto, y desestimar el recurso interpuesto. (En este mismo sentido, si bien referido a la vigencia del Acuerdo Interno de empresa de 7.11.05 y respecto de otro plus salarial, esta Sala, en sentencia de 19 de diciembre de 2007).

TERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 233.2 LPL, cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia en el presente proceso de conflicto colectivo.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A.F.S. SA. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Valencia y su provincia, de fecha 23 de octubre de 2009 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese la presente a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la unificación de doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, con la advertencia de que quien no tenga la condición de trabajador, beneficiario del sistema público de la seguridad social o no tenga reconocido el derecho de asistencia jurídica gratuita, deberá depositar la cantidad de 300<sup>00</sup> € en la cuenta que la Secretaría tiene abierta en el Banco Español de Crédito (Banesto), cuenta número 4545, indicando la clave 35 y el número de procedimiento y el año. Asimismo, de existir condena dineraria, deberá actuar en el mismo plazo la consignación correspondiente en la misma cuenta, con la clave 66. Transcurrido el término indicado, sin prepararse recurso, la presente sentencia será firme.