

Sentencia núm. 2.113, de 2 de julio de 2010

Materia: Declaración de invalidez. Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. Revisión grado de invalidez. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la Entidad Gestora de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La gravedad e intensidad de las dolencias le incapacitan para el ejercicio de cualquier actividad profesional, debiendo modificarse la base reguladora de acuerdo con la resolución del INSS.

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 tres motivos. Los dos primeros se formulan al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral a estos fines: A) Se revise el ordinal 5º del relato histórico del que ofrece esta redacción: “El actor presenta el siguiente cuadro clínico: -Estenosis de canal en L5, intervenida en junio de 2004 –Laminectomía completa de descompresión a nivel L4-L5-S1. –Lumbociatalgia crónica. Hernia epigástrica intervenida en 2007. –Implante de neuroestimulador epidural en abril de 2008. –Recolocación del generador doble electrodo estimulador medular. Tras la intervención en la que se le practicó la laminectomía de descompresión a nivel L4-L5-S1 por estenosis de canal el actor presenta lumbalgia con irradiación a ambos miembros inferiores y que no cede con tratamiento farmacológico. Que tras la realización de tratamientos epidurales seriados paliativos no se esperaba que mejoraran sus disestesias. En abril de 2007 fue intervenido de una hernia epigástrica. Que en abril de 2008 se practicó la electroestimulación medular por síndrome de Fracaso de Cirugía Discal, entendiendo el facultativo especialista que el período estimado de incapacidad para ejercer su profesión era “patología crónica orgánica e irreversible” y “permanente”. En junio de 2009 se le intervino de nuevo detallando el informe de alta que proviene de una Lumbociática crónica, por el síndrome de fracaso de Cirugía Discal lumbar y por dolor en el bolsillo subcutáneo donde se alberga el doble electrodo estimulador practicando recolocación en un plano más profundo del cuerpo”. B) Se añada un nuevo ordinal al relato histórico que diga: “El trabajador está afectado de un depresión ansiosa”.

2.La revisión fáctica propuesta no debe prosperar, pues además de ser en muchos aspectos redundante con lo declarado probado por la sentencia de instancia, se fundamenta en documentos ya tenidos en cuenta por el magistrado de instancia, por lo que se hace de aplicación la doctrina resumida por esta Sala por ejemplo en la sentencia recaída en el recurso 3408/06 acerca de que 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)”.

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 136 en relación con el 137.2, 143 y 145 de la Ley General de la Seguridad Social. Argumenta en síntesis que las dolencias que el actor sufre le hacen acreedor de la prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

2. Del relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) El demandante, nacido el día 21-03-1959 fue declarado en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de transportista por resolución del INSS de 4 de julio de 2001, por presentar hernia discal L5-S1 con lumbociatalgia izquierda y limitación para flexoextensiones del raquis lumbar y manejo/elevación de cargas. B) En fecha 16 de junio de 2008 el actor solicitó del INSS la revisión del grado invalidante que tenía reconocido, lo que dio lugar a la tramitación del correspondiente expediente administrativo en el que se emitió informe médico de síntesis y dictamen propuesta por el EVI el día 29-09-2008 en el sentido de que el trabajador debe continuar afecto de la incapacidad que tiene reconocida. En el referido dictamen propuesta se hace constar el siguiente cuadro clínico residual y limitaciones orgánicas y funcionales: “hernia discal L5-S1. Lumbalgia/lumbociatalgia izquierda”. C) El actor presenta clínica de lumbalgia crónica de años de evolución. La RM informa de estenosis de canal a nivel de L5. Fue intervenido quirúrgicamente en 1 de junio de 2004 practicándosele laminectomía completa de L5. Tras la intervención siguió presentando lumbalgia con irradiación a miembros inferiores y que no cede con tratamiento farmacológico. Desde diciembre de 2005 acude a Unidad Terapéutica del Dolor, diagnosticándosele síndrome doloroso tras cirugía lumbar (SFCL - síndrome de fracaso de cirugía lumbar). En abril de 2008 se le implantó neuroestimulador epidural, con buen resultado inicial en cuanto al control del dolor, y en junio de 2008 se procedió a la recolocación del generador en un plano más profundo.

3. La gravedad e intensidad de las dolencias que el actor sufre, entendemos le hacen acreedor de la situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, ya que solo haciendo alarde de un gran esfuerzo imaginativo cabría pensar en una actividad valorable económica y laboralmente a la que pudiera dedicarse, o utilizando las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1989 las dolencias indicadas “...inhabilitan a quien las sufre, para el ejercicio de una actividad laboral digna de tal nombre, salvo que ocurran las circunstancias extraordinarias de un intenso sacrificio por el trabajador... y un grado intenso de tolerancia por el empresario. En definitiva pues, no es posible que aquel desarrolle con un mínimo de normalidad, cualquier tarea, aunque la misma sea sedentaria y su desarrollo exija pequeños esfuerzos, pues siempre su realización se vería seriamente afectada por aquel cuadro patológico...” ya que sin perjuicio de la revisión que pudiera proceder(véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005 y 6 de junio de 2007), es patente que por el momento los dolores generalizados que padece le impiden no solo la realización de las tareas propias de su profesión habitual sino también las de cualquier otra. Si a ello añadimos que el INSS por

resolución de 30-11-09, reconoció al actor prestación de incapacidad permanente absoluta por agravación de sus dolencias por presentar “síndrome postlaminectomía” con efectos de 23-11-09, resolución cuya aportación por el trámite del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral fue admitida, deberemos concluir que siendo la dolencia que dio lugar a la revisión de grado de incapacidad permanente, sustancialmente la misma que determinó la solicitud del actor y ulterior proceso de instancia, la Sala concluye con la estimación de este motivo de recurso.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso, y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para conceder al actor la prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo al encontrar sus dolencias y limitaciones funcionales su adecuado encaje en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en su redacción originaria, por mor de lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª bis de la Ley mencionada al no haberse producido el desarrollo reglamentario previsto en la misma. La base reguladora será la de 1.248,29 € mes, de acuerdo con la resolución del INSS de 30 de noviembre de 2009, ala que antes se hizo referencia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don A.C.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de Valencia el día 17 de septiembre de 2009 en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del 100% de la base reguladora de 1.248,29€ mensuales con efectos de la solicitud de revisión de 16/6/20089 condenando al Instituto demandado a estar y pasar por tales declaraciones y a que abone al actor la prestación correspondiente.

1349

Sentencia núm. 2.134, de 6 de julio de 2010

Materia: Extinción de la relación laboral. Vulneración tutela judicial efectiva. Declaración de despido nulo. Readmisión e indemnización por daños morales.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando nulo el despido por vulneración del derecho de tutela judicial efectiva de la trabajadora.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El despido de la trabajadora no constituye una represalia al ejercicio de un derecho fundamental sino a un deterioro de las relaciones laborales entre la demandante y la empresa. Además, la empresa pone a disposición de la demandante una indemnización por despido improcedente, pudiendo haber optado pro la vía del despido disciplinario.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Lluch Corell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la empresa demandada, la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda presentada por doña A.A., declaró la nulidad de su despido por vulneración de su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de la indemnidad y la condenó no sólo a las consecuencias de tal declaración, readmisión de la trabajadora en su puesto de trabajo y abono de los salarios de tramitación, sino también a pagarle una indemnización de 6.329,95 euros en concepto de daño moral.

2. El recurso cuenta con dos motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, lo que supone que las partes están conformes con el relato de hechos probados que contiene la resolución recurrida, de los que esta Sala debe partir para la resolución del recurso. Lo que se denuncia en el primer motivo es la aplicación indebida de los artículos 55.5 del Estatuto de los Trabajadores –en lo sucesivo, ET- y 108.2 de la LPL, así como la infracción por inaplicación del artículo 56.2 del ET. Se combate en este motivo la declaración de nulidad del despido en base, esencialmente, a dos tipos de razonamientos: a) Se argumenta, en primer lugar, que en el presente caso no resulta de aplicación la garantía de indemnidad en la que se basa la sentencia de instancia para declarar la nulidad del despido, dado que la demanda presentada por la trabajadora contra la empresa el 2 de diciembre de 2008 no sólo fue desestimada, sino que además la sentencia le impuso una multa por temeridad, por lo que la naturaleza abusiva y desleal de la reclamación judicial no puede proteger contra una ulterior sanción; y b) que la propia sentencia recurrida reconoce la existencia de causas justificativas del despido de la actora del todo punto ajenas al ejercicio de acciones judiciales por su parte.

3. Planteada la cuestión en los términos indicados, hemos de comenzar señalando que este tribunal ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre supuestos semejantes al que se enjuicia en este procedimiento, en los que el despido del trabajador se fundamentaba en el previo ejercicio por su parte de acciones judiciales contra la empresa que no llegaron a prosperar. Al respecto podemos citar las sentencias de 12 de noviembre de 2003 (rs.3300/2003) y 21 de mayo de 2009 (rs.698/2009). Se razona en la primera de ellas lo siguiente: *“En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993, 14/1993, 54/1995). En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 e) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes". Pues bien, en el presente supuesto es la propia empresa la que expresamente manifiesta que lo que se está sancionando es la presentación por la demandante de una querrela contra su presidente y secretaria. Esto es, que lo que se reprocha a la actora no es otra cosa que el ejercicio por ella de una acción judicial contra la empresa demandada. Lo que en definitiva supone que se le está sancionando por el hecho de haber ejercitado un derecho con amparo en el artículo 24 del texto constitucional. Es cierto que la querrela resultó archivada, pero*

también lo es que en las resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción penal no se imputa a la actora haber procedido de mala fe o con abuso de derecho.... Por tanto, no observándose un uso abusivo del derecho por parte de la demandante al presentar la querrela contra el presidente y la secretaria de la cooperativa demandada, cabe concluir que la decisión tomada por ésta de expulsar a la demandante con causa en el ejercicio por ella de la acción penal, supone una violación del principio de indemnidad en el sentido en que ha sido expuesto, lo que conlleva a la declaración de nulidad del despido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.5 ET, y a la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia que así lo entendió”.

4. También en el supuesto que ahora enjuiciamos la primera causa de despido que se imputa a la trabajadora es la presentación de una “demanda ante los Juzgados de lo Social de Valencia en materia de Reclamación de Daños y Perjuicios – Vulneración de Derechos Fundamentales contra la mercantil C., SAU”; siendo precisamente la invocación de esta causa en la que se basa la sentencia de instancia para declarar la nulidad del despido. Pronunciamiento que, en principio, sería acorde con la doctrina de esta Sala expuesta en el apartado anterior. Ahora bien, es verdad que el presente supuesto concurre una particularidad en relación con los resueltos en las citadas sentencias de 12 de noviembre de 2003 y 21 de mayo de 2009 y es que la resolución del Juzgado de lo Social número 10 de los Valencia que enjuició la anterior reclamación de la trabajadora, no sólo desestimó la demanda presentada en materia de vulneración de derechos fundamentales, sino que, además, impuso a la demandante una sanción de 100€ al apreciar notoria temeridad, *“por no presentar ningún indicio de vulneración de derechos fundamentales y por rechazar las revisiones médicas a efectos de asignación de un turno fijo ofrecidas por la empresa”*. Esta resolución fue confirmada por sentencia de esta Sala de lo Social de 18 de septiembre de 2009 (rs.1670/2009); y aunque es cierto que en ella nada se razonó sobre la sanción por temeridad, ello se debió a que tal cuestión no fue objeto de recurso por parte de la trabajadora, lo que supuso que el pronunciamiento de instancia alcanzase firmeza con las consecuencias previstas en el artículo 222.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en virtud del cual, *“lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso, vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto”*. Partiendo de estos datos, la Sala entiende que la garantía de indemnidad no puede alcanzar a quien ha ejercido de forma temeraria acciones judiciales frente a la empresa. El artículo 7.2 del Código Civil dispone que la ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo, y no cabe duda que la temeridad en el ejercicio de la pretensión supone una manifestación de abuso de derecho y, en la misma medida, el quebrantamiento de la buena fe contractual que es un principio rector de las relaciones laborales. Así lo entendió también la empresa demandada al expresar que la decisión disciplinaria adoptada tenía por causa las *“injurias relatadas en la demanda”* lo que, a su entender, *“supone una violación de la obligación de lealtad que debe presidir la relación laboral”*.

5. Además tampoco se puede desconocer que en la carta de despido se imputaron otras dos faltas a la trabajadora: el control y fiscalización del trabajo de sus compañeros y el envío de un correo electrónico en que la demandante denunciaba haber sido amenazada por una compañera de trabajo. La propia sentencia recurrida admite que al menos una de esas conductas había quedado acreditada y podría haber justificado la imposición de una sanción, pero ello no obstante considera que *“tampoco podría cambiar el resultado del procedimiento el que se acreditara la concurrencia de otra causa*

que pudiera justificar el despido cuando ha quedado probado que la motivación fundamental de la empresa fue la situación creada por la demanda de la trabajadora”. Conclusión que esta Sala no comparte, pues imputándose varias causas de despido, la nulidad de una de ellas no impediría el examen y calificación de las restantes.

6. Así pues y a la vista de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, cabe concluir que el despido de la trabajadora no constituye una represalia por el ejercicio legítimo de un derecho fundamental, como es de acceso a los jueces y tribunales (art. 24 CE), sino que tiene su razón de ser en un deterioro de las relaciones de la demandante con su entorno de trabajo, de la que son manifestación la presentación de una demanda de tutela de derechos fundamentales sin respaldo probatorio alguno y la fiscalización del trabajo realizado por algunos de sus compañeros, llevado a cabo con vulneración de las normas internas de la empresa. En definitiva pues, no cabe realizar reproche alguno a la empresa que pudiendo defender en juicio la procedencia del despido disciplinario de la trabajadora, optó por reconocer la improcedencia y por poner a su disposición la indemnización correspondiente.

7. Las razones expuestas nos conducen a la estimación del primer motivo del recurso, por lo que resulta innecesario entrar en el examen del segundo en el que se combatía la existencia de daños morales que pudieran ser indemnizados. Por consiguiente, procede revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda que ha dado lugar al presente procedimiento judicial.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa C., S.A.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.14 de los de Valencia de fecha 22 de febrero de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de Dña. A.A.C.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

1350

Sentencia núm. 2.156, de 8 de julio de 2010

Materia: Prestación de viudedad: Reconocimiento. La demandante de la prestación ha convivido maritalmente con el causante de la misma, divorciado previamente, sin que conste que éste adoptara a los hijos de ésta ni que contrajeran matrimonio o se inscribieran como pareja de hecho. No

hay hijos comunes. Aplicación art. 173.4 LGSS y D.A. Tercera Ley 40/2007. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al instituto demandado de las pretensiones deducidas en su contra. La solicitante no cumple con ninguno de los preceptos legales que dan derecho a la prestación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Amparo Ballester Pastor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo de lo establecido en el art. 191. C LPL alega la parte recurrente infracción del art. 174.2 LGSS por considerar que el precepto aplicable al presente supuesto no es dicho precepto (que trata de las situaciones de separaciones y divorcios) sino el art. 174.3 LGSS (que hace referencia a las uniones de hecho). Ciertamente la situación ahora planteada encuentra cobijo en el art. 174.3 LGSS y no en el art. 174.2 LGSS porque la reclamación es presentada por parte de la compañera de hecho del fallecido, y no por parte de una anterior compañera de la que se encontrara separado o divorciado.

SEGUNDO.- Al amparo de lo establecido en el art. 191. C LPL alega la parte recurrente infracción del art. 174.3 LGSS por considerar que existía entre el fallecido y la recurrente una relación de afectividad análoga a la conyugal que justificaba la concesión de la pensión. Pero el motivo no puede prosperar. La literalidad del art. 174.3 LGSS es clara cuando establece lo siguiente: “A efectos de lo establecido en este apartado, 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. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante”. Así pues, el art. 174.3 requiere expresamente que la condición de pareja de hecho se acredite por medio de la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Incluso establece requisitos adicionales que deben concurrir en el registro o el documento público (existencia con una antelación superior a dos años al momento del fallecimiento). Puesto que ni la inscripción en el registro ni el documento público acreditativo existen en el presente caso no concurre uno de los requisitos establecidos en el art. 174.3 LGSS. No es relevante, por tanto, la existencia de la documentación a la que se refiere la parte recurrente para probar la existencia de mera convivencia (cartilla de afiliación a la seguridad social, volante de empadronamiento, cuentas bancarias etc...)

TERCERO.- Alega también la parte recurrente infracción de la DA tercera de la ley 40/2007 por considerar que cumple los requisitos para acceder a la pensión de viudedad extraordinaria establecida en este precepto, que literalmente establece lo siguiente: “Pensión de viudedad en supuestos especiales. Con carácter excepcional, se reconocerá derecho a la pensión de viudedad cuando, habiéndose producido el hecho causante con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, concurren las siguientes circunstancias: a) Que a la muerte del causante, reuniendo éste los requisitos de alta y cotización a que se refiere el apartado 1 del artículo 174 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, no se hubiera podido causar derecho a pensión de viudedad. b) Que el beneficiario hubiera mantenido convivencia ininterrumpida, como pareja de hecho en los términos establecidos en el primer inciso, párrafo cuarto, artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el artículo 5 de la presente Ley, con el causante, durante, al menos, los seis años anteriores al fallecimiento de éste. c) Que el causante y el beneficiario hubieran tenido hijos comunes. d) Que el beneficiario no tenga reconocido derecho a pensión contributiva de la Seguridad Social. e) Para acceder a la pensión regulada en la presente disposición, la correspondiente solicitud deberá ser presentada en el plazo improrrogable de los doce meses siguientes a la entrada en vigor de esta Ley. La pensión reconocida tendrá efectos económicos desde el día primero de 2007, siempre que se cumplan todos los requisitos previstos en esta disposición”. El juez de instancia consideró que no procedía la pensión conforme a lo establecido en este precepto porque no existían hijos comunes. La parte recurrente considera que hay error en la aplicación del derecho por parte del juzgador de instancia dado que, a su juicio, puesto que el fallecido no podía tener hijos por haberse sometido a una vasectomía, el requisito resultaba inaplicable. Resulta evidente que el motivo no merece prosperar porque es irrelevante la causa por la que dichos hijos comunes no existían. Es claro que la Disposición Adicional tercera de la ley 40/2007 ha querido establecer este requisito porque, de modo objetivo, evidencia la existencia de una responsabilidad que no corresponde a otras partes ajenas a la relación (progenitores reales) lo que, a juicio del legislador, justificaría la concesión de la pensión aunque el hecho causante se haya producido antes de la entrada en vigor de la ley en cuestión (esta es la razón de la DA tercera de la ley 40/2007). Por ello no es relevante tampoco en el presente caso que los hijos de la parte recurrente convivieran con ésta y el fallecido, en tanto en cuanto no consta que éste tuviera la condición de su padre, siquiera por adopción. Al respecto resulta necesario traer a colación lo establecido en el inalterado (y no recurrido) hecho probado tercero de la sentencia de instancia, en el que se recoge la existencia de una obligación por parte del padre de aquellos niños, casado y separado de la parte recurrente, de contribuir mensualmente a las cargas del matrimonio con treinta mil pesetas mensuales. En el recurso se menciona que nunca se abonó esta pensión compensatoria, pero este aspecto no consta en el relato de hechos probados y la parte recurrente no ha solicitado la revisión del mismo por el procedimiento establecido en el art. 191. b LPL.

Alega también la parte recurrente que la pensión de viudedad le debe ser reconocida para garantizar la aplicación del principio de igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución española. Pero tampoco el motivo merece prosperar: primero, si utilizamos como parámetro de referencia para la comparación la condición de los hijos (biológicos o no), como pretende la parte recurrente, dicha condición no concurre, siquiera por adopción, en el presente supuesto: no hay una diferencia de trato por razón de la filiación de los hijos porque las personas de referencia no tienen la condición de hijos; segundo, si utilizamos la naturaleza de la relación (unión de hecho) como

parámetro comparativo tampoco concurre atentado al principio de igualdad. Es aplicable al presente supuesto lo establecido, desde antiguo, por parte del Tribunal Constitucional, acerca de la validez del requisito de matrimonio para el acceso a la pensión de viudedad. Esta diferencia entre las uniones de hecho y las parejas por matrimonio, que rigió durante mucho tiempo en el sistema español de seguridad social, no vulneraba ni el derecho fundamental a la igualdad ante la ley, ni el mandato constitucional de protección de la familia, ni el derecho a las prestaciones de seguridad social en situaciones de necesidad, ni el libre desarrollo de la personalidad ni el principio de aconfesionalidad del Estado, ni la libertad ideológica y religiosa (por todas, STC 203/2005 de 10 de Mayo). Cuando la ley 40/2007 amplió el derecho a la pensión de viudedad a las uniones de hecho condicionándolo a que existiera inscripción en uno de los registros establecidos al efecto y admitiendo la posibilidad substitutiva de constancia en documento público no estaba constituyendo, pues, un requisito contrario al principio de igualdad ante la ley, sino un mecanismo de control de efectividad de la relación que era razonable y que no implicaba ningún atentado a derechos fundamentales como, según había establecido el Tribunal Constitucional, tampoco lo suponía el antiguo requisito de existencia de matrimonio. Ni siquiera tras la sentencia de 8 de Diciembre de 2009 del TEDH acerca de la validez de la boda gitana como equivalente al matrimonio a efectos de reconocimiento de la pensión de viudedad en España es posible entender que cabe, en el presente supuesto, ampliar el derecho a la pensión a las uniones de hecho no registradas. Y ello porque la STEDH tiene dos características que no concurren en el presente caso: primero, el principio aplicado en la STEDH es el de no discriminación por razones étnicas, no el principio de igualdad entre uniones de hecho y uniones matrimoniales; y, segundo, en el caso planteado ante el TEDH los miembros de la pareja creyeron de buena fe que su matrimonio, celebrado por el rito gitano, era legal a todos los efectos, a lo que contribuyó la existencia de documentos oficiales en los que se les atribuía la condición de esposos. Por ello no podía exigírseles la obligación de haber regularizado su situación por alguno de los mecanismos establecidos en derecho. Pero esta situación no concurre en el supuesto que da lugar al presente recurso puesto que su situación está expresamente prevista en el art. 174.3 LGSS.

CUARTO.- Alega la parte recurrente que concurre la situación de pareja de hecho y la existencia de hijos comunes, por lo que procede el reconocimiento de la pensión de viudedad. Pero el motivo no puede prosperar porque dichos requisitos no concurren, tal y como se acaba de exponer.

QUINTO. Alega la parte recurrente infracción del art. 4.1 del código civil por considerar que procede la aplicación de la analogía al presente supuesto. Pero tampoco este motivo puede prosperar porque la aplicación de la analogía requiere la inexistencia de norma aplicable. En el presente caso no es que no exista norma aplicable: la misma existe (el art. 174.3 LGSS) pero no se cumplen los requisitos establecidos para acceder al derecho a la pensión de viudedad.

SEXTO. La parte recurrente considera que ha concurrido, en la interpretación del juez de instancia, infracción de jurisprudencia. Pero tampoco este motivo merece prosperar por las siguientes razones: a) con relación a la sentencia del juzgado de lo social nº 13 de Madrid, porque no constituye jurisprudencia. Pero aunque fuera así, en la misma no se llega a la conclusión que la parte recurrente pretende, puesto que en la misma literalmente se establece “Este requisito del vínculo conyugal se cumple cuando una pareja se encuentra inscrita en un Registro Oficial de Parejas de Hecho”; b) con relación a la STS de 16 de Diciembre de 1996 porque las referencias que realiza a las uniones de hecho no guardan relación con la pensión de viudedad; c) en la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de febrero de 1993, porque hace referencia a un tema extralaboral, totalmente desconectado de la acción protectora de la seguridad social, como es el de los derechos de los arrendatarios; d) en la sentencia del TS de 18 de Mayo de 1992, por cuanto la analogía a la que hace referencia con relación a las uniones de hecho se refiere a un supuesto extralaboral en el que no existe regulación, lo que no concurre en el presente supuesto. Por todo lo expuesto, procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por Doña E.B.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia y su provincia de fecha 18 de septiembre de 2009; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

1351

Sentencia núm. 2198, de 13 de julio de 2010

Materia: Despido. Trabajadora con sucesivos contratos de trabajo temporal en su modalidad para obra o servicio determinado. La actora solicita a la demandada situación de excedencia voluntaria por un año, la cual le es concedida. Solicita prórroga de la misma por seis meses, la cual le es denegada porque a partir de determinada fecha causaría baja en la empresa al finalizar los trabajos propios de su categoría y especialidad. Extinción relación laboral. Solicitud declaración despido improcedente. Cálculo de indemnización. Cómputo tiempo de trabajo. Aplicación doctrina unidad esencial del vínculo laboral.

Juzgado: Desestimando las excepciones de inadecuación del procedimiento y falta de acción alegadas por la demandada y estimando la demanda de la actora, declara improcedente el despido de la misma, condenando a la empresa a la readmisión de la trabajadora o a la indemnización correspondiente.

Sala: Estima parcialmente los recursos interpuestos por ambas partes y revoca la sentencia recurrida en el sentido de fijar la indemnización devengada por despido improcedente en

determinada cantidad, manteniendo el resto de los pronunciamientos de instancia.
Ponente: Ilma. Sra. D^a. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Diecisiete de los de Valencia que declara despido improcedente la comunicación empresarial de finalización del contrato de trabajo, recurren en suplicación ambas partes que a su vez impugnan el recurso interpuesto de contrario.

Por razones de índole lógica primero analizaremos las revisiones fácticas de ambos recursos a fin de determinar la declaración de hechos probados que ha de ser tenida en cuenta para dilucidar las denuncias jurídicas deducidas por ambas partes, examinando conjuntamente aquellas cuestiones destinadas al examen del derecho aplicado que tengan relación por incidir en un mismo aspecto.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso de la empresa demandada que se introduce por el cauce del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), se propone la modificación del hecho probado primero para que suprima del mismo la mención al salario que debería percibir la actora y que se cifra en 2.164,13 euros mensuales incluida la prorrata de pagas extraordinarias y en su lugar se haga constar que el salario percibido por la demandante asciende a 2.025,49 euros mensuales incluida la prorrata de pagas extraordinarias.

La modificación postulada se apoya en el documento obrante al folio 163 que es la hoja de salarios de la demandante correspondiente al mes de junio de 2008 que es el último mes trabajado por la misma, y aun cuando del indicado documento se desprende el salario percibido por la demandante en los términos que postula la empresa, no puede prosperar la modificación solicitada por ser intrascendente para modificar la cuantía de la indemnización y de los salarios de trámite devengados, en su caso, por el despido improcedente de la demandante, habida cuenta que el salario relevante a estos efectos es el que debería percibir la demandante de acuerdo a las normas legales y convencionales si el mismo es superior al que efectivamente percibe, sin que se haga cuestión por la empresa demandada de que el salario que se recoge en el hecho probado primero es el que se deriva del Convenio Colectivo aplicable que es el Convenio Colectivo Nacional de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos. En este punto no está de más recordar lo manifestado en la sentencia de nuestro Alto Tribunal de 10 de Julio del 2007 (ROJ: STS 5608/2007) Recurso: 3488/2005 que indica “que la doctrina de la Sala (sentencias de 7 diciembre 1990 y 3 enero 1991) ha establecido que «el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es «en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley ...una reclamación inadecuada». En

la misma línea, la sentencia de 12 abril 1993 reiteró que solamente en el proceso de despido puede discutirse la cuantía de la retribución que ha de tomarse en cuenta para establecer la indemnización y los salarios de tramitación, que no pueden reclamarse en proceso posterior. Es cierto que en algunos casos esta doctrina se ha establecido en supuestos, en los que se habían producido reducciones unilaterales del salario antes del cese o del ejercicio de la acción resolutoria del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores. Pero se trata de un dato accidental, porque, como ya se ha dicho, lo que se plantea aquí es un problema estrictamente procesal en orden a determinar el alcance de la regla del artículo 27.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y lo que se establece es que no es acción distinta de la propia del despido la fijación de los datos sobre los que deben determinarse las indemnizaciones que han de reconocerse en ese proceso cuando es estimada la pretensión del trabajador. Este criterio se ha reiterado en sentencias posteriores, entre las que pueden citarse las 8 de junio de 1998 y 21 de septiembre del mismo año y 27 de marzo de 2000; estas últimas destacando la falta de contenido casacional de una pretensión impugnatoria que mantenía que había que estarse en la determinación de la indemnización al salario percibido en el momento del despido, sin poder plantear en el proceso de despido el cálculo de las indemnizaciones en función del salario que debió percibir el trabajador. Así lo declara también el auto de 14 de enero de 1999, para el que es ya doctrina unificada que «el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia."

TERCERO.- En el primer motivo del recurso de la parte actora que también se incardina en el apartado b del art. 191 de la LPL se insta la modificación de los hechos probados primero y tercero de la resolución recurrida.

La modificación del hecho probado primero se ciñe a la determinación de la fecha de antigüedad en la prestación de servicios de la demandante para la empresa demandada, ostentando la categoría profesional de Titulado Superior. Postula la defensa de la parte actora que dicha antigüedad se fije en el 24/04/2003 en lugar de en el 9/12/04 que indica la sentencia de instancia. Dicha modificación se ampara en el contrato de trabajo para obra o servicio determinado suscrito el 24/04/03 aportado como documento nº 1 (en realidad es el que figura como nº 6) en la pieza documental de la parte actora y la misma no puede prosperar por cuanto que dicho contrato recoge como categoría profesional de la demandante la de oficial 2ª administrativa, tal y como por lo demás se refleja en el hecho probado segundo primer párrafo de la sentencia de instancia.

La siguiente modificación postulada por la demandante atañe al hecho probado tercero en el que se hace constar que la demandada ha venido prestando servicios de asistencia técnica a la Confederación hidrográfica del Júcar en virtud de sucesivas órdenes de encargo que obran en la documental de la demandada y se dan por reproducidas en aras a la brevedad. En su lugar postula la defensa de la actora que se haga constar que “La demandante ha venido prestando servicios de tramitación de expedientes en el proyecto “Asistencia Técnica para la colaboración en la implantación del sistema Alberca y Coordinación de las asistencias técnicas de Alberca en la Comisaría de Aguas de la Confederación Hidrográfica del Júcar.”

Para esta modificación la demandante se ampara en que la sentencia de instancia ha cometido un error por aludir a la demandada en lugar de referirse a la demandante que según la recurrente es a la que en realidad se quería hacer mención y a partir de ahí y del examen de los documentos obrantes a los folios 204, 209 a 211, 213 a 215 y 216 a 219 concluye que las funciones de la actora son las que se reflejaban en el hecho quinto de la demanda. No puede prosperar la modificación instada porque de los anteriores documentos no se desprende el primero de los errores denunciados y que, según la recurrente, es que la Magistrada de instancia quería aludir en el hecho probado tercero a la prestación de servicios llevada a cabo por la demandante en lugar de reflejar la prestación de asistencia técnica de la demandada a la Confederación Hidrográfica del Júcar y como dicho error no se constata, siendo el mismo la premisa necesaria para que pudiera prosperar el resto de la redacción postulada por la recurrente, se ha de desestimar íntegramente la misma.

CUARTO.- A continuación, procede examinar el segundo motivo del recurso formulado por la empresa demandada que se formula al amparo de lo instituido en el apartado c del art. 191 de la LPL por cuanto que en él se combate la existencia del despido de que ha sido objeto la demandante. En este motivo se imputa a la sentencia del Juzgado la infracción por aplicación indebida del art. 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los apartados 1, 2 y 5 del art. 46 de la misma norma legal.

Tras criticar que la Magistrada de instancia no haya valorado las alegaciones de la empresa demandada sobre la inexistencia del despido de la actora por el mero hecho de que la empresa en el acto de conciliación administrativa reconociese la improcedencia de dicho despido y ofreciese la indemnización, se niega la existencia del indicado despido por entender que si la actora tenía suspendido el contrato de trabajo el mismo no estaba vivo y no era susceptible de extinguirse, por lo que tampoco cabía pronunciarse acerca de un despido, señalándose asimismo que la actora no pidió la readmisión sino que solicitó una prórroga de la excedencia lo que abunda, según la defensa de la demandada, en la consideración de que no existió despido.

La censura expuesta no puede prosperar por cuanto que del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se desprende que la actora en fecha 27-6-08 solicitó a la demandada la excedencia voluntaria por un año con efectos de 11-7-08 que le fue concedida y que en fecha 5-6-09 solicitó prórroga de excedencia voluntaria por otros seis meses, contestando la demandada por escrito de 10-6-09 que no se le concedía porque el 30-6-09 causaría baja en la empresa por finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro de la obra/servicio para la que fue contratada; asimismo, por escrito de fecha 15-6-09, la demandada comunicó a la actora que el 30-06-09 causaría baja en la empresa por finalización de los trabajos propios de su categoría y especialidad dentro de la obra/servicio para la que fue contratada. De los anteriores datos se constata que hubo una comunicación empresarial sobre finalización de la relación laboral de la demandante y la misma se puede impugnar como un despido, así lo establece una consolidada doctrina jurisprudencial de la que se hace eco ya la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre del 1993 (ROJ: STS 12981/1993), Recurso: 1145/1993 y según la cual “La expresión despido no debe entenderse exclusivamente referida al que tenga origen disciplinario, ya que su significado también comprende cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aun fundado en causa ajena a su incumplimiento contractual, grave o culpable. El

despido, pues, constituye concepto genérico, diversificable, por razón de su causa, en especies distintas. Es cierto que el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, al enunciar las causas de extinción, utiliza la voz despido con relación al disciplinario, sin emplearla cuando menciona otras que también derivan de la unilateral voluntad de la empresa, pero fundadas en otras causas. Mas ello no significa que los ceses que por estas otras causas se impongan no manifiesten despido; así lo pone de relieve el propio Estatuto de los Trabajadores, que, en su artículo 52, relativo a la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, hace alusión al trabajador despedido. A igual conclusión conduce el Convenio núm. 158 de la OIT, ratificado por España y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 29 de junio de 1985, referido a la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, en el que, al exigir concurrencia de causa justificativa, refiere estas a la capacidad del trabajador, a su conducta o a las necesidades de funcionamiento de la empresa.”

Además, conviene indicar que no obsta a la conclusión expuesta que la actora se encontrase en situación de excedencia voluntaria ya que en dicha situación el trabajador excedente conserva un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o superior categoría a la suya que hubiera o se produjera en la empresa (art. 46.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y si la empresa comunica a la actora la finalización de su contrato, es evidente que le está negando su derecho preferente al reingreso una vez haya terminado el plazo de duración de la excedencia por lo que la misma puede accionar por despido contra dicha finalización. Por último cabe señalar, en consonancia con lo manifestado por el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de Enero del 2010 (ROJ: STS 619/2010), Recurso: 2347/2008 que “el plazo mínimo legal de la excedencia voluntaria común ha de ser "no menor a dos años " (art. 46.5 ET), por lo que se puede cuestionar incluso que nos hallemos ante una excedencia voluntaria propiamente dicha, y no ante una suspensión del contrato de trabajo por voluntad conjunta de los contratantes” y por consiguiente si se considera que el contrato de trabajo está suspendido, el mismo es susceptible de ser extinguido ya que durante la suspensión del contrato de trabajo subsiste el vínculo contractual aunque se exonere de las obligaciones de prestar servicios y remunerar el trabajo (art. 45 .2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

QUINTO.- En el tercer motivo del recurso de la empresa demandada, así como en el segundo de la parte actora, interpuestos ambos al amparo del apartado c del art. 191 de la LPL, se discute la cuantía de la indemnización devengada por el despido improcedente de la demandante, además también se impugna por la parte demandada el importe de los salarios de tramitación.

Imputa la defensa de la empresa demandada a la sentencia del Juzgado la infracción del art. 56.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 110 de la LPL, relativos ambos a la indemnización a abonar en caso de declaración de despido improcedente y salarios de tramitación ya que entiende que para el cálculo de dicha indemnización no debe computarse el tiempo en que la demandante ha disfrutado de la excedencia voluntaria, así como que el salario que ha de servir de módulo para la indemnización y para los salarios de tramitación debe ser el percibido por la demandante y no el que debió percibir conforme a la norma convencional de aplicación.

Por su parte la defensa de la parte actora denuncia la infracción del art. 56.1 a de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de los arts. 6.4 del Código Civil y 15.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores al considerar que la sentencia del Juzgado debió computar como años de servicios el transcurrido desde el inicio del primero de los contratos de trabajo suscritos entre las partes al existir homogeneidad de la prestación y fraude de ley en la contratación.

Al no haber prosperado la revisión fáctica que respecto al salario postulaba la empresa demandada por las razones que antes se expusieron y que se tienen aquí por reproducidas, tampoco puede alcanzar éxito la modificación de la indemnización y de los salarios de tramitación que propugna la empresa demandada en atención a la referida modificación del importe del salario, en cambio si que ha de prosperar la exclusión del período en que la demandante disfrutó de excedencia voluntaria de modo que el mismo no se compute como tiempo de prestación de servicios para el cálculo de la indemnización habida cuenta que en efecto durante la excedencia voluntaria no existe prestación de servicios (art. 45.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

Por otra parte, y en relación con el recurso de la parte actora, se ha de decir que procede computar para el cálculo de la indemnización devengada por el despido improcedente el tiempo de prestación de servicios que se remonta al primero de los contratos de trabajo suscritos entre las partes aun cuando en los dos primeros de los referidos contratos conste como categoría profesional de la actora la de oficial de 2ª administrativa, mientras que en los siguientes contratos se hace constar la de Licenciado en Derecho ya que la modificación de la categoría profesional de la demandante, en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia, no evidencia por si sola la ruptura de la unidad esencial del vínculo laboral que según la doctrina jurisprudencial es lo relevante a efectos de determinar la antigüedad en la prestación de servicios, conclusión ésta que además se ve reafirmada por el hecho de que no exista solución de continuidad entre los sucesivos contratos de trabajo en virtud de los cuales se articuló la relación laboral de la demandante. No está de más recordar lo manifestado por la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de Febrero del 2009 (ROJ: STS 1062/2009), Recurso: 3256/2007 y según la cual “se ha consolidado la doctrina que establece "que en supuestos de sucesión de contratos temporales, si existe unidad esencial del vínculo laboral, se computa la totalidad de la contratación para el cálculo de la indemnización por despido improcedente, ha sido seguida por las Sentencias ya más recientes de 29 de septiembre de 1999 (rec. 4936/1998); 15 de febrero de 2000 (rec. 2554/1999); 15 de noviembre de 2000 (rec. 663/2000); 18 de septiembre de 2001 (rec. 4007/2000); 27 de julio de 2002 (rec. 2087/2001) 19 de abril de 2005 (rec. 805/2004) y 4 de julio de 2006 (rec. 1077/2005), y si bien en varias de estas resoluciones la Sala ha tenido en cuenta como plazo interruptivo máximo el de los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido, también ha señalado que cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos. Así, por ejemplo, se ha computado la totalidad de la contratación, a pesar de la existencia de una interrupción superior a 20 días, en los supuestos resueltos por las sentencias de 10 de abril de 1995 (rec. 546/1994) y 10 de diciembre de 1999 (rec. 1496 /1999), con interrupción de 30 días, y de coincidencia con el período vacacional en el auto de 10 de abril de 2002 (rec. 3265/2001).

Por otra parte, como se establece en algunas de estas sentencias -y conviene recordar aunque en el supuesto aquí enjuiciado no consta- que es igualmente doctrina de la Sala la de que tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del

cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos".

En apoyo de esta solución se ha dicho, igualmente, que "En esta línea, conviene hacer referencia a la Sentencia de 4 de julio de 2006, Caso Adeneler, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se declara que "la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco (Europeo) sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional.....que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos.....los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales"; sentencia que sin duda avala la solución que se da al presente caso".

La aplicación de la doctrina sobre la "unidad esencial del vínculo laboral" al caso de autos conlleva como ya se adelantó antes la estimación del recurso interpuesto por la parte actora si bien excluyendo el período de tiempo en que la demandante disfrutó de excedencia voluntaria, de modo que la indemnización devengada por la parte actora se ha de cifrar en el importe de 17.040,71 euros que resulta de multiplicar el salario diario con inclusión de partes proporcionales de pagas extraordinarias que asciende a 72,13 euros por 236,25 días que son los que corresponden a la antigüedad de la actora en la prestación de servicios para la demandada y que se extiende a 5 años y tres meses (del 24-04-2003 al 11-7-08).

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos parcialmente los recursos de suplicación interpuestos, respectivamente, en nombre de la empresa T.S.A., S.A., y Dª. Mª N.S.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Diecisiete de los de Valencia y su provincia, de fecha 20 de noviembre de 2009 y revocamos la sentencia recurrida en el sentido de fijar la indemnización devengada por el despido improcedente de la actora en la cantidad de 17.040,71 euros, manteniendo el resto de los pronunciamientos de instancia.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 2.292, de 20 de julio de 2010

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa dedicada al servicio de estiba y desestiba de buques. Durante cierto tiempo viene desarrollando funciones de supervisor por la cual cobra una serie de complementos. La empresa incorpora un nuevo trabajador, modificándose los turnos de trabajo y el sistema retributivo. El actor reclama diferencias salariales al no cobrar determinada cantidad en concepto de asignación complementaria.

Juzgado: Estima en parte la demanda condenando a la empresa demandada a abonar al actor determinada cantidad por los conceptos y periodos reclamados en la demanda.

Sala: Estima el recurso de la parte demandada revocando la sentencia de instancia. La cantidad solicitada en la instancia obedecía a un incremento de horas trabajadas establecidas en convenio colectivo. Puesto que ahora ese incremento no se produce al haberse contratado a un nuevo trabajador, carece de sentido la asignación complementaria si bien el actor sigue percibiendo el complemento correspondiente a nocturnidad, festividad y turnicidad.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Montero Aroca.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima en parte la demanda y contra la misma se alzan las dos partes, cada una con su correspondiente recurso de suplicación que es impugnado por la contraria. En atención a las fechas de interposición de los recursos iniciaremos su examen por el de la parte actora, aunque sólo en lo contenido relativo a la revisión de los hechos declarados probados.

Con cita de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral se formula un primer motivo para el que se dice que se pretende la revisión del hecho segundo de los declarados probados, pero es el caso que luego, en el desarrollo del mismo no se alude al o los documentos que pongan de manifiesto el error evidente del juzgador de instancia. En efecto:

a) Después de una larga exposición en el escrito de interposición del recurso se finaliza este motivo pretendiendo que se modifique el hecho probado segundo como sigue: “Por su consecuencia (se entiende de toda la larga exposición anterior), la empresa ha venido retribuyendo al actor con un complemento salarial denominado asignación complementaria cuyo importe mensual asciende en 2008 a 2.371’48 €, no siendo compensatorio de jornada, nocturnidad, turnos ni trabajo en festivos”.

En sí misma esta modificación no sería admisible por cuanto en lo referido a la cantidad del complemento ya está incluida en el hecho probado tercero, y no es preciso que se repita en el segundo, y respecto del sentido del complemento se trataría bien de una cuestión jurídica, bien de predefinir el fallo.

b) Pero es que, sobre todo en el motivo se alude a la prueba testifical y, además, se hace una larga exposición sobre trabajo a turno rodado que no se refiere propiamente al hecho que quiere modificar. De otra manera podría decirse que toda esa argumentación, que no se pide que se incluya como hecho probado, no es algo que se desprenda de un documento determinado, sino que está exigiendo una ardua argumentación.

De este modo el motivo no puede estimarse porque en el desarrollo del mismo no se respetan los requisitos propios de un recurso de suplicación que, como es sobradamente conocido, no es un recurso ordinario, sino otro de naturaleza extraordinaria. El motivo de revisión de los hechos declarados probados requiere que se indique con concreción el hecho probado cuya modificación o adición se pretende, se ofrezca un texto alternativo, también de modo muy concreto, y por fin se indique el documento o prueba pericial que pone en evidencia el error fáctico cometido por el juzgador de instancia. A partir de estos requisitos mínimos se debe entrar luego en el examen de la naturaleza del documento alegado y en otros requisitos de detalle.

SEGUNDO.- Debe estarse seguidamente al recurso interpuesto por la parte demandada y en los motivos atinentes a la revisión de los hechos declarados probados, en los que con cita de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral se pretende:

a) Revisión del hecho probado segundo para que en el mismo realmente se sustituya el último párrafo para que en el que se diga: “La jornada que realizaba el actor con el anterior sistema de trabajo y anterior sistema retributivo era de 1964 horas y la jornada establecida en el Convenio Colectivo vigente y que actualmente realiza el trabajador es de 1630 horas efectivas al año (artículo 20)”.

El extremo de interés en esta revisión es el referido a la jornada en cómputo anual que realiza el actor en el año 2008 y el motivo debe estimarse porque, efectivamente, los documentos obrantes a los folios 139 a 141, acreditan esa jornada en 1630 horas.

b) Revisión del hecho probado cuarto para que al mismo se añada este apartado: “El trabajo que con anterioridad realizaban 4 supervisores, actualmente es desempeñado por 5 trabajadores”.

El motivo debe también estimarse pues no dudoso que de los documentos citados por la parte se desprende claramente que los supervisores pasaron de 4 a ser 5. Por otro lado es esta una especificación oportuna con trascendencia en el fallo. En el hecho probado de la sentencia se alude a la incorporación de un nuevo trabajador, pero es necesario que se diga que con el mismo los supervisores pasaron a ser 5.

c) Seguidamente se pretende en el escrito de interposición del recurso, y al amparo de la letra b) del repetido artículo 191, que se modifique la redacción de un

fundamento de derecho, el segundo y en su párrafo quinto, para que se diga en el mismo que la “asignación complementaria” era un complemento de puesto de trabajo que retribuía, además de las características del puesto de trabajo, un exceso de jornada, cuya percepción dependía exclusivamente del ejercicio de la actividad profesional en el puesto asignado, por lo que no tiene carácter no consolidable.

La cuestión de la inclusión de hechos en los fundamentos de derecho ha sido largamente reprochada en la doctrina jurisprudencial, dado que es una grave infracción de lo dispuesto para la forma de la sentencia en el artículo 97 de la ley procesal laboral. Pero si se atiende bien al fundamento segundo y su párrafo quinto no se trata en el mismo de un verdadero hecho sino de una calificación jurídica referida al complemento en cuestión.

TERCERO.- En los recursos se articula por fin, en cada uno de ellos, un motivo de infracción de norma material, con cita de la letra c) del repetido artículo 191. Esta Sala ya ha conocido de un recurso en el que, respecto de un proceso sustancialmente idéntico, se suscitaban las mismas cuestiones. La solución a la que llegamos en el recurso 2765/09 debe reiterarse en el presente.

a) Para la actora las normas infringidas han sido los artículos 24.1 de la CE, en relación con los artículos 26, 3.1, 3.3 y 3.5 del ET y con referencia a los artículos 6 y 15 del Convenio Colectivo. Se trata de afirmar que el trabajador cobra por debajo de los mínimos del convenio o, en otros términos, ha renunciado de modo nulo a derechos irrenunciables; también de que debe estarse a la consolidación de las mejoras.

El o los motivos no pueden estimarse. La cuestión suscitada en el proceso es relativamente sencilla. Durante un tiempo el trabajador ha venido percibiendo una cantidad en atención a que realizaba un número de horas que excedía a las establecidas en el Convenio Colectivo. De ahí la existencia de un pacto verbal por el que se le reconocía una “asignación complementaria”. A partir de junio de 2008 el trabajador percibe la retribución conforme a Convenio porque ya no realiza las horas por encima de las establecidas en ese Convenio, de modo que carece de sentido la “asignación complementaria”, si bien sí percibe lo correspondiente a los complementos de nocturnidad, festividad y turnicidad.

La dicha asignación no puede calificarse de condición más beneficiosa puesto que la misma no respondía a la voluntad de la empresa de dar al trabajador algo que no estaba en el Convenio. Atendía a la existencia de unas horas de trabajo por encima de las del Convenio. Por ello si a partir de junio de 2008 las horas trabajadas son menos en número, como consecuencia de que se ha contratado a un trabajador más, era lógico dejar de pagar la llamada “asignación complementaria” pasando a aplicar el Convenio.

b) Lo anterior debe suponer, en sentido contrario, la estimación del motivo formulado por la parte demandada, referido a la condición más beneficiosa, con cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1992 y el artículo 15 del Convenio Colectivo.

FALLO

1º.) Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la dirección procesal del actor, Don M.C.M., contra la sentencia de 16 de septiembre de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social núm.16 de los de Valencia.

2º) Que debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la dirección procesal de M.V., S. A, contra la sentencia antes dicha y, consiguientemente que, con revocación de dicha sentencia, debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda formulada por Don M.C.M., con la absolución de M.V., S. A. de la pretensión formulada contra ella.

Estimado el recurso de la demandada procede la devolución del depósito para recurrir y de las cantidades consignadas.

1353

Sentencia núm. 2.306, de 20 de julio de 2010

Materia: Extinción de la relación laboral: Despido disciplinario. Tránsito de la buena fe contractual y abuso de confianza. Trabajador jefe de recepción de hotel. Adjudicación de habitaciones gratis a familiares sin consentimiento del director del hotel.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido del trabajador, sin derecho a indemnización ni al abono de salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Declara improcedente el despido. El actor desde hace varios años viene concediendo habitaciones gratuitamente a determinadas personas y la empresa nunca ha amonestado o prohibido tal práctica. No se constata intención de desobedecer o perjudicar a la empresa.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Martínez Zamora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia el actor formula recurso impugnado por la demandada, en el que interesa que los hechos probados 1º y 3º queden con la redacción que propone, aquí por reproducida. Al 1º no se accede, porque se basa en testifical documentada, sin eficacia revisoria, de fechas 1992 (impugnado por ser del hotel S. que ya no es de la cadena: acto de juicio) y 1994, y en comunicaciones en las que el propio actor se atribuye la condición de subdirector, mientras que dicha sentencia ha seguido “la valoración ponderada del conjunto de la prueba practicada” (f.j. 2º), sin

que se evidencie irrefutable error del juzgador “a quo”. Sí se admite lo interesado respecto al n.p. 3º pero no como sustitución del que figura en la sentencia, que no se desvirtúa, sino como adición al mismo, porque así resulta de los documentos que cita, en buena parte aportados por la empresa demandada.

SEGUNDO.- Denuncia el recurso infracción de los arts. 55.4 y 56 ET, porque entiende, en resumen, que la carta de despido solo contiene imputaciones genéricas que dificultan la defensa del actor, que desde siempre ha dado habitaciones free a comerciales, jefes de zona director del hotel y personas que pudieran aportar clientes y al menos desde 1999 consta que cuando la habitación era para amigos y conocidos se les cobraba su precio y la empresa era concedora de ello y nunca fue amonestado ni advertido de que no podía hacerlo, sino que toleró esta actuación, que nunca fue clandestina o oculta, siendo aplicable, en último término, la teoría gradualista, insiste, además, en su condición de subdirector; y que; que tampoco consta acreditado que los días 27 y 28-4-09 concediera alguna habitación free ni, en concreto a D. A.S., respecto al cual la sentencia no declara probado que fuese su amigo o conocido; y solicita que se declare improcedente su despido con las consecuencias correspondientes.

El motivo debe prosperar, pues aparte de otras afirmaciones, que no se evidencia, consta acreditado que el actor venía desde hace años otorgando habitaciones free, sin que conste previa autorización específica en cada caso, pero tampoco ocultación alguna por su parte, como resulta de la documentación en poder de la empresa, aportada a las actuaciones, ni advertencia, amonestación o prohibición al respecto durante los varios años en los que ha venido observando esa conducta, posiblemente por entender que se encontraba facultado para ello y más si consideraba que tenía algunas prerrogativas de subdirector, aunque no se declare probado que ostentase tal categoría o ejerciese de hecho las funciones del mismo.

Esta prolongada permisividad afecta sin duda a la “gravedad y culpabilidad” del comportamiento imputado, en el que no se constata intención de perjudicar a la empresa desobedecer una orden o realizar actos no permitidos, de transgredir la buena fe contractual o la confianza depositada en el demandante, (art. 54 E.T.), resultando también de aplicación la teoría gradualista que permite tener en cuenta todas las circunstancias, subjetivas y objetivas, concurrentes en el caso concreto de que se trata.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso y revocar la sentencia recurrida.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto, revocamos la sentencia dictada con fecha 4 de Diciembre de 2009 por el juzgado de los Social nº 17 de Valencia en los autos nº 1018/09, y en su lugar, estimando la demanda formulada por D. E.C.A., declaramos la improcedencia del despido de que fue objeto con efectos de 12 de Mayo de 2009 por la empresa demandada H.S.A., condenando a dicha empresa a pasar por tal declaración y que a su opción, que deberá ejercitar (ante esta Sala o ante el juzgado de Instancia) en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el

despido o, dando por extinguido el contrato de trabajo, le abone una indemnización de 64.260,88 Euros, entendiéndose que procede la readmisión si no realiza dicha opción abonándole, tanto en uno como en otro caso, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se notifique esta resolución, a razón de 80,12 euros diarios.

1354

Sentencia núm. 2.397, de 7 de septiembre de 2010

Materia: Despido. Trabajador afiliado al Régimen Especial Agrario (REA) por cuenta propia con contratos de trabajo temporal para obra o servicio determinado. El actor presta servicios en empresa dedicada a la obtención de aceite de oliva sin refinar. Posteriormente, figura de alta en la demandada por diferentes periodos. Desde el año 2008 figura de alta en el RETA. Falta de llamamiento para trabajar en última campaña. Acción por despido improcedente.

Juzgado: Desestima la excepción de inadecuación de procedimiento y desestima la demanda por apreciar falta de acción, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente el despido. La falta de llamamiento a trabajar permite ejercitar la acción de despido.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Inmaculada Linares Bosch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la parte actora frente a la sentencia de instancia que desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento, desestimó la demanda por apreciar falta de acción. El recurso se articula en tres motivos, los dos primeros redactados al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, para interesar, en el primero la revisión del hecho probado primero a fin de que quede redactado del siguiente modo, “El demandante venía prestando sus servicios por cuenta y dependencia de la demandada, dedicada a la actividad de obtención de aceite de oliva sin refinar, desde 24-11-98, en las diferentes campañas que suelen iniciarse en noviembre y finalizar en enero, con categoría profesional reconocida de Peón, si bien realizaba funciones propias de maestro y percibiendo un salario medio mensual de 36,16 euros diarios incluida prorata de pagas extraordinarias”, basándose en el convenio colectivo, folios 167 a 176, y fundamento de derecho tercero.

La revisión no se admite, pues la sentencia se ha limitado a recoger el salario que venía percibiendo el trabajador en la fecha del despido, sin que pueda incorporarse al relato fáctico las previsiones de un determinado convenio colectivo, pues como ya puso de manifiesto el extinto Tribunal Central de Trabajo en sentencias de 8 de mayo de 1.982,

23 de junio de 1.984, 20 de mayo de 1.985 ó 4 de febrero de 1.987, a los convenios colectivos no puede atribuírseles fuerza revisora. En esta misma línea y más recientemente, el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de marzo de 2000 (recurso 2497/1999) ha señalado que el contenido de la letra del convenio es un dato normativo que no exige para su apreciación su incorporación al relato fáctico. Todo ello sin perjuicio de que la recurrente pueda cuestionar por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL, la determinación que de su salario se ha realizado por la sentencia recurrida.

2. En el segundo motivo, interesa la revisión del hecho probado tercero, proponiendo el siguiente texto, “El actor figura en alta en el régimen especial agrario por cuenta propia en el periodo comprendido entre el 1-4-2003 y el 31-12-2007, y desde el 1-1-2008 en el régimen de autónomos de la actividad de cultivo de la vid. Estuvo en IT desde 13-10-2008 hasta 5-6-2009”, basándose en el folio 24.

La recurrente pretende introducir que el actor permaneció de alta en el REA por cuenta propia del 1-4-03 al 31-12-07, y efectivamente así en los datos informáticos por lo que se admite la revisión.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción del art. 56 del ET, en relación con el art. 15 del ET y art. 45.1 del mismo texto legal y, STS de 8-6-1992. Sostiene la recurrente que el actor ha compaginado las campañas en la Cooperativa con altas en REA y en el RETA, pues no hay dedicación exclusiva, por lo que la relación laboral no concluyó en enero-2008 sino que se suspendió por finalización de campaña, no trabajando en la campaña 2008-2009 por encontrarse en situación de IT, conocimiento de tal situación que la empresa no negó, no teniendo sentido que la demanda tuviese que darle de alta siendo que no podía trabajar y generar dos bajas médicas cuando ya estaba de baja por el régimen de autónomo; el actor cuando comienza la campaña 2008-09, en noviembre, ya está de baja por IT desde el 13-10-08 y cuando le dan de alta el 5-6-09 ya ha finalizado la campaña (finaliza en enero), por lo que debe esperar a la temporada siguiente 2009-10 y al no readmitirle acciona por despido.

La sentencia de instancia desestima la demanda entendiendo que, “cabe entender de lo expuesto que la relación laboral concluyó el 18-01-08; o bien que de ser llamado a la campaña 2008-2009 rehusó, lo que supone baja voluntaria; o, para el caso de no haber sido llamado, no accionó por despido, con lo que quedó disuelta la relación. Y no estando vigente la relación laboral, no cabe accionar por despido, por lo que se aprecia falta de acción. Por lo expuesto, apreciando falta de acción, procede desestimar la demanda origen de las presentes actuaciones”. Pero de los hechos probados, con la revisión admitida, se desprende que el actor ha prestado servicios como fijo discontinuo para la demanda desde 24-11-98, tal como se razona en la fundamentación jurídica de la sentencia, en los periodos que constan en el hecho probado segundo, del que se desprende que las campañas comienzan en noviembre y finalizan en enero, así el actor prestó servicios del 6-11-07 al 18-1-08, y si bien no consta que fuese llamado para la campaña 2008-09, sí que consta probado que el actor permaneció en situación de IT del 13-10-08 al 5-6-09, -constando en la fundamentación jurídica de la sentencia, que según testigo en la campaña 2008-09 vio al actor en una ocasión en el centro de trabajo recibiendo llamadas sobre problemas de la cooperativa-, por lo que la relación laboral permaneció suspendida durante dicha campaña, sin que el actor tuviese motivo alguno

parta reaccionar frente al no llamamiento pues su situación de IT era incompatible con la prestación de trabajo, y sin que el hecho de que el actor permanezca de alta en el RETA desde el 1-1-08, implique extinción de la relación laboral con la demandada ni baja voluntaria, por lo que el actor al no ser llamado en noviembre-09 (al menos el día 6 como la última campaña en que trabajó) tiene acción por despido, la cual ejercita el 26-11-09, y siendo que no consta en la sentencia justificación alguna a tal falta de llamamiento al inicio de la campaña en noviembre-09, salvo como se ha dicho el alta en el RETA, procede calificar tal falta de llamamiento como despido improcedente, con las consecuencias legalmente previstas en el art. 55 del ET y art. 110 LPL, con un salario diario de 36,16€, pues tal como se razona en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia tal es el salario que corresponde al actor según el Convenio Colectivo aplicable, determinándose en ejecución de sentencia la cuantía que, en su caso, proceda en concepto de salarios de tramitación, en atención a si ha devengado retribuciones en otra empresa, durante el mismo periodo.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A.P.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de Valencia, de fecha 18-2-2010; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones declaramos la improcedencia del despido de 6-11-2009, y condenamos a la empresa demandada a su opción que deberá ejercitar dentro del plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia, entendiéndose si no lo hiciera que opta por la readmisión, readmita al actor en su puesto de trabajo, o le indemnice en la cantidad de 2.821€ , y con abono en uno u otro caso de los salarios dejados de percibir del 6-11-09 al 18-1-2010, en la cuantía diaria de 36,16€, cuya cuantía total se determinará en ejecución de sentencia conforme a la razonado en la fundamentación jurídica.

1355

Sentencia núm. 2.419, de 7 de septiembre de 2010.

Materia: Sanción. Trabajadora que presta sus servicios en empresa automovilística y que ostenta la condición de delegada sindical. Incumplimiento obligaciones laborales. La actora ya ha sufrido otra sanción por falta muy grave. La actora argumenta que no se han respetado sus derechos fundamentales.

Juzgado: Desestima la demanda confirmando la sanción impuesta por la empresa a la trabajadora demandante.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel José Pons Gil.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en suplicación la sentencia de instancia, que confirmó la sanción por falta muy grave impuesta a la trabajadora demandante, cuya representación letrada plantea en primer término sendas modificaciones fácticas a través del artículo 191 “b” de la LPL, en concreto se pide la adición de un nuevo hecho probado, que se situaría en lugar decimotercero, para señalar que regularmente se vienen produciendo incidencias en la carga y descarga de “Racks” en la planta de prensas, líneas 112 o 114, que varían diariamente entre dos y dieciocho, fundando la pretensión en los documentos que cita. Pero no se accede al aditamento de dicho extremo, por ser a la postre escasamente relevante para la suerte que debe correr el recurso; se pide asimismo que se modifique la redacción dada en la sentencia al tercer hecho probado, pretendiéndose la introducción en éste, merced su ampliación, de unos datos informativos propuestos por el delegado de CGT en la empresa al instructor del expediente contradictorio abierto a la trabajadora, y que se consignan en el escrito de recurso, así como los no aportados por la empresa al citado expediente.

Y tampoco procede acceder a la adición citada, por no tener tampoco mayor repercusión al éxito del recurso, pues vinculada esa petición a la nulidad de la sanción impuesta por presuntas irregularidades en la tramitación del expediente, de la lectura de los autos no se deduce una incorrección en la tramitación del mismo, pues la parte actora conoció perfectamente los hechos objeto de imputación; es más, consta que se le concedió a dicha parte un plazo adicional para formular nuevas pruebas, sin que se solicitaran en su momento aquellas.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho se censura a la sentencia la infracción de los artículos 68 “b” y “c” del ET y del 115 de la LPL, argumentando, al hilo de las garantías de que gozan los representantes legales de los trabajadores (la recurrente es delegado de CGT en el Comité de Empresa), que en el caso de autos se obvian diversas pruebas propuestas en la tramitación del expediente disciplinario que conllevarían la nulidad de la sanción impuesta.

Pero el motivo debe decaer, no solo por remisión a lo dicho anteriormente, a la hora de desestimar la adición fáctica precedente, sino por el hecho de que la falta de práctica de una determinada prueba no puede en todo caso y circunstancia conducir irremediabilmente a la nulidad de la sanción, pues si bien es cierto que la norma legal no regula el contenido concreto del procedimiento sancionador, la norma estatutaria citada no contempla que el expediente sancionador sea una suerte de proceso previo en el que se acuda con todos los medios de prueba que se quiera, aún las más innecesarias, salvo que en el convenio colectivo se precise el alcance del contenido formal de dicho expediente. Así las cosas, como se indicó antes, no se aprecia que en la tramitación del expediente se infringieran las garantías estatutarias, por lo que no debe prosperar el motivo, por no existir la indefensión de que se hace eco éste.

TERCERO.- Los siguientes motivos jurídicos, que se formulan de manera subsidiaria, consideran que la sentencia infringe el artículo 151.3 del XIV Convenio Colectivo Estatal de F. España, publicado en el BOE el 9 de febrero de 2006, pues se entiende que en la sentencia se recoge que la falta muy grave impuesta por la empresa está amparada en el precepto paccionado acabado de citar, cuando este se refiere a una cuestión diametralmente distinta, esto es, no comunicar oportunamente a la empresa los cambios familiares que pueden afectar a la Seguridad Social. Es evidente que se trata de un error de redacción, totalmente inocuo para la solución del recurso, en cuanto no afecta a los hechos debatidos, por lo que en cualquier caso se tendrá por no puesta dicha mención.

Inmediatamente después, en el quinto motivo se censura a la sentencia la infracción del artículo 152.12 del Convenio Colectivo apuntado, y complementariamente a esto, en el sexto y último se censura asimismo la infracción del artículo 54.2 del ET en relación con el artículo 151.3 de dicha norma pactada.

La sanción combatida a través de este recurso se impuso fundamentalmente por una disminución no justificada del rendimiento vinculada a una desobediencia a las órdenes dadas en el propio trabajo, y un abandono de este sin contestar a las llamadas recibidas a través del walki, pretendiéndose en este momento que se deje esta sin efecto, al carecer de base fáctica, y en definitiva, postulando la aplicación de la llamada teoría gradualista.

Pero el motivo deben decaer, pues la sanción impuesta de suspensión de empleo y sueldo, si bien elevada, está ajustada a las previsiones en la materia contenidas en el convenio de la empresa, dadas las conductas imputadas a la trabajadora, cuyos argumentos exculpatorios son débiles, de ahí que no se considera desproporcionada ésta, más si se repara en lo que se refleja en el noveno hecho probado de la propia sentencia, en el que ya se impuso a la citada recurrente otra sanción por falta muy grave, si bien al día de hoy pendiente de juicio, dado que fue igualmente objeto de recurso.

En definitiva, se desestimará el recurso y se confirmará la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a F.C.N. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia de fecha 22 de marzo de 2010 en virtud de demanda formulada por la recurrente, contra F.E. S.L, y el Ministerio Fiscal, en reclamación por sanción derechos fundamentales y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2465, de 14 de septiembre de 2010

Materia: Tutela de los derechos fundamentales. Trabajadores al servicio de empresa de seguridad y miembros del comité de empresa. Los actores han denunciado ante la Inspección de Trabajo ciertas irregularidades cometidas por la empresa. Los actores han sido objeto de cambio de puesto de trabajo. Alegan vulneración del derecho de libertad sindical.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia e instancia. La conducta alegada por la parte actora no implica vulneración del derecho de tutela de libertad sindical, al no ser titular del mismo.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Luisa Mediavilla Cruz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la demanda en materia de tutela de libertad sindical.

Frente a este pronunciamiento judicial, se alza en suplicación la parte actora, siendo impugnado de contrario, articulándose, a tal fin, cuatro motivos. En el primero, formulado por el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se solicita la nulidad de las actuaciones con retroacción de las mismas al momento inmediatamente anterior a la celebración del acto del juicio oral para que se pueda celebrar y subsanar el defecto procedimental consistente en la denegación de la práctica de la prueba de interrogatorio de la demandada, invocándose como infringido los artículos 87 y 90 LPL y 299 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), constando protesta de la parte actora en el acta del juicio. A juicio de la parte recurrente, en síntesis, se le ha producido indefensión por cuanto que el magistrado a quo denegó la práctica de la prueba de interrogatorio de la demandada por entender que resultaba irrelevante, siendo necesaria su declaración para acreditar determinadas conductas de la empresa demandada y su calificación.

Dispone el art. 87 de la LPL que en el juicio oral se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto, respecto de los hechos sobre los que no hubiere conformidad, norma que hacía no sólo innecesaria sino incluso impertinente la prueba de interrogatorio de la demandada propuesta, ya que constituye un hecho no controvertido entre las partes el que los actores siempre habían estado adscritos al centro de trabajo de la Sede Principal de la OAMI, en la Avda. Europa. Afirma también la parte recurrente, que con dicha prueba, se pretendía acreditar que no existía motivo alguno para el traslado y éste obedeció en todo caso a múltiples denuncias formuladas por los actores. Con independencia de que la figura del traslado constituye en sí, una cuestión jurídica, difícilmente podía haberse acreditado a través de la prueba de interrogatorio de parte, que la decisión empresarial fuera consecuencia de las denuncias

planteadas anteriormente por los actores. Finalmente, se dice por la parte actora que a través de la tan reiterada prueba de interrogatorio de la demandada, se pretendía acreditar el desigual horario de trabajo entre los compañeros, pues según el recurrente, los actores hacían menos horas que el resto de los compañeros. Esta alegación constituye un hecho nuevo, por cuanto que no fue esgrimido en la demanda ni fue objeto de debate en el pleito, por lo que no podría haberse preguntado a la demandada en el acto del juicio. De ahí que, aunque ciertamente las partes, según el siguiente art. 90, pueden valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley, no debe el juez admitir la prueba que tenga por objeto la demostración de hechos sobre los que no hay controversia y/o constituyan hechos nuevos, y/o versen sobre cuestiones jurídicas. En suma, la denegación de prueba contra la que se formula en Suplicación el Motivo de nulidad fue correcta, por lo que se desestima este motivo del recurso.

SEGUNDO.- Con correcto amparo procesal en el apartado b) del artículo 191 LPL, se formulan los correlativos motivos segundo y tercero, postulándose, respectivamente, las siguientes revisiones del relato histórico de la sentencia recurrida: 1) La sustitución del hecho probado cuarto, por otro, cuyo tenor literal propuesto, obra en el recurso, a fin de que se diga, que los actores han estado adscritos al Centro de Trabajo de la Avda. Europa de forma habitual e ininterrumpida desde el año 2002. Avala la revisión fáctica con la documental obrante en autos al ramo de prueba de la parte actora a los folios 99 a 134 (cuadrantes de servicio). Llama la atención a esta Sala, el hecho de que por vía de revisión fáctica con amparo documental, pretenda introducir un hecho conforme, y que en el motivo anterior pretendía constatarlo por la prueba de interrogatorio de la parte, lo que evidencia la irrelevancia de ésta prueba como declaró el magistrado a quo, y a la par, la contradicción de la propia parte. Dicho esto, el motivo no se acepta, por cuanto que ya se desprende tal afirmación del contenido del hecho probado tercero y de la documental invocada sí se desprende lo constatado en la instancia respecto de la prestación de servicios por los actores durante el año 2009. 2) La adición de un párrafo al hecho probado sexto de un párrafo cuya literalidad propuesta, obra en el recurso, a fin de que, en resumen, se haga constar la existencia de una denuncia de los actores en el año 2006 ante la Subdelegación de Gobierno de Alicante y el avatar administrativo y judicial que siguió a la misma, invocando como documentos revisores, los obrantes en autos a los folios 32 a 37 (Sentencia de la Audiencia Nacional). Tampoco puede aceptarse la revisión solicitada pues el hecho que se pretende introducir constituye un hecho nuevo, que no fue alegado en la demanda ni debatido en el acto del juicio, ni en fin, decidido en la sentencia de instancia, y cuyo acceso está vedado al recurso de suplicación. En este sentido la STS de 26-9-2001 señala: "Es doctrina de esta Sala, contenida de forma y reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal".

TERCERO.- En el último motivo del recurso, destinado al derecho aplicado y la Jurisprudencia –ex. Artículo 191 c) LPL-, se denuncia la infracción de los artículos 14 y 28.1 de la Constitución, artículos 1, 2 y 12 de la Ley Orgánica de Libertad

Sindicial; artículos 17.1 y 68 del Estatuto de los Trabajadores y 179.2 LPL. Argumenta, en resumen, que en el presente caso, existente un panorama indiciario de vulneración del derecho de libertad sindical.

La cuestión objeto de controversia, reside en determinar, a tenor del inalterado relato fáctico de la sentencia recurrida, si los actores, miembros del Comité de Empresa, han sido objeto de cambio de puesto de trabajo consecuencia de la interposición por el Comité de Empresa de múltiples denuncias ante la Inspección de Trabajo y reclamaciones judiciales frente a la empresa, y que atentan a la libertad sindical que resulta coartada al separarles físicamente del resto de sus compañeros.

Se adelanta que la censura jurídica planteada por el recurrente, no puede tener favorable acogida. En efecto, el Tribunal Constitucional cuando ha tenido ocasión ha señalado que los órganos de representación unitaria son creación de la ley (STC 37/1983, de 11 de mayo o 39/1986, de 31 de marzo), y que la violación de los derechos de la representación unitaria no son tutelables en amparo constitucional (STC 95/1996, de 29 de mayo), consecuentemente el Tribunal Supremo ha señalado que el nexo representativo de los representantes unitarios no es sindical, aunque se trate de trabajadores afiliados y hayan sido presentados en candidaturas sindicales (STS 1-6-96, 14-7-00 o 11-6-01), siendo que los representantes unitarios no tienen legitimación para iniciar el procedimiento de tutela de libertad sindical (STS 17-7-96, 6-3-98 o 16-3-98).

A la luz de la doctrina expuesta en torno al objeto del proceso de tutela de Libertad Sindical y la titularidad del mismo, la conducta alegada por la parte actora no implica, en modo alguno indicio de vulneración del derecho de tutela de libertad sindical, al no ser titular del mismo, y al no constituir su pretensión, objeto del proceso especial de Tutela de Libertad Sindical.

Corolario de lo expuesto, será la desestimación del recurso de suplicación formulado, previa desestimación de los motivos planteados.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. M.A.M.F. y D. P.G.L., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 4 de Alicante, de fecha 12 de marzo de 2010, a su instancia, en materia de Tutela de Libertad Sindical, contra el E.S., S.A, habiendo sido parte el MINISTERIO FISCAL, y en su consecuencia confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

1357

Sentencia núm. 2.498, de 14 de septiembre de 2010

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora que por necesidades de organización interna es trasladada a otro centro de trabajo con horario diferente. La actora alega imposibilidad de conciliar la vida familiar con vida laboral.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando injustificada la decisión de la empresa de modificar el horario de la

trabajadora, condenando a la demandada a reponer a la demandante a la prestación del servicio los días solicitados.

Sala: No entra a conocer el fondo del asunto, declarando la incompetencia funcional de la Sala para conocer del recurso formulado, declarando firme la sentencia recurrida y nulas las actuaciones posteriores a su publicación.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Gema Palomar Chalver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimando parcialmente la demanda formulada por E.P.M. contra la empresa FUNDACION F., FUNDACION DE LA COMUNIDAD VALENCIANA PARA LA ATENCIÓN DE LAS VICTIMAS DEL DELITO Y PARA EL ENCUENTRO FAMILIAR, declaró injustificada la decisión de la empresa de modificar el horario de la trabajadora, condenando a la demandada a estar y pasar por tal resolución y a reponer a la demandante en la prestación del servicio los lunes y viernes, se alzan en suplicación ambas partes, la actora al amparo de los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL, y la demandada al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL.

SEGUNDO.- Como dice la sentencia de instancia en su fundamento de derecho primero, en autos es ejercitada acción de impugnación de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, lo que viene regulado por el Estatuto de los Trabajadores en su artículo 41. Por su parte el art. 138 de la LPL es el que regula el proceso especial sobre “movilidad geográfica y modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”, artículo cuyo párrafo segundo del apartado 4 preceptúa que la sentencia no tendrá recurso y será inmediatamente ejecutiva. Debe recalcar que nos encontramos ante una cuestión de orden público, apreciable por lo tanto de oficio, no siendo el sistema de recursos materia disponible por las partes. En consecuencia, la concesión de recurso, devino improcedente, lo que conduce a declarar la firmeza de la sentencia, y la nulidad de todas las actuaciones practicadas desde la publicación de la resolución judicial.

FALLO

Que sin entrar a conocer del fondo del asunto planteado en los recursos de suplicación interpuestos por la parte actora E.P.M. y por la parte demandada FUNDACIÓN F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de los de VALENCIA, de fecha 12-2-2010, se declara de oficio la incompetencia funcional de la Sala para conocer del recurso formulado, por lo que se declara asimismo la firmeza de la sentencia recurrida y nulas las actuaciones posteriores a su publicación.

Sentencia núm. 2.512, de 16 de septiembre de 2010

Materia: Invalidez: Incapacidad permanente para ejercicio de profesión habitual. Solicitud de prestación. La trabajadora ha cotizado en España y en Estados Unidos. Periodos de cotización y situación asimilada al alta. Certificación modelo periodo de seguro. Interpretación doctrina interna humanizada. La actora tiene reconocida una pensión de viudedad por los Estados Unidos.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de la reclamación de que ha sido objeto.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Francisco Ceres Montes.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte demandante se interpone recurso de suplicación frente a la sentencia que desestimó su demanda tendente al reconocimiento a la actora de una incapacidad permanente total para su profesión habitual de limpiadora.

La resolución recurrida no desestimó en el fondo su pretensión e incluso el EVI proponía la calificación de la trabajadora en grado de incapacidad permanente total, sino que indicó que el expediente administrativo no había concluido ya que al haber trabajado la actora en los Estados Unidos, se encontraba pendiente que la Administración Norteamericana certificara los periodos de cotización y la situación de alta o asimilada al alta, y todo ello, a la vista del Convenio Hispano-Norteamericano de 30 de septiembre de 1986, al tiempo que entendía que el documento nº 15 aportado por la parte actora, relativo a la percepción en dicho país del equivalente de una pensión de viudedad, no puede ser valorado a los efectos de considerar que existe una situación asimilada al alta (art. 14 del citado Convenio), por no presentarse revestido de la oficialidad y requisitos que garantizan su eficacia probatoria.

A tal fin, estructura el recurso a través de dos motivos, el primero, al amparo del apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicitando la revisión fáctica, y el segundo, relativo al apartado c) del citado precepto, por entender la existencia de infracción jurídica.

SEGUNDO.- Respecto del primer motivo, relativo a la revisión fáctica, solicita las siguientes modificaciones de los hechos probados:

1º) Se solicitan diversas modificaciones al hecho probado primero debiendo decir: “estuvo afiliada a la Seguridad Social española desde el 19 de diciembre de 1960

hasta...” y no desde 1950. “Obteniendo un total de 28 créditos, equivalentes a 2555 días de cotización”, procediendo dicha modificación porque si bien ninguna de ellas afecta al número de días cotizados, los datos deben indicarse correctamente. Y en este sentido cita los documentos 3 (fecha de afiliación), y documentos 4 a 6 (resolución de la reclamación previa), y documentos 7 a 10 (periodos de seguro de la actora que certifican los 28 créditos).

No cabe acceder a la misma pues la misma parte recurrente indica su carencia de trascendencia revisora a los efectos del presente recurso. Además de que la recurrente indicó en la reclamación previa su afiliación en 1950, es lo cierto que tampoco existe correspondencia entre dicha revisión y los documentos a que se refiere (los documentos 3 a 6 de los presentados junto a la demanda se refieren a otras circunstancias), y por lo que se refiere a los 28 créditos, no se refieren a los mismos los documentos 7 a 9 citados y únicamente aparece dicho número en el 10, pero referido al Modelo USA/E3 cuando se desprende que lo que trata de obtener la Seguridad Social Española para conocer las cotizaciones en Estados Unidos es el modelo USA/E4.

2º) Adición al hecho probado segundo: “Está inscrita en el desempleo desde 26-8-2005 y en situación de baja normalizada”. Y todo ello de conformidad con los documentos 10 (alta y renovación del Server), y 7 (solicitud de subsidio de desempleo), y 4 a 6, lo que estima trascendente porque debe analizarse el requisito de alta o situación asimilada al alta de la actora, dato decisivo lo constituye la fecha de su inscripción como demandante de empleo, a los efectos de análisis de la voluntad de permanencia en el mundo laboral.

Debe accederse a dicha adición por los documentos en que se funda y poder ser relevante, dado el contenido del recurso formulado, la concreción de la fecha de alta en desempleo.

3º) Supresión de la siguiente expresión del hecho probado cuarto: “Por parte de la entidad requerida no se ha remitido la documentación solicitada”, que debe sustituirse por “Por parte de la embajada de los Estados Unidos de Madrid ha sido remitido el modelo USA/E4, consistente en certificación de periodos de seguro en los Estados Unidos, con fecha de entrada en el INSS de Castellón el 2-6-2009.No se ha remitido el resto de la documentación solicitada, por lo que...”, y ello con base en los documentos 7 a 10 del ramo de prueba de la parte actora, y ello porque entiende que la entidad competente de USA sí que ha remitido el correspondiente certificado de seguro de la actora del que resultan acreditados los periodos de cotización.

No cabe acceder a la modificación fáctica solicitada, habida cuenta, que en el documento nº 7 citado se hace referencia a que el modelo remitido por parte de la embajada de los Estados Unidos es el Modelo USA/E3 y no el USA/E4 a que se refiere la recurrente (el modelo e/3 se refieren al formulario de enlace, y en cambio el E/4 se refiere al certificado de periodos de seguro, folio 148), y además, se consigna que de ello se infiere que la prestación de jubilación e invalidez sigue en trámite en dicho país.

Recordemos que los documentos que precisamente cita y reclama la Seguridad Social Española son precisamente los formularios USA/E4 (folios 113 a 115) para conocer precisamente la cotización a la Seguridad Social Americana y la resolución que pudieran haber dictado al respecto.

4º) Solicita la adición de un nuevo hecho probado, bajo el número 7, en los siguientes términos : “Por parte de la administración estadounidense le ha sido notificada a la actora la aprobación del derecho a beneficios mensuales de cónyuge desde mayo de 2007”, y ello porque obra en autos dicha comunicación, traducida al idioma castellano (documentos 1, 15, 18 y 19 del ramo de prueba de la actora), sin que haya sido impugnado el valor de dicha traducción, y todo ello de conformidad con el artículo 144 de la LEC, pues ante la falta de impugnación no cabe privar de eficacia probatoria a dicho documento, pues su no presentación bajo los requisitos de apostilla puede privar al mismo de su condición de documento oficial, pero no implica que el mismo quede privado de eficacia probatoria como documento.

No cabe acceder a la adición solicitada. Corresponde al juzgador a quo la valoración de la prueba pudiendo revisarse la misma, y en consecuencia, la resultancia fáctica cuando se constate de modo irrefutable la existencia de un error evidente en dicha valoración. La adición postulada se basa en un documento de la Seguridad Social Americana, en el que la recurrente quiere fundar el reconocimiento en dicho país a una pensión de viudedad (Wife's Benefits), pero es lo cierto, que dicho documento, como destaca la juzgadora a quo, no se aportó al expediente administrativo, no es original, parece referirse a una mera información más que al reconocimiento oficial de una prestación.

Además, la juzgadora a quo, refleja en la fundamentación jurídica, que los datos que figuran en el expediente reflejan que la actora es separada, lo que se contradice con presentar un derecho de pensión de viudedad (folio 241).

En estas circunstancias, y tratándose del reconocimiento oficial de una prestación en otro Estado, que se invoca para la aplicación de un Convenio internacional, resulta razonable la exigencia de la juzgadora de deber aportarse un documento que tenga la debida eficacia en juicio mediante su legalización (art. 323 LEC).

TERCERO.- Igualmente, invoca, al amparo del apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, como motivo dedicado a la censura jurídica, estimando como infringido el art. 124.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1994, de 20 de junio, en relación con el art. 137.4 y 138.2 de dicha norma, art. 36.1.1 del Real Decreto 84/1996, y la doctrina humanizadora o atemperadora del requisito del alta, en relación con el artículo 9.d) del Convenio sobre Seguridad Social entre España y Estados Unidos de América de 30 de septiembre de 1986, y ello porque el propio EVI ha dictaminado que se encuentra en situación de incapacidad permanente total, y porque el requisito del alta o situación asimilada al alta, exigido por el primer precepto anteriormente citado, concurren en la actora, porque aunque pudiera entenderse no cumplido el requisito exigido en el artículo 14 del convenio, y la situación asimilada al alta que en el mismo se regula, pues aunque el Convenio prevea dichas situaciones como asimiladas al alta, ello no implica que no pueda atenderse al resto de la normativa española para analizar tal requisito, debiendo interpretarse flexiblemente conforme a la conocida doctrina humanizadora del requisito del alta y así:

1) La actora es emigrante retornada, condición que no desaparece por el hecho de la denegación del subsidio para emigrantes retornados que se efectúa por resolución de 16-1-2007.

2) La actora regresa definitivamente a España en mayo de 2005, inscribiéndose como demandante de empleo el 26-8-2005, y en ese año solicita el subsidio para emigrantes retornados que le es denegado por la resolución anteriormente indicada y causa baja por incapacidad el 31-3-2006 (hecho probado 2º).

3) Obra en autos (documento 12 del ramo de la actora) la suspensión como demandante de empleo por enfermedad hasta septiembre de 2009.

Por ello, cuando causa baja en el año 2006, y cuando solicita la prestación de incapacidad y le es reconocida por el EVI se encuentra inscrita como demandante de empleo (agosto de 2005, y solicita el subsidio para emigrantes retornados el 25-10-2005). No existe convenio con USA sobre protección por desempleo y conforme al art. 2 del RD 625/1985, se consideran situaciones asimiladas al alta, el retorno de los trabajadores emigrantes, por lo que todo ello debe ponerse en relación con la doctrina jurisprudencial sobre atenuación del requisito del alta y consideración de situaciones asimiladas (sobre aquellos parados involuntarios que no hayan podido acceder a las prestaciones o subsidios por causas ajenas a su voluntad, siempre que se mantengan inscritos como demandante de empleo), lo que estima concurre en la actora, emigrante retornada, quien se encuentra inscrita como demandante de empleo, sin poder acceder al subsidio de emigrante retornado por no tener el periodo de cotización desde la última saluda de España, y que le es con posterioridad denegado.

Por tanto, si concurre la situación de asimilada al alta con aplicación de la doctrina invocada, y siendo la situación subsumible en el art. 137 LGSS, cumpliéndose igualmente los periodos de cotización exigibles, debe declararse el derecho a la prestación solicitada. De tal modo, aplicando el art. 138.2 LGSS, al contar a la fecha del hecho causante en el año 2006, la actora con 61 años de edad, y reunir la carencia, y no estar en discusión los periodos de cotización para situación de alta o asimilada, prorrateando las cotizaciones en España de 1307 días representan un 33,84% del total de 3862 días cotizados (art. 9.d) del Convenio).

El motivo no cabe sea estimado, tratándose en realidad de una cuestión nueva planteada en este recurso extraordinario, que no puede ser analizada por esta Sala, al no haberla planteado en la instancia ni en la vía administrativa.

En la demanda, se fundamenta la solicitud de la actora de reconocimiento de la incapacidad permanente, en que “la interesada tramitó ante el INSS la prestación por incapacidad permanente al amparo del Convenio Hispano-USA en materia de Seguridad Social, que permite la consideración de asimilación al alta a estos efectos si la interesada es pensionista en USA, según el art. 14 del Convenio” (hecho quinto de su demanda).

Es decir, que la consideración como asimilada al alta exigida por el Convenio Hispano-Norteamericano se fundamentó por la parte actora en ser la actora pensionista en EEUU, y no en la doctrina humanizadora nacional e interna expuesta, por lo que,

precisamente por ello, la sentencia no se pronuncia al respecto al no haberse planteado dicha cuestión en la litis, por lo que, en consecuencia el motivo debe ser desestimado.

CUARTO.- Seguidamente, y al amparo del citado precepto, apartado c) del art. 191 de la Ley adjetiva Laboral, de forma subsidiaria estima infringido el art. 124.1 del citado Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 137.4, 138.2 y art. 14 del Convenio Hispano-Norteamericano antes indicado. Al respecto descompone el motivo en dos argumentaciones, en relación con las previsiones contenidas en dicho precepto del Convenio:

1º) Previsión de si la persona se encuentra sometida al Sistema de Seguridad Social estadounidense.

Estima que el último día del trimestre en el que se produce el hecho causante formal, sería el 31-12-2006 (la solicitud de incapacidad se efectúa en fecha 30-10-2006, el dictamen del EVI el 14-11-2006, la baja el 31-3-2006). Entiende que si cabe considerar que el efecto invalidante se produce en el momento de la baja, por lo que cabe situar el hecho causante material en la fecha de 31-3-2006, quedaría cumplido el requisito de situación asimilada al alta regulado en el Convenio, puesto que la actora acredita un periodo de seguro correspondiente al primer trimestre de 2003, tiene cotizado un trimestre durante los doce trimestres naturales anteriores al último día del trimestre en el que se produce el hecho causante, cumpliéndose lo prevenido en el art. 14 del Convenio respecto del requisito de asimilación al alta.

Además, vuelve a reiterar de nuevo la interpretación humanizadora anteriormente indicada respecto del alta y asimilación, e indica, que dado que la actora que trabaja durante todo el año 2003 sólo ha causado un crédito de seguro, debe entenderse cumplido el requisito de asimilada al alta. En definitiva, si se considera que no cabe considerar el hecho causante material producido en la fecha de la baja (31-3-2006), en cualquier caso, dicha fecha supone el inicio del acontecer que conduce al hecho causante, y a dicha fecha, conforme al Convenio, la actora se encontraría en situación asimilada al alta.

2º) Previsión de que la persona perciba una prestación prevista en la legislación de los Estados Unidos.

A este respecto se refiere a la notificación de la aprobación a la actora por parte de la Administración del Seguro Social Estadounidense, del derecho a beneficios mensuales del cónyuge. Indica que se reitera en las manifestaciones vertidas en cuanto al artículo 144y 323 LEC, porque el hecho de carecer de legalización y de documento público no le priva de eficacia documental. Pese a todas las comunicaciones dirigidas al organismo norteamericano este no ha contestado, salvo el certificado de los periodos de seguro de fecha junio de 2009, pero consta aportado a autos el documento traducido, no impugnada su traducción, remitido a la actora por la propia Administración del Seguro Social de Estados Unidos.

QUINTO.- El motivo no cabe sea acogido por ninguna de las argumentaciones que cita, debiendo recordarse que no puede invocar o plantear en este recurso cuestiones o argumentos nuevos no expuestos en la instancia (doctrina humanizadora respecto del

alta o situación asimilada, consideraciones sobre el hecho causante para relacionarla con el trimestre cotizado en Estados Unidos, y similares no expresamente invocadas).

El art. 14 del citado Convenio, permite considerar cubierto el requisito de situación asimilada al alta, exigido por las disposiciones legales españolas, si la persona está sometida al Sistema de Seguridad Social estadounidense (entendiendo por tal si puede hacer valer su derecho a prestaciones según dicha legislación, o acredita bajo la misma por lo menos un trimestre durante los doce trimestres naturales inmediatamente anteriores al último día del trimestre en que se produzca el hecho causante, según la legislación española).

Examinando la demanda, como ya dijimos, fue la afirmación de ser la actora pensionista en USA, la que invocó para lograr la asimilación al alta establecida en el art. 14 del Convenio Hispano-Norteamericano, y dicha condición de pensionista, atendida la resultancia fáctica y lo resuelto al impugnar los hechos probados, no se ha acreditado. En igual sentido, se invocó en el hecho cuarto de su reclamación previa (“...aunque viendo reconocida una prestación de viudedad directamente por la Seguridad Social de los Estados Unidos”).

Ha de reiterarse que el documento nº 15 no acredita la percepción de otra pensión en Estados Unidos, y en concreto de viudedad, ya además de no haberse aportado al expediente administrativo, parece referirse a conceder información a la actora, pero no contiene el reconocimiento o resolución oficial de una prestación como tal, habiendo debido ser el documento, en todo caso, legalizado para darle eficacia en juicio (art. 323 LEC), exigencia que debe reforzarse cuando se refleja en la resolución recurrida y en la dictada en expediente administrativo, que la actora alegó ser separada.

También cabe recordar, que los documentos recibidos de la Embajada de los Estados Unidos, se refieren al modelo de enlace USA/E3, pero no al modelo E/4 que contiene los certificados de cotización de Estados Unidos, y por ello estima el INSS, y no se ha acreditado en forma lo contrario ante la falta de la adecuada remisión de los documentos oficiales, que no se puede considerar cubierto el requisito de asimilada al alta en aplicación del art. 14.2 del Convenio puesto que el último día del trimestre del hecho causante fue 31-12-2006 y el último trimestre cotizado con la documentación que se estima válidamente aportada, es el primer trimestre de 2003 (documento nº 7 aportado junto a la demanda), sin que tampoco de la resultancia fáctica resulte tener cotizado un trimestre durante los doce trimestres naturales anteriores al último día del trimestre en el que se produjo el hecho causante (en la resolución a la reclamación previa se indica que las ganancias tributables de Seguro Social sólo permiten el derecho a tener acreditado un único crédito o trimestre de seguro en el año 2003) por lo que pese al esfuerzo argumentativo de la parte recurrente, su pretensión no puede ser en este momento estimada, y todo ello, sin perjuicio de que, como indica la juzgadora a quo, la tramitación del expediente administrativo continúe hasta poder recibirse la certificación oficial de cotización de la Administración Norteamericana y, en su caso, de la concesión de la pensión que manifiesta la recurrente.

Dicha constatación resulta necesaria además para fijar el porcentaje de pensión a cargo de la Seguridad Social española al resultar imprescindible conocer el número exacto de días de seguro que puedan haber sido reconocidos por el organismo estadounidense.

Por todo ello, el recurso debe ser desestimado.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a M.R.E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Castellón de fecha 13 de julio de 2009 en virtud de demanda formulada contra el INSTITUTO NACIONAL SEGURIDAD SOCIAL, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

1359

Sentencia núm. 2.519, de 17 de septiembre de 2010

Materia: Trabajador afiliado al RETA. Situación de incapacidad temporal. Prestación de IT por contingencias comunes. El actor no se presenta en fecha determinada a revisión al sufrir un brote de sus dolencias que le mantiene en cama. La mutua deniega la prestación de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada. Determinación del pago de la prestación.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del trabajador a percibir el subsidio correspondiente por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, correspondiendo el pago en primer lugar a la mutua codemandada y tras la extinción de la relación laboral al INSS.

Sala: Estima el recurso del INSS declarando que es la mutua codemandada en la instancia quien debe asumir el pago de la prestación pese a la extinción de la relación laboral. La prestación se paga porque en su día se percibieron esas cotizaciones con anterioridad a la actualización del riesgo.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Mercedes Boronat Tormo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Recorre el INSS la sentencia de instancia que considera justificada la ausencia a la cita médica del día 6 de noviembre a la que el actor estaba citado para reconocimiento médico. Razona dicha resolución que el día concreto el actor se encontraba en un brote de su enfermedad, que le obligó a estar en la cama hasta el siguiente día 11 del mismo mes, que acudió a los servicios médicos de la Mutua, donde dio las explicaciones oportunas, por lo que tal ausencia estaba justificada. En su fallo, tal sentencia condena a la Mutua al abono de la prestación por IT hasta el 31 de

mayo de 2009, al haberse rescindido en esa fecha la adhesión del trabajador a la Mutua, y a partir de la misma al INSS. Precisamente es por esa condena parcial por la que el INSS recurre la sentencia, con un motivo único de recurso, amparado en el art. 191 apartado c) de la LPL, en el que alega cometida la infracción de lo dispuesto en el art 67.1 de la LGSS (texto de 1994), así como los arts. 69,70.2, 71 y 80 del RD 1993/95 de Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de ATEP, y la STS de 16 de mayo del 2000. En base a tal cita entiende el INSS que debe ser absuelto del pago de la prestación, pues inició su proceso de IT bajo la cobertura de la Mutua U., que debe satisfacer la prestación hasta que concurra causa legal de extinción.

SEGUNDO.- Centrado el objeto de recurso, no en si existe justificación en la inasistencia del actor a la cita médica programada por la Mutua, sino si el INSS debe asumir el pago de la prestación a partir de determinada fecha, alegaba la Mutua que asumía la cobertura de la prestación que ésta finalizó en fecha 31 de mayo del 2009, lo que motivó la precisión declarada en la sentencia. Se trata, por tanto, de determinar si la baja en la cobertura de la concreta aseguradora, determina el fin de la obligación al abono de las prestaciones. Esta cuestión ha sido resulta por vía jurisprudencial, sobretodo para los supuestos de extinción de la relación laboral, dado que esta situación determina la extinción de la cobertura por la entidad que practica el auto aseguramiento, dando lugar a lo que ya es copiosa jurisprudencia, de la que forma parte la STS citada por el INSS. Más modernamente, se puede citar la STS de 26 de marzo del 2009, nº 3252/09 (rec. 85/08), que las premisas a tener en cuenta para determinar cual de las entidades es la responsable del abono de la prestación, las que siguen:

1) Teniendo en cuenta "la vigencia del aseguramiento en el momento en que se produjo el hecho causante", la entidad que asumía el pago de la prestación por incapacidad temporal debe seguir abonando el subsidio pese a la extinción de la relación laboral, puesto que "no se paga la prestación porque continúe la obligación de cotizar en beneficio de la entidad aseguradora, sino porque en su día se percibieron esas cotizaciones con anterioridad a la actualización del riesgo"(STS 12-7-2006, citada);

2) Aunque el reparto o aplicación de las cuotas actuales para las prestaciones actuales sea el sistema de financiación acogido en la Ley General de Seguridad Social para las contingencias comunes (artículos 87 y 200), el principio que lo inspira no es trasladable al sistema de cobertura, que se rige por una lógica de protección y no por una lógica financiera o presupuestaria (STS 19-7-2006, citada).

En el caso concreto, la aplicación de la doctrina citada implica la estimación del recurso del INSS, y ello porque se trata de una prestación de IT por contingencias comunes, que se inicia bajo la cobertura de la Mutua demandada, que es la que controla el proceso de IT y realiza los controles médicos, por lo que ha venido percibiendo las cantidades por la cobertura de tales contingencias. Dicha situación se ha mantenido en el tiempo, produciéndose durante la misma, la extinción de la prestación, por causas que se han estimado judicialmente injustificadas, y la baja en la Mutua del trabajador. Por ello debe entenderse que es la Mutua cuyo aseguramiento estaba vigente a la fecha del hecho causante, y que por ello ha venido satisfaciendo al actor las prestaciones correspondientes, cuya extinción se ha declarado irregular, la que debe seguir satisfaciendo las prestaciones sucesivas. En consecuencia, deberá dictarse sentencia que revoque en parte la dictada en la instancia, limitando la condena al pago de las

prestaciones de IT sobre la Mutua U., con las circunstancias que constan en dicha resolución, absolviendo al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de “INSS”, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº UNO de los de ALICANTE, de fecha 8 de octubre del 2009, en virtud de demanda presentada a instancia de DON I.F.S.C.; y, en consecuencia, absolvemos al INSS, haciendo extensiva la condena al pago de prestaciones por IT del actor, a la Mutua U., por el tiempo que se mantenga dicha situación.

Sin costas

1360

Sentencia núm. 2.554, de 21 de septiembre de 2010

Materia: Reclamación de cantidad. Atrasos salariales. Trabajador que presta servicios en actividad de panadería. El demandante accede a jubilación parcial. Sucesión empresarial. A los pocos días del traspaso el actor causa baja en la seguridad social por traspaso del negocio sin trabajadores.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la empresa cedente al abono de los atrasos salariales más paga extraordinaria e intereses por mora correspondientes.

Sala: Estima el recurso de la parte actora confirmando la existencia de sucesión empresarial, condenando solidariamente a las codemandadas al pago de los salarios adeudados al actor.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Martínez Zamora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el actor la sentencia de instancia interesando revisión del hecho probado 2º y adición de un nuevo hecho probado (3º), en los términos que propone, aquí por reproducidos; a lo que se accede porque así resulta de los documentos en que se basa. También solicita que se admita copia de la sentencia dictada por el

juzgado de lo social nº 2 de Valencia, que acompaña al escrito de recurso, lo que procede, conforme a los arts. 270 Ley de Enjuiciamiento Civil y 231 Ley de Procedimiento Laboral, por tener relación con este pleito y es de fecha posterior a la celebración del juicio.

SEGUNDO.- Denuncia el recurso infracción del art. 44 ET, porque entiende, en resumen, que existió sucesión empresarial entre las codemandadas y, por tanto, debe condenarse también solidariamente a D^a I.M.V., al pago de los salarios adeudados al actor.

El motivo debe prosperar pues según el h.p. 2º de la resolución de instancia, en la redacción admitida, el día 30-10-2008 el legal representante el Horno la E.O. SA, traspasó el negocio de panadería – pastelería, sito Marques de Zenete 10 bajo de Valencia, a D^a I.M.V., quien el 13-11-08 se dio de alta en la actividad de horno panadería y pastelería; situación que se incardina en el art. 44 ET, según el cual, el cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por si mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, considerando que existe sucesión de empresas cuando la transmisión afecto a una entidad económica que mantenga su identidad; y si la transmisión es inter vivos cedente y cesionario responderán solidariamente durante tres años de las obligaciones laborales nacidas con anterioridad a la transmisión que no hubieran sido satisfechos, tal como ocurre con el actor, que prestaba sus servicios para la E.O. SA y no había percibido los salarios que reclama.

TERCERO.- También se denuncia vulneración de los arts. 4. 2 f) y 29-1 y 3 ET, por considerar, en síntesis, que el periodo de salario devengado debe comprender hasta la fecha del despido de 13-2-09; y solicita la condena solidaria de ambas demandadas al pago de la cantidad de 11.676,06 Euros a la actora.

El motivo debe alcanzar éxito ya que, como consta en el nuevo hecho probado admitido, si bien se curso la baja del actor en la Seguridad Social el 30-11-08, éste tuvo conocimiento de ello el 13-2-09 y a raíz de ello interpuso demanda de despido.

Procede, en consecuencia, estimar el recurso y revocar la sentencia recurrida.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto, revocamos la sentencia dictada con fecha 24 de julio de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia en los autos nº 1047/08 y, en su lugar estimando la demanda formulada por D. E.S.M.P., condenamos solidariamente a las demandadas H.E.O. SA y D^a I.M.V. a que abonen a aquél, por los conceptos salariales reclamados, la cantidad de 11.676,06 euros (once mil seiscientos setenta y seis con cero seis euros) más los intereses por mora correspondientes.

Sentencia núm. 2.582, de 22 de septiembre de 2010

Materia: Reclamación de derecho y cantidad. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la actividad de industria del metal. Reconocimiento plus de peligrosidad. Diferencias abono salario. Afectación general de la cuestión controvertida. Competencia funcional. Acceso recurso supuestos de excepción.

Juzgado: Desestima las demandas absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Declara la falta de competencia funcional para conocer sobre el fondo del asunto, declarando la firmeza de la sentencia de instancia.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Inmaculada Linares Bosch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la parte demandada la sentencia de instancia que desestimó las demandas acumuladas, en las que se reclamaban por cada actor se declarase su derecho a percibir por peligrosidad el complemento salarial completo previsto en el artículo 19 del convenio colectivo de la industria del metal de la provincia de Valencia, condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración y a abonarle las cantidades que constan en la súplica de sus respectivas demandas, correspondientes al período comprendido entre los meses de mayo de 2007 y abril de 2008, ambos inclusive, renunciando en la vista al abono de las posteriores actualizaciones que se decía en dicha súplica, limitando su reclamación al período que se ha dicho; ascendiendo la mayor cantidad reclamada a 756,28€.

2. La Sala como cuestión previa y antes de analizar, en su caso, el fondo del recurso interpuesto, debe dilucidar si la sentencia de instancia era o no recurrible en suplicación, y en el supuesto negativo si procede la nulidad de las actuaciones, encontrándonos ante una materia que delimita la propia competencia funcional de esta Sala y por lo tanto ante una cuestión de derecho necesario por afectar al orden público del proceso. Así, el artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral establece la regla general e impide el acceso al oportuno recurso de suplicación en aquellos casos en que la cuantía de lo reclamado no exceda de 1.803,04euros, por lo que siendo el importe litigioso de cuantía inferior al citado, la sentencia, en principio, y dada la regla general citada no era recurrible en suplicación, al no alcanzar el indicado importe, el presupuesto mínimo de acceso a recurso, ya que dicha cuantía viene referida a la individualmente reclamada por cada uno de los trabajadores, conforme al artículo 190 de la LPL. La única vía de acceso a recurso hubiera sido por la concurrencia de alguno de los supuestos de excepción establecidos en el artículo 189.1 b) de la citada Ley, cuando señala y admite la posibilidad de interponer suplicación contra la sentencia de

instancia, aunque la cuantía del proceso no llegue a 1.803,04 euros, en los casos, «seguidos por reclamaciones, acumuladas o no, en los que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores o de beneficiarios de la Seguridad Social, siempre que tal circunstancia de afectación general fuera notoria o haya sido alegada y probada en juicio o posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes» abriendo y posibilitando en tal caso la vía al recurso de suplicación en los términos que marca la Sentencia del Tribunal Supremo de 3/10/2003, reiterada por otra sentencia de la misma fecha y posteriores, reelaborando la doctrina precedente hasta entonces sobre el citado precepto.

Así, como señala la sentencia de nuestro Alto Tribunal de 07 de Febrero del 2007 (ROJ: STS 2098/2007), Recurso: 3396/2005 la doctrina actual de esta Sala, a partir de la sentencia de 23 de octubre de 2003 dictada en Sala General, puede resumirse como sigue: “(a) La exigencia de que «la cuestión debatida afecte a todos o un gran número de beneficiarios», «contiene un concepto jurídico indeterminado, que sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto» (SSTC 144/1992, de 13/Octubre; 162/1992 de 26/Octubre; y 58/1993, de 15 /Febrero); (b) la apreciación de la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y también de las «características intrínsecas» de la cuestión objeto de debate, lo que supone 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 sus trabajadores; (c) ello es también predicable de las reclamaciones frente a la Seguridad Social, en los casos en que las Entidades Gestoras utilizan criterios uniformes para resolver los actos masa objeto de su competencia; (d) la conclusión anterior no supone que la afectación general se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas, pues 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; (e) la triple distinción que establece el art. 189. 1. b LPL pone de manifiesto que la alegación y prueba de la afectación múltiple, no es necesaria cuando se trate de «hechos notorios», ni cuando el asunto «posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes»; (f) la notoriedad de que habla el art. 189.1.b LPL no es la «absoluta y general» a que se refiere el art. 281.4 LECiv , bastando que así se califique por la naturaleza de la cuestión, circunstancias concurrentes o existencia de otros procesos, y su apreciación procede aunque no haya alegación de parte, bastando para ello con que, por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, la cuestión sea notoria para el Tribunal; (g) «el contenido de generalidad» es categoría próxima a la notoriedad, en que la evidencia de afectación múltiple es de menor intensidad, y por ello requiere que no sea cuestionado por ninguna de las partes, aunque no hubiese sido alegado, de manera que si consta la oposición de alguna de aquellas no es posible aplicar este sistema de apreciación de la afectación múltiple; (h) fuera de estos supuestos, la afectación general requiere que haya sido alegada y probada en juicio; (i) la apreciación sobre tales extremos -motivada: SSTC 79/1985, de 3/Julio; 59/1986, de 19/Mayo; 143/1987, de 23/Septiembre; 58/1993, de 15/Febrero; y 127/1993, de 19 /Abril - corresponde al Juez de lo social y posteriormente a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, por tratarse de cuestión

de orden público; (j) la apertura a la Suplicación por este cauce persigue tanto la concesión de recurso a los afectados cuanto conseguir la unificación de doctrina judicial, pues esta vía especial de recurso no está concebida exclusivamente como un derecho de las partes, pues se configura también como un instrumento que tiene por objeto conseguir la unificación de doctrina en supuestos que son trascendentes en su conjunto y en los que la unidad de criterios aplicativos y hermenéuticos participa en buena medida de la condición de orden público, pues tiene a «evitar que queden sin recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, pero que pueden trascender esta dimensión al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos y requerir, por ello, una actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior»(STC 79/1985, de 3 /Julio), y responde a «un interés abstracto: la defensa del "ius constitutionis" y la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley»(STC 108/1992, de 14 /Septiembre); (k) al ser la afectación múltiple un concepto jurídico, en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de modo reiterado que una determinada cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tiene el valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión; y (l) el recurso para la unificación de doctrina ha de estimarse cuando la sentencia recurrida ignore los anteriores criterios, procediéndose a su anulación, aunque quien recurra sostenga pretensión sustantiva opuesta a un criterio unificado(SSTS -Sala General-03/10/03 -rec. 1011/03; 03/10/03 -rec. 1422/03-; [...] 12/01/05 -rec. 565/03-; 08/02/05 -rec. 5604/03-; [...] 05/12/05 -rec. 358/03-; 26/12/05 -rec. 874/05-; 27/12/05 -rec. 3962/04-; 03/01/06 -rec. 5414/04-; 25/01/06 -rec. 3892/04-; 30/01/06 -rec. 5320/04-; 03/02/06 -rec. 4678/04-; 06/02/06 -rec. 1111/05-; 28/02/06 -rec. 5393/04-; 23/03/06 -rec. 436/05 -...).”

Igualmente, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 20-1-2010, rec. 3540/2008, dice, “Conforme a nuestra normativa procesal, regida por el principio de legalidad (art. 1 LECiv), la cuantía de un proceso viene determinada por la solicitud de la demanda (art. 190 LPL) y a su vez condiciona -si supera el tope de 1803,04 euros- el acceso al recurso de Suplicación (art. 189.1 LPL). Y una vez que en el presente caso la actora se limitaba a reclamar 1379 euros por la realización de funciones de un superior grupo profesional, la indicada regla procesal comporta que en el presente caso no debiera haberse admitido a trámite el indicado recurso. Y ello es así, aunque tal reclamación de cantidad fuese precedida -que no lo fue- de la reclamación del derecho a las diferencias con proyección de futuro, porque es criterio consolidado de la Sala que si se reclama el reconocimiento de un derecho laboral con sus consecuencias económicas, la declaración de existencia de aquél no es más que el presupuesto de la acción de condena, de manera que la viabilidad del recurso dependerá de la cantidad efectivamente reclamada, en cómputo anual, pues «el elemento determinante a efectos de recurso, no es la previa declaración (del derecho) que se pide y que constituye fundamento inescindible de la petición de condena, sino la cuantía efectiva que se reclama, pues todo pronunciamiento de condena conlleva un previo sobre la procedencia del derecho, aunque no sea objeto de una pretensión expresa e independiente de la de cantidad», siendo necesario que en ese cómputo anual supere las 300.000 ptas. (actualmente, 1803.04 euros) (por citar algunas próximas, SSTS 09/06/09 -rcud 3332/08-; 10/06/09 -rcud 3459/08-; 09/07/09 -rcud 1835/08-; 20/10/09 -rcud 3372/08-; y 05/11/09 -rcud 2378/08 -).No desvirtúa esta conclusión el hecho de que la sentencia de instancia hubiese afirmado que la cuestión controvertida ofrecía «notoria

afectación general», pues esta afirmación carece de su pretendida eficacia si se atiende a nuestra reiterada doctrina en orden a la «afectación general», y que es resumible - limitada a los extremos que interesan al presente caso- en los siguientes puntos: a) La exigencia de que «la cuestión debatida afecte a todos o un gran número de beneficiarios», «contiene un concepto jurídico indeterminado, que sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto» (SSTC 144/1992, de 13/Octubre; 162/1992 de 26/Octubre; 58/1993, de 15 /Febrero); b) la apreciación de la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y también de las «características intrínsecas» de la cuestión objeto de debate, lo que supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la empresa, siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen «a todos o a un gran número» de sus trabajadores; c) la apreciación sobre tales extremos -motivada: SSTC 79/1985, de 3/Julio; 59/1986, de 19/Mayo; 143/1987, de 23/Septiembre; 58/1993, de 15/Febrero; y 127/1993, de 19 /Abril- corresponde en primer término al Juez de lo social y posteriormente a las Salas de los TSJ y del TS, por tratarse de cuestión de orden público; y d) La evidencia compartida de las partes sobre la afectación generalizada no sustrae a los órganos jurisdiccionales el control sobre la concurrencia efectiva de tal afectación. Así lo venimos afirmando desde dos sentencias de Pleno dictadas en 03/10/03 (-rec. 1011/03-; y -rec. 1422/03 -) y cuyos criterios constantemente reiteramos (así, recientemente y aparte de las que se dirán, Sentencias de 08/Julio/09 -rcud 791/08-; 09/07/09 -rcud 1835/08-; 21/09/09 -rcud 4049/08-; 23/09/09 -rcud 3461/08-; y 16/10/09 -rcud 1538/08 -).En todo caso parece oportuno destacar que la existencia de más recursos de casación para la unidad de doctrina con idéntica pretensión (concretamente once más), no implica la «notoriedad» que previamente hemos negado. Y al efecto nos remitimos a precedentes en los que negamos la afectación general cuando son siete los recursos interpuestos, «cuya existencia no atribuye notoriedad al asunto en los términos que exige nuestra más reciente doctrina unificada» (STS 21/01/08 -rcud 987/07 -); y que tampoco puede apreciarse la notoriedad «por la presencia de otros ocho asuntos iguales de la misma empresa pendientes de recurso de Suplicación» (STS 26/02/08 -rcud 980/07 -); ni por ocho o nueve procedimientos judiciales, con interposición de siete recursos de casación (STS 08/07/08 -rcud 989/07 -); o por siete recursos de casación (STS 21/08/08 -rcud 981/07 -)».

3. Entrando en el examen de la concurrencia o no de afectación general en la cuestión debatida en el presente litigio, la Sala llega a la conclusión de que no es posible apreciar tal concurrencia, en virtud de las siguientes consideraciones:

Primero: no es notorio que la cuestión debatida afecte a un gran número de trabajadores, pues en el presente procedimiento accionan seis trabajadores y ni siquiera consta el número de trabajadores que componen la plantilla de la empresa demandada.

Segundo: Tampoco cabe sostener que nos encontremos ante un supuesto en que la cuestión debatida posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

En la sentencia de instancia consta que solo la demandada postuló a los efectos del Recurso de Suplicación que la demanda afectaba a todos los trabajadores, pero tal aseveración no es suficiente para estimar que se trata del supuesto previsto en el inciso final del apartado b) del artículo 189, 1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

El requisito exigido por el precepto es que el asunto debatido "posea claramente un contenido de generalidad". Si tal contenido de generalidad no existe o no se pone de manifiesto a pesar del aserto de la demandada, no es posible sostener que nos encontramos ante el tercer supuesto que prevé el precepto apartado b) del artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

Dicho contenido de generalidad no aparece en el supuesto examinado.

Tercero: Resta por examinar si el asunto, a efectos de la afectación múltiple, es incardinable en el segundo de los supuestos contemplados en el apartado b) del artículo 189.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, es decir que la afectación general "haya sido alegada y probada en juicio".

Tampoco se cumplen los requisitos de este segundo supuesto. En efecto, pese a la afirmación de la demandada de que la cuestión debatida afecta a todos los trabajadores, no consta que se alegase ni que se probase el número de trabajadores que prestan servicios en la demandada, por lo que no permite calificar la cuestión debatida como de "afectación general" por "afectar a todos o a un gran número de trabajadores".

Por todo lo expuesto, la concesión de recurso, devino improcedente, lo que conduce a declarar la firmeza de la sentencia, y la nulidad de todas las actuaciones practicadas, desde la publicación de la resolución judicial (Sentencia Tribunal Supremo 7/2/00 y 20/3/00).

FALLO

Que sin entrar a conocer del fondo del asunto planteado en el recurso de suplicación interpuesto por D.R.C. y OTROS CINCO, contra la sentencia de fecha 9-9-2009 dictada por el Juzgado de lo Social número 13 de los de Valencia, debemos declarar y declaramos la falta de competencia funcional de la Sala para conocer del objeto debatido, declarando la firmeza de la sentencia recurrida.

1362

Sentencia núm. 2.604, de 23 de septiembre de 2010

Materia: Despido disciplinario. Trabajador en situación de baja temporal por enfermedad común en empresa dedicada a la

actividad del metal y que presta servicio para otra empresa de la misma localidad encontrándose todavía en situación de baja. Requisitos formales de la carta de despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la procedencia del despido. La conducta del trabajador es merecedora de un despido disciplinario.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente el despido por defecto de forma. Los datos que suministra la carta de despido sobre los hechos imputados al trabajador son insuficientes para declarar la procedencia del despido.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Son dos los motivos en los que la parte actora fundamenta el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Elche que desestima la demanda y declara procedente el despido disciplinario del demandante, habiendo sido impugnado el recurso de contrario como se expuso en los antecedentes de hecho.

Aun cuando no se diga expresamente los dos motivos del recurso se introducen por el cauce del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y ambos se examinarán conjuntamente ya que contienen idéntica censura jurídica, si bien en el primero se alude a la doctrina jurisprudencial sobre los requisitos formales de la carta de despido contenida en diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y que se entiende ha sido vulnerada por la sentencia del Juzgado, mientras que en el segundo motivo se denuncia la infracción del art. 55.1 en relación con el 55.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores así como las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1988, 22 de febrero de 1993 y 30 de octubre de 1989.

Razona la defensa de la parte recurrente que la carta de despido contiene imputaciones genéricas o indeterminadas y que al no cumplir, por lo tanto, los requisitos formales se ha de considerar insuficiente lo que conlleva calificar como improcedente del despido impugnado.

Como se preocupa de señalar la sentencia de nuestro Alto Tribunal de 18 de Enero del 2000 (ROJ: STS 152/2000), Recurso: 3894/1998 que se hace eco de lo sostenido por la sentencia de la misma Sala de 27 de abril de 1997, en recurso 1076/1996, el "artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores establece que "el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, habiendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos". Esta exigencia ha sido retiradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la sentencia de 3 de octubre de 1988, a tenor de la cual "aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquellos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin

dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala - sentencias de 17 de diciembre de 1.985, 11 de marzo de 1.986, 20 de octubre de 1.987, 19 de enero y 8 de febrero - cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador". Esta doctrina se reitera por las sentencias de 22 de octubre de 1990, 13 de diciembre de 1990.Por otra parte, como ya se ha indicado, la oposición de la trabajadora a las imputaciones de la carta de despido no puede confundirse con un reconocimiento de la determinación de unos hechos que no han sido concretados y tampoco puede convertirse la prueba posterior de algunos hechos calificables como incumplimientos en una vía para concluir que - al ser aquellos ciertos - la trabajadora los conocía, aunque no figurasen en la carta, porque tal razonamiento circular envuelve una petición de principio y elimina la garantía del conocimiento concreto de las imputaciones por el trabajador y la limitación de la defensa del trabajador consagrando un resultado obtenido a partir de una situación de desigualdad de información en el proceso".

En el presente caso el trabajador es despedido con efectos de 31-8-2009 por carta con el siguiente tenor en cuanto a los hechos imputados: "POR ESTAR TRABAJANDO ENCONTRÁNDOSE EN SITUACIÓN DE BAJA POR INCAPACIDAD TEMPORAL, EN OTRA EMPRESA DE ESTA LOCALIDAD Y DEDICADA A LA MISMA ACTIVIDAD." Si tenemos en cuenta que el demandante se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el 15 de mayo de 2009 y que no se concretan los días en que la empresa considera que estuvo trabajando ni la denominación social de la empresa en que prestó dichos servicios, la conclusión que alcanza esta Sala difiere de la obtenida por el Magistrado de instancia, ya que los datos que suministra la carta de despido sobre los hechos imputados al trabajador resultan insuficientes puesto que ni siquiera podría aducirse por aquél, en su caso, la prescripción de las faltas que se le achacan ni dar explicaciones sobre su presencia en la empresa en que se dice que prestó servicios al desconocer el nombre de la misma, pese a que la demandada lo conocía como se evidenció durante el acto del juicio, lo que revela una desigualdad de información en el proceso que perjudica al demandante y que es imputable a la empresa demandada, tal y como alega la parte actora. Por todo lo expuesto resulta evidente que fueron incumplidos los requisitos de forma que para el despido disciplinario exige el artículo 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, y en consecuencia que la sentencia combatida cometió las infracciones denunciadas, por lo que el recurso debe ser estimado y la sentencia que no aplica correctamente la doctrina jurisprudencial a la que se dice ajustar, debe ser revocada en el sentido de estimar la demanda y declarar improcedente por defectos de forma el despido del demandante, con las consecuencias establecidas en el art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en el art. 110 de la LPL.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. V.B.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Elche de fecha 18 de diciembre de 2009, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra M.M.M.; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido del actor por defectos de forma y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días, le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores o le indemnice en la cantidad de 25.920 euros, debiendo abonarle en cualquier caso los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución en la cuantía diaria de 38,40 euros, descontando los períodos de incapacidad temporal del actor, así como los salarios que haya podido percibir en una nueva colocación.

1363

Sentencia núm. 2.637, de 28 de septiembre de 2010

Materia: Despido disciplinario: Extinción de la relación laboral. Trabajador al servicio de entidad bancaria. Disposición indebida de dinero, concesión irregular de préstamo y concesión de préstamo con finalidad distinta a la autorizada.

Juzgado: Desestima la demanda de despido, declarando procedente el mismo y absuelve a la empresa demandada con todos los pronunciamientos favorables.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda constatada la trasgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza depositado en el trabajador.

Ponente: Ilma Sra. D^a. María Montes Cebrián.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.Frente a la resolución de instancia, que declara la procedencia del despido del actor, interpone la representación letrada del mismo el presente recurso de suplicación que viene apoyado en un único motivo encajado dentro de lo instituido en el art.191 b) de la Ley de procedimiento laboral. En el mismo se plantea la denuncia por infracción del art.53 apartados 1º y 9º del Convenio colectivo de Banca y que contemplan respectivamente “la trasgresión de la buena fe contractual así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo” y la “indisciplina o desobediencia en el trabajo”, sosteniéndose que el actor tenía concedida autorización por la clienta para la disposición de sus fondos y demás cuentas, manteniendo toda su confianza en la persona del demandante. Y en cuanto a la participación del actor en los préstamos concedidos a su hermana y a la clienta A.B. se aduce que la firma del

demandante lo fue como segundo representante de la entidad pues el que autorizó las operaciones fue el director de la oficina, por lo que, dadas dichas circunstancias, no debió aplicarse al actor la sanción máxima de despido.

2.A la vista de la permanencia del relato histórico de la sentencia –cuya modificación ni tan siquiera se ha intentado por la parte recurrente- en el que se detallan en los ordinales 3º a 10ª la veracidad sobre las diferentes imputaciones realizadas al demandante en la carta de despido en cuanto a irregularidades cometidas por el actor en el desempeño de sus funciones, tanto en relación a la disposición de reembolso de los fondos de la clienta Sra. M. al no poseer el documento de autorización ni la correspondiente fecha ni mención alguna al concreto fondo, como también respecto a la utilización una vez fallecida la clienta de su correspondiente cuenta para compensar y retrotraer la comisión bancaria cobrada a otro cliente; se da asimismo por probada su participación en la tramitación de un crédito a la hermana del actor contraviniendo la normativa de intervención en operaciones llevadas a cabo con familiares, así como, igualmente su acreditada participación en los traspasos de dinero del préstamo denegado por solicitud de la Sra. B., ante ello la petición por una tercera persona, y la entrega del dinero a la primera, cuya situación con el banco era la de un saldo deudor de 59.617,29 € (hecho probado noveno). Tales irregularidades o contravenciones profesionales encontrarían pleno acomodo en los dos apartados del precepto convencional de referencia -aludido en el recurso- al traducirse en un comportamiento desleal con manifiesta vulneración a la operativa marcada por la empresa, máxime el nivel profesional alcanzado por el actor dentro de la entidad financiera en calidad de subdirector de la oficina. Apreciamos pues concurrente un incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador, debiéndose considerar como tal, entre otros, la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño en el trabajo, al deber el trabajador cumplir con las obligaciones anejas a su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe, arts. 5 a) y 20. 2 del ET, habiendo declarado esta Sala, SS. 22 de septiembre 1998, 13 de septiembre 2001, 24 de enero 2002 y 26 de marzo 2003, entre otras muchas, recogiendo las pautas jurisprudenciales sobre tal incumplimiento, que dicha trasgresión, constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que debe presidir la correcta ejecución del contrato; que la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, pues su naturaleza genera derechos y obligaciones recíprocos, que se traduce en una exigencia de comportamiento ético, acorde a una serie de valoraciones objetivas, que limita o condiciona el ejercicio de los derechos subjetivos, y que se concreta en valores que pueden traducirse por lealtad, honorabilidad, probidad y confianza; que la esencia de su incumplimiento no está en la causación de un daño, sino en el quebranto de los anteriores valores, por lo que a pesar de la inexistencia de perjuicio alguno a la empresa, a pesar de ser un elemento a considerar y ponderar en orden a su gravedad, no se enerva la trasgresión, para cuya consideración también deben valorarse las condiciones personales y profesionales del trabajador y la confianza depositada en el mismo; que tampoco es necesaria la concurrencia de dolo en la conducta entendida como conciencia y voluntad en su realización, pues basta que los hechos se produzcan de manera culposa, si la culpa es grave e inexcusable, para estimar cometida la infracción de la norma. En definitiva, que la relación laboral, genéricamente, pero también en unos casos más que en otros, exige una confianza entre las partes que se quiebra por la realización de conductas que denotan engaño u ocultación, o malicia, en la medida en que hacen tambalear los cimientos de esa confianza y que la relación laboral exige una confianza entre las partes que se quiebra por la realización de determinadas conductas.

Razones que comportan la desestimación del recurso con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

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

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de V.B.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 16 de Valencia de fecha 14 de mayo de 2010 en virtud de demanda formulada contra B.S. SA, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

1364

Sentencia núm. 2642, de 28 de septiembre de 2010

Materia: Personal estatutario fijo al servicio de la Administración autonómica. El actor está afiliado al RGSS. Solicitud pensión de jubilación parcial. Denegación por ser funcionario. Jurisprudencia Tribunal Supremo.

Juzgado: Desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción y estima la demanda, declarando el derecho de reconocer al actor la jubilación voluntaria parcial en el 85% solicitado, así como a la reducción de la jornada y correlativa reducción de las retribuciones del demandante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Aplicación doctrina TS. No es posible la jubilación parcial pues se haya condicionada a la aplicación de una norma de desarrollo del Estatuto Básico del Empleado Público.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren en suplicación la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) y el letrado habilitado de la Consellería de Sanidad, la sentencia que ha estimado la demanda iniciadora de este procedimiento y ha declarado el derecho del actor a que se le reconozca la jubilación voluntaria parcial en el 85% solicitado, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta resolución y al INSS al abono de la pensión que legalmente le corresponda y a

la Generalidad Valenciana a realizar las actividades necesarias para la reducción de la jornada y correlativa reducción de las retribuciones del demandante para la obligada efectividad de la misma.

Antes de adentrarnos en el estudio de los recursos, hay que decidir una causa de inadmisibilidad propuesta en el escrito de impugnación por la parte recurrida, basada en lo establecido en el art. 192.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, porque la Entidad Gestora no presentó ante el Juzgado al anunciar el recurso, certificación acreditativa de que comienza el pago de la prestación de pago periódico y de que lo proseguirá puntualmente durante la tramitación del recurso, lo que determinaría que se pusiera fin al trámite de recurso.

Y la causa de inadmisibilidad debe ser desestimada, toda vez que ni en la demanda se solicita una concreta prestación ni se concede en la sentencia, ventilándose en el procedimiento, donde se ejercita una acción meramente declarativa, el derecho que pudiera ostentar el demandante, personal estatutario de la Seguridad Social, a acceder a la jubilación parcial.

SEGUNDO.- Los recursos se resolverán de forma conjunta, ya que los mismos interesan en un único motivo formulado para la censura jurídica de la sentencia y con correcto amparo procesal en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, la revocación de la sentencia, alegando parecidas infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia, y en concreto y por lo que se refiere al INSS la infracción del art. 166 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en relación con el art. 67.1, 2 y 4 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y art. 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco de Personal Estatutario de los Servicios de Salud y la doctrina del TS establecida en la sentencia de 22-7-2009 (rec. 3044/2008); así como la infracción del art. 10 apartado a), y 11 del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre, que constituye el desarrollo reglamentario de la jubilación parcial para los trabajadores por cuenta ajena: Por su parte La Generalidad Valenciana denuncia la infracción, por interpretación errónea, del art. 26.4 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco del Personal Estatutario de los servicios de Salud, en relación con el art. 166 de la LGSS, así como de los arts 9 y 10 del Real Decreto 1131/2002 de 31 de octubre, de la Disposición Adicional Séptima de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social y de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público. En esencia sostienen los recurrentes que el actor en su condición de personal estatutario no puede obtener por ahora la jubilación parcial que solicita.

Pues bien la cuestión ha sido resuelta por el TS en la sentencia que mencionan los recursos y por consiguiente debe seguirse la decisión tomada por el alto Tribunal en esta resolución, sin que pueda argumentarse como hace la parte recurrida sobre el voto particular de la sentencia que no forma jurisprudencia. En esa sentencia de fecha 22 de julio de 2009 (rec.3044/2008) se dice que no pueden jubilarse parcialmente quienes ostentando la condición de personal estatutario, prestan servicios en virtud de un régimen jurídico especial regulado en el Estatuto Marco aprobado por Ley 55/2003,

de 16 de diciembre, y que se ven afectados por el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril. Las razones por las que deniega la jubilación parcial son que dicha modalidad está prevista y perfeccionada en el ordenamiento de Seguridad Social (art. 166.2) y ha sido desarrollada reglamentariamente -RD 1131/2002, de 31 de octubre- para los trabajadores por cuenta ajena (art. 12-7 ET), pero necesita de desarrollo específico respecto del personal estatutario. Apoyando dicha solución, concluye que si bien el Estatuto Marco contempla tal posibilidad, la condiciona a que quienes tienen competencia para ello, lo determinen en su ordenamiento específico "como consecuencia de un plan de recursos humanos" (art. 26.4 Ley 55/2003) y el Estatuto del Empleado Público, en su disposición adicional sexta, contempla igualmente tal posibilidad para los funcionarios pero condicionada a que exista posterior desarrollo reglamentario.

La consecuencia que de ello se extrae, por los razonamientos que se contienen en la tan meritada sentencia, no puede ser otra que la de estimar el recurso, al ser correcta la resolución del INSS impugnada en el procedimiento, y al no haberlo entendido así el Magistrado de Instancia se revocará su sentencia para desestimar la demanda.

FALLO

Que estimamos los recursos de suplicación interpuestos en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social y de la Generalitat Valenciana contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Alicante de fecha 31 de julio de 2009, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda interpuesta por don G.S.V. contra los recurrentes, absolviendo a estas últimas de las pretensiones contra las mismas formuladas.

Sin costas.

1365

Sentencia núm. 2.666, de 28 de septiembre de 2010

Materia: Declaración rescisión de contrato. Incumplimiento empresarial: Abono nóminas. Aplicación art. 50 ET. La empresa ha solicitado declaración de concurso habiendo nombrado administrador concursal. Se han extinguido todos los contratos de trabajo, entre ellos los de los demandantes.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de las pretensiones dirigidas en su contra. No procede la rescisión de la relación laboral a instancia de los trabajadores pues ésta ya no existe.

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. A la fecha de dictarse la sentencia del presente recurso, los actores carecían de acción para solicitar la extinción de sus contratos.
Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Luisa Mediavilla Cruz.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La demanda deducida por los actores D. J.M.F. y D. J.M.B.V., en solicitud de rescisión de contrato, es desestimada en la instancia.

Se alza en suplicación la parte actora, presentando formalmente dos recursos idénticos. Por razones sistemáticas, se procederá a su análisis conjunto, dando una respuesta única.

Principiando por el motivo destinado a la revisión fáctica y correctamente interpuesto por el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), se solicita la revisión del hecho probado tercero, en el sentido de que se haga constar la causa por la que el actor Sr. B. ha recurrido el Auto del Juzgado de lo Mercantil N° 2 de Bilbao que allí se refiere. Invoca como documento revisor el Acta final del acuerdo alcanzado entre los trabajadores y la administración concursal de la empresa. El motivo se rechaza, toda vez que lo que constituye un hecho y por tanto, debe quedar plasmado en el relato histórico de la sentencia, es que el Sr. B. ha recurrido en suplicación el citado Auto, y tal hecho ya figura en el ordinal tercero. No constituye un hecho la causa por la que ha decidido recurrir, pues ello solamente es una afirmación voluntarista que debe interpretarse, por ejemplo, del documento invocado. En suma, no concurre error alguno directo e irrefutable del magistrado a quo en la valoración del documento señalado.

SEGUNDO.- En el motivo que se dirige a combatir jurídicamente el derecho aplicado, interpuesto por la letra c) del artículo 191 LPL, se denuncia la infracción del artículo 64.7 de la Ley Concursal. Argumenta, en síntesis, que el acuerdo alcanzado entre los trabajadores y la administración concursal, homologado por el Juez de lo mercantil merced al cual se acuerda la extinción colectiva de los contratos de trabajo, no beneficia a los actores, por lo que debe accederse a la extinción de sus contratos de trabajo.

Hemos de señalar, como ha tenido ocasión de señalar esta Sala de lo Social en anteriores sentencias, como las de 15-10-2003 (recurso 2013/2003), 24-2-2005 (recurso 3578/2004), 16-1-2006 (recurso 333828/2005), 28-03-2007 (recurso 371/2007) y 24-06-2010 (recurso 1069/2010), es doctrina judicial reiterada, de la que son manifestación, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala 4^a, de fechas 8 de mayo y 18 de julio de 1.990 ó 23 de abril de 1996, la que declara que para el éxito de la acción de rescisión de la relación laboral a instancia del trabajador por incumplimientos del empresario del artículo 50.1 del ET, es necesaria la preexistencia de la relación jurídico laboral al tiempo de dictarse la sentencia, porque no puede pretenderse la resolución de una relación si ya no existe por haber sido previamente resuelta por actos

de cualquiera de las partes. Esta tesis se explica por la naturaleza constitutiva de la sentencia que se dicta en los procesos instados al amparo del artículo 50 ET, de modo que es el pronunciamiento judicial el que, en su caso, extingue la relación laboral entre las partes, a diferencia de lo que ocurre en los procesos impugnatorios de los despidos, en los que la sentencia se pronuncia sobre la legalidad de una decisión que ya ha sido tomada y que se ha hecho efectiva con el cese en el trabajo del trabajador despedido.

En el presente supuesto, si bien es cierto que cuando se presentaron las demandas, iniciadora de las presentes actuaciones, el 4 de junio del 2009, ambas, todavía no se había dictado por el Juzgado de lo Mercantil la resolución judicial que facultaba a la empresa para extinguir los contratos de trabajo de los demandantes, también lo es que dicha resolución ya se había emitido al tiempo de celebración del juicio ante el Juzgado de lo Social que lo fue el 15 de diciembre, mientras que el auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao, se dictó en fecha 2 del mismo mes y año. Pero, además, tal resolución del Juzgado de lo Mercantil se apoya en las negociaciones habidas entre la empresa y los trabajadores, en fecha anterior, concretamente el 15 de octubre, negociaciones que afectaban a los trabajadores a los que se refiere el presente recurso. Por ello debe entenderse que a la fecha de dictarse la sentencia objeto del presente recurso, los trabajadores carecían de acción para solicitar la extinción de sus contratos, según doctrina aplicada por ésta sala en múltiples resoluciones anteriores (sentencias resolutorias de los rec. Supl. nº 2319/05, 371/2007 y 587/10, entre otras). No siendo de aplicación al caso de autos, la doctrina jurisprudencial contenida en Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 2001, que ha declarado que la tramitación de un expediente de regulación de empleo ante la autoridad administrativa no enerva la acción del trabajador al amparo del artículo 50.1 b) ET, por cuanto se refiere a supuestos en los que no ha recaído resolución resolviendo el ERE.

Pero, además, no puede esta Sala ignorar que tras la entrada en vigor de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio, resulta anómalo que una pretensión como la ejercitada se ventile ante la jurisdicción social, pues la intención del legislador expresada en el artículo 64.10 de la citada Ley, es que las extinciones instadas por los trabajadores con causa en el incumplimiento empresarial de sus obligaciones retributivas, se tramiten ante el juez del concurso por el procedimiento previsto en el citado artículo y siempre que afecten a un número significativo de trabajadores, como ocurre en el presente caso. La norma viene a reflejar el propósito del legislador expresado en el preámbulo de la Ley, de procurar “una unidad del procedimiento de concurso” mediante la “regulación en un solo texto legal de los aspectos materiales y procesales del concurso” en base a los “principios de unidad legal, de disciplina y de sistema”. Por ello, y a la vista de la resolución aportada a las actuaciones, procede, entender que la acción ejercitada por los trabajadores se extinguió con anterioridad al acto oral del juicio seguido ante el Juzgado de lo Social nº 14 de Valencia, por lo que al carecer éstos de acción, debió así declararse, como se hizo por el magistrado a quo.

No puede esta Sala dejar de atender a la alegación vertida en el recurso de que el trabajador actor Sr. B. ha formalizado recurso de suplicación frente al Auto del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Bilbao de fecha 2.12.2009, aunque debe indicarse, como también ha tenido ocasión de señalar esta Sala de lo Social en anteriores sentencias como la de 15.12.09 (rec. 2971-09) y 15.06.2010 (rec. 1272/2010) que el

trabajador (individualmente afectado por la medida de extinción) carece de legitimación activa en dicho procedimiento,-ex. arts. 64.7 y 8 Ley Concursal-, pudiendo ejercer únicamente una demanda incidental conforme al procedimiento del incidente concursal, por lo que queda en idéntica situación procesal, a efectos del caso de autos, que el otro trabajador Sr. F. que no ha impugnado el citado Auto.

TERCERO.- 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 D. J.M.F. y D. J.M.B.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 14 de los de Valencia, de fecha 9 de marzo de 2010; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

1366

Sentencia núm. 2.676, de 29 de septiembre de 2010

Materia: Rescisión de contrato. Trabajador al servicio de empresa de neumáticos. La empresa atraviesa dificultades económicas y se viene retrasando en el abono de salarios al trabajador. Gravedad conducta empresarial. Solicitud de extinción relación laboral en virtud el art. 50.1 del ET.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando extinguido el contrato que une a las partes, condenando a la demandada al pago de determinada cantidad en concepto de indemnización.

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 un solo motivo que se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral denunciando vulneración del artículo 50.1.b) y c) del T.R. de

la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Argumenta en síntesis partiendo del relato histórico de la sentencia impugnada y de lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de junio de 2009 que la pretensión ejercitada debió ser estimada al concurrir gravedad en el retraso en el abono de los salarios.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia impugnada destacamos: A) La empresa demandada, que atraviesa por dificultades económicas, se ha venido retrasando en el abono de los salarios del actor, de forma que en septiembre de 2009 adeudaba al actor la paga extraordinaria de navidad 2008, así como los salarios de mayo, junio y julio de 2009 y la paga extraordinaria de verano, reconociendo la empresa adeudar las cantidades correspondientes a esos conceptos en acto de conciliación celebrado en fecha 15.09.09, abonando en dicho acto en metálico 3.039 euros y el restante en dos plazos los días 5 de noviembre y 5 de diciembre en el domicilio de la empresa, concluyendo el acto con avenencia. B) Tras la interposición de la demanda origen del proceso que dio lugar a la sentencia de instancia, la empresa adeudaba a fecha 30.03.10, los salarios devengados en el mes de diciembre de 2009, enero y hasta el 15.02.10, así como las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de accidente de trabajo en que se situó a partir del día siguiente, cantidades todas ellas que fueron abonadas el 19.04.10.

3. Con los antecedentes indicados consideramos que el motivo debe ser estimado pues los pagos posteriores a la demanda no implican inexistencia de los incumplimientos tal y como ya indicamos en sentencia de 15 de junio de 2006 así como en la recaída en el recurso de suplicación 1692/2010. Es más, de acuerdo con lo indicado por el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de enero de 1999, si concurre situación de crisis económica “la norma estatutaria le posibilita el acudir a las formas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción ex artículos 41, 47, 51 o 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, pero no puede obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, por lo que de no acudir a tales figuras y persistir en su continuado incumplimiento existe justa causa para la extinción contractual ex artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores. En suma, que una situación económica adversa, ponderable a efectos de posibilitar la modificación, suspensión o extinción de los contratos de trabajo, no es aducible, sin embargo, para excluir la aplicación de la causa resolutoria ex artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, ya que dicha situación no afecta al esencial deber de abonar puntualmente los salarios. Por otra parte, como se indica en la sentencia del mismo Tribunal de 10 de junio de 2009 invocada en el recurso “...la falta de pago del salario o los retrasos continuados en su abono autorizan la extinción causal del contrato ex art. 50.1.b) ET, aún sin mediar culpabilidad empresarial... el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modula en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa. En este línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”, es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de “gravedad” en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal “gravedad” debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y

cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos...” y sin que la demora en la reclamación la convierta en intempestiva porque: “a) con ella se trata de introducir gratuitamente en el ejercicio de la acción un requisito inexistente en la Ley, puesto que la facultad extintiva prevista en el art. 50.1.b) ET no requiere intentos previos del trabajador dirigidos a que el empresario cumpla con la obligación que le impone el art. 4.2.f) del mismo Estatuto, operando la causa extintiva -como hemos visto- de manera totalmente objetiva; b) no hay que olvidar que el art. 50 ET no deja de ser trasunto laboral del art. 1.124 CC, que permite al perjudicado por el incumplimiento ajeno “escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”, sin condicionar en forma alguna la solicitud de resolución por incumplimiento a la previa exigencia de que la obligación sea cumplida; c) la tesis recurrente comporta rechazable inseguridad jurídica para el trabajador, que se vería en la impuesta -y desconcertante- situación de esperar a que el retraso en el pago revista de la suficiente gravedad por su reiteración como para justificar la resolución del contrato (incumplimiento reiterado), pero sin llegar a un punto tal en el que la falta de reclamación frente a la desatención obligacional por el empresario pueda valorarse como aquiescencia (incumplimiento consentido); d) admitir el pretendido consentimiento tácito, no solamente supone la inválida renuncia al derecho de instar judicialmente la extinción del contrato mediando causa legal (arts. 24.1 CE y 3.5 ET), sino que en todo caso se presenta como una invitación a la litigiosidad, por sancionarse al trabajador más comprensivo -paciente- con los incumplimientos empresariales; e) resulta paradójico que quien incumple sistemáticamente una obligación contractual (la retributiva), argumente la buena fe de la otra parte para excluir que el perjudicado por tal incumplimiento (el trabajador) ejercite finalmente el derecho que la Ley le confiere como posible reacción a la vulneración de aquel básico deber; f) el ejercicio de los derechos únicamente es modulable por la inactividad de su titular cuando el legislador -en causa a la seguridad del tráfico jurídico- considera oportuno establecer un determinado periodo de tiempo tras cual decaen y se consideran legalmente fenecidos por el transcurso de los plazos de prescripción o caducidad, lo que no ha hecho específicamente respecto de la extinción del contrato por voluntad del trabajador”.

4. Como quiera que la empresa demandada, tal y como quedó dicho en el apartado 2 de este fundamento jurídico en septiembre de 2009 adeudaba al actor la paga extraordinaria de navidad 2008, así como los salarios de mayo, junio y julio de 2009 y la paga extraordinaria de verano, conceptos que abonó en fecha 15.09.09, y que tras la interposición de la demanda origen del proceso que dio lugar a la sentencia de instancia, la empresa adeudaba a fecha 30.03.10, los salarios devengados en el mes de diciembre de 2009, enero y hasta el 15.02.10, así como las prestaciones de incapacidad temporal derivadas de accidente de trabajo en que se situó a partir del día siguiente, cantidades todas ellas que fueron abonadas el 19.04.10. Consideramos de conformidad con la doctrina jurisprudencial de referencia que nos hallamos ante un incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario partiendo del criterio objetivo allí aludido, independiente de la culpabilidad de la empresa, incumplimiento que ha continuado y persistido en el tiempo, siendo el montante de lo adeudado importante, pues ha abarcado en la anualidad de 2009 cinco periodos mensuales y en la de 2010 cuatro periodos.

SEGUNDO.- 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 declarando con esta fecha extinguida la relación laboral que unía a las partes, y condenando a la empresa demandada a que haga pago al trabajador de acuerdo con lo prevenido en el artículo 50.2 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 56.1.a) del mismo texto legal de la cantidad de 47.683,72 euros, teniendo en cuenta el tiempo de servicios computado desde el 3-11-89 hasta la fecha de esta sentencia (20 años y 11 meses) dado el carácter constitutivo de la presente resolución y salario día de 50,66 euros, todo ello atendiendo a lo declarado en el inalterado ordinal 1º del relato histórico, de esta forma: $50,66 \times 45 \times 20 = 45.594$ euros, y $50,66 \times 45 : 12 = 189,97$, y $189,97 \times 11 = 2.089,72$ euros, dará lugar salvo error u omisión a 47.683,72 euros ($45.594 + 2.089,72 = 47.683,72$). Sin costas ante el signo revocatorio de la presente.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.F.S.H. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante el día 21 de abril de 2010 en proceso sobre extinción de contrato instado por el indicado recurrente contra N.F., S.L. y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada, debemos declarar como declarado extinguido el contrato de trabajo que unía al actor con la empresa demandada, condenando a los codemandados a estar y pasar por tal declaración y a N.F., S.L. a que haga pago al actor por la extinción de su contrato de la cantidad de 47.683,72 euros. Sin costas.

1367

Sentencia núm. 2.687, de 30 de septiembre de 2010

Materia: Despido. Trabajadores al servicio de empresa de carrocería. Queda extinguida su relación laboral por despido disciplinario. La empresa demandada está participada en un 66% por otra empresa matriz. Atribución responsabilidad solidaria a grupo de empresas. Procedencia del despido.

Juzgado: Se estiman las demandas acumuladas y se declaran improcedentes los despidos de los trabajadores. Decreta la responsabilidad solidaria de ambas empresas.

Sala: Estima parcialmente el recurso declarando la responsabilidad de una de ellas, absolviendo a la otra de los pedimentos formulados en su contra. La dirección unitaria de varias entidades empresas no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Doctrina jurisprudencial

TS.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Inmaculada Linares Bosch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de T.C. I. SL, frente a la sentencia que declara la improcedencia de los despidos de los actores acordada por la codemandada I. 2005 T.C. SL y condena solidariamente a la recurrente. El recurso se articula en siete motivos, los seis primeros redactados al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, para interesar, en el primero, la supresión del primer extremo del primer párrafo del hecho probado quinto, alegando que supone una valoración jurídica que anticipa el fallo.

La revisión no se admite, pues constituye una convicción alcanzada por el juzgador, tras la valoración de la prueba, que no predetermina el fallo, ya que la existencia de un grupo empresarial no implica sin más responsabilidad solidaria.

2. En el segundo motivo, interesa la revisión del último extremo, del primer párrafo, del hecho probado quinto, a fin de que diga, “I 2005 T.C. SL fue constituida por D. J.R.R., D. F.J.M.C. y D. J.A.V.C., ostentando cada uno de ellos una tercera parte de las participaciones sociales. T.C. I. SL fue constituida por D. J.R.R. y D. F.J.M.C., ostentando cada uno de ellos el cincuenta por ciento de las participaciones sociales”, basándose en los folios 315 y ss de la prueba de las parte actora y folios 1 a 6 de al prueba del recurrente.

La revisión se admite en cuanto al texto antedicho, por así desprenderse de la documental en que se apoya, no así el texto “no existe participación de ninguna de las dos empresas en el capital social de la otra ni existe, en consecuencia, empresa matriz”, por tratarse de una mera conclusión de parte, siendo doctrina consolidada la que entiende que para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, tal como ya manifestó el extinto Tribunal Central de Trabajo en sentencias de 29 de septiembre o 9 de diciembre de 1.989.

3. En el tercer motivo, se interesa la revisión del primer extremo, del párrafo tercero, del hecho probado quinto, basándose en el folio 315 y ss, proponiendo le siguiente texto, “Administradores de T.C. I. SL eran D. J.R.R. y D. F.J.M.C., Administrador Único de I. 2005 T.C. SL, nombrado en la escritura de constitución, era hasta 21-2-2006, D. J.A.V.C.”.

La revisión no se admite, pues en cualquier caso, que el Sr. V. fuese el anterior administrador hasta 21-2-06, carece de trascendencia a efectos de llegar a una modificación del fallo de la sentencia, pues los despidos frente a los que se acciona se produjeron en febrero-09.

4. En el cuarto motivo, interesa la adición a continuación del sexto párrafo del hecho probado quinto, del siguiente texto, “En el tiempo en que se produjeron los cambios de empresas de los trabajadores relacionados en los tres párrafos anteriores, ambas empresas tenían distinta administración social”.

El motivo se desestima pues no indica prueba alguna que apoye la pretensión revisora.

5. En el quinto motivo, se interesa la adición, a continuación del párrafo anterior, de un nuevo párrafo que diga, “T.C. I. SL tenía en plantilla 46 trabajadores. Sólo tres trabajadores pasaron a trabajar de esta empresa a la otra codemandada, el último de ellos en septiembre de 2005”, basándose en los folios 7 a 11 de su ramo de prueba.

La revisión no se admite pues el texto propuesto no se desprende directamente de la documental que cita.

6. En el motivo sexto, solicita la adición a continuación del séptimo párrafo del hecho probado quinto, del siguiente texto, “I. también facturaba habitualmente a In. En ambos casos, el porcentaje de esas facturaciones cruzadas sobre el total de compras y ventas efectuadas por dichas empresas resulta irrelevante, no alcanzando en ningún caso el cinco por ciento del total”, basándose en los folios 39 a 131 de su ramo de prueba.

La revisión no se admite, ya consta en el hecho impugnado que I. facturaba habitualmente a In., no desprendiéndose sin más de la documental que cita el porcentaje de facturación.

SEGUNDO.-El motivo séptimo, se redacta la amparo de la letra c) del Art. 191 de la LPL, denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial, con abundante cita de STS, sobre atribución de responsabilidad solidaria a los llamados grupos de empresas, interesando la estimación del recurso y la absolución de la recurrente.

El motivo debe estimarse, conforme a lo ya resuelto por esta Sala, en supuestos iguales al presente, en la Sentencia de 6-7-10 (rec. 876/10), seguida por la Sentencia de 22-7-10 (rec. 1278/10), cuyo criterio debe seguirse por elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley; y, así, en dichas Sentencias se dice, “En el caso de autos ambas empresas tienen domicilios y centro de trabajo distintos, siendo el objeto social coincidente parcialmente y complementario en el resto. Coinciden en dos socios, es decir el accionariado de I. coincide en el 66% con el de I. 2005, que tiene tres socios, un tercero diferente. Pero esta titularidad accionarial común en el 66% y la coincidencia en un periodo de tiempo de los administradores (entre el 2006 y el 2009) no pueden entenderse como reveladoras de la existencia de una personalidad propia diferenciada de las empresas del grupo, actuando el grupo unitariamente en el mercado y frente a terceros. Como esta Sala ha indicado en sentencia de 27 enero 2001 (número 445/01) “... La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad, tal y como parece pretender la recurrente con las citas documentales realizadas. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para lograr tal efecto, hace falta un elemento adicional...”. No determina la responsabilidad solidaria de las sociedades del grupo el mero hecho de ostentar participación accionarial en otras empresas del mismo con una dirección unitaria; hace falta, como hemos dicho, algún elemento adicional, que resume la STS de 20-1-2003 y que en sustancia son los que antes hemos expuesto. En el caso analizado el relato fáctico no permite hablar de un funcionamiento integrado. Cada

empresa actúa de manera diferenciada, tiene su propio centro de trabajo, no desprendiéndose, por otra parte, que la maquinaria y utillaje sean los mismos. Respecto de la prestación de trabajo sucesiva, solo han quedado acreditados tres casos, pues hubo tres trabajadores que pasaron de I. a In. en el año 2005, pero con independencia de esta poco relevante cifra, lo indicativo es que se trata de una sucesión de prestación clara, de una circulación de trabajadores en el seno de un grupo, lo que no supone por sí práctica ilícita, pues en este caso no se desprende una finalidad de elusión de responsabilidades respecto de los trabajadores o fraudulenta en sí misma. En cuanto al único supuesto acreditado de prestación simultánea, los escasos y generales datos que sustentan la misma hacen que no podamos extraer una conclusión de fenómeno fraudulento configurador del elemento adicional necesario para la extensión de la responsabilidad. Respecto a la existencia de facturas cruzadas hay que indicar que de lo actuado no se desprende que las mismas encubran un supuesto de prestamismo laboral, y no puede descartarse, dado la complementariedad de buena parte del objeto social, la existencia de subcontrataciones lícitas y de encargos. No tenemos datos reveladores de una confusión de patrimonios entre las codemandadas ni de unidad de caja, lo que, en unión de lo expuesto anteriormente hace que no apreciemos una utilización abusiva de la personalidad jurídica de la parte demandada. Consecuencia de lo razonado es la estimación del recurso presentado y la revocación parcial de la sentencia de instancia para absolver de las consecuencias del despido a la empresa recurrente T.C. I. S.L”.

Procediendo en atención a lo expuesto, estimar el recurso.

TERCERO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de T.C. I. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Valencia, de fecha 21-7-2009, en virtud de demanda presentada a instancia de M.A.C.S., F.J.R.B. y B.V.P.; y, en consecuencia, revocamos parcialmente sentencia recurrida, en el sentido de absolver a la empresa recurrente de la reclamación deducida frente a ella, confirmando en el resto la sentencia de instancia.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

1368

Sentencia núm. 2.690, de 30 de septiembre de 2010

Materia: Reclamación de derecho. La actora presta servicios en compañía aérea con categoría profesional de agente

administrativo y contrato indefinido a tiempo parcial y antigüedad 1/04/2006. Su relación laboral finaliza por subrogación en nueva empresa con la misma categoría y reconocimiento de la mencionada antigüedad. Con anterioridad a la fecha en que tiene reconocida la antigüedad, la actora prestó servicios en la primera empresa mediante sucesión de contratos temporales, modalidad eventual, desde 18/04/2000. Reconocimiento cálculo antigüedad.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho a que le sea reconocida a la trabajadora por la nueva empresa la antigüedad desde el 18/04/2000.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La nueva empresa debe asumir los derechos y obligaciones laborales de la anterior empresa. La subrogación empresarial entraña una subrogación contractual.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y declaró que la antigüedad en la empresa I. LAE SA es desde el 18-4-2000, condenando a las empresas demandadas a estar y pasar por esta declaración, interpone recurso de suplicación la parte demandada UTE F.S. S.A., M.A. PLC y S.H.E. SA siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso, que en realidad es único, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 64 y ss. del Convenio Colectivo general del sector de asistencia en tierra en aeropuertos, alegando, en síntesis, que la acción se ejercita con posterioridad a la subrogación voluntaria operada, la cual establece como requisito necesario la aceptación voluntaria por parte de la actora al nuevo operador, que la actora nunca alegó ni accionó por el fraude en la contratación hasta una vez operada la subrogación por parte de la nueva empresa, ni hizo reserva alguna de acción. Y debe aplicarse la doctrina de los propios actos respecto de la conducta de la actora. No pudiéndose aplicar las consecuencias del fraude en la contratación a una subrogación convencional, ya que lo que prima es el principio de estabilidad en el empleo, y lo que esta obligada la nueva empresa es a mantener la estabilidad en el empleo, y no se le puede imponer a la nueva empresa otras condiciones diferentes de las del mero mantenimiento de las condiciones laborales, salvo que la subrogación haya operado al amparo del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo que procede revocar la sentencia de instancia.

Sostiene la parte recurrente que no nos encontramos ante una subrogación del supuesto del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, al no llevar la transmisión de elementos patrimoniales, que por el cambio de contratista no es responsable la empresa a la que se le adjudica la contrata de los incumplimientos contractuales o fraudes en la contratación de la anterior empresa adjudicataria. Y que debe aplicarse la

doctrina de los propios actos respecto de la conducta de la actora. No pudiéndose aplicar las consecuencias del fraude en la contratación a una subrogación convencional.

Como sostiene la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de junio de 2005 “La subrogación de los contratos esta vinculada a la transmisión de la empresa, porque de esta forma se establece una garantía frente a la pérdida del empleo que se produciría si los contratos se mantuviesen con un empresario que ya no cuenta con un establecimiento productivo. Esta garantía se invierte cuando, sin que exista ese soporte objetivo de la transmisión del establecimiento empresarial o de los “intangibles” que hacen posible su actividad, se sostiene que basta un acuerdo entre empresarios, transfiriendo de uno a otro a los trabajadores, para que los contratos de trabajo suscritos con el primero se transmitan al segundo. De acuerdo con la teoría general de las obligaciones, este cambio no es posible sin el consentimiento del trabajador, pues en la relación laboral empresario y trabajador son a la vez deudor y acreedor de salario y de trabajo, y el cambio de empresario (deudor de salario) sólo puede realizarse con el consentimiento del trabajador (acreedor de salario y de las restantes prestaciones a cargo del empresario), como dice claramente el artículo 1205 del Código Civil”. En el presente supuesto donde la trabajadora dio su consentimiento a la subrogación producida, lo que era necesario para que la subrogación fuera válida y tuviera efectos frente a las empleadoras, no puede perjudicar a la empleada ni puede privar a la trabajadora de ejercitar los derechos que derivan de la relación laboral que mantenía con la anterior empresa y que han sido asumidos por la nueva empresa en virtud de la subrogación. La alegación de que con el consentimiento se aceptaba la antigüedad que figuraba en el documento aceptando la subrogación, como acto propio que vincula a la trabajadora, no puede admitirse por cuanto no consta que la empleada efectuara una renuncia a los derechos que derivaran de su anterior situación, sin olvidar que el artículo 3.5 del E.T. establece que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario.

Pero aunque el supuesto no fuera reconducible al del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, no por ello el trabajador debe perder las garantías que la ley establece, ni los derechos que tenía reconocidos previamente a la subrogación empresarial, porque con la sucesión producida se mantienen los derechos que no implican solo el mantenimiento de los contratos, sino la conservación de su contenido contractual, y el empresario cesionario asume los contenidos y consecuencias de la contratación previamente realizada por la empresa cedente. Por lo tanto la subrogación empresarial entraña una subrogación contractual. Y consecuentemente la parte demandada debe asumir los derechos y obligaciones laborales de la anterior en las condiciones que han resultado establecidas en la sentencia de instancia, sin que sea obstáculo para ello que se hayan planteado por la trabajadora tras la cesión a la nueva empresa, por cuanto su derecho nace de una situación anterior que conocía la empresa precedente, y su antigüedad en la relación laboral vigente debe establecerse atendidas todas las circunstancias que han concurrido en la contratación de la trabajadora, y puede ser planteada por la empleada en tanto en cuanto el contrato de trabajo este vigente. 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 S.M.H. ALICANTE contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Elx de fecha 03-04-08 en virtud de demanda formulada por D^a M.M.C., 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 abonara en concepto de honorarios de letrado a la parte recurrida la cantidad de 200 euros.

1369

Sentencia núm. 2.705, de 5 de octubre de 2010

Materia: Prestación de jubilación. Trabajador que ha cotizado en España y en Francia. Se le concede una pensión de jubilación. Revisión cuantía de la pensión. Reconocimiento de una mayor base reguladora. Determinación cálculo base reguladora: bases medias frente a bases remotas.

Juzgado: Desestima la demanda sin proceder a la revisión de la cuantía de la pensión de jubilación del trabajador emigrante, absolviendo a los organismos demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso incrementando la base reguladora de la pensión de jubilación del trabajador, que resulta de la aplicación de las bases medias para el cálculo de la misma.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se formula el único motivo del recurso de suplicación con el que la parte actora combate la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Tres de los de Alicante desestimatoria de la pretensión sobre reconocimiento de una mayor base reguladora de la pensión de jubilación del demandante, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

Denuncia la defensa del recurrente la infracción del art. 52 del Tratado de Roma, creador de la Unión Europea, en relación con los arts. 44 y siguientes del

Reglamento C.E.E. 1408/71 de 14 de junio, D.O.C.E. 27-3-72 y la jurisprudencia que cita a lo largo del recurso, en concreto la contenida en diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia y la sentencia del T.J.C.E., asunto Nemec, sentencia G-205/05, ref. Aranzadi 319.

La cuestión planteada se contrae a determinar si para el cálculo de la base reguladora de la prestación de un trabajador que, tras haber prestado servicios en España, marchó a Francia donde cotizó más tiempo, han de computarse las bases medias, como postula el demandante o por el contrario, han de tomarse en cuenta las bases reales remotas inmediatamente anteriores al pago de la última cotización en el Régimen General de la Seguridad Social Española, actualizadas con criterios que pueden ser alternativos que es lo que entiende aplicable la sentencia de instancia, teniendo que destacar que el Instituto Nacional de la Seguridad Social obtiene la base reguladora de la pensión de jubilación del demandante tomando el promedio de las bases reguladoras de los diez años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de sus efectos económicos.

Sobre dicha cuestión y en un caso muy similar al que ahora nos ocupa se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, entre otras, en la reciente sentencia de 20 de Abril del 2010 (ROJ: STS 2459/2010), Recurso: 1604/2009 en la que se indica:

“1.- Una consideración adecuada del asunto exige transcribir literalmente el art. 34, párrafo segundo del Convenio Hispano-Francés de 31 de octubre de 1974, ratificado por Instrumento de 13 de junio de 1975 y publicado en el BOE de 24 de marzo de 1976, del que resulta que: "reconocido tal derecho (a las prestaciones del seguro de vejez), la institución competente de cada país determinará el importe teórico de la prestación a que el asegurado tendría derecho si todos los periodos de seguro o equivalentes totalizados de acuerdo con las reglas fijadas en el artículo anterior hubiesen sido cumplidos exclusivamente bajo su propia legislación... La prestación efectivamente debida al interesado por la Institución competente de cada país se determinará teniendo en cuenta la totalidad de periodos cumplidos en los dos países y reduciendo el importe de la prestación a que se refiere el punto anterior a prorrata de la duración de los periodos de seguro o equivalentes cumplidos bajo su propia legislación".

2.- Como señala esta Sala del Tribunal Supremo, en sentencia de 25 de marzo de 2009 (rec. 1144/2008), la cuestión relativa a la aplicación de las normas (Convenios bilaterales de Seguridad Social -en este caso el Hispano-Francés de 1974 en su concurrencia con el Reglamento Comunitario), no ha sido una cuestión pacífica en la doctrina del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE).

Ahora bien, continúa diciendo la meritada sentencia de 20 de abril de 2010 “Tras la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo en "asunto Grajera Rodríguez", (este había trabajado en España hasta 1.969 y, posteriormente, en Alemania hasta 1.993), que resolvió la STSJCE de 17 de diciembre de 1.998 (TJE 1.998, 319), la doctrina de este Tribunal puede resumirse de la siguiente manera:

"1º.- El Tribunal sigue admitiendo, como método de cálculo, el de las bases remotas, es decir las correspondientes al pago de la última cotización hecha en España, actualizada y revalorizada adecuadamente, como si el interesado hubiera seguido ejerciendo su actividad en las mismas circunstancias en España; es decir, como si el trabajador no hubiese ejercido su derecho a la libre circulación.

2º.- El Tribunal admite la posibilidad de poder acudir al Convenio (en el caso concreto el Hispano-Alemán) dado que el demandante ejercía su actividad por cuenta ajena en Alemania, antes de entrada en vigor en España -1º de enero de 1.986- del Reglamento, cuyas disposiciones sustituyeron al Convenio, salvo excepciones. En dicha Sentencia se señala que correspondería al Tribunal Supremo apreciar si la aplicación del Convenio era efectivamente más o menos favorable para el interesado".

Con posterioridad a la mencionada sentencia del TJCE, el Tribunal Supremo ha dictado varias sentencias aplicando la citada doctrina, entre otras, la de 12 de marzo de 1.999 (Ar. 3750), dictada en Sala General, la de 1º de junio de 1.999 (Ar 5061); la de 7 de junio de 1.999 (Ar. 5203). (...)

A partir de la doctrina expuesta, cabe alcanzar las siguientes conclusiones:

1.- Si bien el Reglamento Comunitario con la modificación operada en 1992 (1248/92) se remite a las bases de cotización reales del asegurado durante los años inmediatamente anteriores al pago de la última cotización a la Seguridad Social española, incrementadas con los aumentos y revalorizaciones hasta el año anterior al hecho causante (bases remotas); teniendo en cuenta el tenor literal del Convenio bilateral Hispano-Francés de 1974, según el cual "el importe teórico de la prestación a que el asegurado tendría derecho si todos los periodos de seguro equivalentes totalizados de acuerdo con las reglas fijadas (...) hubiesen sido cumplidas exclusivamente bajo su propia legislación", haciendo referencia a las bases medias, será de aplicación el Convenio bilateral con preferencia al Reglamento por ser más beneficioso para el trabajador."

La proyección al presente caso de la doctrina expuesta lleva a afirmar que es posible" y al margen de las normas comunitarias, aplicar un convenio bilateral de seguridad social, suscrito entre España y el país de que se trate, si del mismo deriva un trato más favorable para el asegurado, el cual habría de serle respetado incluso tras nuestra adhesión a la comunidad, hoy Unión Europea. (...). Aplicando tal doctrina al supuesto enjuiciado, pudiera ser tenido en cuenta, de resultar más favorable, el art. 34 del Convenio Hispano-Francés".

En consecuencia se habrá de estimar parcialmente la pretensión del demandante de modo que la base reguladora de su pensión de jubilación se ha de cifrar en la cuantía mensual de 869,99 euros que es la que resulta de las bases medias del período comprendido entre agosto de 1988 y julio de 1998, según el hecho probado sexto del que no se ha instado la revisión fáctica, pese a la discrepancia que respecto al mismo manifiesta el demandante en su recurso, lo que obviamente no es suficiente para

su modificación al no seguirse los cauces del apartado b del art. 191 de la LPL. Por último, se ha de señalar respecto a la fecha de efectos económicos de la revisión de la prestación que la sentencia de instancia la fija en la de 6-10-2003, habida cuenta que la revisión se solicitó en fecha 6-10-2008, siendo aquella fecha la que se ha mantener al no haber sido la misma objeto de controversia en el presente recurso.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. G.V.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Tres de los de Alicante y su provincia, de fecha 7 de octubre de 2009, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y, revocando la sentencia de instancia, declaramos que la base reguladora de la pensión de jubilación del demandante se ha de fijar en 869,99 euros mensuales, siendo la fecha de efectos económicos de la revisión de la prestación la de 6 de octubre de 2003; condenando a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración y al abono de la pensión de jubilación en los términos indicados.

1370

Sentencia núm. 2.757, de 8 de octubre de 2010

Materia: Personal docente al servicio de la Administración autonómica: Profesores de religión. Relación laboral. Reconocimiento de derecho: Antigüedad. Reconocimiento de trienios. Régimen jurídico aplicable.

Juzgado: Estima la demanda declarando que se debe computar a la actora determinado periodo en concepto de antigüedad. Los profesores de religión son personal laboral de carácter indefinido.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Los profesores de religión son personal laboral reconociéndoseles los mismos derechos que al personal funcionario, por lo que tienen derecho al reconocimiento de trienios.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. M^a Luisa Mediavilla Cruz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia de instancia estima la demanda y declara que a la actora se le debe computar el período del 01/09/1997 al 31.08.2000 a efectos de antigüedad y a la fecha de la resolución d recurrida de 21.11.2008, la actora tiene cumplidos 3 trienios.

Recurre en suplicación la Generalidad Valenciana- Conselleria de Educación y Cultura-, siendo impugnado de contrario, articulando a tal fin, dos motivos, siendo que, en el primero, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se postula supresión del ordinal quinto, que constata la aplicación a las partes del II Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración autonómica, y transcribe literalmente el contenido del artículo 5.2, por cuanto que no constituye un hecho probado y predetermina el fallo.

El motivo debe tener favorable acogida, toda vez que efectivamente, lo constatado en el hecho probado quinto no constituye un hecho y predetermina el fallo.

SEGUNDO.- 2. A continuación, en el segundo y último motivo del recurso, interpuesto por el cauce procesal previsto en el apartado c) del artículo 191 de la Ley adjetiva laboral, se denuncia infracción de la DA. 3ª de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, artículo 25.2 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, por la que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público y STS de 7 de mayo 2004, según la cual la relación laboral que mantienen los profesores de religión con la Administración de la Comunidad Valenciana tienen unas condiciones peculiares que se regulan por un sistema normativo propio, y que significa la inaplicación de II Convenio Colectivo para el personal laboral de la Generalidad Valenciana. Argumenta, en síntesis, que a las partes le es de aplicación la normativa denunciada como infringida, por lo que, es en amparo de esta normativa y no la convencional como razona el magistrado a quo, la que ampara el reconocimiento de los trienios a la actora.

3. Pues bien, desde el momento en que la Administración recurrente, comparte la decisión adoptada en la sentencia de que la actora es acreedora del derecho que postula, discrepando únicamente en torno a la normativa en virtud de la cual, se concede aquel derecho, solicitando en el suplico del recurso la revocación de la sentencia y que se dicte nueva sentencia con arreglo a la doctrina casacional del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de fecha 7 de mayo de 2004, el recurso está destinado al fracaso, ya que los recursos se dan contra el fallo y no contra la fundamentación jurídica de la sentencia, y lo que, sin duda, solicita el recurso es que se cambie el razonamiento jurídico de la sentencia para excluir toda referencia al II Convenio Colectivo para el personal laboral de la Generalidad Valenciana que no es de aplicación a los profesores de religión, según ha sentado la STS de 7 de mayo de 2004, para sustituirlo por la normativa que, en efecto, ampara la pretensión de la demandante.

Lo expuesto dará lugar a que se desestime el recurso, aunque sea de aplicación la normativa que en el mismo se refiere, que solo a efectos ilustrativos se exponen en esta resolución para centrar la decisión que en el futuro puedan adoptarse por los Juzgados de Instancia en materia de trienios para el colectivo de los profesores de religión que como la demandante han venido prestando servicios para la Administración Autonómica e incluso para la Administración Central cuando continúan una vez que ha entrado en vigor del EBEP.

4. Y así siguiendo la exposición que contienen las STSJ de Madrid de 29-10-2008 y 27-11-2008 hay que precisar que el artículo 27 de la Ley 7/2007, establece que: “ las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo...”, con lo que no cabe

duda de que rige la normativa laboral, en la interpretación que a la misma se viene dando por la jurisprudencia.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece en su Disposición Adicional Tercera, relativa al Profesorado de Religión, en el apartado 2, lo siguiente: “Los profesores que, no perteneciendo a los cuerpos de funcionarios docentes, impartan la enseñanza de las religiones en los centros públicos lo harán en régimen de contratación laboral, de conformidad con el Estatuto de los Trabajadores, con las respectivas Administraciones competentes. La regulación de su régimen laboral se hará con la participación de los representantes del profesorado. Se accederá al destino mediante criterios objetivos de igualdad, mérito y capacidad. Estos profesores percibirán las retribuciones que correspondan en el respectivo nivel educativo a los profesores interinos”.

De manera que, por disposición de esta Ley, la actora, que ya impartía enseñanza de religión, independientemente de la normativa que hasta entonces les había sido aplicable tenía derecho a las retribuciones reconocidas a los profesores interinos y, cuando entra en vigor la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, han de regirse al respecto por lo establecido en la misma y, concretamente, en el Artículo 23, que regula las Retribuciones Básicas, de la siguiente forma:

Las retribuciones básicas, que se fijan en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, estarán integradas única y exclusivamente por:

- a) El sueldo asignado a cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo.
- b) Los trienios, que consisten en una cantidad, que será igual para cada Subgrupo o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo, por cada tres años de servicio.

Estableciendo la misma norma en su Artículo 25, lo relativo a las Retribuciones de los funcionarios interinos, ordenando lo siguiente:

- 1. Los funcionarios interinos percibirán las retribuciones básicas y las pagas extraordinarias correspondientes al Subgrupo o Grupo de adscripción, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo.

Percibirán asimismo las retribuciones complementarias a que se refieren los apartados b), c) y d) del art. 24 y las correspondientes a la categoría de entrada en el cuerpo o escala en el que se le nombre.

- 2. Se reconocerán los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrá efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo Real Decreto.

Entrando esta Ley en vigor, conforme a lo dispuesto en su Disposición Final Cuarta, al mes siguiente a partir de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» 89/2007, de 13 abril 2007, es decir el 13 de mayo de 2007, desde cuyo momento la hoy actora, que, como consta acreditado –ex. hecho probado primero-, ya prestaba servicios

como profesora de religión tenía pleno derecho a percibir los trienios por los servicios prestados antes de su entrada en vigor, pasando tal derecho a formar parte de las condiciones que rigen la prestación de sus servicios, lo que no cambia con la posterior entrada en vigor del Real Decreto 696/2007, de 1 de junio, por el que se regula la relación laboral de los profesores de religión prevista en la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en cuyo Artículo 2, relativo a las Disposiciones Legales y Reglamentarias, se establece que: “La contratación laboral de los profesores de religión se regirá por el Estatuto de los Trabajadores, Texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica de Educación, por el presente Real Decreto y sus normas de desarrollo, por el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979, suscrito entre el Estado Español y la Santa Sede, así como por los Acuerdos de Cooperación con otras confesiones que tienen un arraigo evidente y notorio en la sociedad española.

Siendo, por tanto, ahora aplicable el Estatuto de los Trabajadores y no el Estatuto del Empleado Público, pero la Disposición Adicional Única del citado Real Decreto establece lo siguiente respecto de los Profesores de Religión contratados en el curso escolar 2006/2007: “Los profesores de religión no pertenecientes a los cuerpos de funcionarios docentes que a la entrada en vigor del presente Real Decreto estuviesen contratados pasarán automáticamente a tener una relación laboral por tiempo indefinido en los términos previstos en este Real Decreto, salvo que concurra alguna de las causas de extinción del contrato prevista en el art. 7 o que el contrato se hubiere formalizado de conformidad con el art. 15.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, es decir, para sustituir al titular de la relación laboral. Reconociendo pues que su relación laboral pasa a convertirse en indefinida, manteniéndose por imperativo del Estatuto de los Trabajadores las demás condiciones que regían dicha relación y, entre ellas, el derecho que hemos visto adquirieron a la retribución básica de trienios por antigüedad, que formaba ya parte de dichas condiciones, debiéndose estar a lo que dispone el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores: “Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación. »

En consecuencia, los profesores de religión no funcionarios de cuerpos docentes prestan sus servicios en régimen laboral con sujeción al Estatuto de los Trabajadores, y tienen derecho a las retribuciones de los profesores interinos, siendo que al entrar en vigor el EBEP se rigen por sus artículos 23 y 25, y se les aplican los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de su entrada en vigor con efectos de la vigencia de este último, lo que no se ve alterado por el RD 696/2007 Disposición Adicional Única, en que se les conceptúa desde ese momento contratados por relación laboral indefinida, manteniéndose las condiciones precedentes, entre las que está el derecho a los trienios por antigüedad, aplicable por otra parte en virtud del imperativo del art. 15.6 ET que impide diferenciar entre personal fijo y temporal cuando sus condiciones no estén en función de la temporalidad o de las especiales características de la prestación, y en aplicación de la correspondiente Directiva comunitaria contraria a la discriminación por razón de la temporalidad del vínculo.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la GENERALIDAD VALENCIANA-CONSELLERIA DE EDUCACIÓN Y CIENCIA-frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 7 de Alicante, de fecha, 29 de octubre de 2009, a instancias de D^a D.C.M. y, en su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida e imponiendo las costas ala parte recurrente que incluirán los honorarios del Letrado impugnante en cuantía de 300 euros.

1371

Sentencia núm. 2.761, de 13 de octubre de 2010

Materia: Prestación de viudedad. Reconocimiento. La actora se separa judicialmente de su marido sin que se fije en la resolución pensión compensatoria. Se recurre en apelación por el causante desestimando dicho recurso la Audiencia Provincial. La actora solicita pensión de viudedad tras fallecimiento del ex esposo. Denegación pensión al no tener derecho a la misma en el momento del fallecimiento del causante. Art. 97 CC, en relación con el art. 174,2 LGSS y Ley 40/2007. Modificación norma.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra. No procede otorgar la prestación de viudedad.

Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo a la actora el derecho a percibir la pensión de viudedad al cumplir con los requisitos de la Ley 26/2009, si bien los efectos de la misma estarán referidos a la fecha de entrada en vigor de esa ley. Modificación TRLGSS.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco José Pérez Navarro.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- 1.El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos, ambos formulados al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral. En ellos se denuncia vulneración del artículo 3 del Código Civil y del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, así como de la Disposición Transitoria 18^a de la Ley precitada introducida por el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. Argumenta en síntesis que la situación discriminatoria creada por la Ley 40/2007, debe entenderse superada por la interpretación resultante de la normativa indicada que prevé la retroactividad que corrija la injusta situación provocada.

2. Como ya indicamos en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación 334/2010, donde se planteaba idéntica cuestión, "...en el momento de dictar esta sentencia la demandante tiene derecho a percibir pensión de Viudedad en virtud de lo regulado en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, aunque los efectos de la pensión que se le conceda estén referidos a la fecha de entrada en vigor de esa ley, 1 de enero de 2010, y pueda ser distinta de la pensión. En efecto, la Disposición Final Tercera, de la Ley 26/2009 dispone que con efectos de 1 de enero de 2010 y vigencia indefinida, se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en los siguientes términos.... apartado décimo, Se modifica el primer párrafo del apartado 2 del art. 174 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que queda redactado en los siguientes términos: "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 este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el *artículo 97 del Código Civil* y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho."Esta regulación legal se completa con lo disciplinado en *el apartado catorce de aquella Disposición Final tercera que introduce en la LGSS la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS*, determinando el régimen normativo de la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, en cuyo periodo cronológico se encuentra el caso de autos. Así se dispone que "El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo *inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley*, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: a)La existencia de hijos comunes del matrimonio o b) que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, de medidas en materia de Seguridad Social. En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad. En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la *Ley 40/2007, de 4 de diciembre*, de

medidas en materia de Seguridad Social. Lo dispuesto en esta *disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009*, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el *artículo 174, apartado 2, de esta Ley*". La concurrencia en el supuesto enjuiciado de todos los requisitos previstos en la norma últimamente mencionada conduce a que proceda estimar la pretensión de prestación de Viudedad ejercitada si bien con efectos 1-1-2010 y en la cuantía que resulte de aplicar la normativa vigente con anterioridad a la Ley 40/2007. En efecto como argumenta la STSJ de Madrid de fecha 19 de julio de 2010 (rec. 3158/2010), por las razones que expone, es posible en aplicación del principio "iura novit curia", aplicar la anterior normativa ya que: "ocurre que la realidad jurídica existente en este momento procesal no vulnera ninguna garantía de defensa de las partes del proceso ni el principio de contradicción, como tampoco genera indefensión, concretamente a la parte demandada, cuando resulta que la única circunstancia que podría atentar, en este caso, contra aquellos principios vendría determinada por la ausencia de los hechos que configuran el derecho, sin los cuales esta Sala no podría resolver nada al respecto, por lo que si los mismos ya están declarados probados y aquí se han mantenido íntegramente la cuestión a resolver, en vía de este recurso extraordinario, sólo se centraría en la determinación de la norma aplicable de la que obtener el derecho reclamado por la parte demandante, no alterando en forma alguna el objeto del proceso que, en definitiva, no es otro que el derecho a una pensión contributiva. Otra solución obligaría a quién ahora recurre a iniciar un nuevo proceso en el que hacer valer esta reforma, cuando el derecho ya le asiste en este momento, aunque sus efectos económicos sean restringidos temporalmente pero ahora ya actualizados, contrariándose con ello los principios que rigen el proceso laboral, tal y como recoge el *artículo 74 de la Ley de Procedimiento Laboral*, al decir que "Los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional social interpretarán y aplicarán las normas reguladoras del proceso laboral ordinario según los principios de inmediación, oralidad, concentración y celeridad. 2. Los principios indicados en el número anterior orientarán la interpretación y aplicación de las normas procesales propias de las modalidades procesales reguladas en la presente Ley".

3. Del inalterado e incombatido relato histórico de la sentencia impugnada y elementos de hecho no discutidos, destacamos: A) Que la actora, nacida el día 22 de octubre de 1945, contrajo matrimonio con D. M.O.M., nacido el 28-11-1942, el día 17 de septiembre de 1970. B) La actora se separó judicialmente por sentencia de fecha 23/02/2000 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Catarroja, Valencia. En dicha resolución no se fijó a favor de Dña. P. pensión compensatoria. Dicha sentencia fue recurrida en apelación por el Sr. O.M., dictando en fecha 29/12/2000 la Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Valencia sentencia desestimatoria de dicho recurso. C) D. M.O.M. falleció en fecha 20 de julio de 2008. D) La actora y su esposo, luego fallecido, tuvieron dos hijos durante su matrimonio.

4. Con los antecedentes indicados, se hace de aplicación el criterio sentado en la sentencia que prácticamente transcribimos en el apartado 2 de este fundamento jurídico por cuanto el matrimonio se contrajo en 17 de septiembre de 1970 (el vínculo matrimonial tuvo una duración muy superior a diez años), falleciendo el causante en 20 de julio de 2008 (no ha transcurrido un período de tiempo superior a diez años entre la separación y el fallecimiento), y además la actora tenía más de 50 años en la fecha del fallecimiento (nació el 22-10-45 y el fallecimiento del causante tuvo lugar en 20-7-2008) existiendo dos hijos comunes del matrimonio.

5. Consecuentemente, procederá estimar la pretensión de prestación de Viudedad ejercitada si bien con efectos 1-1-2010 y en la cuantía que resulte de aplicar la normativa vigente con anterioridad a la Ley 40/2007. La aplicación de la doctrina general acerca de que la normativa aplicable es la vigente en la fecha del hecho causante de la pensión (y con dicha normativa la consecuencia que se impondría es la de la razonada sentencia de instancia), debe ceder ante la retroactividad establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010, conforme a la cual la legislación aplicable en la fecha del hecho causante es precisamente la anterior a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, con lo que vigente en esta fecha dicha normativa, la misma debe considerarse la vigente en el hecho causante, pues otra cosa implicaría dejar sin efecto la retroactividad establecida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010, hoy vigente, y cuyo desconocimiento implicaría dejar sin efecto la misma, con los eventuales efectos de cosa juzgada que pudieran producirse.

6. Lo expuesto conduce a que proceda estimar en parte el recurso.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña P.G.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Valencia el día 2 de octubre de 2009, y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada declaramos el derecho de la actora a percibir pensión de Viudedad con efectos 1-1-10 y en la cuantía que resulte de aplicar la normativa vigente con anterioridad a la Ley 40/2007, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL estar y pasar por tales declaraciones y a que abone a la actora la prestación consiguiente.

1372

Sentencia núm. 2.775, de 14 de octubre de 2010

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora social y profesional independiente al servicio de empresa demandada. Inicia su actividad mediante contrato laboral y posteriormente con contrato mercantil realizado en fraude de ley. Extinguida su relación laboral, se declara despido improcedente con abono de la indemnización correspondiente. Se reclaman diferencias salariales a la hora de calcular los salarios de tramitación. Cálculo retribuciones con arreglo al convenio colectivo aplicable.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la empresa demandada al abono de determinada cantidad, sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia.

Sala: Estima el recurso de la parte actora revocando la sentencia de instancia. La actora tiene derecho a percibir las diferencias salariales reclamadas, en tanto su retribución se regula por el III

**Convenio colectivo de Atención Especializada en el ámbito de la
Familia, Infancia y Juventud.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Montero Aroca.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó en parte la demanda y contra aquella se alza la parte actora por medio de este recurso, en el examen del cual se estará a los motivos expresados por la parte recurrente, pues ese es el ámbito en el que ejerce la competencia de esta Sala, la cual no puede “articular” ella motivos propios. Así se estará al motivo primero de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, por medio del que se pretende la adición el hecho probado primero del texto siguiente:”Las partes acordaron que, dada la índole de los servicios a prestar y a efectos de su correcta prestación, el número de actuaciones profesionales computadas serán de 8 al mes, a lo largo de 11 meses en el periodo de un año; el número máximo de actuaciones que realizarán la trabajadora social cada trimestre será de veintidós, y el cómputo anual máximo de ochenta y ocho actuaciones (estipulación tercera).” “Una actuación psicológica, que equivale a una actuación social, comprende un módulo de 20 Horas (ANEXO I)”.

El motivo no puede estimarse. Lo que pretende la actora es la Adición de parte del contenido de un contrato de arrendamiento de servicios que: 1) En el hecho probado primero ya se dice que se da por reproducido íntegramente, y 2) En los actos de las partes y en la sentencia se parte de la nulidad del mismo y de la real existencia de un contrato de trabajo. Además debe tenerse en cuenta que se afirma en la sentencia, en lugar inadecuado pues se trata del fundamento de derecho tercero, que la actora no trabajaba la jornada completa de 35 horas semanales, pues no tenía ni horario ni jornada.

De este modo, partiendo de la nulidad de ese contrato de arrendamiento de servicios no puede estarse al mismo para acreditar que el juzgador de instancia ha incurrido en un error de hecho. El contrato fue conocido por ese juzgador, el cual lo tuvo en cuenta a la hora de fijar los hechos probados, y no cabe ahora en el recurso pretender que un extremo concreto del mismo debe llevarse a los hechos probados para acreditar un extremo que no puede ser de aplicación en un contrato laboral.

SEGUNDO.-En el siguiente motivo, ahora al amparo de la letra c) del mismo artículo 191, se alega infracción por no aplicación de los artículos 12, 1 y 4 a) y 8.2 del Estatuto de los Trabajadores. Debe tenerse en cuenta la existencia de un proceso anterior, de despido, en el que esta Sala ha dictado sentencia firme estimatoria en parte del recurso de apelación conforme al cual se fijó la cuantía diaria del salario en 63’15 euros para 2009 (sentencia 931/2010, de 25 de marzo).

Argumenta en síntesis que partiendo de que el contrato mercantil suscrito lo fue en fraude de ley, ha de considerarse el contrato laboral por tiempo indefinido ex números 2 y 3 del artículo 15 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a jornada completa dado que se pactó libertad de jornada y horario, que el contrato a tiempo parcial debe pactarse siempre por escrito, que en cualquier caso al haberse suscrito en

fraude de ley el contrato mercantil volvió a tener vigencia el contrato laboral anterior donde pese a encuadrarse en la modalidad de a tiempo parcial se pactó expresamente una jornada de 35 horas semanales que coincide con la jornada máxima fijada en el convenio colectivo de aplicación, que las funciones de la actora siempre fueron las mismas, y que de las facturas aportadas resultan 93,75 módulos en el último año lo que supone una dedicación (a 20 horas por módulo) de 1875 horas, cómputo muy superior al de 1476 horas establecido en convenio, de ahí que el salario diario en 2008 deba ser de 61'61 euros y para 2009 de 63'15 euros, con inclusión de las pagas extraordinarias.

Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia destacamos:

a) La actora inició relación laboral con la demandada el 10.03.03, suscribiendo contrato de trabajo temporal por obra o servicio, con categoría profesional de trabajadora social.

b) Con fecha 6.03.07, se suscribió entre las partes litigantes contrato de arrendamiento de servicios por el que la actora como trabajadora social y profesional independiente prestaba sus servicios, consistentes en realizar valoraciones sociales de las personas que la demandada le indicara y en las condiciones que se estipulaban en el contrato entre las que figuraban, que el horario sería el que libremente fijara la actora, sin sujeción a jornada u horario alguno (estipulación segunda).

c) La duración del contrato se extendería hasta el 5.03.09, sin perjuicio de posibles prórrogas (estipulación quinta), y que los honorarios por cada actuación social computada ascenderían a 201'57 euros más 25 euros en concepto de desplazamiento hasta fin de contrato, verificándose tal cómputo de conformidad con lo especificado en el Anexo II del contrato y sin perjuicio de la actualización automática de honorarios según IPC.

d) Para el pago de estos servicios la actora debería presentar correspondiente factura-minuta, sujeta al IVA aplicable, y a la que se le aplicaría la correspondiente retención por I.R.P.F (estipulación sexta) (contrato y anexos incorporados a autos, dándose por reproducidos).

e) Con fecha 6.03.09, se entregó a la actora escrito fechado el 2.03.09 por el que se ponía en su conocimiento que con fecha 5.03.09 finalizaría el contrato mercantil de prestación de servicios profesionales suscrito el 6.03.07, por lo que en la fecha indicada quedaría extinguido el citado contrato. La actora firmó no conforme con su contenido (doc. nº 1 de los que acompañan a la demanda).

f) Las relaciones laborales en la empresa demandada se regulan por el III Convenio Colectivo para Empresas de Atención Especializada en el ámbito de la Familia, Infancia y Juventud en la Comunidad Valenciana (DOCV núm. 5936 de 20.01.09).

g) Con arreglo a dicho convenio y atendida la categoría profesional de la actora su salario diario incluida la prorrata de pagas extras debería ascender a 61'61 euros para 2008 y a 63,15 euros para 2009.

h) En el año anterior al despido, y según facturación presentada por la actora, el importe promedio de su remuneración, con todos los conceptos incluidos asciende a 1676'20 euros/mes o 55'87 euros/día.

No planteándose duda alguna sobre el carácter laboral de los servicios prestados, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 43 del Convenio Colectivo de aplicación la duración máxima de la jornada ordinaria es de 35 horas semanales. Por ello consideramos que la actora, pese a que con anterioridad a la celebración del contrato de arrendamiento de servicios, que desde luego es nulo por fraudulento dado que se suscribió cuando la relación laboral estaba vigente, continuando la actora realizando las mismas funciones que efectuaba desde el 10 de marzo de 2003, era ya trabajadora indefinida y a tiempo completo, por estas razones:

a) La jornada pactada en el contrato de trabajo inicial a tiempo parcial de 35 horas semanales, constituye la jornada máxima en el sector de acuerdo con lo dicho en el apartado anterior, por lo que debe reputarse trabajadora a tiempo completo.

b) No constando que la obra o servicio a que se aludía en el primer contrato no hubiera concluido, debe entenderse contratada por tiempo indefinido, de conformidad con lo expresamente instituido en el artículo 15.1, a) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 8.1.a) del RD 2720/1998, de 18 de diciembre.

En consecuencia, atendiendo a lo expresamente instituido en el artículo 3.1.b) del Estatuto de los Trabajadores debe tener derecho al salario establecido en el Convenio Colectivo de aplicación, y que se menciona en el hecho probado 3º de la sentencia impugnada (61'61 para 2008 y 63,15 euros diarios para 2009), sin que se pueda atender a lo percibido durante la vigencia de un contrato fraudulento a cualquier efecto, de ahí que también predicáramos de irrelevante la modificación fáctica postulada, y que este motivo deba prosperar.

No ha lugar a la imposición de los intereses de demora, atendido los hechos procesales pues la condena se ha producido en este recurso. Y sin costas.

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto en nombre de Doña A.M.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Alicante el día 9 de noviembre de 2009 en proceso instado a su instancia contra E.S.S., S. A. y revocando la sentencia de instancia se fija la cuantía de la condena en la cuantía de 3.086'91 euros (tres mil ochenta y seis con noventa y uno), sin intereses de demora y sin costas.

1373

Sentencia núm. 2.799, de 15 de octubre de 2010

Materia: Despido. Trabajador al servicio de empresa dedicada a trabajos de reforestación y extinción de incendios. El actor,

con sucesivos contratos por obra o servicio determinado, no ha sido llamado para ocupar un puesto en las últimas campañas. Acuerdo entre sindicatos y Administración en relación a la negociación de nuevo convenio colectivo de Brigadas Rurales. Se adopta para la consolidación estable de estos puestos someter a los aspirantes a un proceso selectivo para las brigadas de refuerzo. El actor no pasa las pruebas. Estima que su relación laboral tiene carácter indefinido y que su no llamamiento conlleva un despido improcedente. Consideración del actor como trabajador fijo de servicio. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones formuladas en su contra. No hay despido improcedente puesto que ha desaparecido la figura e trabajador fijo de servicio y el trabajador ha tenido acceso a la realización de nuevas pruebas selectivas que no ha superado.

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.
Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Vicente Cots Díaz.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda interpuesta por el actor por despido, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la parte demandada y en el primer motivo del recurso, que en realidad es único, con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, respecto del derecho, se denuncia vulneración de lo previsto en los artículos 12.3 y 15.8 del Estatuto de los Trabajadores, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se halla contenida en la sentencia de 21 de enero de 2009, alegando en síntesis, que el contrato de trabajo deberá considerarse como indefinido cuando se constata la necesidad de trabajo de carácter cíclico, reiterándose la necesidad en el tiempo, aunque lo sea por periodos limitados, ya que lo que se cubre es una necesidad de carácter estructural y no una necesidad temporal. Sin que pueda ser modificada la condición de fijo de servicio de 2008 reconocida para no efectuar el correspondiente llamamiento al trabajador so pena de constituir un despido la falta de llamamiento. En el caso del actor concurren todos los requisitos para que su relación se considere como un contrato indefinido a tiempo parcial, ciclicidad o intermitencia y certeza y necesidad así como la homogeneidad de los trabajos desarrollados después de varios años de contratación, pues concurre la necesidad de contratación de personal para atender al servicio de prevención y extinción de incendios, que se da de forma periódica cada anualidad aproximadamente en las mismas fechas estivales. También alega la recurrente que, pese a la existencia del Acuerdo de 24 de diciembre de 2008 suscrito entre la Conselleria de Gobernación y los Sindicatos mayoritarios por el que se elimina la figura de fijo de servicio, atendiendo al sistema de fuentes del art. 3.3 del ET, la condición de fijo no se puede perder a voluntad de quienes efectúen el acuerdo. No efectuar un llamamiento al trabajador constituiría despido.

SEGUNDO.- En relación con el tema de la licitud de los diversos contratos suscritos entre las partes por obra o servicio determinado, hemos de indicar que como ya se establece en la sentencia de esta Sala dictada en el recurso 3106/2009, esta Sala ha resuelto ya numerosos litigios en los que se demandaba a T., planteándose en los mismos la posibilidad de que la duración de una contrata pueda actuar como límite de la duración del vínculo laboral en el marco de un contrato de obra o servicio determinado, cuestión que (como se dice en la sentencia recaída en el recurso 2705-05) ya ha sido resuelta en unificación de doctrina por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social), entre otras, en sentencia de 8 junio 1999, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3009/1998, en los siguientes términos: “1º) Se recoge, en primer lugar, que en estos casos es claro que no existe, desde la perspectiva de la actividad de la empresa principal, «un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización». 2º) Pero se reconoce que en estos casos existe una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa contratista, que «esa necesidad está objetivamente definida y que ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar, que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste». 3º) Se precisa también que no cabe objetar que «la realización de este tipo de trabajos constituye la actividad normal de la empresa, porque esa normalidad no altera el carácter temporal de la necesidad de trabajo, como muestra el supuesto típico de este contrato (las actividades de construcción) y que tampoco es decisivo para la apreciación del carácter objetivo de la necesidad temporal de trabajo el que éste pueda responder también a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato». Este criterio ya fue reiterado, aunque en «obiter dictum», por la Sentencia de 23 de junio de 1997 y más recientemente por las Sentencias de 18 y 28 de diciembre de 1998 (RJ 1999\307 y RJ 1999\387). En estas dos últimas sentencias se apreció la licitud de la cláusula que condicionaba el contrato de trabajo por obra o servicio determinado a la vigencia de un plan concertado entre un Ayuntamiento, que era el empresario en la relación laboral controvertida, y una Comunidad Autónoma. Estas sentencias consideran que hacer depender la duración del vínculo laboral de la duración del concierto se ajusta a lo establecido en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, ya que «no cabe duda que la singularidad que el servicio tiene respecto al Ayuntamiento que lo dispensa, le confiere la autonomía y sustantividad propia que aquellos preceptos exigen, y la duración es, para la entidad municipal, incierta, en cuanto depende de dos factores ajenos a su voluntad: el concierto con la Administración autonómica y la concesión de la correspondiente subvención». Siguen el mismo criterio las SSTS de 3 y 6-10-2006, 29-3-2007, 3-4-2007 y 6-6-2008.

Resulta importante destacar que no cabe identificar a T. que es la empresa demandada y para la que presta servicios la demandante, con la Administración autonómica, Generalitat Valenciana, que es la que contrata con T. la realización del servicio de prevención y extinción de incendios en la Comunidad Valenciana y que es de la que se puede predicar el carácter permanente del indicado servicio de prevención y extinción de incendios, no pudiendo atribuirse dicha permanencia al servicio

desarrollado por T., por cuanto que su realización viene supeditada a la previa contratación del mismo por la Generalidad Valenciana y durante el tiempo que dure dicha contrata. Nótese que el servicio de prevención y extinción de incendios de la Comunidad Valenciana en el que trabaja el demandante es prestado por T. y no por la propia Generalidad Valenciana, de modo que el trabajador accionante no presta servicios para la Generalitat Valenciana sino para T., la cual si bien es una empresa pública tiene una personalidad jurídica propia e independiente de la Administración autonómica reseñada y por consiguiente la actividad de prevención y extinción de incendios en la Comunidad Valenciana aunque sea una actividad permanente y necesaria de la Generalidad Valenciana no lo es de T.. Por otra parte, no resulta de aplicación al caso de autos de la sentencia de 21 de enero de 2009 citada en el recurso ya que no nos encontramos ante el mismo supuesto de hecho.

TERCERO.- En relación con el tema de la posesión por parte del actor de la condición de fijo de servicio que alega, debemos indicar que tras la firma del Acuerdo de 24-12-2008, tal condición se ha eliminado. El V Convenio Colectivo del personal de la empresa T. suprime la figura del personal fijo de servicio, con la consecuencia de que los trabajadores que no tengan la condición de fijos-discontinuos deberán someterse a un nuevo proceso selectivo. En efecto, consta al hecho 3º que: “El acuerdo de 24-12-08 entre la Conselleria de Gobernación y U.G.T, CCOO y USO en relación con la negociación del V del Convenio Colectivo de brigadas rurales de emergencia (T.) en el periodo de enero de 2008 a diciembre de 2010, estableció que la administración realizara un proceso selectivo para brigadas de refuerzo, acordando suprimir la figura del fijo de servicio, manteniéndose únicamente la obligatoriedad del llamamiento de los trabajadores fijos discontinuos. El paso del personal a fijo discontinuo se efectuará con arreglo a lo establecido en la ley. La cobertura de puestos con contratación anual, Brigadas Rurales de Emergencia, únicamente se efectuará mediante la superación del proceso selectivo que establezca la administración”. El actor remitió comunicación a la empresa dado que no había sido llamado para reincorporarse a la campaña del año 2009 en el servicio de Brigadas rurales de Refuerzo, y la empresa le informó del acuerdo adoptado entre la Conselleria de Gobernación y los Sindicatos USO, CCOO y UGT en relación a la negociación del V Convenio Colectivo de Brigadas Rurales de Emergencia (T.), periodo enero 2008-diciembre 2011, indicándole que para trabajar en la campaña de dicho ejercicio debía presentarse al proceso selectivo para las citadas Brigadas de Refuerzo, en los términos que constan en el mismo. El actor participó en el proceso selectivo para las brigadas de refuerzo, que tenía un plazo para entregar la solicitud hasta el 31-3-09, obteniendo una puntuación en la prueba teórica de 4,75, sin que resultase seleccionado dado que el último aspirante que pudo elegir plaza en dicho proceso alcanzó una puntuación de 5,90 puntos, existiendo entre el mismo y el actor 95 personas. El actor al no resultar adjudicatario de la plaza pasó a formar parte de la bolsa provisional, que cubría posibles renunciadas o bajas, sin que finalmente haya sido llamado en dicho ejercicio.

Así las cosas, no cabe estimar la alegación del demandante en orden a que la supresión de la figura de fijo de servicio no podría ser sino a favor de un contrato indefinido a tiempo parcial o bien a favor de un contrato de fijo discontinuo, ya que el V Convenio Colectivo que deroga al anterior y suprime la figura del fijo de servicio es fruto de la autonomía colectiva (art. 84 del ET), siendo posible que un nuevo convenio no mantenga determinadas garantías de estabilidad en el trabajo que reconocía el

anterior, puesto que nuestro derecho no consagra la irregresividad de los Convenios colectivos. El respeto a la jerarquía de fuentes se mantiene ya que el nuevo Convenio, en el tema examinado, no va contra las disposiciones legales del Estado.

Por todo lo expuesto, y dado que no cabe considerar que el trabajador demandante pueda ser calificado de trabajador fijo de la empresa, lo que solo podría entenderse en los supuestos de contratación fraudulenta, circunstancia que aquí no concurre ya que se trata de contratos formal y materialmente correctos a la luz de la jurisprudencia antes referenciada, procede la desestimación del recurso planteado.

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

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. J.B.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante de fecha 22-04-10 en virtud de demanda formulada por el mismo, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.
Sin costas