

Sentencia núm. 2.802, de 15 de octubre de 2010

Materia: Incapacidad temporal: Determinación contingencias. Situación de incapacidad derivada de mareos y vómitos. Relación de causalidad con accidente de trabajo sufrido con anterioridad. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia. Los mareos inespecíficos sufridos por el actor no guardan ninguna relación con el accidente sufrido con anterioridad, por lo que la contingencia de la nueva situación de incapacidad no deriva de accidente de trabajo como se reclama.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda en la que se interesaba que la baja por incapacidad temporal de 2-5-2008 fuera derivada de accidente de trabajo, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por las demandadas empresa N.D.G., S.A., F., empresa J.F.B., y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que al hecho probado tercero se le dé la redacción que indica en su escrito de recurso, pero la variación fáctica no puede prosperar por cuanto no evidencia el error del juzgador, que ha de ser irrefutable, indiscutible y porque se ampara en parte de un informe médico particular, mientras que la sentencia impugnada se basa en parte en varios informes médicos de los existentes en los autos y es reiterada la doctrina que sostiene que el Juzgador de instancia puede basar su convicción también en parte del contenido del conjunto de la prueba obrante en autos, tomando de cada dictamen médico lo que ha estimado oportuno, lo que es lícito, y por lo tanto no puede aceptarse la modificación, pues de aceptarse se estaría sustituyendo por el propio del recurrente el criterio fáctico del Juez “ a quo”, mas objetivo e imparcial, y al que incumbe la misión de fijar los hechos declarados probados con libertad de convicción, según todo lo actuado y el conjunto de pruebas practicadas, sin que una prueba alcance mayor valor que otra, ni goce de presunción de acierto a su favor.

También se interesa la modificación del ordinal sexto para el que propone una nueva redacción que no puede ser aceptada ya que no resulta directamente sin necesidad de conjeturas del contenido de los documentos a los que alude.

Con respecto al ordinal séptimo se postula su modificación pretendiendo introducir el nuevo texto que relata en su escrito de recurso, pero que no puede alcanzar éxito ya que su contenido no resulta directamente de los documentos a los que se alude

para justificar la revisión fáctica, sin necesidad de conjetura, y porque la parte pretende establecer que las dolencias derivan el primer accidente y en los informes médicos a los que alude la parte recurrente se indica que desde su intervención por fractura de C2 mediante tornillo presenta mareos con inestabilidad recurrente, pero no se declara expresamente que ello derive de la intervención quirúrgica. Sin que pueda basarse la revisión en documentos de parte como son los escritos dirigidos por el actor al INSS. No pudiéndose introducir en la revisión fáctica pretendida determinadas expresiones de índole subjetiva que no encuentran su respaldo en la documental a la que se alude. Sin olvidar que la parte recurrente se basa en parte en un informe médico, mientras que la sentencia impugnada se basa en parte en varios informes médicos de los existentes en los autos y es reiterada la doctrina que sostiene que el Juzgador de instancia puede basar su convicción también en parte del contenido del conjunto de la prueba obrante en autos, tomando de cada dictamen médico lo que ha estimado oportuno.

Pretende la parte recurrente que se suprima el contenido de los hechos probados noveno y décimo de la sentencia impugnada, por cuanto considera que el Juzgador “a quo” le ha dado valor de cosa juzgada a dos sentencias anteriores que están recurridas en suplicación. Pero la supresión no puede ser aceptada ya que en los hechos controvertidos el Juzgador de instancia se limita a constatar unos extremos que resultan de la prueba obrante en los autos, que como tal constituyen hechos acreditados a criterio del Juzgador, pero no les otorga valor de cosa juzgada.

Por último se postula la modificación del ordinal undécimo de la sentencia impugnada para el que interesa una nueva redacción con el texto que indica, pero que no puede alcanzar éxito por cuanto no evidencia el error del juzgador, que ha de ser irrefutable, indiscutible y porque se ampara en parte del contenido de los informes médicos a los que alude, mientras que la sentencia impugnada se basa a su vez en parte en varios informes médicos de los existentes en los autos y es reiterada la doctrina que sostiene que el Juzgador de instancia puede basar su convicción también en parte del contenido del conjunto de la prueba obrante en autos, tomando de cada dictamen médico lo que ha estimado oportuno, lo que es lícito, y por lo tanto no puede aceptarse la modificación, pues de aceptarse se estaría sustituyendo por el propio del recurrente el criterio fáctico del Juez “a quo”, mas objetivo e imparcial, y al que incumbe la misión de fijar los hechos declarados probados con libertad de convicción, según todo lo actuado y el conjunto de pruebas practicadas, sin que una prueba alcance mayor valor que otra, ni goce de presunción de acierto a su favor.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 115.1, así como del artículo 115.2 f) y g) de la Ley General de la Seguridad Social, así como infracción del artículo 1.6 del Código Civil, art. 137 de la LEC, 207.3 de la LEC y 222 de la LEC, alegando, en síntesis, respecto de los artículos de la LEC al acoger dos sentencias anteriores que se encuentran recurridas en suplicación, dando valor de cosa juzgada a 2 procesos que aun no han terminado, versando ambos procesos sobre otro objeto, alegando que el 2º accidente es una agravación de las lesiones que ocasionó el primer accidente y las secuelas apreciadas al reconocerle al trabajador el grado de invalidez permanente parcial por accidente de trabajo no hacen más que mantener la presunción legal de accidente de trabajo de la baja de 2 de mayo de 2008, y también señala que ha habido infracción jurisprudencial aludiendo a una sentencia del Tribunal

Superior de Justicia de Asturias, en el sentido de que la ausencia de parte de accidente no es suficiente para desvirtuar la consideración de un siniestro como laboral, por lo que con estimación del recurso debe revocarse la sentencia recurrida y acogerse la pretensión actora.

En primer lugar y respecto a la alegación que efectúa la parte recurrente de que el Juzgador de instancia esta dando valor de cosa juzgada a las sentencias a las que alude de dos procesos que no son firmes, debe concluirse que el Juzgador de instancia se limita a valorar lo en ellas establecido y sin asumir la cosa juzgada, al convencerle su criterio lo adopta para fundar su resolución, y con relación a la sentencia a la que se alude que no constituye jurisprudencia al corresponder a un tribunal Superior, debe señalarse que si bien es cierto que no es preciso el parte de baja por accidente para calificar la baja derivada de tal contingencia, no debe olvidarse que el Juzgador “a quo” en modo alguno rechaza la pretensión por tal razón, limitándose a asentar en la resultancia fáctica la inexistencia de parte de accidente de trabajo y que ello fue valorado por el EVI.

Los inalterados hechos declarados probados, en lo que interesa para resolver adecuadamente esta litis, ponen de manifiesto que el actor cuando trabajaba para la empresa demandada J.F.B., dedicada al transporte de mercancías por carretera como conductor de camión de gran tonelaje, con fecha 23 de marzo de 2007 trabajando para la empresa citada en el centro de trabajo de la empresa codemandada N.D.G. S.A., cuando se encontraba comprobando la carga que se le estaba realizando al camión, una pila de 16 palets que se estaba cargando en ese momento se desestabilizó, cayéndole encima. Como consecuencia de dicho accidente laboral el actor estuvo de baja por incapacidad temporal hasta el día 20 de noviembre de 2007. Como consecuencia de dicho accidente laboral se le reconoció al actor afecto de invalidez permanente en el grado de parcial para su profesión habitual, siendo su cuadro residual de “secuelas T.C.E., fractura de odontoides intervenida y heridas múltiples”, siendo las secuelas reconocidas: “limitación para actividades que sobrecarguen la columna cervical y los trapecios”. Al actor se le practicó una intervención quirúrgica consistente en fijación mediante un tornillo por vía anterior de la odontoides.

Con fecha 14 de abril de 2008 el actor tuvo un nuevo accidente de trabajo permaneciendo de baja desde el 15-4-2008 al 30 de abril de 2008 con el diagnostico de esguince/torcedura de tobillo y contractura de trapecio izquierdo. El accidente se produjo descargando un camión de la empresa en Beniparrell, al abrir el techo de lona se mareo y se dobló el pie al caer. La baja no fue cursada como recaída.

En fecha 2 de mayo de 2008 el actor cursó nueva baja médica de incapacidad temporal con el diagnostico de “vértigos y mareos inespecíficos”, y por resolución del INSS se determinó que la contingencia era común. Por último, se deja establecido en el hecho probado undécimo que no consta que el actor presentara ninguno de dichos síntomas tras el accidente de 23 de marzo de 2007, ni en el momento de su valoración por el Equipo de Valoración Médica de Incapacidades en el dictamen propuesta de 12-3-08. Presentando el demandante una correcta estabilización y fusión de la fractura de la apófisis odontoidea, que presentó tras el accidente de trabajo de fecha 23-3-07, con un canal medular respetado. Sin presentar alteraciones neurológicas, ni contracturas musculares cervicales.

Todo lo cual revela que la alegación de la parte recurrente de que padece unos vértigos y mareos como consecuencia del inicial accidente de trabajo de 23 de marzo de 2007 y de su posterior intervención quirúrgica, no encuentra respaldo en la resultancia fáctica de la sentencia impugnada, ya que dichos vértigos o mareos no se ponen de manifiesto hasta el accidente de 14 de abril de 2008, sin que conste relación alguna con el primer accidente, habiéndose producido una correcta consolidación de la intervención quirúrgica a la que fue sometido el actor en el primer accidente, tras el cual tenía un canal medular respetado, sin presentar alteraciones neurológicas, ni contracturas musculares cervicales. Y tampoco se evidencia, como pretende la parte recurrente, que la baja médica de 2 de mayo de 2008 sea una continuación o recaída de la de 14 de abril de 2008, ya que el diagnóstico del accidente de 14-4-2008 era de esguince/torcedura de tobillo y contractura de trapecio izquierdo, y aunque se mareo al abrir un techo de lona del camión, la causa de la baja de 2-5-2008 son “vértigos y mareos inespecíficos”, no objetivándose razón alguna que permita considerar que tales mareos y vértigos del demandante tengan su origen en el accidente de 14-4-2008, ya que por ser “inespecíficos” no puede atribuirse o predicarse del accidente sufrido, pudiendo ser derivados de otras muchas causas. Por lo que no se puede aceptar que la contingencia derive de accidente de trabajo y no se ha infringido el artículo 115 de la Ley General de la Seguridad Social. 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 D. J.J.P.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada el mismo, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

1375

Sentencia núm. 2809, de 19 de octubre de 2010

Materia: Reclamación de derecho y cantidad: Prima por objetivos. Requisitos para el cobro de la misma. Interpretación convenio colectivo de empresa.

Juzgado: Estima en parte la demanda declarando el derecho del actor a percibir la prima general por objetivos correspondiente al ejercicio 2007, absolviéndole del resto de las pretensiones formuladas.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. El trabajador no cumple con los requisitos necesarios para tener derecho a la prima.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Alegre Nueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la mercantil demandada la sentencia de instancia estimatoria de la demanda iniciadora del presente procedimiento, denunciando, al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL), la infracción del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET), y de los artículos 3 y 1281 del Código Civil (en adelante, CC), así como del artículo 20 del convenio colectivo de la empresa M., S.A. Este último precepto titulado: prima general por objetivos, prevé el pago de una mensualidad de salario a aquellos trabajadores que, estando de alta en la empresa, cumplan con los objetivos anuales previstos por ésta y superen una entrevista de valoración personal.

En su recurso, la mercantil recurrente argumenta, en contra de lo resuelto por el juez “a quo”, que el demandante no tiene derecho a dicha prima por objetivos porque no reúne ninguna de las dos condiciones necesarias para lucrar la prima citada, toda vez que, por un lado, no celebró la entrevista personal y, en consecuencia, tampoco puede considerarse aprobada; por otro, porque el actor no estaba de alta en la empresa en el momento del cobro, ya que se encontraba en situación de excedencia voluntaria.

SEGUNDO.- La cuestión controvertida que se somete a nuestro examen y resolución se circunscribe, por tanto, a interpretar la regla contenida en el citado artículo 20 del convenio colectivo aplicable a la empresa demandada.

Para la correcta resolución de esta cuestión, debemos acudir a las reglas hermenéuticas de los convenios colectivos. Éstos, como se sabe, son pactos bilaterales que tienen una naturaleza dual: normativa y contractual (“cuerpo de contrato y alma de ley”, decía Carnelutti) y, en consecuencia, sus cláusulas deben ser interpretadas con pleno respeto al principio de autonomía colectiva, siguiendo las reglas de interpretación de las leyes y de los contratos (por todas, STS de 1 de junio de 1.992). Entre esas reglas encontramos, por un lado, el artículo 3.1 del CC que obliga a interpretar las normas según el sentido propio de sus palabras; por otro, el artículo 1.281 del mismo cuerpo legal de acuerdo con el cual, si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Sólo cuando las palabras sean contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. En consecuencia, como reza el aforismo latino atribuido al jurista romano Julio Paulo, “*cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quasteio*”, es decir, cuando no hay ambigüedad en las palabras, no debe admitirse la cuestión de interpretar la voluntad.

La utilización de los criterios hermenéuticos expuestos para interpretar el artículo 20 del convenio colectivo de la empresa M., S.A., objeto de la actual litis, lleva a esta Sala a aceptar el motivo de censura jurídica formulado por la representación de la parte recurrente, habida cuenta que los términos de la cláusula convencional son claros: el trabajador para tener derecho a la prima anual por objetivos, debe cumplir, entre otros requisitos que no son controvertidos, los dos siguientes: realizar y aprobar una entrevista personal y estar dado de alta en la empresa demandada en el momento del cobro. La simple lectura del citado artículo 20 nos lleva a rechazar el argumento voluntarista que expresa el recurrido en su escrito de impugnación, afirmando que aquél resulta oscuro e incongruente.

Tampoco la expresión estar “dado de alta” admite diversos significados, como se afirma en el escrito de impugnación del recurso, sino que esta locución verbal significa “estar inscrito en la Seguridad Social”; “ingresar en un cuerpo, organismo o sociedad o volver a ellos después de haber sido dado de baja” (diccionario de la RAE). En el conflicto que nos ocupa, el actor se encuentra en situación de excedencia voluntaria desde el 15 de octubre de 2.007 (hecho probado segundo de la sentencia impugnada), con lo que desde dicha fecha cesó su prestación de servicios para la mercantil demandada, al estar suspendida su relación laboral (artículo 46 del ET) y conforme al artículo 100 de la LGSS, el trabajador que cesa en su prestación de servicios debe ser dado de baja en la Seguridad Social. De la interpretación conjunta de las normas citadas, cabe colegir que el trabajador demandante no se encontraba “dado de alta”, como exige el artículo 20 del convenio colectivo de empresa para tener derecho a la prima anual que reclama.

Por otro lado, el actor no realizó la entrevista personal exigida por el precepto convencional (fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida) cuya interpretación se discute en esta litis, ni podemos aceptar que la interpretación literal del convenio colectivo deje a la voluntad unilateral de la empresa demandada el cumplimiento de este requisito, como afirma el actor y ahora recurrido, toda vez que la realización de la entrevista podría haberse solicitado por el actor, cosa que no consta haber hecho, pues de haberse solicitado y rechazado por la empresa demanda, sí cabría denunciar la infracción del artículo 1.288 del CC, como argumenta el recurrido en su escrito de impugnación, pero cuando los términos del pacto son claros no es necesario acudir a otros criterios interpretativos subsidiarios al de literalidad.

Por lo que la sentencia que así no lo entendió ha de ser revocada, con estimación del recurso de suplicación.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de M., S.A. y, en consecuencia, revocamos la sentencia

dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, de fecha 26 de octubre de 2.009, en virtud de demanda presentada a instancia de D. S.C.L.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la mercantil demandada de la reclamación deducida frente a ella.

No procede imponer condena en costas.

1376

Sentencia núm. 2.884, de 26 de octubre de 2010

Materia: Prestación de viudedad. Reconocimiento. Requisitos necesarios para acceder a la prestación demandada.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de las pretensiones instadas en su contra.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La actora cumple con los requisitos necesarios para acceder a una pensión de viudedad. El importe de la misma se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/07.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada de la demandante se formula recurso frente a la sentencia de instancia, que desestimó la solicitud de pensión de viudedad, en consideración a que no se acordó pensión compensatoria tras la separación, en el año 2001, de la recurrente con su cónyuge, fallecido posteriormente en agosto de 2008.

En el único motivo, destinado al examen del derecho aplicado, se censura implícitamente a la resolución objeto de recurso la infracción del artículo 174.2 de la LGSS, en su redacción tras la reforma llevada a cabo por la Ley 40/07, de 4 de diciembre, puesto

ello en relación con la sentencia de 4 de febrero de 2009 de la Sala de lo Social del TSJ de Cantabria, y la de 28 de julio de 2008 del Juzgado de lo Social nº 26 de Barcelona, no de su TSJ como se dice erróneamente, resoluciones que no constituyen jurisprudencia, y que son transcritas en su totalidad, argumentando que dicha disposición debe ser interpretada tan sólo en el sentido de que si se está percibiendo pensión compensatoria, al fallecimiento del causante quedará aquella extinguida caso de accederse a la pensión de viudedad, no que para alcanzar la citada prestación se exija percepción de pensión compensatoria en todo caso, señalándose que aunque en el presente supuesto no existiera la citada pensión compensatoria, la existencia de los malos tratos psicológicos abogan el derecho a la aludida pensión.

Abstracción hecha de que no se comparta la tesis de la recurrente al hilo de lo recogido en dicha sentencia respecto la alegación de no exigencia de la pensión compensatoria para lucrar la pensión de viudedad en los casos de previa separación o divorcio, pues del tenor literal del precepto citado se deduce por el contrario que sí, la realidad es que el recurso debe prosperar por la sencilla razón de que, con posterioridad a la sustanciación del pleito, se ha añadido a la LGSS una Disposición Transitoria, la decimoctava, conforme lo previsto en la Disposición Final 3ª.14 de la Ley 26/09, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado, norma transitoria sobre pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, según la cual el reconocimiento del derecho a esa pensión no quedará condicionado a que la persona separada o divorciada sea acreedora a la pensión compensatoria aludida en el artículo 174 de la LGSS cuando entre la fecha de la separación o divorcio y la del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo no superior a diez años, siempre que matrimonio haya tenido una duración mínima de diez años, y además, que el beneficiario tenga, en la fecha de fallecimiento del causante más de 50 años, o existan hijos comunes de ese matrimonio.

A partir de esto, atendiendo lo que se plasma en el relato histórico de la sentencia objeto de examen, debe reconocerse la pensión reclamada, pues consta que el matrimonio se contrajo en julio de 1983, la separación matrimonial se acordó por el juzgado el 18 de mayo de 2001, el causante de la pensión falleció el 27 de agosto de 2008, en definitiva, el hecho causante tuvo lugar entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, y además hay una hija común de ese matrimonio y aunque esto ya no sería necesario al tratarse de requisitos alternativos, igualmente la beneficiaria tenía más de cincuenta años cuando murió el causante de la prestación.

Por ello debe prosperar el recurso, aunque por razones ajenas a las esgrimidas en dicho escrito, debiéndose reconocer el derecho de la recurrente a lucrar la pensión de viudedad, que se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/07, de 4 de diciembre, conforme lo señalado expresamente en la Disposición Transitoria a que acaba de hacerse mención, y con efectos económicos desde el 1º de Enero de 2010.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por doña V.G.A. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de los de Valencia de 13 de octubre de 2009, recaída en proceso sobre pensión de viudedad instado por dicha recurrente contra el INSS y la TGSS, y con revocación de la citada resolución judicial, debemos declarar y declaramos el derecho de la demandante a percibir la pensión de viudedad en la cuantía y efectos legalmente previstos.

1377

Sentencia núm. 2.944, de 2 de noviembre de 2010

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas económicas.

Juzgado: Declara improcedente el despido objetivo que sufrieron las actoras, condenando a la empresa a readmitirlas o a indemnizarlas, debiendo abonar además de los salarios devengados desde que se produjo el despido hasta la fecha de notificación de la sentencia a las partes.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Queda probada la grave situación económica que sufre la empresa, procediendo la extinción de la relación laboral de las dos trabajadoras.

Ponente. Ilma. Sra. D^a. Amparo Esteve Segarra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia de instancia que declara la improcedencia del despido objetivo del que fueron objeto las actoras, interpone recurso

de suplicación la representación letrada de la parte demandada, siendo debidamente impugnado de contrario. El recurso se estructura en cinco motivos.

2.- En el primero de ellos, con adecuado amparo procesal se insta la revisión del hecho probado primero para que quede redactado en los siguientes términos: “Las demandantes han prestado sus servicios para la empresa G.R.C., dedicada a la actividad inmobiliaria, con las siguientes condiciones laborales: - P.F.C. con una antigüedad desde el 3-3-1995, categoría profesional de comercial y con un salario mensual fijo de 1.544,39€ con inclusión de pagas extras, más la cantidad de 1.119,53€ correspondientes a las comisiones percibidas por el período comprendido desde marzo de 2009 a febrero de 2010, lo que hace un total mensual de 2.663,92 € mensuales, y – L.F.H.B., con una antigüedad desde 1/12/2000, categoría profesional de comercial y con un salario mensual fijo de 1.419,60€ con inclusión de pagas extras, más la cantidad de 363€ correspondientes a las comisiones percibidas por el período comprendido desde abril de 2009 a marzo de 2010, lo que hace un total mensual de 1.782,60€ mensuales”. El recurrente fundamenta esta solicitud en la propia demanda, y documentos número 12 para el caso de P.F.C.. Y para fijar el salario de L.F.H.B., en los documentos números 13 y 14 del ramo de prueba de la empresa demandada.

3.- La revisión instada no ha de prosperar. Por un lado, en el caso de la primera demandante no se aprecia error del juzgador “a quo”, pues el recurrente pretende alterar la redacción, para hacer constar su salario fijo y las comisiones devengadas, existiendo coincidencia total en cuanto a la antigüedad, categoría y salario mensual total de la trabajadora. Por consiguiente, respecto a esta trabajadora el desglose de su salario mensual que pretende fundamentar la parte recurrente en la propia demanda resultaría intrascendente por ser un hecho no controvertido entre las partes. Por otra lado, en el caso de la segunda demandante, sí se pretende alterar el salario mensual, sobre la base de las comisiones cobradas en el último año anterior al despido y correspondientes al período de abril de 2009 a marzo de 2010. En esencia, la parte recurrente interesa que la actora L.F.H.B. cobró un salario mensual de 1.782,60€ mensuales y no el que se hizo constar en la sentencia, de 2.260,16€ y que las comisiones percibidas corresponderían al período desde abril de 2009 a marzo del 2010, al ser su despido con efectos desde el 9 de abril de 2010. Pues bien, de la documental citada como apoyo no se evidencia error del juzgador. Y ello, en primer lugar, por el documento 14 del ramo de prueba de la parte actora en el que se detalla la media mensual de comisiones de los doce meses precedentes al despido, que es un documento de parte y que, como tal, no es hábil a efectos de modificar los hechos probados. En cuanto al denominado por el recurrente documento 13 de autos, que abarcaría las hojas de salarios del año anterior y las comisiones de los doce meses precedentes al despido, en las que constan las hojas de salarios y liquidación de comisiones, tampoco pueden servir como apoyo válido para una revisión fáctica al tener carácter controvertido. Así lo asevera el hecho de que la mayor parte de las hojas de salarios y liquidación de comisiones en que pretende basarse la parte recurrente, aparecen firmadas en el recibí por parte de la trabajadora como “no conforme”, y en muchos casos la trabajadora suscribe esta no conformidad indicando fecha de cobro distinta a la que consta en la liquidación de comisiones (por ejemplo, en los atrasos de 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18 de febrero de 2010 y en el de 31 de marzo de 2009). En tercer lugar, ha de señalarse que incluso si se atiende al conjunto de hojas de salarios del año anterior y se suman todas las comisiones que allí constan, resulta que son coincidentes las señaladas por la trabajadora en su demanda y por la empresa excepto en dos conceptos por importe de

3.745€ y 1.142€. Y respecto a estos, las hojas de salarios aportadas por la empresa y en las que pretende basarse la parte recurrente, contradicen su posición. A este respecto ha de tenerse en cuenta que las comisiones por importe de 1.142€ figuran como fecha de percepción en el documento elaborado informáticamente por la empresa de 28 de febrero de 2009, pero la trabajadora firmó el recibí indicando otra fecha (la de 14 de diciembre de 2009) y en el cheque bancario, consta una fecha más próxima a la señalada por la trabajadora (de 11-12-2009) y que en todo caso quedaría dentro del período a computar para calcular el importe de las comisiones en el último año anterior al despido a los efectos de fijar el salario regulador de éste. Igualmente, respecto al importe de las comisiones de 3.745€ figura como fecha de percepción en el documento elaborado informáticamente por la empresa el 31 de marzo de 2009, pero la trabajadora firmó el recibí indicando otra fecha (la de 14 de diciembre de 2009) y en el cheque bancario, consta una fecha más próxima a la señalada por la trabajadora (de 11-12-2009). Por tanto, el examen de la documentación invocada por el recurrente no sólo no contradice ni evidencia error del juzgador en la redacción del hecho probado, sino que sustenta la corrección del salario fijado por éste para la trabajadora.

SEGUNDO.- 1.- El segundo motivo de recurso insta con amparo en el artículo 191, b) de la LPL la modificación del hecho probado segundo. En síntesis, pretende el recurrente que se transcriba en el hecho probado el contenido de las cartas de despido, copia que estima necesaria al considerar que en las mismas se describía con toda su extensión los datos económicos que obligaron a la empresa a despedir por causas económicas a dos trabajadoras de su departamento comercial. Asimismo, interesa hacer constar que en el caso de P.F.C., el despido fue con efectos desde el 9 de marzo de 2009- aunque por error el recurrente hace constar 2010- y el despido objetivo de L.F.H.B. lo fue con efectos desde el 9 de abril del mismo año. Para fundamentar esta revisión se apoya el recurrente en el documento número 1 del ramo de prueba de la parte actora, en el documento número 4 a 8 del ramo de prueba de la parte demandada.

2.- La revisión fáctica propuesta ha de prosperar en parte, a efectos meramente aclaratorios y, en concreto, en cuanto a hacer constar que el despido de P.F.C. lo fue con efectos desde el 9 de marzo de 2010 y el de L.F.H.B. tuvo efectos desde el día 9 de abril de 2010 por desprenderse de la documental invocada. En cambio, en cuanto a que se transcriba el contenido literal de las cartas de despido, la petición de la parte no se acepta pues sencillamente en el hecho probado segundo éstas ya se dan por reproducidas.

TERCERO.- 1.- El tercer motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, insta la revisión del hecho probado tercero en los siguientes términos: “La empresa demandada, dedicada a la actividad de inmobiliaria, tuvo en el año 2006 unas ventas de 1.093.345,58€ y en el año 2007 unas ventas de 889.788,91, en el año 2008 unas ventas de 305.477’53€ y en el año 2009 tuvo unas ventas de 351.954,13€. En el año 2010, las ventas en los tres primeros meses ascienden a la cantidad de 134.483,90€. La evolución de la cifra de ventas y gastos de personal de enero de 2006 a diciembre de 2009 ha sido la siguiente:

	2006	2007	2008	2009
Gasto de personal	506.833,66	464.110,56	404.836,32	299.781,35
Cifra de ventas	1.093.345,58	889.788,91	305.477,53	352.044,13

% personal/C. Ventas	46%	52%	133%	85%
----------------------	-----	-----	------	-----

Con la consiguiente evolución de los resultados desde el ejercicio 2006 hasta el 31 de diciembre de 2009:

	2006	2007	2008	2009
RESULTADO	230.184,24	153.243,72	-229.685,55	-55.902,05

Lo que supone unas pérdidas en el año 2008 de -229.685,55€ y de -55.902,05€ en el año 2009 y unas pérdidas acumuladas en los ejercicios anteriores de -285.587,60€. La empresa al 31 de marzo de 2010 tiene aplazados por falta de liquidez el pago del cuarto trimestre del IVA y ha solicitado el aplazamiento del primer trimestre del 2010 del IVA y del IRPF Trabajadores y profesionales. La trabajadora D^a J.B. se encuentra de alta en la empresa como limpiadora, dedicándose a limpiar o adecentar las viviendas que mediante intermediación de la empresa, se venden o alquilan. La empresa en el año 2009 contrató al Sr. M. con la categoría profesional de tramitador y a la Sra. M. con la categoría profesional de recepcionista bilingüe, que cubrieron sendas vacantes en dichos puestos de trabajo”. La modificación interesada la parte recurrente la fundamenta en una amplia cita de documentos, entre otros los siguientes: 1) Documento número 1 del ramo de prueba de la parte demandada, donde consta el informe económico-financiero ratificado en juicio, y que según el recurrente no fue impugnado. Entre otros aspectos, el aplazamiento del IVA y del IRPF se contendría en la página 13 del mencionado informe. 2) Documento número 2 del ramo de prueba de la parte actora, donde constaría la solicitud de expediente de regulación de empleo con fecha de 17 de febrero de 2010, donde se consigna el trabajador Sr. M. con categoría de tramitador y la trabajadora Sra. M. con la categoría de recepcionista. 3) Folios 66 y 67 de autos y documento número 11 del ramo de prueba de la parte actora, donde figura la vida laboral de la empresa desde 2007, en el que figuraría que la baja del trabajador J.A.V.G. que dejó el puesto de tramitador, que es la ocupada por el Sr. M., y que la baja de otra trabajadora que dejó vacante el puesto de recepcionista fue cubierta por ésta. 4) Folios 32 a 65 donde constan aportados los libros de contabilidad presentados por la empresa al registro mercantil en los ejercicios 2008 a 2009. 5) Balance de la situación de la empresa y cuenta de resultados a 31-2-2010 (folios 51 a 62).

En esencia, estima el recurrente que se habría producido un error por omisión evidente, que se deduciría de los anteriores documentos y consistiría en: a) La omisión de los gastos de personal de 2006 a 2009 en relación con la cifra de ventas desde el indicado período, y el no recoger la brutal bajada de ventas de la empresa inmobiliaria. b) La omisión de las pérdidas de la empresa en el 2008 y 2009, así como el total acumulado. c) La omisión de que la empresa el 31 de marzo de 2010 tiene aplazado por falta de liquidez el pago del cuarto trimestre del IVA del 2009 y ha solicitado el primer trimestre del 2010 del IVA y de IRPF (trabajadores y profesionales). d) La no contratación de más trabajadores, si no la cobertura de vacantes en puestos imprescindibles para el funcionamiento de la empresa.

2.- La Sala ha de recordar que la revisión de hechos probados en sede del recurso de suplicación es necesariamente limitada dado el carácter extraordinario de este recurso. De este modo, la revisión no podrá realizarse valorando toda la prueba practicada sino que sólo ciertas pruebas podrán ser tomadas en consideración siempre

que demuestren la existencia de error del juzgador de instancia. A este respecto, es cuanto menos llamativo que la parte recurrente pretende basar la nueva redacción del hecho probado tercero en la cita de más de cien folios de autos en un empeño de considerar como probado todas las manifestaciones contenidas en la carta de despido y en el informe contable y financiero que estima necesarias para justificar la procedencia del despido, sin embargo, el juzgador realizando una valoración conjunta de la prueba ha extraído los datos que le parecen probados y lo señalado no evidencia error del juzgador. Así, si se desciende al análisis concreto de lo que se intenta modificar y completar en el hecho probado tercero se ha señalar que, de entrada, la parte recurrente en el primer párrafo del hecho probado pretende añadir la cifra de ventas, el porcentaje de los gastos de personal sobre esta cifra y las pérdidas desde el año 2006. Sin embargo, esta adición no ha de prosperar por cuanto es lícito que el hecho probado se limite a recoger los datos de los dos últimos años anteriores al despido, en el que la empresa ya declaraba pérdidas, y no de los anteriores donde existieron beneficios. Además, la redacción contenida en la relación fáctica de la sentencia no coincide con el porcentaje de gastos de personal, sin que la Sala pueda determinar sobre la base de un documento de parte, que existe error del juzgador. A este respecto, debe ponerse de manifiesto que la valoración judicial de la prueba, salvo supuestos de manifiesta arbitrariedad, no es revisable y los recursos laborales no constituyen una segunda instancia.

3.- En cuanto al segundo párrafo, pretende la parte recurrente que se haga constar que la empleadora ha aplazado el pago del cuarto trimestre del IVA de 2009 y ha solicitado el aplazamiento del primer trimestre del IVA y del IRPF del 2010, y ello sobre la base de lo declarado en el informe económico-contable que consta como documento número 1 en el ramo de prueba de la parte demandada. No procede sin embargo, la citada incorporación habida cuenta que el referido informe del perito economista de la empresa no es documento hábil a los efectos revisorios dado que se trata de un documento elaborado unilateralmente por la empresa sin que se haya aportado documento de solicitud presentada en registro público, de modo que no tiene el sustento oficial que le permita gozar de la eficacia revisoria que se pretende.

4.- En punto al tercer párrafo, relativo a la trabajadora Sra. B. que está de alta en la empresa como limpiadora, no se apoya el cambio de redacción en prueba documental o pericial, por lo que no prospera.

5.- En cuanto al cuarto párrafo, relativo a la contratación de dos trabajadores con categoría de tramitador y de recepcionista bilingüe para cubrir sendas vacantes, se apoya en el documento número 2 del ramo de prueba de la parte actora, consistente en la solicitud de expediente de regulación de empleo, donde constarían las categorías de estos trabajadores, y en los folios 66 y 67 de autos y documento número 11 del ramo de prueba de la parte actora, donde figura la vida laboral de la empresa, y donde se establecería que el trabajador J.A.V.G. causó baja en fecha 31-3-2009, que dejó vacante el puesto de tramitador, ocupado por el Sr. M. el 6-4-2009 y la baja de S.M. con fecha 25-3-2009 que deja vacante el de recepcionista y el alta en fecha 1-7-2009, para cubrir plaza de recepcionista, haciendo constar que dicha trabajadora durante el período de abril a junio de 2009 estuvo vinculada a la empresa-recurrente mediante contrato con una empresa de servicios.

6.- Dicha modificación del hecho probado de esta concreta frase ha de prosperar en parte pues es trascendente a los efectos de resaltar que los trabajadores

contratados en el año 2009 ocuparon categorías profesionales distintas a las de las trabajadoras que fueron despedidas posteriormente. Y ello se desprende efectivamente, del documento 2 del ramo de prueba de la parte actora, donde constan las categorías de tramitador para el Sr. M. y recepcionista para la Sra. M., sin embargo, la Sala no puede hacer constar que fuera bilingüe pues ello no figura en la documental citada. Por otra parte en los folios 66 y 67 de autos y documentos 11 y 12 del ramo de prueba de la parte actora, consistentes en el informe de vida laboral de la empresa, si bien se fijan las fechas de altas y bajas de los trabajadores J.A.V.G. y S.M.G., no figura su categoría profesional, por lo que no cabe admitir la redacción propuesta de que los trabajadores contratados con posterioridad ocuparan las vacantes pues no consta que puestos desempeñaban los que anteriormente cesaron en la empresa. En definitiva, no puede prosperar totalmente la revisión propuesta, debiendo sustituirse la última frase del hecho probado tercero por la que sigue: “La empresa en el año 2009 contrató al Sr. M. con la categoría profesional de tramitador y a la Sra. M. con la categoría profesional de recepcionista”.

CUARTO.- 1.- Con adecuado amparo procesal insta la parte recurrente un nuevo motivo solicitando la adición de un hecho probado cuarto en los siguientes términos: “La mercantil G.R.C., SL con fecha de entrada de 18 de febrero de 2010, presentó ante la Conselleria de Trabajo, solicitud de Expediente de Regulación de Empleo, que le fue rechazado en fecha 19 de febrero por no cumplir el umbral mínimo de trabajadores exigido por el art. 53.1 del ET”. Dicha adición se sustenta sobre la base del documento número 2 del ramo de prueba de la parte actora y número uno bis, del ramo de prueba de la parte demandada, estimando trascendente la parte recurrente dicha modificación para variar la opinión manifestada por el magistrado de instancia en el sentido de que el expediente de regulación de empleo fue rechazado por no existir causa o motivos, y no por no cumplir el umbral mínimo exigido por el art. 53.1 del ET de cinco trabajadores.

2.- La revisión no puede prosperar pues la revisión propuesta no tiene trascendencia para el fallo, ya que dicha referencia al expediente presentado ya fue tenida en cuenta por el juzgador, y aparece expuesta en el fundamento de derecho tercero, donde se manifiesta que “...se produce después de que se intentara en el mes de febrero la realización de un expediente de regulación de empleo por causas económicas...”. Repárese en que en contra de lo señalado por la parte recurrente, el magistrado no introduce ningún tipo de valoración sobre que el expediente fuera rechazado por no existir causa. Razón por la que no procede adicionar un hecho que es innecesario puesto que el juzgador ya lo tuvo en cuenta.

QUINTO.- 1.- En el quinto motivo de recurso se solicita por la parte recurrente al amparo del art. 191, b) de la LPL la adición de un nuevo hecho probado, el quinto, del siguiente tenor: “Que el organigrama de la empresa, antes del citado despido objetivo de las actoras estaba compuesto de: 5 comerciales: B.S.; P.F.; V.S.; E.G. y L.F.H.. Administración: C.S. Recepcionista bilingüe: E.M.; Trámites: J.M. y limpieza, J.B. y tras el despido objetivo de las mismas se queda el organigrama con tres comerciales, lo que supone un ahorro en torno a los 67.000€ anuales, importe que incluye sueldos, seguridad social y comisiones de venta, costos de dos comerciales durante el año 2009”. La adición la parte recurrente la fundamenta en los siguientes documentos:

- Dos y tres del ramo de prueba de la parte demandada, que estima que no han sido impugnados pero sí tenidos en cuenta erróneamente por el magistrado de instancia.
- Página 15 del informe económico financiero obrante en el documento 1 del ramo de prueba de la parte demandada.
- Documento número 2 del ramo de prueba de la parte actora, donde consta la solicitud del expediente de regulación de empleo presentado por la empresa y en el que constan las categorías profesionales de los trabajadores de la empresa.

Estima el recurrente que dicha adición procede y tiene incidencia para el fallo porque la empresa existiendo causas económicas se ve en la necesidad de amortizar dos puestos de trabajo en el departamento comercial, que dado el nivel de ventas estaría sobredimensionado.

2.- La revisión propuesta no ha de prosperar por cuanto el documento dos y tres es un cuadro-organigrama que ya fue tenido en cuenta por el juzgador “a quo”, al señalar en el fundamento de derecho tercero que *“Según el organigrama presentado únicamente se produce una reducción en la sección de comercial, a la que pertenecen las actoras y resulta ser fundamental para la actividad, manteniéndose otras como la de recepcionista, gestión de calidad y gestiones externas”*. Por tanto, no existe el error por omisión atribuido al juzgador, que tiene en cuenta el organigrama, por lo que el hecho de que dicho documento elaborado por la propia parte y que en sí mismo no tiene eficacia revisora haya sido interpretado por el juzgador en uso de las facultades que le concede el artículo 97 de la LPL en un sentido discrepante con el de la parte no legitima la revisión de los hechos probados. En cuanto a la fundamentación de la revisión en la página 15 del informe económico-financiero, ha de señalarse que se incluye entre las medidas propuestas por el economista contratado por la empresa la supresión de dos puestos de trabajo, sin concretar en qué sección, pero esta proposición no constituye un hecho probado ni el documento en el que se apoya, informe de parte, es hábil a efectos de revisión de los hechos probados. Y, finalmente, en cuanto al último documento citado por la parte recurrente, consistente en la solicitud de expediente de regulación de empleo, sólo serviría para reflejar en este punto las categorías profesionales de los trabajadores que allí constan, que por cierto no son todos los que pretenden hacerse constar en el hecho probado quinto en la redacción solicitada por la parte recurrente.

SEXTO.- 1.- El último motivo de recurso al amparo del artículo 191 letra c) de la LPL pretende revisar el derecho aplicado en la sentencia recurrida por posibles infracciones del artículo 52.c) del ET, sustentando dicha manifestación en la doctrina jurisprudencial contenida entre otras, en la STS de 11-6-2008, Recud. 730/2007, y en las sentencias por ella citada, conforme a la cual para apreciar la concurrencia de las causas económicas de despido objetivo basta en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa. Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa, pues la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados. Se cita asimismo, sentencias de esta Sala, sobre la no necesidad de adopción de otras medidas, aparte de la extinción

o despido acordado. En esencia, estima el recurrente que la empresa recurrente dedicada a la actividad inmobiliaria es un sector especialmente castigado por la crisis, y que existiendo un importante volumen de pérdidas acumuladas, y habiendo solicitado el aplazamiento de deudas tributarias y a la Seguridad Social, la reducción de plantilla debía afectar al departamento comercial, donde había cinco trabajadores por el descenso de ventas. En segundo lugar, se aduce que la empresa es la competente para decidir qué puestos de trabajo debían ser objeto de despido objetivo y que aunque la empresa tenga carácter familiar, todos son trabajadores y el salario de las trabajadoras demandantes no es muy diferente del resto de los comerciales. Y, finalmente, se apoya en que la propuesta de amortizar dos puestos de trabajo se contenía en el informe económico-financiero.

2.- Lo que se trata de dilucidar es pues si concurre la causa económica que justifique los despidos. A efectos de resolver la cuestión controvertida, hemos de comenzar indicando que como ha señalado esta Sala de forma reiterada y, en concreto en las sentencias de 28-1-2004, rec. 3401/2003, de 11-7-2006, rec. 1874/2006 y 1874/2006, y de 15-1-2009, rec. 3680/2008, en este tipo de procesos el control judicial de las medidas extintivas adoptadas por la empresa queda limitado a la comprobación del cumplimiento de los requisitos formales impuestos por el artículo 53 del ET y de los presupuestos exigidos por el artículo 52 c) del mismo texto legal, esto es, la existencia de una situación económica negativa real, la amortización de los puestos de trabajo afectados por la medida extintiva y la razonable contribución de la medida a la superación de aquella situación. Y respecto de éste último requisito se debe recordar que el Tribunal Supremo ya señaló en su sentencia de 24-4-1996, recud. 3543/1995, *al analizar un supuesto en que la empresa presentaba pérdidas que, «debe de entenderse que la extinción del contrato de trabajo de la actora "contribuye" a superar esa situación negativa es lógico considerar que la supresión de un puesto de trabajo en una compañía que se encuentra en mala situación económica contribuye directa y adecuadamente a superar tal situación»*. Esta doctrina ha sido seguida en diversos pronunciamientos, y entre ellos en el mencionado por el recurrente, STS de 11-6-2008, Recud. 730/2007, en la que se señala: *«... como el artículo 52-c) del ET, dispone: "Cuando exista la necesidad objetiva acreditada de amortizar puestos de trabajo...el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas", se ha entendido que basta con estimar que la amortización del puesto de trabajo que se acuerde contribuye a solucionar la crisis, para que tal medida encuentre justificada, sin que sea exigible acreditar que la amortización de puestos de trabajo constituye por si sola una solución suficiente, ni que esa solución será definitiva junto con otras medidas. Por ello, se ha argumentado que "para apreciar la concurrencia de las causas económicas (en sentido estricto) del despido objetivo basta en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa. Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica negativa", pues, "la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados". También se ha dicho que la amortización es orgánica y relativa a un puesto de trabajo concreto y no de determinadas tareas, lo que supone que las labores desarrolladas por el operario que cesa sean asumidas por los que quedan*

[Sent. 29 de mayo de 2001 (Rec. 2022/00)], así como que el empresario no está obligado a presentar un plan de viabilidad que contemple la adopción de otras medidas, aparte de la extinción o despido acordado [Sent. de 30 septiembre 2002 (Rec 3828/01)]».

3.- Es importante hacer notar pues que conforme a esta doctrina la concurrencia de la causa económica se produciría en situaciones de pérdidas, y que si éstas son continuadas y cuantiosas existiría una presunción, que admite prueba en contrario, de que la amortización de puestos de trabajo sobrantes contribuiría a la superación de la situación económica negativa. En el caso de autos, en el hecho probado segundo se reconoce la existencia de pérdidas declaradas en la empresa en los años 2008 y 2009, por un total de 229.685,55€ y 55.902,05€ y es un hecho notorio la situación de crisis que afecta de forma particular al sector inmobiliario y que ha provocado una disminución de las ventas. El Tribunal Supremo ha admitido para acreditar la situación económica negativa de la empresa la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad (STS de 15-10-2003, Recud. 1205/2003). Sin embargo, la sentencia justifica la improcedencia del cese de las trabajadoras despedidas en que la existencia de dichas pérdidas es consecuencia de la existencia de unos gastos de personal de quienes por relaciones familiares o de otro tipo se encuentran vinculados con la administradora de la sociedad. Sin embargo, ha de recordarse que ello no deja sin efecto lo probado en cuanto a la certeza de las causas económicas, y que en el análisis de dichas causas ha de tenerse en cuenta la doctrina del Tribunal Supremo que limita el control de razonabilidad del despido por causas económicas a la valoración del trabajador afectado, sin que pueda entrar a enjuiciarse la organización de trabajo de la empresa, salvo casos manifiestos de fraude que no pueden presumirse y no se han acreditado en el caso de autos. A mayor abundamiento, la selección de los trabajadores afectados por el despido corresponde al empresario, y sólo es revisable en sede judicial cuando existe fraude de ley o selección por motivos discriminatorios. Por consiguiente, a salvo de casos de fraude el juzgador no puede enjuiciar la gestión empresarial ni el porcentaje de gastos de personal de trabajadores relacionados por vínculos familiares u de otro tipo con la administradora de la sociedad. Por lo demás, basta con que la extinción contractual “contribuya” a superar la crisis de la empresa, no que por sí sola sea decisiva para ello (STS de 29-5-2001).

Pues bien, constatada la situación de pérdidas durante dos años consecutivos cabe aplicar la doctrina jurisprudencial que presume que el despido por causas objetivas de las trabajadoras contribuye a superar la situación económica negativa. Debe tenerse en cuenta la doctrina jurisprudencial que ha establecido que si bien es cierto que *“la reducción de los costes de personal contribuyen a reducir las pérdidas de una empresa. Pero esta conexión no es automática; no establece una relación directa entre el nivel de pérdidas y el número de los despidos y tampoco puede verse como una presunción que desplace al trabajador despedido la carga de acreditar los hechos de los que pueda derivarse la falta de conexión entre la medida extintiva y el objetivo que ésta debe perseguir. Por ello, ni se puede presumir que la empresa por el sólo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro, que, en cuanto tal no es susceptible de ser acreditado, como sería el demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa. Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para*

que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido” (STS de 29-9-2008, Recud. 1659/2007). Pues bien, en este caso, existen pérdidas probadas, y queda fuera de la competencia de la Sala, como ya se ha dicho, la influencia en las mismas de gastos de personal vinculados a la administradora de la sociedad. La concurrencia de la causa económica no queda contradicha por las contrataciones de trabajadores en el 2009, pues ello se produjo en el año anterior al despido de las trabajadoras y para puestos de trabajo correspondientes a otras categorías profesionales distintas de las de comercial que desempeñaban las trabajadoras despedidas, como la de tramitador y recepcionista, donde pudieran existir necesidades empresariales de cubrir vacantes. Tampoco se desvirtuaría la concurrencia de causas económicas en la empresa por el hecho de que se mantuviese de alta a una trabajadora de limpieza pues en el hecho probado tercero se establece que se dedica a limpiar en casas de clientes de la empresa, y cabe perfectamente que siendo el objeto de la empresa la actividad inmobiliaria, la limpiadora adecentara y limpiara los inmuebles que se iban a vender o alquilar (hecho probado tercero).

4.- Por todo lo razonado, procede la estimación de este motivo y por ende del recurso, con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa G.R.C., SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Valencia, de fecha de 22 de junio de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de P.F.C. y L.F.H., y en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y, con desestimación de la demanda rectora del proceso, declaramos la procedencia del despido de las actoras, con absolución de la mercantil demandada de las pretensiones en su contra deducidas. Se acuerda la devolución de las consignaciones y dése al depósito efectuado para recurrir el destino legal.

1378

Sentencia núm. 2.954, de 2 de noviembre de 2010

Materia: Conflicto colectivo. Reconocimiento plus de nocturnidad.
Cálculo fijación de la cuantía. “Importe anual”. Inclusión pagas extras.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Para el cálculo de fijación de la cuantía del plus controvertido debe incluirse el salario base anual que corresponda a la categoría profesional del trabajador integrante de los 12 meses del año y no a las pagas extras.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación se fundamenta en dos motivos. Dentro del primero, amparado en lo instituido en el art.191 b) de la Ley de procedimiento laboral se solicita la supresión de una frase que figura en el fundamento de derecho tercero de la sentencia en el que se hace alusión a la nota informativa de CC.OO de fecha 31/7/2007 pues en la misma no figura el logro allí plasmado. Sin embargo, la pretendida revisión no podrá tener favorable acogida por cuanto no se trata de un dato fáctico introducido en los hechos probados de la sentencia sino de una mera valoración del Juzgador de instancia sobre la citada nota informativa, y que como tal, no debe ser objeto de modificación al contener un simple efecto de apreciación o valoración judicial que además carecería de verdadera influencia sobre el resto de valoraciones llevadas a cabo en la instancia.

SEGUNDO.- El siguiente motivo dedicado a la censura jurídica, debidamente encajado en lo previsto en el art.191 c) de la LPL plantea la infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en el art.18 del vigente Convenio Colectivo de la empresa A. suscrito entre partes, en relación con la jurisprudencia de la Sala 4ª del Tribunal Supremo establecida al interpretar los arts. 1281 y siguientes del Código Civil (sentencias 13/3/07 rec.39/2006, 23/5/2006 rec. 8/2005, 13/7/2006 rec.294/2005, entre otras). Aduce el sindicato recurrente que el importe del plus de nocturnidad en los términos del Convenio colectivo vigente que utiliza como expresión para el cálculo una relación con el importe anual del sueldo base establecido en los Anexos I y II para cada grupo profesional permitiría el acogimiento de la pretensión formulada ya que en la interpretación de los contratos debe acudir al sentido literal de sus cláusulas no debiendo sobrepasarse el primer canon de interpretación.

El art.18 del Convenio Colectivo de empresa prevé el denominado plus de nocturnidad. Se establece que el mismo “consistirá en el 5% del sueldo base para todos los trabajadores que presten sus servicios en el turno nocturno del almacén de Aldaya. Este plus se percibirá por día real trabajado. Se calculará el plus diario dividiendo el importe anual por el número de días del año laborables de lunes a viernes que resulten, y se multiplicará por el número de días trabajados en el mes. El importe del plus resultante de cada mes se abonará en la nómina del mes siguiente”.

El punto de discusión queda pues centrado en delimitar si dentro del cálculo de fijación de la cuantía del plus controvertido debe incluirse el salario base anual que corresponda a la categoría profesional del trabajador integrante de los 12 meses del año o también el que abarque a las cinco pagas extras. En la referencia que se hace al “importe anual” la resolución combatida se inclinó por la exclusión de las susodichas pagas extraordinarias no solo porque así se había venido efectuando en años precedentes por la empresa, sin haber existido oposición alguna, sino porque los propios negociadores del texto convencional que acudieron al acto de juicio dejaron clara que su intención siempre fue la de acudir al importe anual del salario base sin incluir las cinco pagas extraordinarias.

La sentencia del Tribunal Supremo de 24/1/2000 expresa que En materia de interpretación de contratos –y el Convenio Colectivo lo es, al margen del carácter de la

representación de quienes actúan y de la eficacia «erga omnes» de los de naturaleza estatutaria— constituye jurisprudencia constante (sentencias 7-10-1992 [RJ 1997\7619], 20-3-1997 [RJ 1997\2604], y 20-5-1997 [RJ 1997\4107], entre otras): A) que la interpretación de los convenios y acuerdos colectivos ha de llevarse a cabo mediante la combinación de los criterios de interpretación de las normas legales, especificados principalmente en los artículos 3 y 4 del Código Civil, y los criterios de interpretación de los contratos, contenidos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. La utilización de estos últimos cánones hermenéuticos introduce en el proceso interpretativo datos o elementos históricos singulares (la intención de las partes contratantes, la conducta de éstas coetánea o posterior al contrato) que plantean cuestiones que han de ser calificadas como de hecho —derivándose de ello un margen de apreciación para los órganos jurisdiccionales de instancia— y no de derecho a los efectos de su consideración procesal en el recurso de casación. B) que el intérprete —en aplicación del art. 1281 del Código Civil— ha de atenerse al sentido literal de lo manifestado, siempre que el texto se ofrezca con la claridad que la norma exige, y no aparezca como contrario a la intención de los contratantes. Y C) que tal facultad hermenéutica es privativa de los Tribunales de Instancia que son los únicos que han podido percibir de manera inmediata en la actividad probatoria cuál ha sido la voluntad de las partes. De ahí que deba prevalecer su criterio a menos que se demuestre que el órgano jurisdiccional realizó la actividad interpretativa de manera ilógica o absurda.

En iguales términos, la sentencia del Tribunal Supremo de 27/9/2002 cuando señala que Junto a lo anterior, hay un elemento más a tener en cuenta en la interpretación de los convenios colectivos: muestran una voluntad concorde de las partes económica y social; en la inteligencia de que se trata de un compromiso temporal, que de momento plasma el equilibrio más compartido por quienes suscriben el compromiso, sin perjuicio de cualquier evolución posterior, y hasta el cambio completo de la letra o del sentido de una estipulación. Lo que sube de punto cuando el Convenio no es algo pactado por entes o personas alejados de los litigantes, sino que es una regla establecida en y para una sola empresa. La importancia que la voluntad o intención de empresarios y trabajadores posee, según las normas del Código Civil, es lo que ha llevado a la jurisprudencia a desplazar hacia el juez de instancia la constatación o apreciación de la misma: se ha dicho en efecto que «la interpretación es privativa de los tribunales de instancia, que son los únicos que pueden percibir de manera inmediata, en la actividad probatoria, cuál ha sido la voluntad de las partes.

La traslación de dicho criterio jurisprudencial al caso que nos ocupa en el que el Magistrado “a quo” tras el análisis de la prueba practicada en su presencia indagó sobre la voluntad de los negociadores del pacto y alcanzó su convicción en base a las declaraciones de los testigos que pusieron en evidencia que el importe anual de referencia lo era sobre lo previsto para los 12 meses del año sin adición de pagas extras nos conduce a ratificar la solución allí tomada que en ningún caso aparece como infundada sino con fundamentación suficiente para avalar dicha solución, pues si bien en el precepto convencional objeto de debate se efectúa literalmente una referencia al sueldo base y éste integra el montante de las pagas extraordinarias también se realiza una alusión al importe anual para el cálculo de la cuantía del plus diario lo que permitiría para su cómputo la relación a los indicados 12 meses, siendo de ésta forma como se había venido haciendo en años precedentes, de ahí que si bien debe acudir por el interprete al sentido literal de los términos de lo pactado cuando los mismos no son diáfanos juega un papel relevante el análisis de la real voluntad de las partes que

complementa así el sentido de la norma y su estudio y determinación por el juez de instancia tiene a su vez un papel preponderante de ahí que la Sala deba mantener su criterio salvo que se acreditara un manifiesto error de interpretación, lo que no acontece en el supuesto examinado. Por todo lo expuesto, procederá la desestimación del recurso interpuesto y confirmación de la sentencia recurrida, sin imposición de costas, al encontrarnos ante un proceso de conflicto colectivo que por imperativo del art.233.2 de la Ley de procedimiento laboral exige que cada parte se haga cargo de las causadas a su instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de FEDERACIÓN ESTATAL TEXTIL PIEL QUÍMICAS Y AFINES DE CCOO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha 15 de junio de 2010 en virtud de demanda formulada contra A.C.F. SA, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

1379

Sentencia núm. 2.995, de 4 de noviembre de 2010

Materia: Invalidez: Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. Gravedad lesiones.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la actora en situación de invalidez total permanente para ejercicio de profesión habitual con origen de enfermedad común.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Las lesiones que sufre la actora no le incapacitan de manera absoluta para el desarrollo de su actividad. Aunque en determinados periodos pueda acudir a un estado de incapacidad temporal, no resulta claramente probado que las lesiones le incapaciten para todas o las principales tareas de su profesión de peluquera.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la pretensión de reconocimiento de una invalidez permanente en el grado de total para la profesión habitual de la actora de peluquera, la parte demandada INSS interpone recurso de suplicación al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley adjetiva laboral, el cuál es impugnado por la contraparte.

La parte recurrente cita como infringido el artículo 137.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, y ello habida cuenta de entender que los padecimientos de la actora no tienen suficiente entidad para impedirle realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión de peluquera, sin perjuicio de que en las fases de crisis se podría justificar una incapacidad temporal pero no a una incapacidad permanente, y por ello en el hecho probado segundo se menciona limitaciones y no incapacidad, además de hacer alusión que se trata de peluquera autónoma con dos trabajadores a su servicio, por lo que la peluquería puede continuar su actividad en los períodos de crisis en los que deba permanecer en situación de incapacidad temporal. Añade que la limitación que sufre en los hombros no es porque tenga una lesión en los miembros superiores sino por el problema degenerativo cervical.

SEGUNDO.- Respecto de la incapacidad permanente total, cabe decir que se halla definida por el vigente artículo 137.4 TRLGSS como la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta. Como ha venido diciendo esta Sala en Sentencias, entre otras muchas, de 4 junio 1990 (AS 1990\2209); 12 febrero 1992 (AS 1992\550); 10 y 22 marzo y 7 y 18 mayo 1993; 3 junio y 17 septiembre 1994; 16 y 20 mayo, 17 octubre y 5 y 19 diciembre 1996 (AS 1996\2149), puesto que las Invalideces Permanentes protegidas por la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, son profesionales, es preciso para su declaración efectuar un riguroso análisis comparativo de dos términos. El de las limitaciones funcionales y orgánicas que producen al trabajador las lesiones que padece, y el de los requerimientos físico-psíquicos de su profesión habitual (Incapacidad Permanente Parcial o Total) o de cualquier otra de las que pueda ofrecer el mercado laboral (Incapacidad Permanente Absoluta)". Y según declara la jurisprudencia, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral (STS 29-9-87), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS 6-11-87), sin que sea exigible un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia por el empresario (STS 21-1-88). Por otra parte, las tareas que han de analizarse en relación con las secuelas, son las

definidas para la «categoría profesional» en la correspondiente Ordenanza Laboral -en su caso Convenio Colectivo- y no las que conforman un «puesto de trabajo» en determinada empresa, si son diferentes de aquéllas, que han sido precisamente el objeto del aseguramiento (STSJ de la Rioja 10-03-93, Art. 1257). La Sentencia de 18/11/1999, de la SS TSJ DE NAVARRA (AS 1999\3650), con ocasión del binomio invalidez total y profesión habitual tiene declarado que "Conveniente resulta recordar que, como tiene declarado esta Sala en sentencias cuya notoriedad excusa su cita pormenorizada, en relación con las notas características que definen el concepto legal de incapacidad permanente, debe entenderse por profesión habitual, no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarlo en movilidad funcional, puesto que la aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con la profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, rendimiento y eficacia, y sin que el desempeño de las mismas genere riesgos adicionales o superpuestos a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a una continua situación de sufrimiento en el trabajo cotidiano. Por esto mismo no es obstáculo a la declaración de la incapacidad permanente total el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, dentro de su categoría profesional, más livianas o sedentarias, o incluso que pueda desempeñar tareas menos importantes o secundarias de su profesión habitual, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y que conserve una aptitud residual que tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concertar una relación de trabajo futura, eso sí, distinta a la profesión de origen".

TERCERO.- El recurso debe ser estimado.

La actora presenta el cuadro clínico residual a que se refiere el hecho probado segundo y consistente en cervicalgia mecánica por espondiloartrosis y discopatía degenerativa cervical, estenosis de canal cervical, mareo postural benigno, ortostatismo, rizartrosis y síndrome del túnel carpiano bilateral con limitación para requerimientos físicos de mediana intensidad, posturas mantenidas cervicales y con miembros superiores por encima del plano de los hombros.

De ello se infiere que no consta plenamente que la actora no pueda desempeñar todas o las principales tareas de su profesión de peluquera, ya que aunque pueda tener para algunas de ellas cierta incomodidad ello no permite concluir que no pueda en absoluto desarrollar las mismas. Aunque la actora presente limitación para realizar posturas mantenidas cervicales y con los miembros superiores

por encima del plano de los hombros, limitación no implica imposibilidad y además existen tareas que no se han de realizar con los miembros superiores por encima del plano de los hombros máxime cuando muchas de ellas se realizan teniendo al cliente sentado, sin que la actora sea la única persona que se ocupa de la empresa al tener según consta en el hecho probado quinto dos empleadas.

En consecuencia, y sin perjuicio, de que si como se indica en el recurso, aparece un episodio de crisis pueda acudirse a la incapacidad temporal, de la resultancia fáctica no resulta claramente establecida la imposibilidad de realizar todas o las principales tareas de su profesión de peluquera, por lo que procede, la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida.

Por todo ello, procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida.

FALLO

Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha 5 de noviembre de 2.009 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de Alicante que revocamos, y en consecuencia, debemos desestimar y desestimamos la demanda de reconocimiento de incapacidad permanente total para la profesión habitual de peluquera formulada por Dña. E.C.M. contra el INSS al que absolvemos de dicha pretensión.

Sentencia núm. 3.011, de 5 de noviembre de 2011

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que sufre accidente de trabajo, solicitando indemnización por daños y perjuicios. Inexperiencia del trabajador. Culpa empresarial al no vigilar el cumplimiento de las medidas de seguridad por parte del trabajador.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las pretensiones contenidas en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo al actor el derecho a recibir determinada cantidad en concepto de daños morales y lucro cesante, y absolviendo a las codemandadas de la reclamación deducida frente a las mismas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que desestimó su demanda sobre reclamación de cantidad en concepto de daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo. El recurso se articula en dos motivos, el primero redactado al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, para interesar, en primer lugar, la adición al hecho probado primero, del siguiente párrafo, “el demandante fue contratado mediante un contrato por Obra, concretamente la obra Estructura de Hormigón en las viviendas de Oasis Beaches Km. 3 de Altea, siendo su nivel de formación el de estudios primarios”, basándose en los folios 298 y 299.

El motivo se desestima, pues constando en el hecho impugnado las circunstancias laborales, como son la antigüedad, categoría profesional y salario, la adición postulada carece de trascendencia a efectos de llegar a una modificación del fallo de la sentencia.

2. En segundo lugar, interesa la revisión del párrafo tercero del hecho probado cuarto, a fin de quede redactado del siguiente modo, “que el actor cuando ocurrió el accidente llevaba menos de un mes trabajando en la empresa y que la forma de retirar los puntales se

realizó retirando primero los situados en la primera planta de tal manera que se dejaron como mucho la mitad de los existentes para salvar los restantes cuando cayese la estructura. En cualquier caso, a la vista del certificado de vida laboral el actor no tenía mucha experiencia en materia de construcción”, basándose en los folios 298, 317, 318, 376.

El recurrente interesa la modificación de la frase relativa a que el actor llevaba varios meses trabajando en la obra, y de la documental citada, así como de la antigüedad declarada en el hecho probado primero, se constata que el actor comenzó a trabajar para E.E.C. SL el 8-8-05 y el accidente se produjo el 6-9-05, por lo que en estos términos se admite la revisión, y respecto a si tenía mucha experiencia, como afirma la Magistrada, -basándose en el Informe de la Inspección de Trabajo, vida laboral del actor y contenido de las resoluciones dictadas en vía penal-, o poca, como alega el recurrente, se trata de una conclusión valorativa impropia de figurar en el relato fáctico, por lo que procede su supresión.

Asimismo, respecto al último párrafo del hecho probado cuarto, interesa la supresión de la frase, “...pese a la experiencia que tenía en el sector de la construcción como ya se indicó en las relaciones judiciales dictadas en vía penal así como se vislumbra de la vida laboral aportada”. Y, que se adicione al final del párrafo lo siguiente, “Tanto las barreras de seguridad como las redes habían sido quitadas en el lugar donde se produjo el accidente para proceder al desencofrado”, basándose en los folios 62 y 503.

Procede acceder a la supresión interesada, por las razones antes expuestas; pero no se accede a la adición postulada, pues se declara probado en el hecho primero que el actor “hubo de traspasar literalmente o retirar la barandilla de seguridad”, y alcanzada tal convicción por la Magistrada de instancia del conjunto de la valoración de la prueba, no cabe su modificación introduciendo el texto postulado, como tampoco procede adicionar que las redes hubiesen sido quitadas, pues en el hecho impugnado únicamente consta que se disponía de barreras de seguridad y redes, sin que conste en el relato fáctico que la caída del actor fuese amortiguada por red alguna.

3. En tercer lugar, interesa la supresión del hecho probado séptimo, o, en todo caso, que se inicie con la siguiente redacción, “Por parte de P. y de la Inspección de Trabajo de Alicante se han realizado sendos informes sin la participación del accidentado ni del testigo presencial el Sr. Y.. Dichos informes contienen las siguientes conclusiones:...”, basándose en los folios 51, 556 y 567, 136, 137 y 335, 105 y 79.

La revisión no se admite, pues el hecho impugnado da cuenta del informe de P. y del de la Inspección de Trabajo, y en los mismos ya constan los elementos tenidos en cuenta para su elaboración, por lo

que ni procede la supresión del hecho ni es necesaria la introducción interesada.

4. Por último, solicita la adición de un nuevo probado, de ordinal décimo, con el siguiente texto, “La empresa no ha realizado curso de formación específico respecto al accidentado”.

La revisión es innecesaria pues, tal como afirma el recurrente, ya consta, con valora fáctico, en la fundamentación jurídica de la sentencia que “no consta que se realizase curso de formación específico al respecto por parte de la empresa”.

SEGUNDO.- 1.-En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en los art. 14, 15, 16, 19, 24, 28 y 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales de 8-11-95; los artículos 11 y 15 del RD 1627/97, de 24 de octubre; Ley de Contrato de Seguro, especialmente art. 20. Sostiene el recurrente, respecto al deber de información, que debe ser información adecuada y comprensible y no la mera entrega de documentación; que no se cumplió con el deber de formación al actor, que era un mero peón, para realizar tareas de desencofrado, sin la supervisión de un especialista; que según el plan de prevención no se procederá la desencofrado si no están en servicios las redes de seguridad, las cuales se habían quitado; que existe culpa in vigilando, pues consta que el actor no se ponía normalmente el cinturón de seguridad, sin que conste que la empresa lo evitase ni controlase; que la responsabilidad de las empresas codemandadas viene establecida en los art. 24,3 42,2 de la Ley 31/95, así como art. 11 RD 1627/97, y de las aseguradoras, respecto de las empresas constructoras, por la Ley de Contratos de Seguros; en cuanto a la cuantía indemnizatoria, reitera su solicitud: 60.875,72€ por daños biológicos y morales, 86.158,38€ por daños morales complementarios y 362.127,80€ por lucro cesante, con el interés legal y el del art. 20 LS para las aseguradoras.

2. Tal como señala el Tribunal Supremo, en Sentencia de 30-6-2010, rcud. nº 4123/08, “1. Indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 CC. Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el AT «es la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional»(SSTS 02/02/98 -rcud 124/97-; 18/10/99 -rcud 315/99-; 22/01/02 -rcud 471/02-; y 07/02/03 -rcud 1648/02-), lo que cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa -por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa -sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva (valgan como ejemplo las SSTS 18/07/08 -rcud 2277/07-;14/07/09 -rcud 3576/08-; y 23/07/09 -

rcud 4501/07-)”..... “3. El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador «a su integridad física» [art. 4.2.d)] y a «una protección eficaz en materia de seguridad e higiene» [art. 19.1]. Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL [Ley 31/1995, de 8/Noviembre], cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL- determinaron que se afirmase «que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado» y que «deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran» (STS 08/10/01 -rcud 4403/00-, ya citada). 4.- Existiendo, pues, una deuda de seguridad por parte del empleador, ello nos sitúa en el marco de la responsabilidad contractual y del art. 1.101 CC, que impone la obligación indemnizar los daños y perjuicios causados a los que «en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas». Con todas las consecuencias que acto continuo pasamos a exponer, y que muy resumidamente consisten en mantener -para la exigencia de responsabilidad adicional derivada del contrato de trabajo- la necesidad de culpa, pero con notables atenuaciones en su necesario grado y en la prueba de su concurrencia. TERCERO.- 1.- No puede sostenerse la exigencia culpabilista en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral, desde el punto y hora en que con su actividad productiva el empresario «crea» el riesgo, mientras que el trabajador -al participar en el proceso productivo- es quien lo «sufre»; aparte de que el empresario organiza y controla ese proceso de producción, es quien ordena al trabajador la actividad a desarrollar (art. 20 ET) y en último término está obligado a evaluar y evitar los riesgos, y a proteger al trabajador, incluso frente a sus propios descuidos e imprudencias no temerarias (art. 15 LPRL), estableciéndose el deber genérico de «garantizar la seguridad y salud laboral» de los trabajadores (art. 14.1 LPRL). 2.- La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo [AT], para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias”...” Además, la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado [porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable], como parece presumir la propia LPRL al obligar al empleador a hacer una investigación de las causas de los daños que se hubiesen producido (art. 16.3 LPRL). 3.- Pero -como adelantamos antes- el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros

no evitable por el empresario [argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL], pero en todo estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasi objetivos en que la misma está concebida legalmente”.

3. Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, en el que según se declara probado el accidente se produjo cuando el actor, con categoría de peón, realizaba tareas de encofrador, y tras haber retirado los puntales de la primera planta de la edificación, accedió a la segunda planta para realizar lo mismo, incluida la zona de voladizo donde existían tableros volados de forjado, cuyos puntales habían sido retirados por el actor anteriormente junto con su compañero I., para lo cual el actor hubo de traspasar o retirar la barandilla de seguridad, momento en el que al pisar los tableros, que no tenían apuntalamiento inferior, estos ceden y cae junto a dicha estructura al vacío. Debiendo concluirse que en dicho accidente laboral concurre culpa empresarial, pues el trabajador, con categoría profesional de peón, y con sólo treinta de días trabajando en la empresa, realizaba, al producirse el accidente, tareas de desencofrado, sin que conste haber recibido formación específica para la realización de tales tareas, y aunque había trabajado con anterioridad en empresas de la construcción, no consta que tuviese experiencia en las indicadas tareas, asimismo consta probado que normalmente no se utilizaban las medidas de seguridad, como el arnés, sin que conste recriminación alguna por parte de la empresa, lo que supone que esta no cumplió con la vigilancia debida, como tampoco consta que nadie supervisase la ejecución de las tareas que realizaba el actor, pues su compañero ostentaba su misma categoría, y sin que el hecho de que el actor procediese a retirar los puntales de la zona de voladizo, cuando ya había retirado los puntales de la planta inferior, para lo cual tuvo que traspasar o retirar la barandilla y sin haberse colocado el arnés, suponga negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador, pues fue la falta de vigilancia en la ejecución del desencofrado, así como la falta de formación específica en las concretar tareas realizadas, la culpabilidad justificativa de la responsabilidad civil que se demanda, y que contribuyó al daño sufrido por el actor a causa del accidente. Lo que conlleva, por infracción de lo dispuesto en el Art. 15.3 y 4, Art. 19 y Art. 42 de la LPRL, la estimación de la responsabilidad civil del empresario, E.E.C. SL, y la consiguiente responsabilidad de Caja de Seguros Reunidos Cia de Seguros y Reaseguros SA (CASER), hasta el límite asegurado de 30.000€, según consta la hecho probado sexto.

En cuanto a la codemandada, Constructora S.J. SA, empresa principal, que subcontrato a E.E.C. SL, aunque dedicada a la misma actividad, no consta que el accidente del actor se produjese dentro de su esfera de responsabilidad como empresario principal en materia de seguridad e higiene, pues no consta un incumplimiento que determine

la extensión al mismo de la responsabilidad en la reparación del daño causado, ya que no se trata de un mecanismo de ampliación de la garantía en función de la contrata, sino de una responsabilidad que deriva de la obligación de seguridad del empresario para todos los que prestan servicios en un conjunto productivo que se encuentra bajo su control, y lo importante es que el accidente se haya producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad, y en el presente caso, de los hechos probados, no se puede afirmar que el empresario principal sea el empresario infractor, a los efectos de la acción aquí ejercitada.

Respecto a la cuantía reclamada en concepto de indemnización, consta probado que el actor fue declarado en situación de incapacidad permanente total, por Resolución del INSS de 21-11-06, con derecho a percibir una pensión líquida mensual de 588,91€, asimismo consta probado que el actor sufrió las fracturas que constan al hecho probado quinto, y a causa de las mismas precisó tratamiento médico y quirúrgico, tardando 150 días en curar, durante los cuales estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, y de los cuales 29 días estuvo hospitalizado, quedándole como secuelas: cicatriz en región dorsal lineal de unos 19 cm, cicatriz lineal en codo derecho de unos 12 cm, deformidad de mano izquierda, cicatriz en tobillo derecho de unos 12 cm que loide, con deformidad de tobillo derecho, cojera al andar, que produce una alteración del perjuicio estético moderado de 10 puntos de valoración. Y aplicando como criterio orientativo, el baremo sobre indemnizaciones por lesiones e incapacidad temporal que resulta de aplicar durante 2006 (en el presente caso, fecha de consolidación de las secuelas del actor) para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (Resolución de 24-1-06, BOE 3-2-06), procede estimar:

- a) como lesiones permanentes por secuelas: 60,34€ por cada uno de los 29 días de hospitalización (lo que supone 543,06€), y 49,03€ por cada uno de los 121 días impeditivos de realizar sus ocupaciones (lo que suma 5932,63€), por los 10 puntos de valoración, teniendo en cuenta que el actor nació en el año 1963: 712,58€, y por la incapacidad permanente total se estima adecuado fijar una indemnización de 30.000€, si bien, tal como indica el Tribunal Supremo en Sentencia de 23-7-09, rec. 4501/07, “En cuanto al descuento del capital coste de la pensiones de incapacidad permanente de la Seguridad Social, hay que recordar que se trata de prestaciones que se conceden por la pérdida de la capacidad de ganancia y, por ello, es lógico practicar la correspondiente deducción. Pero, como la compensación sólo puede operar sobre conceptos homogéneos, sólo se descontarán la indemnización reconocida por lucro cesante (Tabla IV, factor de corrección por perjuicios económicos) y, parcialmente el factor de corrección de lesiones permanentes que constituyen una incapacidad para la ocupación

o actividad habitual de la víctima, pues este último factor compensa no sólo la pérdida de capacidad laboral en sentido estricto, sino también la pérdida de otras actividades, satisfacciones y oportunidades del disfrute de la vida. El capital coste de la pensión de la Seguridad Social no puede compensar en su totalidad lo reconocido por ese factor corrector de las lesiones permanentes, por lo que "quedará al prudente arbitrio del juzgador de la instancia la ponderación de las circunstancias concurrentes, para determinar qué parte de la cantidad reconocida por el concepto de factor corrector de la incapacidad permanente se imputa a la incapacidad laboral y qué parte se imputa al impedimento para otras actividades y ocupaciones de la víctima, a la imposibilidad o dificultad para realizar los actos más esenciales de la vida (comer, vestirse, asearse, etc.) y a la imposibilidad para los disfrutes y satisfacciones de la vida que cabía esperar en los más variados aspectos (sentimental, social, práctica de deportes, asistencia a actos culturales, realización de actividades manuales, etc.)". Por lo que, aplicando lo expuesto, solo procederá descontar el importe del capital coste (cuya cuantía no consta en la sentencia) de la pensión de incapacidad permanente total, al 70% de la indemnización fijada en 30.000€ (es decir a 21.000€), pues el restante 30€ (es decir 9.000€) se imputa a la deformidad en mano izquierda y tobillo con cojera, lo que le afectara en determinados ámbitos de la vida, como los deportivos y actividades bimanuales, teniendo en cuenta que no consta dedicación o actividades continuadas de tal naturaleza.

b) En cuanto al lucro cesante, procede indemnizarlo en la cuantía resultante de calcular la diferencia entre el total percibido en concepto de prestación de incapacidad temporal, cuya cuantía no consta en la sentencia, incluidos posibles mejoras de convenio percibidas que en el presente caso no consta se hayan devengado, y el importe del salario del actor, que según el hecho probado primero asciende a 1.346,20€.

b) Y por último, los daños morales, se indemnizan en cuantía de 49,03€ por cada uno de los 121 días en que el actor permaneció impedido para sus ocupaciones (lo que suma 5.932,63€), mas 60,34€ por cada uno de los 29 días de hospitalización (lo que asciende a 543,06€).

c)

De la suma resultante de aplicar los criterios expuestos, la aseguradora CASER responderá hasta el límite asegurado, sin que pueda imputársele el incremento del Art. 20 LCS, hasta la fecha, pues su oposición era razonable atendido el Informe de la Inspección de Trabajo. Asimismo, a la cifra indemnizatoria ha de aplicársele, desde su devengo en la fecha de la consolidación de las secuelas (21-11-06, fecha de la resolución del INSS reconociendo la IPT) y hasta la presente, el interés legal moratorio; y desde la fecha de esta sentencia, los oportunos intereses procesales [art. 576 LECiv], a excepción de la cantidad de que responde la referida aseguradora, que hará frente al

incremento del 20% desde la fecha de esta sentencia; pero no antes, como se dijo.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A.L.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Benidorm, de fecha 22-10-2009, en virtud de demanda presentada a su instancia; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación parcial de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones condenamos a la empresa E.E.C. SL a abonar al actor, en concepto de indemnización por resarcimiento por secuelas, incluido el daño moral a ellas atribuible, la cantidad resultante de aplicar lo expuesto en la fundamentación jurídica de esta sentencia, por daños morales durante la situación de incapacidad temporal un total de 6.475,69€, y por lucro cesante durante la misma situación de incapacidad temporal, la cantidad resultante de aplicar lo expuesto en la fundamentación jurídica de esta sentencia, condenado a C.S.R. Cia de Seguros y Reaseguros a responder hasta el límite asegurado de 30.000€, con los abonos moratorios y procesales siguientes: desde el 21-11-06 y hasta la presente, una y otra satisfarán el interés legal por sus respectivas deudas; y desde la fecha de esta sentencia, la empresa devengará por su débito el interés legal del dinero incrementado en dos puntos, y la compañía aseguradora incrementará el importe del suyo en el 20% anual. Absolvemos a las codemandadas, empresa C.S.J. SA y a M. de la reclamación deducida frente a las mismas.

1381

Sentencia núm. 3.019, de 8 de noviembre de 2010

Materia: Despido. Extinción relación laboral por causas económicas y productivas. Situación económica negativa de la empresa. Conexión de funcionalidad entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido del actor, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones contenidas en su contra en el escrito de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda probada la situación económica de la empresa, así como la conexión de instrumentalidad entre la extinción de la relación laboral y la finalidad de reducir costes, sin que se observe trato discriminatorio.

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 tres motivos, aunque el tercero se siga numerando como segundo. El primero se formula al amparo del artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, al entender infringido el artículo 97.2 de la referida ley, por incongruencia omisiva al no haber resuelto la cuestión planteada sobre la necesidad de que la empresa hubiera entregado al actor la indemnización por despido objetivo en el momento de la primera comunicación, y porque el hecho probado tercero indica que ha quedado suficientemente acreditada la concurrencia de las causas objetivas sin señalar cuáles son esas causas acreditadas.

2. En la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia (fundamento 3º, último párrafo) se indica que “se ha procedido a la concesión del plazo de preaviso (el cual además en su defecto no es causa para declarar la nulidad del despido objetivo), y puesto que se ofreció igualmente la indemnización de 20 días por año de servicio tal y como consta en la carta de despido entregada al actor a excepción del importe que deben reclamarse al Fogasa del 40 % de la indemnización total (quien si no le hubiere sido ofrecida debió así indicarlo al firmar el recibí de la carta de despido que le fue entregada y siendo que si consta emitido su cheque según doc 4 de la actora), se entiende acreditado dicho requisito...”, con lo que implícitamente está contestando en sentido negativo a la alegación del actor sobre la necesidad de que la empresa hubiera entregado al actor la indemnización por despido objetivo en el momento de la primera comunicación (preaviso), no apreciamos en consecuencia incongruencia omisiva que como el Tribunal Constitucional viene reiterando (véase por ejemplo su sentencia 91/1995, de 19 junio), el artículo 24.1 de la Constitución no garantiza el derecho a una respuesta pormenorizada a todas y cada una de las cuestiones planteadas, de suerte que «si el ajuste es sustancial y se resuelven, aunque sea genéricamente las pretensiones no existe incongruencia, pese a que no haya pronunciamiento respecto de alegaciones concretas no sustanciales» (Sentencias del Tribunal Constitucional 29/1987, de 6 marzo y 91/1995, de 19 junio), pues «sólo la omisión o falta total de respuesta y no la respuesta genérica o global a la cuestión planteada entraña vulneración de la tutela judicial efectiva» (Sentencia del Tribunal Constitucional 91/1995, de 19 junio)."

3. Efectivamente el hecho probado tercero al indicar en su primer párrafo: “Ha quedado suficientemente justificada la concurrencia de causas objetivas en la empresa para justificar la necesidad de la rescisión de la relación laboral del actor, según se ha acreditado testifical, pericial y documentalmente, por lo que se considera que se trata de un despido por causas objetivas (económicas y organizativas) y que está justificado y ajustado a Derecho”, está predeterminando el fallo por lo que deberá tenerse por no puesto. No obstante, como quiera que en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se comprenden hechos suficientes para poder resolver el recurso, así cuando en el fundamento jurídico cuarto resume prueba testifical, pericial y documental que relaciona (“...El testigo R.M., economista y director financiero del grupo D. y de la demandada desde hace 22 años, dijo en juicio que la demandada hizo una política de autofinanciación muy importante casi del 90% y la inversión fue en activos productivos a partir del 2000 (naves nuevas en la Nucua, etc..) por la gran demanda de coches en su momento y por exigencia de la casa Citroen. Pero que el año

pasado se vendió solo un tercio de lo vendido en 2007 y los ingresos han pasado de más de 15 millones de euros del 2005, no habiendo llegado a 6,5 millones de euros en 2009, rondando el margen comercial de la empresa el 5% cuando ganó dinero y con los gastos que tienen, éstos superan los ingresos, siendo así en 2008 y 2009, siendo que la pérdida de una parte de actividad o departamento podría suponer la pérdida de la marca Citroen, por lo que han de tenerlo todo para adelante. El testigo E.G., jefe de recambios de la empresa desde el 2000 (lo que era antes el actor), dijo en juicio que la marca Citroen evalúa el nº de trabajadores a dotar cada departamento y en el caso del de recambios lo fija en 3 personas (no como máximo sino como son los que recomienda), estando la plantilla en los últimos años sobredimensionada, pudiéndose trabajar igual con solo 3 en vez de los 4 que trabajadores que había, y no se notó la ausencia del actor. Añadió que en 2009 hubo un 23% de descenso en los recambios y que el hizo la distribución de tiempos en relación a la carga de trabajo de la carta de despido, siendo esa la adecuada y hay tiempos muertos en ese departamento, cumpliendo cada día los objetivos, reparando las funciones del actor entre los demás (solo necesitan una persona en caso de vacaciones o baja, la que cubre un trabajador de la empresa). Por su parte, el perito propuesto pro la empresa demandada, que es el auditor de cuentas de la empresa, ha auditado a la misma en 2007 a 2009 y vio toda la documentación de la empresa, y dijo que los docs 5 y 6 de la empresa incluyen datos del 2008 y son totalmente ajustados y que la cuenta de 2009 arroja pérdidas de unos 96.000 euros, indicando el informe de gestión de 2009 como evolución desde 2007 fija una caída de ventas del 55% hasta 2009, siendo el mejor de los meses de 2008 igual al peor de los de 2007 y el año 2009 mucho peor, con una caída brutal, salvo pequeño remonte en los 6 meses siguientes a Mayo 2009 por ayudas a compras en vehículos, pero poco significativas. Añade que los gastos están desfasados sobre todo en coste de personal, y se pasó del 7'5% del 2007 a 14'5% en 2009 y o se reestructuran esos gastos sobredimensionados según la cifra de ventas o llega la empresa a cierre o situación concursal. Y dice que la caída de ventas ha sido en todos los departamentos (recambios, taller, chapa y pintura, ventas, vehículos de ocasión, ..) y si no rebaja gastos la empresa no puede sobrevivir, reflejando su informe un 55% de caída de ventas de coches y un 40 y pico% de recambios y talleres. Apunta que para obtener clientes necesitan hacer descuentos en las ventas pero en términos económicos es necesario para obtenerlos y mantenerse como empresa, aunque se tenga que contabilizar como gasto. Además de lo anterior consta en la extensa prueba la documental de la demandada, las cuentas anuales del 2007, 2008 y 2010, siendo que no se contabilizan pérdidas en 2006 y 2007 (folio 455) pasando los beneficios de uno a otro año en aumento (folio 453), apareciendo ya en 2008 unas pérdidas de 4.125'80 euros con una caída en la cifra de negocios de más de 4 millones de euros respecto al 2007 (folio 441) y siendo la cuenta de resultados del 2º periodo de 2009 de -44.177'73 (folio 287) Consta por otro lado como documental aportada por la empresa, la contratación de concesión con la marca Citroen, servicio oficial, certificados etc.. que no consta que haya sido impugnada de contrario...”, sí entendemos indica, aunque en lugar inadecuado –pero sin indefensión- los elementos fácticos cuya prueba ha conducido a la conclusión jurídica.

4. El motivo se desestima.

SEGUNDO.1. El correlativo motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley Procesal de referencia para que se modifiquen los hechos probados 2º y 3º y se introduzca un nuevo hecho (el 6º) otorgándoles esta redacción: A) “SEGUNDO.- Al actor le fue entregado, con fecha 27-05-09, una carta de preaviso en

cumplimiento de lo establecido en el art.53.1.c) del ET, en la que la empresa le manifiesta que es objeto de despido objetivo al amparo de lo dispuesto en el art.52.c) del E.T. en base a causas económicas y productivas, posponiendo la entrega de la indemnización y de la carta expresiva de los concretos motivos a la fecha de efectos de la decisión extintiva y dispensando al actor de trabajar durante el período de preaviso. Posteriormente, con fecha 09-07-09 le es entregada al actor carta de despido que fundamenta en las causas que en la misma se exponen y que se dan aquí por reproducidas a todos los efectos. En dicha carta se comunica que queda a su disposición, mediante cheque de fecha 09-07-09 entregado en ese mismo acto, la cantidad de 19.757,00 Euros que equivale al 60% de la indemnización que le corresponde por despido objetivo (28,350,00 Euros) debiendo el trabajador solicitar el 40% restante (9.167,08 Euros) al FOGASA.” B) “TERCERO.- La empresa alega tanto causas productivas como económicas en su carta de despido. 1.- En relación a las causas productivas queda probado que la Marca requiere para un centro de trabajo y en el departamento de almacén-recambios, al menos tres trabajadores (un dependiente, un almacenero y un 60% de Jefe y un 40% de vendedor itinerante o peón repartidor según denominación de la empresa). La empresa tiene dos almacenes-tienda de recambio, uno en La Nucia y otro en Benidorm que han estado atendidos los últimos años por 4 personas, entre ellas el demandante. No consta quién de los tres operarios realiza el trabajo de 360 minutos diarios del peón repartidor sin que ello suponga dejar desasistido uno de los almacenes tienda de recambio que atienden dos operarios con la función de dependientes. Con el despido del actor quedan tres personas por lo que necesitan auxiliarse, al menos en vacaciones y en situaciones de baja, por una cuarta persona. 2.- Las causas económicas aducidas en la carta de despido, y en la documentación que a la misma se acompaña, no coinciden con la documental contable aportada en el acto de Juicio. De esta última documentación se infiere que la disminución del volumen de ingresos que ha experimentado la empresa se debe primordialmente a la disminución de venta tanto de vehículos nuevos como usados, y no en la venta de recambios cuyo importe es superior al que había hasta el año 2003, y sólo un 15% inferior al mejor de los años (2006)”. C) “SEXTO.- Previamente al despido objetivo del demandante, y entre el 17 de junio de 2008 y 10 de junio de 2009, fueron despedidos 8 trabajadores de la empresa, todos ellos mediante despido improcedente y debidamente indemnizados, sin que conste que tras el despido del actor, y hasta el 08-02-2010 haya sido despedido nadie más. De los cuatro integrantes del departamento de almacén-recambios dos de ellos tenían los cursillos para ser Jefes del departamento, uno de ellos el demandante, mientras que los otros dos únicamente tienen realizados los cursos de dependiente. El único despedido del departamento es el actor. Las funciones de almacenero las realiza el trabajador Antonio Amaya sin haber realizado curso al efecto.”

2. Ninguna de las modificaciones fácticas propuestas debe prosperar por las razones respectivas siguientes: A) La primera porque la carta de despido no es documento idóneo para la revisión (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 26-12-1990), inidoneidad perfectamente extrapolable a la carta de de preaviso; además, la redacción de los hechos probados 2º y 3º permitiría a la Sala en su caso examinar ambas comunicaciones. B) Las demás porque se basan en la argumentación que efectúa a partir de la prueba que reseña, y en una profusa crítica de la fundamentación de la sentencia de instancia, olvidando la reiteradísima doctrina jurisprudencial (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003) acerca de que el hecho que se pretenda modificar o adicionar ha de resultar de

forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas.

TERCERO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando la infracción “entre otros de los artículos 52 y 53 del Estatuto de los Trabajadores y 122 de la Ley de Procedimiento Laboral”. Argumenta en síntesis que el despido debió ser declarado nulo al no poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la comunicación “la indemnización procedente y el de conceder un plazo de preaviso de 30 días” y por discriminatorio al haber sido indemnizados 9 trabajadores por la extinción por despido de su contrario, mientras que el actor ha sido objeto de una extinción por causas objetivas, y subsidiariamente improcedente al no haberse acreditado en relación a las “causas de producción” que sobrara el puesto de trabajo del actor, y en cuanto a las causas económicas “es palpable que las cifras que se aducen en la carta de despido, así como la cuenta de explotación del período enero-mayo de 09 que a la misma se acompaña, no tienen nada que ver con la posterior documentación contable que se acompaña en la prueba documental de la demandada”, incidiendo en la circunstancia de que la amortización de un solo puesto de trabajo no contribuye por sí sola a la superación de una situación económica negativa si la empresa tiene unas dimensiones y volumen económico importante “y ya hemos visto que el único trabajador que ha sido despedido por causas objetivas ha sido el actor de entre 38 trabajadores que había en el año 2.008”.

2. Tal y como recordó la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2008 “la justificación de un despido objetivo económico tiene que enjuiciarse a partir del análisis de tres elementos: el supuesto de hecho que determina el despido -"la situación negativa de la empresa"-, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada (atender a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa) y "la conexión de funcionalidad o instrumentalidad" entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna...no se trata de que la medida extintiva garantice la efectiva superación de la crisis, sino que basta que pueda contribuir a ella... En efecto, la experiencia de la vida económica muestra, como tópico o lugar común, que hay crisis que se superan y otras que no pueden serlo, sin que ello signifique obviamente que ante una crisis -total o parcial- que no puede superarse no quepa recurrir a despidos económicos para poner fin a la actividad de la empresa o para ajustar su plantilla en términos viables. La sentencia de 14 de junio de 1996 ya precisó que la medida extintiva podía "consistir en la reducción con carácter permanente del número de trabajadores que componen "la plantilla de la empresa" o "en la supresión de la "totalidad" de la plantilla, bien por clausura o cierre de la explotación, bien por mantenimiento en vida de la misma pero sin trabajadores asalariados a su servicio". Y ello, porque la conexión funcional entre el cierre de la explotación y la causa económica "consiste en que aquélla amortigua o acota el alcance de ésta. La empresa se considera inviable o carente de futuro, y para evitar la prolongación de una situación de pérdidas o resultados negativos de explotación se toma la decisión de despedir a los trabajadores". En estos casos la expresión "superar" que, según el Diccionario de la Lengua, significa "vencer obstáculos o dificultades", no puede entenderse en sentido literal, sino que hay que admitir que de lo que se trata es de adoptar las medidas de ajuste -terminación de la actividad, reducción de la plantilla- que se correspondan con las necesidades económicas de la empresa. El ajuste como corrección de la crisis y adecuación a la

coyuntura creada por ella debe entrar en el significado del término legal de superación... ni se puede presumir que la empresa por el solo hecho de tener pérdidas en su cuenta de resultados pueda prescindir libremente de todos o de alguno de sus trabajadores, ni tampoco se le puede exigir la prueba de un hecho futuro, que, en cuanto tal, no susceptible de ser acreditado, como sería el demostrar la contribución que la medida de despido pueda tener en relación con la situación económica negativa de la empresa. Lo que se debe exigir son indicios y argumentaciones suficientes para que el órgano judicial pueda llevar a cabo la ponderación que en cada caso conduzca a decidir de forma razonable acerca de la conexión que debe existir entre la situación de crisis y la medida de despido...”.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2008, reiterando también doctrina precedente, subrayó que "Las causas empresariales que pueden ser alegadas en el despido objetivo por necesidades económicas son, de acuerdo con la dicción del art. 52 c) ET o bien "causas económicas" o bien "causas técnicas, organizativas o de producción". Para que las causas económicas se consideren justificadas el empresario ha de acreditar que la decisión extintiva contribuye a la superación de "situaciones económicas negativas", mientras que la justificación de las "causas técnicas, organizativas o de producción" requiere la acreditación de que el despido contribuye a "superar las dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa a través de una mejor organización de los recursos". Es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala del Tribunal Supremo que el ámbito de apreciación de las causas económicas es la empresa o unidad económica de producción, mientras que el ámbito de apreciación de las causas técnicas, organizativas o de producción es el espacio o sector concreto de la actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento (STS 13-2-2002, rec. 1436/2001 ; STS 19-3-2002, rec. 1979/2001 ; STS 21-7-2003, rec. 4454/2002). Es también doctrina jurisprudencial reiterada que, respecto de las empresas de servicios, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (STS 14-6-1996, rec. 3099/1995; STS 7-6-2007, citada)”.

4. Del inalterado relato histórico de la sentencia impugnada y datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica destacamos: A) El actor venía prestando sus servicios para la empresa demandada D.M. SA, con categoría profesional de GRUPO 3 . B) El actor ha sido despedido mediante carta fechada el día 09.07.09 amparándose en causas económicas y productivas en la que se alega: “Los ingresos de la actividad han caído en 2009 un 49,36 % con respecto al ejercicio 2008 y un 64,75% con respecto a 2007. Actualmente existe un serio desequilibrio entre los ingresos fijos de la actividad ascendiente a 96.700 euros mensuales. Los gastos de personal suponen un 65% de la partida de gastos estructurales. Mientras que los ingresos de 2009 en relación al 2008 han caído un 49,36%, los gastos de la actividad solo han caído en 19,20%. La explotación solo en los primeros cinco meses de 2009 acumula pérdidas por valor de 95.744 euros. El déficit de la actividad en términos mensuales es del orden de los 20.000 euros. Se hace necesario recuperar el equilibrio entre los ingresos y gastos de la explotación. La tendencia de los ingresos es de regresión continua. La política económica de la empresa ha sido siempre la de reinversión de los excedentes productivos en la propia actividad. En los últimos

ejercicios Automóviles Citroen España SA ha impuesto a la empresa inversiones muy elevadas en infraestructura, que la empresa ha acometido, para conservar la concesión. El resto de excedentes productivos se han invertido en compra de maquinaria y en instalaciones técnicas, necesarias para la actividad. En la actualidad todo el patrimonio de la empresa esta afecto a tal actividad. Las deudas con la marca y otros acreedores ascienden a 853.780 euros. Los recursos de la actividad para hacer frente a esa deuda apenas cubren siquiera esa cuantía, 865.000 euros....La tendencia actual obligará a la empresa en el plazo de 6 meses a comprometer sus activos para asegurar las obligaciones que va contrayendo de mes a mes, lo que puede suponer la reducción de la propia actividad en un principio si no cambia la tendencia, y la desaparición y liquidación después. A Mayo 2009 el volumen de negocio se sitúa 510.000 euros por debajo del umbral de rentabilidad...se ha revelado que la plantilla del departamento de almacén era demasiado amplia para el volumen de trabajo habido. Además, desde 2006 el volumen de operaciones se ha reducido en un 16%. La disminución de la actividad forzosamente conlleva una disminución proporcional de trabajo a desarrollar. Con ello se reduce también proporcionalmente la productividad y rentabilidad del factor trabajo.” Y continúa explicando la situación de la plantilla de almacén a la que pertenece el actor, y concluye que el trabajo de almacén actualmente se dota con 3 personas suficientemente, pues no hay objetivamente trabajo para un cuarto operario por lo que la empresa debe amortizar un puesto de trabajo del almacén., esperando obtener una reducción de los gastos fijos salariales de 7.500 euros., permitiendo además optimizar la productividad de la restante plantilla eliminando tiempos muertos y para reducir esfuerzos de coordinación y transmisión de información y simplificara las tareas”. C) Consta unido a autos copia del cheque entregado al actor por el importe de indemnización de 19.757 euros, habiendo especificado la empresa en la carta de despido que el restante 40% lo reclamase del Fogasa según permite el ET. D) Consta igualmente una carta de preaviso de fecha 27.05.09 que indica que el próximo 28.06.09 la empresa procederá a la extinción del contrato al amparo del artículo 52 c) ET, y que se le entregará la comunicación de cese el día 27.06.09. Le dispensa en dicha misiva de prestación de trabajo sin pérdida de retribución hasta el día 27.06.09. E) La demandada hizo una política de autofinanciación muy importante casi del 90% y la inversión fue en activos productivos a partir del 2000 (naves nuevas en la Nucua, etc..) por la gran demanda de coches en su momento y por exigencia de la casa Citroen. F) El año pasado se vendió solo un tercio de lo vendido en 2007 y los ingresos han pasado de mas de 15 millones de euros del 2005, no habiendo llegado a 6,5 millones de euros en 2009, rondando el margen comercial de la empresa el 5% cuando ganó dinero y con los gastos que tienen, éstos superan los ingresos, siendo así en 2008 y 2009, siendo que la pérdida de una parte de actividad o departamento podría suponer la pérdida de la marca Citroen, por lo que han de tenerlo todo para adelante. G) La marca Citroen evalúa el número de trabajadores a dotar cada departamento y en el caso del de recambios lo fija en 3 personas (no como máximo sino como son los que recomienda), estando la plantilla en los últimos años sobredimensionada, pudiéndose trabajar igual con solo 3 en vez de los 4 trabajadores que había, y no se notó la ausencia del actor. Añadió que en 2009 hubo un 23% de descenso en los recambios y que el hizo la distribución de tiempos en relación a la carga de trabajo de la carta de despido., siendo esa la adecuada y hay tiempos muertos en ese departamento, cumpliendo cada día los objetivos, reparando las funciones del actor entre los demás (solo necesitan una persona en caso de vacaciones o baja, la que cubre un trabajador de la empresa). H) El auditor de cuentas de la empresa, ha auditado a la misma en 2007 a 2009 y vio toda la documentación de la empresa, y dijo que los docs 5 y 6 de la empresa incluyen datos del 2008 y son totalmente ajustados

y que la cuenta de 2009 arroja pérdidas de unos 96.000 euros, indicando el informe de gestión de 2009 como evolución desde 2007 fija una caída de ventas del 55% hasta 2009, siendo el mejor de los meses de 2008 igual al peor de los de 2007 y el año 2009 mucho peor, con una caída brutal, salvo pequeño remonte en los 6 meses siguientes a Mayo 2009 por ayudas a compras en vehículos, pero poco significativas. Añade que los gastos están desfasados sobre todo en coste de personal, y se pasó del 7,5% de 2007 al 14,5% en 2009 y o se reestructuran esos gastos sobredimensionados según la cifra de ventas o llega la empresa a cierre o situación concursal. Y dice que la caída de ventas ha sido en todos los departamentos (recambios, taller, chapa y pintura, ventas, vehículos de ocasión, ..) y si no rebaja gastos la empresa no puede sobrevivir, reflejando su informe un 55% de caída de ventas de coches y un 40 y pico % de recambios y talleres. Apunta que para obtener clientes necesitan hacer descuentos en las ventas pero en términos económicos es necesario para obtenerlos y mantenerse como empresa, aunque se tenga que contabilizar como gasto. I) Además de lo anterior consta en la extensa prueba documental de la demandada, las cuentas anuales del 2007, 2008 y 2010, siendo que no se contabilizan pérdidas en 2006 y 2007 pasando los beneficios de uno a otro año en aumento, apareciendo ya en 2008 unas pérdidas de 4.125,80 euros con una caída en la cifra de negocios de más de 4 millones de euros respecto al 2007 y siendo la cuenta de resultados del 2º periodo de 2009 de - 44.177,73.

5. Así las cosas, en absoluto consta que no se pusiera a disposición del trabajador la indemnización correspondiente, sino que tal y como se adelantó en el apartado anterior de este fundamento jurídico “Consta unido a autos copia del cheque entregado al actor por el importe de indemnización de 19.757 euros, habiendo especificado la empresa en la carta de despido que el restante 40% lo reclamase del Fogasa según permite el ET”, con lo que se cumplió lo prevenido en el artículo 53.1. b) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, debiéndose diferenciar entre la comunicación que preavisaba la extinción del contrato, que no requiere puesta a disposición de indemnización alguna, de la decisión extintiva producida después con los requisitos que determina el artículo 53.1 del texto legal de referencia.

6. Es en esta alzada cuando por primera vez se aduce que el despido es discriminatorio respecto de otros trabajadores que habían sido despedidos pero no por la vía de la extinción por causas objetivas, habiendo recibido una indemnización superior, por lo que estaríamos ante una cuestión nueva no planteada en la instancia y que por ende escaparía de la competencia de esta Sala; obiter dicta, simplemente señalar que en el recurso no se invoca acto discriminatorio alguno (artículo 14 de la Constitución y 17.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) sino que simplemente se alega el tratamiento desigual dispensado a otros trabajadores, con lo que estaríamos ante el principio de igualdad en las relaciones entre particulares, que, salvo que venga impuesto por una norma legal o pactada –aquí inexistente-, debe ceder ante el principio de autonomía de la voluntad.

7. En cuanto a la falta de acreditación de las “causas de producción” y de las “económicas”, deberemos reiterar lo ya indicado en el apartado 4 de este fundamento jurídico al respecto de que la demandada hizo una política de autofinanciación muy importante casi del 90% y la inversión fue en activos productivos a partir del 2000 (naves nuevas en la Nucua, etc..) por la gran demanda de coches en su momento y por exigencia de la casa Citroen, y que el año pasado se vendió solo un tercio de lo vendido en 2007 y los ingresos pasaron de más de 15 millones de euros del 2005, a 6,5

millones de euros en 2009, rondando el margen comercial de la empresa el 5% cuando ganó dinero y con los gastos que tienen, éstos superan los ingresos, siendo así en 2008 y 2009, siendo que la pérdida de una parte de actividad o departamento podría suponer la pérdida de la marca Citroen, que evalúa el número de trabajadores a dotar cada departamento y en el caso del de recambios lo fija en 3 personas (no como máximo sino como son los que recomienda), estando la plantilla en los últimos años sobredimensionada, pudiéndose trabajar igual con solo 3 en vez de los 4 trabajadores que había, y no se notó la ausencia del actor. Que en 2009 hubo un 23% de descenso en los recambios arrojando la cuenta de 2009 pérdidas de unos 96.000 euros, indicando el informe de gestión de 2009 como evolución desde 2007 una caída de ventas del 55% hasta 2009, siendo el mejor de los meses de 2008 igual al peor de los de 2007 y el año 2009 mucho peor, con una caída brutal, salvo pequeño remonte en los 6 meses siguientes a Mayo 2009 por ayudas a compras en vehículos, pero poco significativas. De esta forma, consideramos muy acreditada "la situación negativa de la empresa", apareciendo justificada la finalidad que asignada a la medida (atender a la necesidad de amortizar un puesto de trabajo con el fin de contribuir a superar una situación económica negativa) así como la "la conexión de funcionalidad o instrumentalidad" entre la medida extintiva y la finalidad que se asigna, si a ello unimos que es precisamente en la sección donde prestaba servicios el actor donde aparece más justificada la extinción de un puesto de trabajo, la consecuencia que se impone es la adoptada por la sentencia de instancia, máxime cuando no se ha acreditado que la extinción del contrato del actor obedezca a acto discriminatorio alguno.

CUARTO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia impugnada. Sin costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita (artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero).

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.M.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Benidorm el día 12 de abril de 2010, en proceso de despido seguido a su instancia contra D.M. SA y FOGASA, y confirmamos la aludida sentencia. Sin costas.

Sentencia núm. 3.044, de 9 de noviembre de 2010

Materia: Alta Médica. Impugnación. Trabajadora afiliada al RETA y que causa baja por enfermedad común. Se le da de alta, solicitando que en el momento de alta médica seguía necesitando asistencia sanitaria, estando impedida para la realización de su trabajo habitual de titular de establecimiento de comercio menor por cuenta ajena.

Juzgado: Desestima la demanda, procediendo a confirmar la resolución que acuerda el alta médica de la trabajadora.

Sala: Estima el recurso declarando la prórroga de la situación de IT hasta 18 meses. En la fecha de alta médica, según informe médico, la actora seguía necesitando asistencia sanitaria tanto física como psíquicamente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre la parte actora la sentencia que confirma el alta médica emitida por el INSS en fecha de 21/11/08, superados ya los doce meses de baja, por entender que el juzgador de la instancia no ha valorado correctamente la prueba practicada, puesto que de los dictámenes emitidos se evidencia el mantenimiento de las dolencias preexistentes a la situación de baja por IT, lo que ha motivado incluso la propuesta de oficio a la actora para ser evaluada en situación de Incapacidad Permanente.

El marco normativo que resulta aplicable al presente supuesto de hecho, es el establecido en el art. 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción operada por la Ley 40/2007 de 4 diciembre 2007, que dice: “Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. Agotado el plazo de duración de doce meses previsto en el párrafo anterior, el Instituto

Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, a los efectos previstos en los párrafos siguientes. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes.”

Por su parte, el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, al tratar de la extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal, establece en su apartado 1 que el derecho al subsidio se extinguirá, entre otras causas, por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente, indicando en su párrafo tercero que los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan.

Es decir, que una vez producido el agotamiento del plazo de doce meses de la incapacidad temporal, de conformidad con la normativa antes dicha, la prórroga por otros seis meses, requiere que se presuma que durante la misma pueda el trabajador ser dado de alta por curación, pues si no es así y se considera que seguirá precisando asistencia médica y estando incapacitado para el trabajo deberá necesariamente iniciarse expediente de incapacidad permanente (como también se exigirá cuando se haya prorrogado por otros seis meses al presumirse la curación y sin embargo ésta no se hubiera producido), asimismo, podrá ocurrir, que el Instituto Nacional de la Seguridad Social emita el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal, que precisamente constituye el caso que aquí nos ocupa. Si el beneficiario no está conforme con dicha alta podrá impugnarla, pero no para que se perpetúe la situación de incapacidad temporal hasta su curación, sino que es necesario que pueda presumirse que durante este tiempo va a producirse la curación.

En el caso concreto, y del contenido del Informe Médico que consta unido a las actuaciones al folio 173 emitido a los efectos de evaluar a la actora de su situación de Incapacidad Temporal, en fecha 11 de Noviembre del 2008, que es la misma fecha en que aquella fue dada de alta de su situación de IT, consta, como juicio clínico laboral, lo que sigue: “patología reumática en situación evolutiva actual que se considera impide la realización de actividades que requieran esfuerzos físicos moderados, de bipedestación o deambulacion mantenida o de fuerza manual. La patología psíquica se considera actualmente

sintomática y requiere de continuación de asistencia y tratamiento especializado, impidiendo en la actualidad la realización eficaz de actividades ocupacionales”. Es decir, que a la fecha del alta, si bien la actora mantenía, con ciertas limitaciones, la sintomatología física (reumática y articular), de la que había mejorado, se encontraba, desde el punto de vista psíquico, en situación sintomática de un trastorno adaptativo de tipo depresivo, que le impedía la realización de actividades ocupacionales, entre las que obviamente, deben integrarse las laborales. Respecto de dicha patología, se expresa la necesidad de tratamiento a través de una terapia de apoyo, por lo que debe entenderse que existe la posibilidad de obtener una mejora de su situación a través de la prorroga de la IT, concurriendo los dos requisitos precisos para ello, como son la necesidad de asistencia sanitaria y la incapacidad para el trabajo, pues es presumible que la actora pueda ser dada de alta médica por curación.

Por tanto, procede, estimar el recurso, declarando prorrogada la IT hasta 18 meses.

FALLO

Estimando el recurso interpuesto por Dña. A.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm de fecha 17 de febrero de 2.010, y con revocación de la misma debemos declarar la prorroga de IT hasta 18 meses.

1383

Sentencia núm. 3.070, de 9 de noviembre de 2010

Materia: Cesión ilegal y carácter indefinido de la relación laboral. Trabajadora que viene prestando sus servicios como auxiliar administrativa en virtud de contratos temporales con el organismo demandado. Renovaciones anuales de contrato. Cesión de la trabajadora a la Conselleria de Medio Ambiente. Legalidad de la cesión.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. No hay cesión ilegal, siendo regular la contratación de carácter temporal llevada a cabo.

Sala: Estima en parte el recurso, declarando como indefinida la relación laboral de la actora con el organismo demandado, y rechazando la cesión ilegal reclamada, absolviendo a la Conselleria demandada de las reclamaciones contra la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La parte recurrente fundamenta su recurso de suplicación en dos motivos. Se solicita en el primero de ellos la revisión de hechos probados al amparo de lo dispuesto en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). Y en el segundo el examen del derecho aplicado por el cauce del apartado c) del artículo 191 del citado texto procesal, entendiendo que se ha producido infracción de las normas sustantivas y de los criterios Jurisprudenciales aplicables al caso.

2. Abordando la primera cuestión suscitada en torno al relato fáctico de la sentencia, la recurrente solicita la modificación de los hechos probados tercero, cuarto, sexto y séptimo en los siguientes términos:

a) Postula con base en los documentos 9 y 10 del expediente la adición al hecho tercero de los siguientes términos *"utilizando los mismos medios materiales, fungibles y no fungibles puestos a su disposición por la Consellería de Medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda, estando expresamente autorizada por la propia Consellería para la utilización de los medios materiales informáticos como PC, impresora en color, scanner, etc.*

La pretendida adición deberá ser desestimada ya que la sentencia ya da cuenta de forma expresa en el hecho probado tercero de que la trabajadora prestaba servicios en la sede de Consellería, lo que necesariamente supone la utilización de los medios materiales adscritos a la misma, concretando el hecho cuarto que la misma trabajaba de forma conjunta con funcionarios de la Administración General adscritos a dicha área, por lo que la modificación propuesta no aporta elementos nuevos que no se encuentren recogidos por el Juzgador de instancia.

b) Solicita la supresión/adición de determinados extremos fácticos en el hecho probado cuarto en cuanto a las funciones atribuidas a la trabajadora y la concesión por el IVVSA de vacaciones y licencias. Sin embargo la revisión de prueba documental propuesta no evidencia el error judicial en la valoración de la misma, pues para la configuración del hecho cuya revisión se insta, el Juez de instancia tuvo en cuenta la prueba testifical practicada sin que la misma quede desvirtuada por la documental propuesta por la recurrente que se remite a la constatación formal de la categoría de auxiliar de su patrocinada para deducir las funciones efectivas que desempeñaba. Pero es que además, para que la revisión puede prosperar, es necesario que *"el documento o dictamen de que se trate tenga una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por si mismo de los elementos probatorios invocados de forma clara, directa y patente y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas"* (STS 16 de noviembre 1998 recurso 1653/1998), lo que no sucede en el presente caso.

c) Se impugna igualmente el hecho probado sexto de la sentencia para que se adicione la existencia de una división en dos secciones de la Consellería: la de urbanismo y la de territorio y medioambiente a la que estaba adscrita la demandante. Sin embargo la redacción propuesta, cuyo tenor literal se da aquí por reproducido, no se corresponde con el contenido del documento 7 invocado por la parte recurrente. Documento que por otra parte encaja perfectamente en la redacción de los hechos

probados efectuada por el magistrado de instancia, y que constituye un elemento de organización interna carente de cualquier efecto jurídico. En cualquier caso en el esquema organizativo la trabajadora recurrente aparece con funciones de auxiliar administrativo dentro del área de inspección dependiente de la secretaría autonómica de Medio ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda, por lo que sus tareas quedan amparadas por la contratación efectuada por el IVVSA, que tiene atribuidas funciones también en materia de ordenación.

d) Finalmente pretende la parte recurrente la modificación del hecho probado séptimo de la sentencia para que se adicione un último párrafo tendente a dejar constancia que por el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia, en sentencia dictada en fecha 11 de mayo del 2009, recaída en los autos 999/08, el Juzgado en un caso similar al presente, sino idéntico, declaró la cesión ilegal de J.N.V., Técnico Jurídico y compañero de la actora en el Área de Inspección de la Conselleria de medio Ambiente, Agua, Urbanismo y Vivienda.” Remite la parte al documento 49 de los aportados en su correspondiente ramo de prueba. Esta adición resulta innecesaria pues lo decidido por un juzgado en un supuesto diferente no puede condicionar la decisión del presente recurso.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo alegado, como ya se ha anunciado en el fundamento primero, viene relacionado con la infracción de lo dispuesto en los arts 42 y 43 del Estatuto de los trabajadores y se formula al amparo del artículo.191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral. Son dos las cuestiones planteadas en el motivo: por un lado la existencia o no de un supuesto de cesión ilegal en la contratación de la trabajadora recurrente por parte del IVVSA, para su puesta a disposición de la Conselleria; y, por otro, la utilización fraudulenta o ilegal de la contratación temporal por parte de esta última. Lo que supondría tal como termina suplicando la parte, la conversión del contrato temporal en indefinido y la posibilidad de opción de la trabajadora de incorporarse a cualquiera de las empresas condenadas a su elección.

2. La primera cuestión planteada ya ha sido resuelta por esta Sala en la sentencia de 22 de julio de 2010 (rs.2942/2009), que en supuesto similar al aquí enjuiciado resuelve desestimando la existencia de cesión ilegal. Esta sentencia no contradice la también dictada por esta Sala en el recurso 2.186/2009 en la que se confirmó el fallo del Juzgado de lo social nº 10 de Valencia al que hace referencia la parte recurrente en su escrito de suplicación, al entender que existen elementos diferenciadores entre ambos supuestos que amparan la diversidad de pronunciamientos y que se centran básicamente en las funciones atribuidas a los trabajadores afectados. En efecto, en el caso del Sr. N. las funciones prestadas eran de asesoramiento jurídico en expedientes sancionadores en su condición de Técnico Licenciado, habiendo precedentes de contratación a través de otras empresas públicas instrumentales de la Generalidad (VAERSA) para la realización de idénticas funciones. Mientras que en el presente caso y a pesar de las alegaciones efectuadas, las funciones de la trabajadora eran de seguimiento y tramitación de expedientes bajo la supervisión de la instructora de los mismos. La organización interna de la Conselleria no desvirtúa la vinculación de las funciones asumidas al objeto social del IVVSA, que recoge el párrafo segundo del hecho sexto de la sentencia y que incluyen gestión del suelo y actividades complementarias y accesorias relacionadas con aquél.

3. Hecha esta puntualización, hemos de señalar que como se razona en nuestra sentencia de 22 de julio de 2010, la cuestión debe plantearse desde la perspectiva finalística del artículo 43 ET, cuya función es la de proteger al trabajador frente a aquellas contrataciones por parte de empresas destinadas a facilitar trabajadores por cuenta ajena a otras con evasión de las responsabilidades empresariales propias de la contratación directa, con el consiguiente perjuicio y vulneración de sus derechos para el trabajador. En este sentido se razona en la citada sentencia que *“El IVVSA es, pues, una empresa pública instrumental creada por la propia GV, que es la propietaria de su capital social, y esta obligada a cumplir las encomiendas que la GV le adjudica, por ello existe una conexión evidente entre ambas, permitida legalmente. Tal dependencia resulta, por tanto, de una situación legal, que no ha sido objeto de impugnación por la vía correspondiente, por lo que cumple tal entidad las funciones que la norma establece. Existe, pues una dependencia real. Su objeto social consiste en facilitar el acceso a la vivienda a los ciudadanos de la Comunidad valenciana, debe realizar tareas de planeamiento, en sentido amplio, de ordenación que en ocasiones puede suponer la depuración de responsabilidades sobre la situación jurídica del suelo. Por ello, existe una Unidad de Coordinación con las Concederías. No obstante, consta que la citada figura de capital público ha mantenido las potestades de dirección y control de la trabajadora, y la ha mantenido en su ámbito organizativo, le ha proporcionado cobertura bajo un seguro de daños y de vida suscrito por la propia IVVSA, le aplica su propio Convenio y no el de la GV, y le retribuye con las remuneraciones propias del personal del IVVSA, que son similares a las que obtiene el personal de la Conselleria. Pero, además, ahora y desde el año 2008 esta prestando servicios en los locales propios del IVVSA, en la Asesora Jurídica y de Contratación, y el hecho de realizar funciones de asesoramiento, no integra sus funciones en el ámbito de la potestad administrativa sancionadora, como afirma la parte recurrente, de un modo que en absoluto consta a esta Sala, como tampoco apreció el juez de la instancia.*

Por todo ello, procede el rechazo del motivo relativo a la supuesta cesión ilegal de la trabajadora, aunque, como ya se ha mencionado, deba declararse la relación laboral indefinida respecto de la empresa pública IVVSA”.

3. La traslación de dicho criterio al caso que nos ocupa nos lleva a la desestimación del primer motivo de recurso pues la similitud de situaciones fácticas y la existencia de igualdad y homogeneidad en la aplicación del derecho lleva a la Sala a la adopción de idéntica solución jurídica.

TERCERO.- 1. La segunda cuestión jurídica planteada está relacionada con la utilización fraudulenta de la contratación temporal que se inicia el día 16 de abril de 2004 y se extiende hasta el 15 de marzo de 2010, fecha de la última novación pactada.

2. Si bien es cierto que tal como argumenta el Juez de instancia y a la vista de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto 105/2004 el objeto de los contratos suscritos tiene sustantividad propia de dentro de la actividad ordinaria de la empresa contratante, también lo es que dada la naturaleza laboral de la contratación el citado contrato no puede en ningún caso exceder de los límites legales del art. 15 del ET, en su redacción anterior a la reforma operada por la Ley 35/2010, y por lo tanto aplicable al caso. En este sentido se pronuncia igualmente la sentencia de 22 de Julio de 2010 al entender que precisamente lo que regula el apartado 5 del Art. 15 del ET, tras prescindir del análisis

que la jurisprudencia había venido imponiendo sobre la realidad de la causa de temporalidad en los supuestos de contratación temporal sucesiva, como requisito de la constatación de que una relación es indefinida, que cuando se cumple en una contratación formalmente temporal un período concreto de trabajo dentro de unas pautas determinadas, una vez transcurrido dicho tiempo, se transforma una relación temporal en estable. Y ello, porque, sin necesidad de analizar si existe o no uso indebido de la temporalidad, entiende que tal duración revela la necesidad de estabilidad del puesto de trabajo que el trabajador ha venido ocupando, es decir, la necesidad de establecer las funciones, y, por tanto, un nuevo puesto de trabajo.

En su aplicación respecto a las Administraciones Públicas, Organismos Autónomos, dice el citado precepto en la redacción dada por la Disposición Adicional Decimoquinta del RD 5/2006, que: *“surtirá efectos sin perjuicio de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso al empleo público, por lo que no será obstáculo para la obligación de proceder a la cobertura de los puestos de trabajo de que se trate a través de los procedimientos ordinarios, de acuerdo con lo establecido en la normativa aplicable”*. Por ello, deberá entenderse aplicable igualmente a las empresas como la demandada. Por tanto, el significado de ésta nueva previsión normativa es que la fijeza en la Administración no supondrá nunca una vía irregular de acceso a la función pública, pues el trabajador, de acuerdo con la jurisprudencia ya consolidada sobre contratación irregular en las Admón. Públicas, será indefinido, pero no fijo de plantilla, por lo que cesará si su plaza se cubre por el procedimiento legalmente establecido”.

3. Pues bien, constando por parte de la actora el cumplimiento del período exigido para dotar de indefinición a su estatus jurídico laboral, al haber prestado servicios para la demandada durante un plazo superior a veinticuatro meses dentro de un período de treinta meses dentro del mismo puesto de trabajo y en la misma empresa pública, deberá así establecerse, declarándose en esta sentencia, lo que implica la estimación parcial de su demanda.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a. M.I.C.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia, de fecha 28 de Julio de 2009; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos indefinida la relación laboral de la actora con el INSTITUTO VALENCIANO DE LA VIVIENDA SA, con rechazo de la alegada cesión ilegal, por lo que absolvemos a la CONSELLERIA DE MEDIO AMBIENTE, AGUA, URBANISMO, Y VIVIENDA, de las reclamaciones contra la misma.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.130, de 16 de noviembre de 2010

Materia: Prestación por desempleo. Incompatibilidad de la prestación con el abono de los salarios de tramitación a cargo de la empresa en la que el actor prestaba sus servicios. Cobro indebido. Cálculo del periodo en que se produce el cobro indebido. Diferencias en la cantidad a reintegrar.

Juzgado: Estima en parte la demanda, revocando parcialmente la resolución impugnada, debiendo devolver el actor determinada cantidad por cobro indebido, al ser incompatible con los salarios de tramitación.

Sala: Desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia. Solamente se produce una incompatibilidad en relación a los días de prestación efectivamente percibidos, pero ello no supone la revocación del reconocimiento del derecho del trabajador desde la fecha de inicio. Cálculo correcto en la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) la sentencia de instancia que, estimando parcialmente la demanda, revoca parcialmente la resolución de la Entidad Gestora recurrente y declara el cobro indebido de la prestación por desempleo del actor, por incompatibilidad con los salarios de tramitación en la cantidad de 994,62 € que corresponde a este devolver, siendo impugnado de contrario.

El recurso cuenta formalmente con dos motivos. En el primero, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), se solicitan las siguientes revisiones fácticas: A) la adición de un nuevo hecho probado (octavo), proponiéndose el siguiente tenor literal: “Que por parte del FOGASA y mediante oficio de fecha 06.10.08 se comunicó al SPEE/INEM el reconocimiento como prestación de garantía salarial el importe de los salarios de tramitación, así como la comprobación que durante dicho periodo estuvo percibiendo prestación por desempleo”. La revisión viene respaldada con los documentos revisores obrantes en autos a los folios 33 a 36 (comunicación del FGS y sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N^o 4 de Valencia, de fecha 7 de septiembre de 2007, en proceso por despido instado por el actor. La revisión se acepta toda vez que de la documental invocada se desprende directamente el hecho introducido por la recurrente. B) Igualmente, se interesa la inclusión de un nuevo hecho probado (noveno), cuyo tenor literal propuesto, obra en el recurso. No puede accederse a esta revisión, por cuanto no se cita documento o pericia que avale la modificación, tal y como exige el Art. 191 b) LPL.

SEGUNDO.- Seguidamente, en el último motivo, destinado al derecho aplicado y la Jurisprudencia-ex. artículo 191 c) LPL, se denuncia infracción del artículo 209.5 c) en relación con la letra a), párrafo tercero y último de la Ley General de la Seguridad Social y doctrina judicial, que cita, que no podrá ser tenida en cuenta, al no constituir Jurisprudencia (Art. 1.6 Código Civil). Sostiene, en síntesis, que la percepción indebida que alcanza al actor comprende la totalidad del importe de los salarios de tramitación.

La tesis del SPEE de declarar el cobro indebido al actor con base en el Art. 209.5 a) y c) LGSS no puede admitirse. En efecto, esta Sala ya se ha pronunciado sobre el tema objeto de debate en sentencias de 3 de abril de 2008 y la resolutoria del recurso de suplicación nº 2826/09, entre otras, que recogen la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, en los siguientes términos: “ El Tribunal Supremo en Sentencia de 26-3-07, recurso 1646/2006, al examinar la infracción que se denuncia de los apartados b) y c) del número 5 del artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social, señala que, "En este sentido, las normas citadas responden al hecho de que la situación legal de desempleo se produce con el despido, conforme al artículo 208.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social en relación con la disposición transitoria 2ª de la Ley 45/2002, y puede, por tanto, reconocerse desde ese momento, como prevé el número 4 del artículo 209, a tenor del cual en el supuesto de despido o extinción "de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo ". El precepto citado añade que "en el caso de existir periodo que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho periodo que deberá constar en el certificado de empresa a estos efectos". Si el despido se declara procedente, el reconocimiento inicial no se modifica. Pero en caso de improcedencia o nulidad del despido, la regulación distingue varios supuestos. El primero, regulado en el apartado a) del número 5, se refiere a la declaración de improcedencia con opción por la indemnización. En este supuesto se tiene en cuenta si se han aplicado o no salarios de tramitación: a) Si no tiene derecho a los salarios de tramitación, el trabajador continúa percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comienza a percibirlas con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo. b) Si tiene derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones, comienza a percibirlas con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, pero, si estuviera percibiendo las prestaciones, dejará de percibirlas, considerándose indebidas las que haya percibido, si bien iniciará un nuevo periodo de prestación de desempleo con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador. El segundo supuesto, que regula el apartado b) del número 5, se produce cuando procede la readmisión del trabajador o se aplican las medidas previstas en el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral. En ese caso, como hay abono de los salarios de tramitación, las cantidades percibidas en concepto de prestaciones por desempleo se consideran indebidas por causa no imputable al trabajador. La Entidad Gestora cesa en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad

Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario debe ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador como prestaciones de desempleo, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios. El tercer supuesto se regula en el apartado c) y es el previsto en el artículo 279.2y en el artículo 284 de la Ley de Procedimiento Laboral, en los que, aunque tendría que haber habido readmisión, ésta no se produce y la relación laboral se declarada extinguida por auto. También en este caso se aplican salarios de tramitación y, por ello, se prevé que "el trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral". El precepto añade que en ambos casos, se estará a lo establecido en la letra b) de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral. La disposición final 3ª de la Ley 42/2006ha modificado este apartado para remitir al apartado a) del número 5 en lugar de al b). Pero esta modificación, cuya finalidad es probablemente la de rectificar el criterio de la sentencia de contraste, no rige en el caso que aquí se decide. (Ni tampoco en el que es el objeto este recurso de suplicación, ya que las Resoluciones del INEM impugnadas en el presente procedimiento, son anteriores a la Ley 42/2006 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007). TERCERO.- Las finalidades de esta compleja regulación son fundamentalmente dos: 1ª) Por una parte, permitir la coordinación de los efectos de la apertura del derecho con el despido sin esperar a la calificación de éste y las consecuencias que de esa calificación pueden derivarse en orden al periodo de percepción inicial. 2ª) Por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo periodo. Para ello, se parte del abono de las prestaciones a partir del despido, pero, si con posterioridad la calificación de éste implica el abono de salarios de tramitación con cargo a la empresa, la doble percepción se evita mediante el reintegro de las prestaciones -prestaciones en sentido estricto y cuotas- y la apertura de un nuevo periodo de desempleo protegido a partir de la calificación. Las variantes en función de la asunción del reintegro (compensación de las prestaciones percibidas en el primer periodo por las que han de reconocerse para el segundo; reintegro por el trabajador o reintegro por el empresario) son instrumentales respecto a la idea general que preside el reajuste.

Pero en cualquier caso de lo que se parte es de que ha habido una doble percepción de salarios de tramitación y prestaciones de desempleo en el primer periodo de reconocimiento inicial de la prestación y esto hace que la solución del reintegro no pueda, en principio, aplicarse cuando, como ocurre en el presente caso, como consecuencia de la desaparición y/o insolvencia de la empresa, los salarios de tramitación no se han percibido. Si se aplicara esa solución, se produciría un grave y desproporcionado perjuicio al trabajador, que tendrá que devolver unas prestaciones que ha disfrutado por mandato de la ley por una situación real de desempleo y cuando no ha surgido realmente ninguna causa de incompatibilidad, pues no ha percibido salario alguno en el periodo subsidiado. Y no puede decirse que este perjuicio se compensa por la apertura de un nuevo derecho a partir del auto que declara extinguida la relación, porque tal compensación es hipotética: puede que el trabajador haya encontrado otro empleo o lo encuentre en breve y entonces tendrá que devolver las prestaciones percibidas, pese a que ha estado en desempleo y no ha percibido salarios con cargo a la empresa.

Es cierto que los salarios podrían abonarse por el Fondo de Garantía, conforme a lo que prevé el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores, y entonces se estaría ante una situación de incompatibilidad, también total o parcial, que habría que resolverse de acuerdo con los criterios generales. Pero cuando no ha existido ni percepción de salarios de tramitación con cargo a la empresa, ni con cargo al Fondo de Garantía Salarial, no se da el supuesto previsto para la anulación del primer periodo de percepción y el comienzo del segundo. La solución más adecuada es mantener el primer periodo de percepción y no acordar el reintegro de las prestaciones percibidas. Sólo si el abono de los salarios se produce, podrá procederse al reajuste de la situación en los términos ya examinados. Procede, por tanto, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, estimando también el recurso de esta clase interpuesto por el actor para revocar la sentencia de instancia y, con estimación de la demanda, anular la resolución administrativa impugnada que acuerda dejar sin efecto la prestación de desempleo reconocida al actor y reclamar el cobro de lo indebido".

TERCERO.- Pues bien, aplicando lo expuesto al presente supuesto, en el que, tal como se desprende del relato histórico de la sentencia recurrida, el actor, tras ser despedido percibió prestación por desempleo, habiéndose dictado sentencia, en fecha, 07.09.2007 en la que declaraba la improcedencia del despido y se acordaba la resolución del contrato a la fecha de dicha resolución, ante la imposibilidad de la readmisión por encontrarse la empresa cerrada, condenando a la mercantil al abono de la indemnización y los salarios de tramitación a los que la empresa no hizo frente, siéndole reconocido al trabajador como prestación de garantía salarial el importe de los salarios de tramitación, y habiendo prestado sus servicios para otra empresa del 27.06.2007 al 15.08.2007 y del 11.09. al 10.12.2007, habiéndose suspendido la prestación de desempleo en estos períodos y reanudándose la misma respectivamente, en fechas 19.08 y 18.09 de 2007; procede concluir que la resolución del SPEE acordando revocar las resoluciones del reconocimiento del derecho del actor, no es conforme a derecho, pues siendo que el trabajador, ha obtenido salarios de tramitación del FOGASA, existe una incompatibilidad sobrevenida sólo en relación a los días de prestación efectivamente percibidos, lo cual no supone revocación del reconocimiento del derecho del actor desde la fecha de inicio, sino el reajuste de la situación a que debe proceder el SPEE., y al haberlo entendido así el magistrado a quo, al considerar que existe incompatibilidad en el período comprendido entre el 4 y 26 de junio y el 19 y 3 de septiembre y que, consecuentemente, la cantidad a reintegrar por el trabajador se eleva a 994,62 €, procede la desestimación del motivo y por ende del recurso de suplicación interpuesto.

En su virtud,

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° 8 de Valencia, de fecha, 23 de diciembre de 2009, en proceso por desempleo,

a instancias de D J.C.R., y en su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

1385

Sentencia núm. 3.163, de 16 de noviembre de 2010

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que causa baja por incapacidad temporal, que se prolonga sin solución de continuidad hasta su fallecimiento. La empresa en la que prestaba sus servicios tenía contratada una póliza de seguro de vida. La póliza no está renovada con esta aseguradora en el momento del fallecimiento del actor. Determinación asunción pago.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la antigua aseguradora al pago de la indemnización por fallecimiento, absolviendo al resto de demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso absolviendo a la antigua aseguradora del pago de la indemnización. El fallecimiento se produce por infección hospitalaria y no por la enfermedad que dio origen a la hospitalización. Debe hacerse cargo de la indemnización la nueva aseguradora con la que está contratado el seguro de vida. No procede la condena de intereses puesto que el actor no ha impugnado la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de G. SEGUROS SA, frente a la sentencia que la condena a abonar a la Herencia Yacente de D. R.G.G. la cantidad de 24.456,17€. El recurso contiene tres motivos, el primero redactado al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, a fin de que se suprima del hecho probado segundo lo siguiente, “El Sr. G.G. causó baja por incapacidad temporal el 13-3-06, que se prolongó sin solución de continuidad hasta el 13-6-06 en que falleció”, alegando que tal afirmación carece de prueba.

La pretensión debe desestimarse, pues como se ha puesto de relieve de forma reiterada tanto el Tribunal Supremo en sentencias de 16 de noviembre de 1.998, de 23 de octubre de 1.986 y 3 de noviembre de 1.989, así como los distintos Tribunales Superiores de Justicia – entre los que pueden citarse la sentencia del TSJ de Madrid de 14 de enero de 1.998 y otras muchas de esta misma Sala-, no puede

prosperar la revisión de hechos que se funde en la alegación, sin más, de la inexistencia de prueba que respalde el relato judicial, sobre todo si como ocurre en el presente caso se practicó en el acto de juicio prueba suficiente, en concreto la testifical, para avalar la conclusión plasmada en la sentencia.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, alegando que al STS de 1-2-00 se refiere a los accidentes de trabajo, y no es trasladable a los supuestos de muerte derivada de enfermedad común, según STS de 15-5-00, pues el hecho causante es la fecha del fallecimiento, con cita de sentencia de esta Sala de 27-9-07 y de otros TSJ, que no conforman jurisprudencia (Art.1.6 CC); con cita del art. 217 LEC, alega que no consta el nexo causal de la enfermedad motivadora de la IT y el fallecimiento, pues al contrario fue debido a una infección hospitalaria; que a la fecha del fallecimiento, el 13-9-06, no existía cobertura aseguradora con la recurrente, pues el contrato se resolvió el 30-6-06.

2. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 14-4-2010, rec. 1813/2009, tras analizar la doctrina de la Sala tras la Sentencia de 1-febrero-2000 (rcud 200/1999), señala que, “Como se viene advirtiendo, la doctrina de la Sala a que se ha hecho referencia se ha elaborado fundamentalmente para los accidentes de trabajo, primero respecto del reaseguro y luego para las mejoras voluntarias. Entendemos que esa misma solución no puede extenderse a los riesgos derivados de enfermedad común, como al ahora enjuiciado, pues, -dejando aparte que los citados arts. 100 y 104 Ley Contrato de Seguro -LCS (Ley 50/1980 de 8-octubre) se refieren genéricamente al seguro de accidentes y no al seguro de accidentes laborales, los que entrarían en el seguro de responsabilidad civil (arts. 73 y siguientes LCS en el marco del seguro de daños) si cubrieran la responsabilidad empresarial por este riesgo, completando el aseguramiento público que se realiza a través de la Seguridad Social, aunque a aquellos preceptos se remita el art. 106 LCS relativo al aseguramiento de la enfermedad "en cuanto sean compatibles con este tipo de seguros"-, resultarían inaplicables en la mayoría de los casos los argumentos jurisprudenciales anteriormente expuestos (tanto los de la Sala Social como de la Civil) dada la dificultad de fijar el momento en que se inicia de forma trascendente la situación de enfermedad común de la que sin solución de continuidad deriva necesariamente la posterior declaración de incapacidad permanente, con los que el cambio doctrinal podrá generar inseguridad jurídica y frecuentes litigios en orden a la determinación de dicho momento inicial de constituirlo como hecho causante, y, por otra parte, no supondría ninguna modificación sustancial (que no pudiera resolverse en aplicación de la doctrina hasta ahora mantenida por esta Sala, a la que luego se hará referencia) si el cambio consistiera simplemente en adelantar el momento del hecho causante desde la fecha del dictamen de la UVAMI al momento en que se inicia

la situación de IT normalmente previa, pues sería un adelanto temporal de escasos meses en la práctica, al menos, en los supuestos ordinarios. El propio concepto de enfermedad común y de accidente de trabajo, jurisprudencialmente delimitados, avala la dificultad práctica de la determinación del hecho causante en los supuestos de enfermedad común si para ello debe atenderse a criterios psico-físicos del inicio trascendente de la enfermedad.....; . En definitiva, como fue objeto de debate en Sala General, la enfermedad en cuanto, "perturbación del estado de salud " presenta más dificultades de determinación temporal que el accidente -laboral o no-, pues éste opera produciendo una lesión corporal como consecuencia de una acción "violenta, súbita y externa" que es fácilmente observable en su principio y fin. El carácter más difuso de la enfermedad complica los problemas de inclusión del siniestro en el ámbito de la cobertura, pues, por una parte, puede fomentar la denominada "antiselección de riesgos" con respecto a enfermedades anteriores al seguro y, por otra, en sentido contrario, genera dificultades en orden a la fijación del límite de la cobertura respecto a las secuelas de la enfermedad que se manifiestan después de terminada la vigencia del contrato, en especial en las enfermedades en que el efecto propiamente invalidante se proyecta en el tiempo a partir de una evolución a veces muy lenta o del desencadenamiento de una crisis. QUINTO.- 1.- Por lo expuesto, la Sala entiende que debe reiterarse en los supuestos de mejoras voluntarias derivadas de enfermedad común la doctrina tradicional que se refleja, entre otras muchas, en la STS/IV 30-abril-2007 (rcud 618/2006) y en las que ellas se citan, en las que se establece: a) Como regla, que para contingencias comunes, en defecto de regulación específica en la norma o pacto constitutivo de la mejora (como ahora acontece), para determinar la fecha del hecho causante (HC) de una mejora voluntaria, y con ella, la responsabilidad en cuanto a su abono, ha de acudir a la correspondiente norma sobre prestaciones obligatorias de Seguridad Social, que fija aquélla en la fecha de dictamen del EVI o de la UVAMI. b) Como excepción, que la hecha del HC puede retrotraerse al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles. 2.- Como argumentos a favor de la aplicabilidad de la referida regla general, se han enumerado jurisprudencialmente, como destaca la referida STS/IV 30-abril-2007, entre otras: "a) Las consecuencias derivadas de los seguros privados que garanticen mejoras en favor de los trabajadores, siguen la misma suerte que las prestaciones básicas de la Seguridad Social a las que sirven de complemento. b) A diferencia de lo que ocurre con las prestaciones básicas de la Seguridad Social, que se rigen por normas de derecho necesario absoluto, el régimen de las mejoras voluntarias será el establecido por las partes y, cuando se pacten en convenio colectivo, por lo que hayan podido acordar los negociadores, erigiéndose el pacto en la norma principal que disciplina la prestación. c) Tales mejoras no se establecen en función de la "contingencia" (enfermedad), sino para ser aplicadas a las consecuencias de tal contingencia, es decir, a la IP o la muerte, y de ahí que en la generalidad de los convenios colectivos se fijen indemnizaciones variables en relación directa con el resultado

definitivo de la enfermedad. d) Por eso mismo, salvo en supuestos excepcionales en que las secuelas apreciadas en la fecha de la IT evidencien sin ningún género de dudas que el trabajador se verá afectado por una IP, como regla general, no se toma en cuenta aquella fecha cuando el efecto invalidante es en tal momento incierto, tanto en su realidad como en el alcance que pueda apreciarse al causar alta, lo que puede ocurrir después de que el trabajador haya cesado en la empresa por motivos diferentes a la invalidez y se declare ésta cuando haya desaparecido la cobertura de la póliza del seguro. e) La experiencia de que las secuelas resultantes de una dolencia o de un hecho lesivo no están por regla general predeterminadas en el momento de su acaecimiento, sino que dependen de múltiples factores de desarrollo incierto. f) La fijación temporal del hecho causante en el momento de la declaración de la IP en el sentido indicado es sin duda la que aporta mayor seguridad en el tráfico jurídico, permitiendo atribuir con certidumbre las responsabilidades de prestaciones complementarias de la Seguridad Social asumidas, e identificar también con facilidad a los empresarios o entidades aseguradoras responsables. g) Tal solución no rompe en un seguro de grupo la aleatoriedad de las operaciones aseguradoras exigidas en los arts. 1 y 4 de la Ley 50/1980 (8/octubre), porque una cosa es la aparición del agente lesivo, que coincidirá normalmente con la situación de IT, y otra cosa es la objetivación de una lesión como invalidante de forma definitiva e irreversible..... 3.- En cuanto a la justificación del expuesto criterio de excepción, se señala en la antes citada sentencia, "la fecha del dictamen de la UVAMI no puede configurarse necesariamente y en todos los casos como el hecho causante de la prestación, porque lo decisivo es el momento en que las dolencias aparecen fijadas como definitivas e invalidantes. El criterio se inicia con la STS 13/02/87, dictada en Sala General, y se reitera en numerosas ocasiones..., todas ellas dictadas en aplicación de la normativa transitoria de la Ley 26/1985 (31/julio), y del RD 1799/85 (2/octubre), que posibilitaba la operatividad de la legislación anterior en aquellos supuestos en que el HC no tenía su asiento en la fecha del dictamen de la UVMI -que se establece como norma general en esta materia de incapacidad-, sino que se retrotraía al momento real en que las secuelas se revelan como permanentes e irreversibles". Destacándose que este criterio "atiende a la "realidad" del proceso patológico y no al plano "formal" administrativo, y que es también seguido por la STS 22/06/99 -rcud 3431/98, dictada a propósito del posible reconocimiento de IP en quien ya disfrutaba pensión de Jubilación; la de 09/12/99 -rcud 4467/98, que se refiere -precisamente- al HC en prestaciones complementarias de la Seguridad y que se remite a la citada doctrina en el ámbito de la Seguridad Social básica, que reproduce, recordando que la doctrina parte de la STS -SG-20/04/94 -rcud 2198/93 y citando sus posteriores reproducciones de 25/04/ 94 -rcud 2799/93 ..., todas ellas referidas a trabajadores con contrato extinguido en la fecha de declararse la contingencia; la de 17/07/00 -rcud 3670/99, que a propósito de la fecha inicial de efectos, hace rememoración de la legislación y jurisprudencia sobre la fecha de

producción del HC, recordando el ya citado criterio de la Sala y el expresado por la STC 116/1991 (23 /mayo), al afirmar que el HC se sitúa en la fecha del dictamen de la UVAMI, "a no ser en los que el carácter definitivo o irreversible de la lesión conste en un momento anterior"; la de 28/06/06 -rcud 428/05, respecto también de prestación complementaria por IP, que se remite -igualmente- a la doctrina fijada en materia de Seguridad Social básica; y, finalmente, la de 14/11/06 -rcud 3998/05 que tratando sobre la fecha inicial de efectos destaca la supremacía del carácter definitivo e irreversible de la lesión incapacitante o invalidante en un momento anterior respecto de la fecha del dictamen-propuesta, reseñando al efecto los precedentes relativos a la aplicación del Derecho transitorio más arriba indicado, y señalando además que la doctrina se basa en "que el informe médico y el dictamen-propuesta tienen un valor -declarativo- y no -constitutivo- del derecho a las prestaciones de incapacidad permanente".

3. En el presente caso, se declara probado que "el Sr. G.G. causó baja por incapacidad temporal el 13-3-06, que se prolongó sin solución de continuidad hasta el 13-9-06 en que falleció, que el ingreso hospitalario del trabajador se produjo por una hernia que padecía, produciéndose en el hospital una infección hospitalaria con peritonitis que fue la causa de la muerte", de lo que debe concluirse que la muerte fue debida a la peritonitis producida por la infección hospitalaria, sin que conste la fecha en que se produjo la infección, por lo que la causa del óbito tuvo su origen en las referida infección, pero no en el ingreso hospitalario, pues el mismo se debió a la hernia que padecía, de manera que el hecho causante, a efectos de responder del riesgo asegurado, fue la fecha del fallecimiento, el 13-9-06, y a tal fecha, tal como se declara probado, la empresa demandada tenía suscrita póliza de seguros con la demandada A. Sociedad Anónima de Seguros y Reaseguro, desde el 1-6-06, con fecha de entrada en vigor el 30-6-06, siendo uno de los asegurados el Sr. G.G., garantizando al asegurado por fallecimiento o incapacidad permanente el capital de 20.456,16€, lo que lleva a estimar el motivo y el recurso, lo que hace innecesario examinar el tercer motivo, y condenar a A. a abonar a la parte actora la cantidad asegurada, sin que proceda la condena a intereses, por los propios argumentos establecidos por el Magistrado de instancia, pues la sentencia ni ha sido impugnada por la parte actora.

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 G. SEGUROS Y REASEGUROS SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.13 de los de Valencia, de fecha 26-2-2008, en virtud de demanda presentada a instancia de HERENCIA YACENTE de D. R.G.G.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, en el sentido de absolver a la demandada G. SEGUROS Y REASEGUROS SA, y condenar a A. SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS a abonar a la demandante, Herencia Yacente de D. R.G.G., la cantidad de 20.456,16€, sin que haya lugar a abono de intereses.

1386

Sentencia núm. 3.207, de 23 de noviembre de 2010

Materia: Rescisión de contrato. Trabajador, delegado de personal de la empresa demandada, viene cobrando sus nóminas con sucesivos retrasos. La empresa es declarada en estado de concurso voluntario. Competencia de jurisdicción.

Juzgado: Desestima la demanda en materia de extinción de contrato al ser estimada la incompetencia de jurisdicción a favor del juez de lo mercantil.

Sala: Estima el recurso anulando la sentencia de instancia. Compete al orden jurisdiccional social para conocer sobre el fondo del asunto: Extinción del contrato por voluntad de los trabajadores.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Guillermo Emilio Rodríguez Pastor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Frente a la sentencia de instancia, que ha declarado la falta de competencia material para conocer de la pretensión por considerar que es competencia del Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso de la empresa demandada, se formula el presente recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, sin impugnación de contrario.

2. En un único motivo de recurso, con amparo procesal en el artículo 191 c) LPL, se denuncia la infracción de los artículos 8.2 y 64 Ley 22/2003 concursal en relación con el art. 50.1 b) Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET). En esencia, se argumenta que el orden social es competente para resolver la cuestión litigiosa planteada, por lo que deben devolverse los autos al juzgado de instancia para que, con absoluta libertad de criterio, se resuelva el fondo del asunto.

3. De la inalterada, por no combatida, narración de hechos probados esta Sala de lo Social destaca lo siguiente: a) El actor ha venido prestando servicios para la empresa

demandada con antigüedad desde el 28-6-1996; b) desde enero de 2009, la empresa ha abonado el salario al actor con retraso; c) la empresa cuenta con 39 trabajadores; d) Por auto del Juzgado de lo Mercantil de 10-2-2010 se declara a la empresa en estado de concurso voluntario; e) por auto del mencionado Juzgado de 15-6-2010 se extingue las relaciones laborales de 12 trabajadores; f) la papeleta de conciliación se presentó 27-1-2010, celebrándose el acto de conciliación el 10-2-2010.

4. El objeto de este recurso se circunscribe a determinar si sobre la pretensión incoada por el actor es competencia o no del orden social. La cuestión se plantea por la concurrencia en el tiempo de la extinción del contrato del actor y la de otros trabajadores de la empresa, así como la situación de concurso en la que se encuentra la empresa demandada. Así, por un lado, tenemos la solicitud individual del actor para extinguir su contrato en atención a lo dispuesto en el artículo 50.1 b) del ET, planteada ante el Juzgado de lo Social mediante demanda de 18-02-2010 y acto del juicio de 15-07-2010 y, por otro, la extinción de 12 contratos de trabajo llevada a cabo por la empresa en situación de concurso como consecuencia de un auto del Juez de lo Mercantil de 15 junio 2010.

5. En la resolución de esta cuestión hemos de tener presente lo dispuesto en el artículo 2 a) Ley procedimiento laboral en relación con los artículos 8.2, 50 y 64.10 Ley 22/2003 concursal, de cuyo tenor resulta que: a) los órganos del orden social son competentes para conocer de las cuestiones litigiosas que se promuevan entre empresarios y trabajadores derivadas del contrato de trabajo, salvo que estén atribuidas a los Juzgados de lo Mercantil [art. 2 a) Ley procedimiento laboral]; b) la pretensión extintiva ex artículo 50.1 b) ET no es una materia de la que, en principio, sea competente, de manera exclusiva y excluyente, el Juez del concurso (art. 8.2 Ley 22/2003); c) una vez declarado el concurso, las acciones individuales interpuestas al amparo del artículo 50.1 b) ET sólo tendrán la consideración de extinciones de carácter colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso cuando la extinción afecte a más de diez trabajadores, para las empresas que cuenten con una plantilla de hasta 100 trabajadores (art. 64.10 Ley 22/2003); d) el Juez de lo Social debe abstenerse de conocer de aquellas demandas de las que debe conocer el juez del concurso; sin perjuicio de que si el Juez de lo Social conoce de una pretensión, de la que es competente, que pudiera tener trascendencia para el patrimonio del deudor deba emplazar a la administración concursal (art. 50 Ley 22/2003).

6. Aplicando la referida normativa al caso traído a nuestra consideración hemos de concluir, estimando el recurso, que los órganos del orden social son competentes para conocer sobre el fondo del asunto. En efecto, se trata de una reclamación de extinción del contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 50.1 b) ET que por el número de trabajadores que lo solicitan, uno en una empresa que en las últimas elecciones a representantes de los trabajadores contaba con 39 trabajadores, no alcanza el umbral necesario para tener la consideración de colectivo a los efectos de su tramitación ante el juez del concurso. La dicción del art. 64.10 Ley Concursal es clara en cuanto a que para que las extinciones tengan carácter colectivo deben computarse las acciones individuales interpuestas al amparo del art. 50.1 b) ET y no otras; por tanto, no podemos computar, como se hace en instancia, las extinciones de 12 contratos que han sido consecuencia del Auto del Juzgado de lo Mercantil de 15 de junio de 2010. Así las cosas, hemos de concluir que no estamos ante una cuestión que deba resolverse por el juez del concurso ni de la que los órganos del orden social deban abstenerse de conocer;

todo ello sin perjuicio de que por tener una trascendencia para el patrimonio del deudor haya tenido que ser parte el también demandado administrador concursal.

7. Por todo lo razonado, habiéndose vulnerado los preceptos denunciados, se impone la estimación del recurso planteado, con la consiguiente declaración de nulidad de la sentencia de instancia para que, con libertad de criterio, se dicte una nueva por el Magistrado-Juez en la que resuelva el fondo del asunto.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto y por la representación letrada de la parte actora, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. uno de los de Alicante, de fecha 19 de septiembre de 2010, en proceso sobre extinción del contrato por voluntad de los trabajadores a instancia de D. A.L.M.I. contra M., S.L., el Administrador Concursal: D. J.L.M.P. y el Fondo de Garantía Salarial y anulamos dicha sentencia para declarar la competencia material de los órganos del orden social para conocer de la cuestión litigiosa planteada en la demanda. Firme que sea la presente resolución devuélvase los autos al Juzgado de procedencia para que, con retroacción de actuaciones al momento de la sentencia, se dicte otra nueva, con completa libertad de criterio, que entre a resolver el fondo del asunto.

Sin costas.

1387

Sentencia núm. 3.247, de 24 de noviembre de 2010

Materia: Trabajadora, delegada de personal, al servicio de empresa demandada que presta sus servicios como limpiadora. Le es de aplicación el convenio colectivo de ámbito provincial de limpieza de edificios y locales. Reconocimiento derecho disfrute de vacaciones. Conflicto normas. La actora empieza a disfrutar sus vacaciones, causando baja por IT al día siguiente. Aplicación Directiva comunitaria.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la trabajadora al disfrute del periodo vacacional correspondiente al ejercicio 2008, que comenzará a computarse dentro de los 15 días siguientes a la notificación de la presente resolución.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Prevalece la norma comunitaria sobre la norma nacional.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la empresa demandada, E. O. H. SA, la sentencia que ha estimado la demanda, concediendo a la actora el derecho a disfrutar el periodo vacacional correspondiente al año 2008, que debería empezar a computarse dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia.

El recurso, se estructura en tres motivos, que se impugnan de contrario, los dos primeros se formulan con amparo procesal en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y el tercero con acomodo en el apartado b) del mismo precepto procesal. Razones de método aconsejan empezar por el tercer motivo que solicita la modificación del hecho séptimo, para que diga que la actora no ha ostentado la condición de Delegada de Personal, porque de los documentos que obran en las actuaciones no aparece que la demandante haya ostentado esa condición hasta el 27-4-2007, como dice la sentencia. El recurso se desestima, al no ampararse en prueba alguna, pese a que los hechos sexto y séptimo de la sentencia no se refieren a datos de este expediente y parecen introducidos por error en la misma, dado su contenido. De cualquier forma, el hecho combatido ni en la redacción que contiene la sentencia ni en la que se ofrece va a tener incidencia para resolver la cuestión sometida a debate.

SEGUNDO.- Como se ha dicho los dos primeros motivos de recurso, tiene por objeto analizar la legalidad de la sentencia, y denuncian, con correcto amparo procesal, en primer lugar la infracción de lo dispuesto en el art. 21 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de Alicante, por inaplicación, ya que considera que de su dicción se desprende que solo en el supuesto de que el trabajador se encuentre de baja por maternidad al inicio de las vacaciones pactadas, podrán ser disfrutadas fuera del año natural, señalando en apoyo de su pretensión nuestra sentencia de 13 de marzo de 2008 (rec. 2283/2007); y en segundo lugar, la inaplicabilidad del mismo art. 21 del Convenio, porque la STS de 24 de junio de 2009 en que se apoya la sentencia recurrida para conceder el derecho, no contempla un supuesto igual que el aquí enjuiciado, ya las vacaciones se disfrutaban en el año natural, y porque la aplicación de la Directiva no puede prevalecer sobre el Convenio Colectivo de aplicación, atendiendo a las Consideraciones Generales 14 y 15 de la Directiva 2003/88/CE.

El recurso no puede prosperar. Conviene precisar antes de nada que la primacía del derecho Comunitario, continuamente afirmada por el TJCE y reconocida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico, determina no solo la prevalencia de la norma y jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación y aplicación de los preceptos y disposiciones de Derecho Comunitario, sino que incluso llega a influir en la interpretación de la normativa nacional.

Sentado cuanto antecede, y para resolver la cuestión sometida a la consideración de la Sala debe partirse de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia recurrida en los que aparece que la actora viene prestando sus servicios por cuenta y orden de la empresa demandada E.O.H., S.A, con la categoría profesional de limpiadora, antigüedad desde el 22.09.86 y salario de 1.222 euros mensuales, con inclusión de la prorrata de las pagas extras, siéndole de aplicación el Convenio Colectivo de ámbito provincial limpieza de Edificios y Locales (BOP 18.04.07); que en

fecha 23.04.08, la empresa demandada comunicó a la actora el disfrute de las vacaciones anuales de dicho año en el período del 1 de agosto al 1 de septiembre, que no pudo disfrutar al cursar baja por incapacidad temporal desde el 3.06.08 hasta el 11.04.09; que en fecha 15.04.09, la empresa demandada comunicó a la actora que en período de disfrute de las vacaciones correspondientes al presente año sería del 30.06.09 al 31.07.09; que en fecha 30.06.09 la actora solicitó el reconocimiento del derecho al disfrute de las vacaciones del 2008 no disfrutadas; sin que obtuviese respuesta de la empresa demandada, reclamando en la demanda aquel derecho a disfrutar las vacaciones del 2008 en el periodo que se fije en la ejecución de la sentencia o al mes siguiente de que se dicte la resolución.

La STS de 6 de julio de 2010 (rec. 519/2010), contempla un supuesto muy parecido al que aquí se examina, al conceder el derecho del trabajador demandante a las vacaciones de los días que no había disfrutado en el año 2007 y 2008 al estar de baja por IT desde el 30-7-2007 al 9-1-2009, reiterando la doctrina contenida en la STS de 24-6-2009. Aquella sentencia señala que: “La doctrina en la materia ya está unificada por nuestra Sentencia de 24 de Junio de 2009 -rec. 1542/08- (votada por el Pleno y seguida ya por otras posteriores), en la que -siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 20 de Enero de 2009, recaída en el Asunto SHULTZ-HOFF- se rectificó la doctrina sentada con anterioridad en la materia. Nos remitimos a la fundamentación "in extenso" de nuestra reseñada Sentencia, y consignamos aquí, a modo de resumen, lo siguiente:

-La STJCE 20/01/09 ha interpretado el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE [de idéntico texto al homólogo de la Directiva 93/104/CE que codifica], relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, que establece: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un periodo de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales».

-Tras la oportuna exégesis del precepto, como conclusión y con toda rotundidad afirma el TJCE que «el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a disposiciones o prácticas nacionales que prevean que el derecho a vacaciones anuales retribuidas se extingue al finalizar el período de devengo de las vacaciones anuales y/o el período de prórroga fijado por el propio Derecho nacional, incluso cuando el trabajador se haya encontrado en situación de baja por enfermedad durante todo el período de devengo y su incapacidad laboral haya perdurado hasta la finalización de su relación laboral, razón por la cual no haya podido ejercitar su derecho a vacaciones anuales retribuidas» [apartado 49; y declaración 2) de la parte dispositiva].

-Así pues, se nos impone que la litis haya de ser resuelta en manera ajustada a la interpretación que del art. 7 de la Directiva 2003/88 ha efectuado la citada STJCE 28/01/09. Pero en el bien entendido de que tal conclusión se formula no ya por la aplicación directa y prioritaria del Derecho Comunitario y su Jurisprudencia [ello pudiera estar condicionado al planteamiento de la cuestión prejudicial], sino desde una nueva hermenéutica de las propias disposiciones nacionales[arts. 40.2 CE y 38ET], que ciertamente no ofrecen respuesta clara a la cuestión controvertida y por sí solas nos llevaron a la solución adoptada en nuestra Sentencia de Pleno 03/10/07 [rec. 5068/05].

Y se impone aquel criterio en razón a que resulta obligada una interpretación "pro communitate" de nuestras normas internas, y a la fecha presente ya estamos vinculados por el sentido que el TJ ha atribuido recientemente al art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE, condicionando -así- nuestra presente respuesta.

Elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley (art. 9.3 y 14 de la Constitución española) nos imponen seguir el mismo criterio en esta ocasión, pues ello responde asimismo al espíritu y finalidad del recurso de casación para la unificación de doctrina.”

Esta doctrina da respuesta a todas y cada una de las cuestiones planteadas en el presente recurso y conlleva la desestimación del recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

F A L L O

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de E.O. e H. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante, de fecha 14 de diciembre de 2009, en virtud de demanda presentada a instancia de doña Rosalía Rosales Ruiz; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la empresa recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

1388

Sentencia núm. 3.430, de 14 de diciembre de 2010

Materia: Extinción de la relación laboral. Despido. Competencia de jurisdicción. Orden jurisdiccional social. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. El actor alega falta de ocupación efectiva y cierre de empresa, e interesa la declaración de nulidad o improcedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la incompetencia de jurisdiccional del orden social para conocer sobre el fondo del asunto.

Sala: Estima en parte el recurso declarando competente al orden jurisdiccional social para conocer sobre el fondo del asunto. Se devuelven las actuaciones al juzgado de procedencia para que

la Magistrado de Instancia dicte una sentencia que con libertad de criterio entre a conocer del fondo de la cuestión planteada.
Ponente: Ilma Sra. D^a. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En la demanda iniciadora de este procedimiento se acciona por el despido “ad cautelam” que habría tenido lugar el 15 de febrero de 2010 mediante escrito (folio 39) en el que se comunica al actor por la empresa, de acuerdo con la Administración concursal de la misma, que se está procediendo a efectuar las gestiones necesarias para proceder al despido objetivo del actor junto con otros tres trabajadores de la empresa y que por ello, y mientras se finaliza dicho proceso, pueden disponer de su tiempo como mejor lo deseen, no siendo necesario que acudan a su puesto de trabajo, añadiendo que los días que puedan transcurrir se computarán en los cálculos del despido como días trabajados. En los hechos de la demanda y en los de la sentencia consta la declaración de concurso de la demandada en fecha que no se precisa pero anterior a la demanda y del auto de 12 de marzo de 2010 dictado por el Juzgado mercantil nº 2 de los de Alicante que autoriza la venta de la maquinaria de la empresa. El actor alega falta de ocupación efectiva y cierre de la empresa e interesa la declaración de la nulidad o improcedencia del despido, solicitando la extinción de la relación laboral.

La sentencia recurrida, argumentando que lo que se ejercita en la demanda es un acción “ de despido ad cautelam y extinción de la relación laboral ex art. 50 del ET”, se declara incompetente para conocer las actuaciones, acordando que las partes deben estar a lo que dictamine el Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Alicante en el procedimiento concursal número 694/10 para la extinción de la relación laboral, sentado previamente en los hechos que al día siguiente de la presentación de la demanda ante el Juzgado Decano de lo Social, se firma el 12-5-10, el acta final con acuerdo del periodo de consultas del Expediente de Extinción de Relaciones Laborales de la empresa demandada, en el que se fijan los salarios e indemnizaciones, a razón de 20 días de salario por año trabajado y con un máximo de 12 mensualidades y acuerdo posterior de extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla, entre los que se hallaba el actor, y ello tal y como consta en el procedimiento nº 488/10 del Juzgado de lo Social nº 1 de Alicante, cuya vista fue celebrada por esta Juzgadora, manteniendo en la fundamentación jurídica, que se da por probada la existencia del despido, como consecuencia de la testifical aportada.

Recurre el actor, formulando un único motivo de recurso, que ampara procesalmente en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando la inaplicación de los arts. 9.5 de la

Ley Orgánica del Poder Judicial, y arts. 2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con los arts. 8 y 51.1 de la Ley Concursal y de la jurisprudencia dictada al efecto que no menciona, alegando que la acción que se ejercita es de naturaleza individual y está fundada en la existencia de un despido tácito por el hecho de que la empresa demandada dejó al trabajador sin ocupación efectiva desde el 15-2-2010, insistiendo en que en este proceso no se está enjuiciando la extinción colectiva de los contratos de trabajo en que es empleador una empresa concursada, por lo que el Juzgado de lo Social es competente para conocer del despido, añadiendo que desconoce si el acuerdo de 12-5-2010 afectaba a toda la plantilla por causa imputable a la administración concursada que no aportó la documentación solicitada en el escrito de demanda. Termina por solicitar el recurso sentencia que revoque la recurrida y estime la demanda.

Planteado el recurso en los términos expuestos, lo primero que hay que precisar es que el mismo está defectuosamente planteado por cuanto que el motivo idóneo para denunciar la infracción de preceptos procesales es el que contempla el apartado a) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, y la consecuencia y objeto del mismo es la declaración de nulidad al menos de la sentencia para que estimando la competencia se devuelvan las actuaciones al Juzgado para que entre en el fondo del asunto. Pese a ello y por autorizarlo el art. 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, al tratarse de una cuestión de orden público procesal el examen de la propia competencia, se abordará la cuestión suscitada en el recurso.

Pues bien, planteándose en el procedimiento del despido que el actor dice haber tenido lugar el 15-2-2010, se impone la competencia de la jurisdicción social para decidir la acción de despido ejercitada, que deberá ser estimada si se acredita la existencia de relación laboral entre las partes y si se prueba el hecho del despido, siendo que contrariamente a lo fundamentado en la sentencia, a esa acción no se acumula ninguna de extinción del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores y solo las extinciones colectivas de las relaciones laborales en empresas concursadas deben tramitarse por el Juez del concurso (art. 8, 50 y 64.10 de la Ley Concursal). Y dado que la acción ejercitada en este procedimiento es por despido, y con independencia de que se acredite o no tal despido, mediante escrito o acto del empresario que implique su voluntad clara de extinguir la relación laboral que con anterioridad vinculaba a las partes, resulta diáfano que la sentencia debió entrar a conocer del fondo de la cuestión planteada dictando una sentencia estimatoria o desestimatoria de la acción ejercitada.

En consecuencia se devolverán las actuaciones al Juzgado para que resuelva el fondo de la cuestión planteada con libertad de criterio, al ser competente para decidir el debate.

FALLO

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por CCOO en nombre e interés de don C.R.G.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Alicante con fecha 13 de agosto de 2010; y, en consecuencia declaramos la competencia de ese Juzgado para conocer de la acción de despido ejercitada. Devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia para que por la Magistrado de Instancia se dicte una sentencia que con libertad de criterio entre a conocer del fondo de la cuestión planteada.

Sin costas.

1389

Sentencia núm. 3.526, de 21 de diciembre de 2010

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora, miembro del comité de empresa, que presta sus servicios en empresa demandada dedicada a servicios de limpieza. Modificación de jornada de trabajo por recortes en la prestación de servicios en empresas usuarias clientes. Reducción horario. Procedencia modificación. Procedencia recurso de suplicación.

Juzgado: Desestima la demanda de la parte actora declarando justificada la medida adoptada por la empresa demandada.

Sala: Declara la falta de competencia funcional para conocer sobre el objeto debatido y declara firme la sentencia recurrida. No entra a conocer sobre el fondo del asunto planteado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Contra la sentencia de instancia, que desestimando la demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo, declaró justificada la medida adoptada por la empresa, interpone la representación letrada de la parte actora recurso de suplicación, amparado en el artículo 191 apartado c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el Art. 12.4.e) del ET, en relación con el Art. 34 del ET. Sostiene el recurrente que reducir unilateralmente la jornada completa de la trabajadora con carácter permanente e indefinido pasando a ser inferior a la jornada ordinaria de 40 horas semanales, significa lo mismo que convertir el contrato indefinido a tiempo completo en un contrato indefinido a tiempo parcial.

2. El Art. 138.4, párrafo segundo, de la LPL, dice, “La sentencia, que no tendrá recurso salvo en el supuesto y con los requisitos contemplados en la letra b) del apartado 1 del art. 189, y que será inmediatamente ejecutiva, deberá ser dictada en el plazo de cinco días”.

3. En el presente caso, el hecho probado tercero, da noticia de las dos cartas remitidas a la actora, obrantes a los folios 137 a 139; en la primera, de fecha 17-3-10, se le comunica la modificación de su jornada que era de lunes a viernes, de 6 a 14 horas, pasando a prestar servicios de lunes a viernes de 6 a 12:40 horas, motivando la modificación en el recorte de servicios de limpieza por parte de las empresas usuarias clientes, la solicitud de empresas clientes de recortar los horarios de prestación de limpieza, limitando el número de horas contratadas a un nuevo horario con menos horas contratadas, habiendo dejado de requerir la empresa C.S., para la que viene prestando servicios, las horas contratadas hasta la fecha de 120 horas para pasar a suscribir 100 horas de limpieza, solicitando por escrito el recorte del número de horas de limpieza en 4 horas por jornada alegando “restricciones presupuestarias”, comunicándole que la modificación de jornada conlleva cambio de retribución salarial. Y, en escrito de 31-3-2010, se le indica que la anterior carta contiene errores, que su encabezamiento debía decir “a 30 de marzo de 2010”, y que la fecha de efectividad de la medida de reducción de jornada, en lugar de “1 de abril del corriente”, debe decir “30 de abril del corriente”, y dado que la reducción de la prestación de servicios de limpieza en la sede de C.S. operará a partir del 1 de abril, el resto de horario en el que cesara su labor (de 12:40 a 14 horas), tendrá la consideración de permiso retribuido, hasta el 30 de abril de 2010, en el que se hará efectiva la reducción, de conformidad con el Art. 41 del Estatuto de los Trabajadores”. Pues bien, de lo expuesto debe concluirse que la decisión empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, fue comunicada a la trabajadora, por escrito, con una antelación de 30 días, y basándose en las razones que la empresa expuso en dicho escrito, por lo que debe entenderse que se cumplieron los trámites del Art. 41 del ET, y en consecuencia, no constando que la cuestión debatida afecte a todos o a un gran número de trabajadores, contra la sentencia de instancia no cabe recurso de suplicación, ya que se trata de 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, sin que lo dispuesto en el Art 12.4.e) determine el trámite procesal adecuado, pues se trata de una norma sustantiva, en definitiva 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 LPL, 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».

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 el recurso de suplicación interpuesto por A.B.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Castellón, de fecha 21-7-2010, debemos declarar y declaramos la falta de competencia funcional de la Sala para conocer del objeto debatido, declarando la firmeza de la sentencia recurrida.

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

1390

Sentencia núm. 19, de 11 de enero de 2011

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral por falta grave: reiteradas faltas de asistencia al trabajo sin justificar y abandono de puesto de trabajo con anterioridad a la hora de finalización de jornada laboral. El trabajador ya ha sido sancionado por incumplimiento de sus funciones en la empresa.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido y convalidada la decisión extintiva disciplinaria del contrato, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Las reiteradas faltas de asistencia sin justificar y la no prescripción de las faltas imputadas conllevan a declarar la procedencia del despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se formula el único motivo del recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Alicante que declara procedente el despido del demandante, habiendo sido impugnado dicho recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

En el único motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 55.4 en relación con el 56 del Estatuto de los Trabajadores e infracción del artículo 54, letra a) del mismo texto legal, en relación con el art. 60.2. Aduce la defensa del recurrente que el despido de la parte actora debió declararse improcedente “por cuanto las faltas de asistencia que indica en la carta de despido no han quedado aportadas con la documentación que consta en Autos,...”. A continuación alude a la anterior sanción de 8 de abril de 2009 que fue cumplida por el trabajador y que a la fecha de la carta de despido, el 5 de enero de 2010 están prescritas de conformidad con el art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como las de 8 y 9 de septiembre de 2009, las del 19, 20 y 23 de noviembre de 2009; 7, 10, 22 y 23 de diciembre de 2009, luego reseña diversos documentos aportados en su ramo de prueba (parte de asistencia, información de cita a consulta médica, partes médicos de baja) y concluye que las faltas en la carta de despido de fecha 5-1-10 son una reacción de la empresa de justificar un despido disciplinario a consecuencia de la acumulación de bajas justificadas del trabajador.

Al no haberse intentado siquiera la modificación de los hechos que se declaran probados, la Sala está vinculada a lo manifestado en aquellos de los que ahora interesa destacar que el demandante que inició en fecha 2 de noviembre de 2007 la prestación de servicios como peón para la empresa demandada, M.S., S.A. dedicada a la actividad económica de Envasado de plátano, agricultura y ganadería, comercialización de productos agrarios, y alumbramiento y conducción de agua para riego, fue despedido con efectos de 5-1-10 imputándosele en la carta de despido, en síntesis, lo siguiente:

“Durante los últimos cuatro meses del año 2.009, de septiembre a diciembre, y en los periodos en los que no ha permanecido Ud. en situación de Incapacidad temporal (pues permaneció en dicha situación desde el 22 de julio hasta el 7 de septiembre, desde el 11 de septiembre hasta el 18 de noviembre, y desde el 26 de noviembre hasta el 4 de diciembre) ha incurrido Ud. en las faltas de asistencia al trabajo sin justificar que a continuación se relacionan. No asistió Ud. a su puesto de trabajo, sin haber justificado sus faltas de asistencia, el martes 8 de septiembre, el jueves 19, el viernes 20 y el lunes 23 de noviembre, el lunes 7, el jueves 10, el martes 22 y el martes 29 de diciembre, en total ocho faltas de asistencia al trabajo sin justificar en un periodo de tiempo inferior a cuatro meses. Por otra parte, el miércoles 9 de septiembre abandonó Ud. su puesto de trabajo a las 10:00 horas, cuando sólo habían transcurrido 4 horas de su jornada diaria, y el viernes 11 de diciembre se marchó Ud. a las 18:30 horas, igualmente cuando sólo había transcurrido la mitad de su jornada diaria, sin que en ninguno de ambos casos haya justificado Ud. tales ausencias.”

Consta acreditado que el demandante ha faltado al trabajo los días que se le imputan en la carta de despido sin que haya aportado otra justificación que la relativa al día 20 de noviembre de 2009 en que el actor acudió a facultativo médico de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana y le fue recetado Primperán, si bien el actor no entregó el justificante a la empresa ni avisó de su falta. Acreditadas las ocho faltas de asistencia al trabajo en un período de cuatro meses que se imputan al demandante en la carta de despido y tipificando el art. 47 del Convenio Colectivo de Actividades Agropecuarias, de ámbito provincial, de la provincia de Alicante, que es el aplicable, como falta muy grave en la letra b) la falta de asistencia al trabajo de seis días durante el periodo de cuatro meses sin justificación, se ha de concluir que el despido del demandante resulta procedente, de acuerdo con el meritado precepto convencional y con lo establecido en el art. 54.2.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sin que quepa apreciar prescripción de las faltas imputadas, que por lo demás se alega por primera vez en esta fase, ya que desde la última de las faltas de asistencia al trabajo imputadas al actor y acreditadas que tiene lugar el 29 de diciembre de 2009 y la fecha de efectos del despido, el 5 de enero de 2010, resulta evidente que no ha transcurrido el plazo de sesenta días que para la prescripción de las faltas muy graves establece el art. 60.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo que determina la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia del Juzgado.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. R.M.T.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cuatro de los de Alicante y su provincia, de fecha 12 de julio de 2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa M.S. S.A., habiendo sido llamado el Fondo de Garantía Salarial; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

1391

Sentencia núm. 82, de 14 de enero de 2011

Materia: Prestación por desempleo. La actora solicita la prestación, la cual es denegada al haberse concertado el contrato temporal en fraude de ley, con el fin de acceder a la prestación tras un cese voluntario.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a percibir la prestación por desempleo desde determinada fecha con una duración de 360 días y sobre una base reguladora determinada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La Sala no observa fraude de ley que tenga su origen en el cese de actividad y el nuevo contrato temporal suscrito por la trabajadora, con el fin de obtener la posterior prestación por desempleo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Se alza en suplicación el Abogado del Estado en representación del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) frente a la sentencia de instancia, que estimando la demanda, declara el derecho del actor a percibir la prestación por desempleo solicitada, siendo impugnado de contrario.

2. El recurso tiene un solo motivo, formulado por el apartado c) del artículo 191 de la Ley adjetiva laboral, denunciándose la infracción del artículo 208.1.1 g) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), artículo 6.4 del Código Civil, en relación con los artículos 203 y 208.2.1 LGSS. Sostiene, en síntesis, que no puede considerarse al actor en situación legal de desempleo porque no ha perdido su puesto de trabajo por causa no imputable a él, al ser el origen de sus situación totalmente voluntario, la cual no ampara toda desocupación, sino únicamente aquella que se produce en quienes quieren y pueden trabajar, voluntad ocupacional que no se predica respecto de quien, por propia decisión, solicita la baja voluntaria, para vincularse a continuación a un contrato temporal de cuya duración final fue de 48 días, breve contratación, que debe ser considerada en fraude de ley.

3. La cuestión del presente recurso se concreta a resolver si el demandante, a la vista de los hechos declarados probados, puede entenderse que actuó fraudulentamente en la obtención de prestación por desempleo, tesis del SPEE y no acogida por la sentencia recurrida, o por el contrario, se produjo la realidad contractual reflejada en los hechos declarados probados, y tal como se afirma en la sentencia recurrida, no se dio la existencia de fraude. Y la respuesta que debe darse a la cuestión controvertida ha de ser en el sentido que señala la

juzgadora de instancia, debiendo dictarse un pronunciamiento confirmatorio de la sentencia impugnada.

Respecto al problema del fraude en el desempleo, hay que decir que no cabe deducirlo, por sí solo, del simple cese voluntario en un primer empleo, -en este caso de una actividad como socio sociedad laboral con contrato indefinido--, y de una nueva y posterior contratación temporal, sin razonamiento que enlace ambas circunstancias y que para deducir la finalidad defraudadora-STS 22/12/89 (RJ 1989259) - no es posible establecer una teoría general que responda a todas las situaciones concretas. Sólo el análisis pormenorizado y preciso de los elementos fácticos que concurren en cada supuesto particular permitirá apreciar o no la existencia de fraude. Tales circunstancias, cuando no aparezcan nítidamente aportadas al proceso mediante pruebas objetivamente contrastables, podrán considerarse acreditadas por medio de presunciones o indicios que pongan de relieve ese enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano, entre el hecho demostrado y aquél otro que se trate de deducir, tal como autorizaba el art. 1253 del Código Civil y hoy lo hace con más precisión el art. 386 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, para que puedan apreciarse como medios de prueba.

4. En el caso de autos, el demandante que permaneció con contrato indefinido desde el 21.06.2007 (por transformación tras la suscripción inicial de un contrato temporal en 22.08.2006) hasta el 30.09.2008, en la actividad de tratamiento de agua, con categoría profesional de Ayudante de almacén, percibiendo un salario bruto mensual prorrateado de 1.413,72 € (líquido de 1.018 € sin las pagas extras prorrateadas), y posteriormente, el 01.10.2008, suscribió un contrato temporal eventual por circunstancias de la producción, para prestar sus servicios como Oficial 1º Marmolista por una duración de 6 meses, percibiendo un salario bruto mensual prorrateado de 1.400,15 € (líquido de 1.349,63 € con las pagas extras prorrateadas), tras el despido del que fue objeto en 17.11.2008, reconocido como improcedente por la empresa, solicitó el subsidio de desempleo que le fue denegado porque a juicio del SPEE, el actor actuó fraudulentamente. Al respecto cabe añadir que el fraude de Ley no se presume y debe ser probado por quién lo alegue. Hay que tener en cuenta que la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencia de 5 de abril de 1994 (RJ 1994933) citando las de 30 de marzo de 1988(RJ 1988570) y 3 de noviembre de 1992 (RJ 1992190), ha estimado que la figura del fraude de Ley, que tipifica el apartado 4 del artículo 6 del Código Civil, viene configurada por la concurrencia o presencia de dos normas: la llamada de cobertura que es a la que acoge quien intenta el fraude, y la que a través de ésta y en forma fraudulenta se pretende eludir, exigiendo dicha figura la concurrencia de una serie de actos que, pese a su apariencia de legalidad violen el contenido ético de los preceptos o normas legales en que se amparan (TSS. de 6 de

febrero de 1957, 1 de abril de 1965 y 20 de junio de 1991[RJ 1991526]), pero ha de insistirse en que como ha afirmado el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de diciembre de 1987 (RJ 1987897) el fraude de Ley no puede presumirse nunca y ha de ser correctamente probado, ya que la presunción es justamente la contraria en aras a la seguridad del tráfico jurídico, suponiéndose que las instituciones jurídicas se ejercitan conforme al fin para el que han sido concebidas, salvo que, precisamente, por quien se sostenga lo contrario, se pruebe que no ha sido así y, por el INEM no se ha probado que el último contrato de la actora haya sido simulado y ello no puede presumirse por el solo hecho de que esta última relación laboral haya sido temporal, y en otra actividad distinta de la habitualmente desempeñada por el demandante, además de que la presunción no constituye un medio de prueba, sino un criterio de valoración de la prueba existente, y a mayor abundamiento para que en rigor pudiera hablarse de fraude de Ley, hubiera sido preciso que el INEM hubiese demostrado que la contratación última realizada era ficticia y que las prestaciones propias de un contrato de trabajo no habían tenido realidad, ya que el fraude de Ley requiere la constancia de un actuar doloso tendente a alcanzar la aplicación de una determinada norma que por su espíritu no sea aplicable, dado que la normativa vigente de desempleo, en comparación con la precedente, evidencia la voluntad del legislador, sin duda en sintonía con la obligación de protección suficiente que le impone el art. 41 de la Constitución de reducir los supuestos de fraude de Ley a situaciones excepcionales de contratación simulada, sin prestación real de servicios, lo que en definitiva determina que debamos estimar la demanda.

5. Como expone el Tribunal Supremo en sentencias de 21 de junio de 2004 y de 6 de febrero de 2003 no se puede construir una presunción de fraude apoyándose solamente en la simple sucesión contractual y en esta sentencia hace un análisis histórico de la legislación en la materia, para recordar que el legislador ha admitido excepcionalmente la figura del fraude en prestaciones por desempleo, pero concluye que «...si el legislador hubiera pensado entonces o lo pensara en la actualidad, que la mera sucesión de dos contratos de trabajo, el primero de carácter indefinido y con cierta antigüedad en el interesado, y el segundo de carácter temporal y con duración relativamente breve, constituía un claro supuesto de fraude de Ley, lo habría incluido en alguna de las reformas llevadas a cabo en la legislación sobre desempleo. Pero no lo ha hecho. Ni siquiera en la muy reciente Ley 45/2002, de 12 diciembre (RCL 2002901), de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupación (tampoco lo hizo en la llevada a cabo por el RD Ley 5/2002, de 24 de mayo [RCL 2002360 y 1479] , cuyo texto era con notoriedad mucho más drástico). La abstención del legislador en este punto permite pensar que una sucesión de contratos, como la aquí contemplada, no es, por sí sola, fraudulenta».

Continúa el TS razonando en las citadas sentencias: "...sobre una previsión expresa de fraude resultante del fenómeno de la sucesión de contratos, hemos de estar a lo que es doctrina constante en la materia, y que esta Sala ha recordado en su relativamente reciente sentencia de 25 de mayo de 2000 (RJ 2000800) de la manera siguiente: Sabido es que la existencia de fraude o de abuso del derecho no pueden presumirse. Sólo podrán declararse si existen indicios suficientes de ello que necesariamente habrán de extraerse de hechos que aparezcan como probados en el correspondiente relato fáctico de la sentencia.... La conclusión a la que se llega es la de que la formulación de una doctrina unificada es posible, en el sentido de declarar doblemente: 1º) que no existe precepto alguno que someta al trabajador, en los pleitos por desempleo, a justificar las razones por las que abandonó voluntariamente la anterior empresa; desde luego, ello no sería una consecuencia del viejo art. 1214 del Código Civil, ni del nuevo art. 217 de la LECiv. 2º) que no cabe presumir, por la mera sucesión de contratos como los descritos, y sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude. Ello sin perjuicio de que en casos en que concurren circunstancias especiales o significativas, sí quepa llevar a cabo tal presunción y se añade que en el contexto social en que hoy se mueven los trabajadores nada excluye, al menos razonablemente, que en una concreta relación laboral indefinida, aparezcan momentos de crispación o desasosiego que lleven al trabajador a abandonar voluntariamente su puesto de trabajo; y después, a aceptar el que se le ofrezca, aunque sea de índole temporal acuciado por las necesidades propias y de los suyos. Declarar que este trabajador, con este simple comportamiento, se convierte en un defraudador y que soporta procesalmente la carga de probar esa crisis personal, cuya justificación será muchas veces dificultosa; o construir una presunción de fraude que solamente se apoya en la simple sucesión contractual de mérito; ambas cosas, se insiste, serían algo carente del más mínimo apoyo en nuestro ordenamiento jurídico vigente. Y desde luego no es adecuado acoger la alegación, de claro tinte asertivo, que el ente gestor incluye en el trámite de contestación, donde quiso hacer ver que el fenómeno contractual descrito "supone que el contrato temporal se instrumentaliza a los solos efectos de aparentar una situación de desempleo", ello necesitaba algún complemento probatorio...".

6. Llevada esta doctrina al caso que nos ocupa, la Sala no comparte la tesis de la Entidad Gestora relativa a que no se infiere que la actora causara baja voluntaria en una empresa para mejorar sus condiciones de trabajo y en unas condiciones que fueran más ventajosas que las que disfrutaba anteriormente, por cuanto ese cese voluntario forma parte del derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, reconocido en el artículo 35.1 de la Constitución, y del mismo no cabe deducir fraude alguno, fraude que deberá situarse en su caso en la contratación subsiguiente, cuando de la misma resulte que no se trataba de ejercer con la misma el derecho al trabajo sino de burlar la consecuencia impuesta por la ley impeditiva de la

consideración de situación de desempleo y por ende del derecho a la prestación cuando se cesa voluntariamente en el trabajo (artículo 208.2.1) de la Ley General de la Seguridad Social, que sería la norma tratada de eludir, por aplicación del artículo 6.4 del Código Civil. Tampoco es compartida la simple afirmación de que la segunda contratación temporal es por un período corto, pues su duración se acomoda legítimamente a lo señalado en el Art. 3.2 b) del RD 2720/1998 y la causa del cese es el despido del actor reconocido como improcedente por la empresa, siendo abonada la indemnización legal correspondiente, acreditándose, en consecuencia, la involuntariedad del cese. En suma, son circunstancias que a nuestro juicio no llevan a través de la prueba de presunciones a entender producido el fraude de ley, pues como ya indicamos en sentencia de resolutoria del recurso de suplicación nº 1778/09, donde ya citábamos otras como las recaídas en los recursos 3550/08, 986/05 y 4364/05 no cabe presumir por la mera sucesión de contratos y sin ninguna circunstancia adicional relevante, la existencia de fraude, y no estimamos relevante a estos efectos que la segunda contratación temporal hubiera tenido una duración más corta que la pactada inicialmente, toda vez que no se produjo el despido durante el período de prueba, para de ella deducir la existencia de fraude de ley y por ende no extraer consecuencia alguna de la pérdida del ulterior empleo, que desde luego no consta obedeciera a un cese voluntario.

Lo expuesto determina, como ya se adelantó, a la desestimación del recurso interpuesto y consiguiente confirmación de la sentencia impugnada.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 9 de Valencia el día 31 de marzo de 2010, en proceso sobre prestaciones de desempleo seguido a instancias de D. M.M.M. y en su consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 100, de 18 de enero de 2011

Materia: Incapacidad transitoria: Contingencias. El actor sufre una rotura de menisco generando una situación de IT derivada de enfermedad común. Diez años atrás había causado baja por accidente de trabajo. Solicitud nexa entre el accidente sufrido entonces y la lesión producida diez años más tarde. Consideración de la nueva situación invalidante como derivada de accidente de trabajo. Estimación.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda declarando que el proceso de baja médica tiene su origen en accidente de trabajo, condenando a los demandados a pasar por esta declaración y a la mutua codemandada al abono de las prestaciones económicas derivadas de dicha incapacidad temporal.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La baja médica tiene su origen en enfermedad común y no como consecuencia del accidente de trabajo sufrido por el trabajador diez años atrás.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Gemma Palomar Chálver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda planteada por el trabajador, al considerar que la incapacidad temporal iniciada el 20-10-06 tiene su origen en accidente de trabajo, se alza en suplicación tanto la parte actora como la Mutua C., ambas al amparo del apartado c) del art. 191 de la L.P.L.

En lo que atañe al recurso de la Mutua C., que, por razones de lógica jurídica, debe ser examinado en primer lugar, alega esta parte que en el caso de autos ni puede aplicarse el art. 115.3 de la LGSS, pues la presunción no puede extenderse a incidentes patológicos posteriores, como tampoco el art. 115.2.f del mismo texto, por cuanto que el transcurso de 10 años va en contra de la relación causal con el accidente inicial. En todo caso y en cuanto a la entidad responsable, al existir un periodo superior a los seis meses desde la fecha del accidente, la responsabilidad debe recaer sobre la entidad que cubría la segunda baja.

SEGUNDO.- La anterior censura jurídica merece prosperar al haber sido infringidos los preceptos citados. Del relato de hechos probados y de lo consignado con tal carácter en la fundamentación jurídica resulta que el actor, prestando servicios para la empresa L. SA, sufrió accidente de trabajo en 25-11-97, siendo atendido por los servicios médicos de la Mutua C. sin ser dado de baja médica. Cursó baja médica por IT derivada de accidente de trabajo el 9-3-98, con diagnóstico de “osteocondritis cóndilo-femoral y paferal grado II, practicándosele artroscopia de rodilla izquierda por meniscopatía interna”, siendo dado de alta el 27-3-98. Casi nueve años más tarde del accidente de trabajo, en concreto el 20-10-06 el actor curso baja médica por incapacidad temporal por enfermedad común, con el diagnóstico de “rotura menisco externo de rodilla izquierda”. En la resonancia magnética que se le practicó se apreció un “pequeño desgarró de asta posterior de menisco externo”, procediéndose a meniscectomía externa y apreciándose una condropatía grado 3 de rótula y cóndilo femoral interno. Fue dado de alta médica tras agotar la prórroga de IT con efectos de 10-03-08.

TERCERO.- Lo expuesto evidencia que el actor tenía un cuadro previo crónico y degenerativo, y como tal, de dilatada evolución en el tiempo. Al sufrir un evento traumático el 25-11-97 con ocasión de prestar sus servicios para la empresa L. SA, fue atendido por la Mutua C. sin ningún problema y la baja por IT, que no se cursó hasta tres meses después, el 9-3-98, se consideró derivada de accidente de trabajo, al entrar en juego la presunción que establece el art. 115.3 de la LGSS y existir un claro nexo de causa-efecto entre el accidente de 25-11-97 y la baja de 9-3-98. El proceso de incapacidad iniciado en esta fecha concluyó, tras artroscopia de rodilla izquierda por meniscopatía interna, con un alta el 27-3-98, que no fue impugnada. Varios años después, el actor causa nueva baja en 20-10-2006 (catalogada como derivada de enfermedad común por resolución del INSS), y respecto de tal proceso debemos concluir que no queda acreditada la naturaleza profesional del mismo. Esta vez, no consta la producción de un evento traumático en el trabajo, por lo que es el trabajador el que ha de probar que su clínica o enfermedad tiene relación de causa a efecto con el trabajo, que se sufre “con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute” lo que no ha resultado demostrado. La clínica es diferente ya que el diagnóstico es de “rotura de menisco externo de rodilla izquierda”, siendo así que en 1998 lo que se le practicó fue una artroscopia de rodilla izquierda pero por meniscopatía interna, no externa, ámbito en el que el actor no tenía patología, pues en la artroscopia entonces practicada no se le objetivó el desgarró de asta posterior de menisco externo ni la rotura del mismo. El resto de clínica, en especial la referente al cóndilo, denota una evolución degenerativa debida al paso del tiempo y desconectada del accidente de trabajo de 1997.

Debe indicarse que la circunstancia de que en ocasiones la patología común pueda o se haya manifestado en tiempo y lugar de trabajo, calificándose la contingencia como profesional no dota a las sucesivas bajas, per se, de dicha calificación. Como establece el Tribunal Supremo en sentencia de 22-1-2007: “Es obvio que este art. 115-3 de la LGSS pone en conexión la presunción que en él se instituye con cada situación protegida concreta que se produzca en la realidad; y es incuestionable que cada episodio o período de IT que se presenta después de haber trabajado el interesado durante «un tiempo superior a seis meses» constituye una situación distinta e independiente de otros episodios semejantes, como se deduce del citado art. 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967. A lo que se añade que en el referido art. 115-3, no aparece dato ni elemento de clase alguna que permita extender la calificación de siniestro laboral aplicada al primer episodio de IT, o a uno de los primeros, a otros episodios de IT posteriores. Por ello, debe mantenerse, como regla general derivada del mandato establecido por el art. 115-3 de la LGSS, que la presunción que el mismo estatuye, sólo se aplica a cada concreto período de IT en que se cumplen las exigencias ordenadas por él, esto es el período concreto de IT en que la dolencia haya aparecido o se haya manifestado «durante el tiempo y en el lugar del trabajo».

CUARTO.- En el caso de autos no podemos aplicar sin más el artículo 115 LGSS nº 3 que dispone que se “presumirá, salvo prueba en contrario que son constitutivas de accidentes de trabajo, las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”, puesto que sobre la baja iniciada el 20-10-06 nada se ha acreditado al respecto. En cuanto a la aplicación del art. 115.2 LGSS, tenemos que son constitutivas de accidente de trabajo: “e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo”; pero no es el caso ya que ninguna prueba sobre la exclusividad requerida se ha practicado. Y según el punto f) del mismo precepto son constitutivas de accidente de trabajo: “Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”, lo que tampoco resulta de aplicación puesto que en octubre de 2006 no nos consta la producción de accidente alguno, ni tampoco en el período intermedio entre ambas bajas, en el que aparecen dos asistencias por la condropatía rotuliana, lo que es un signo de enfermedad degenerativa. Por otra parte el que todas las patologías de la rodilla izquierda se hayan podido ver agravadas por posturas o sobreesfuerzos sufridos en el trabajo no se ha acreditado, y ello requiere cumplida prueba de quien lo alega.

A la vista de todo lo expuesto y del lapso cronológico transcurrido, el que el estado clínico del actor en fecha 20-10-2006

derive del episodio de 25-11-97 o haya sido desencadenado por el mismo no ha quedado demostrado, por lo no cabe concluir que dicho proceso de baja médica iniciado el 20-10-2006 sea considerado como accidente de trabajo; la patología del actor es un caso de enfermedad común. Por todo ello, el recurso ha de ser estimado, imponiéndose la revocación de la sentencia a quo y sin que sea necesario entrar en el tema de la Mutua responsable ni en el recurso de la parte actora al ser el fallo de esta Sala revocatorio y quedar sin objeto y por lo tanto, desestimada, la pretensión de la misma de extender la responsabilidad.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito prestado para recurrir. No procede la imposición de costas (art.233.2 LPL).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Mutua M.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de los de Alicante, de fecha 16 de noviembre de 2009; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la parte demandada de la reclamación deducida frente a ella. Desestimamos el recurso de la parte actora.

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

Sin costas.

1393

Sentencia núm. 151, de 19 de enero de 2011

Materia: Reintegro de prestaciones. Trabajador que accede a una situación de jubilación parcial en la empresa en la que presta sus servicios. Es relevado por otro trabajador con contrato indefinido y a tiempo completo, causando éste último baja voluntaria en la empresa actora. El trabajador causante de la prestación es despedido objetivamente. La

empresa actora se encuentra en estado de concurso voluntario de acreedores. Responsabilidad en el pago de la prestación.

Juzgado: Estima la demanda declarando sin efecto la resolución impugnada, condenando al INSS en las responsabilidades que legalmente tiene atribuidas y al trabajador codemandado a estar y pasar por los efectos de la presente resolución.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Declara la responsabilidad de la empresa y el reintegro de la cantidad correspondiente al importe de la pensión de jubilación parcial percibido por el trabajador relevado, sin perjuicio de las ulteriores reclamaciones que resulten procedentes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se interpone por la letrado de la Administración de la Seguridad Social en nombre y representación del INSS el presente recurso de suplicación que viene fundamentado en un motivo único articulado al amparo de lo previsto en el art.191 c) de la Ley de procedimiento laboral. Se denuncia en el mismo la infracción de la Disposición Adicional 2^a del RD 1131/02, de 31 de octubre, en cuanto desarrollo reglamentario del régimen de la jubilación parcial, según lo previsto en el art.166.4 de la LGSS, pues, a su juicio, aunque el jubilado parcial cuya jornada era del 15% hubiera sido despedido objetivamente con otros trabajadores de la empresa no se habría producido la amortización del puesto del relevista, cuya jornada era del 85%, dado que el mismo se había ido de la empresa voluntariamente por lo que el incumplimiento a la suscripción del contrato de relevo implicaría asumir el coste de la jubilación parcial del trabajador relevado.

Los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida dan cuenta que en efecto el codemandado D. A.I.G. accedió a jubilación parcial percibiendo la misma sobre una base reguladora de 1211,44 € -cuantía del 85%- y efectos del 1/1/2008; que para la sustitución de aquel la empresa I.B. SL suscribió contrato de relevo indefinido con el trabajador D. P.M. que causó baja voluntaria en la referida empresa el día 13/1/2009. Junto a dicho extremo fáctico, se constata asimismo que el trabajador jubilado parcialmente fue objeto de un despido objetivo en fecha 22/1/2009, junto a nueve empleados más de la indicada mercantil, no siendo impugnado dicho despido por el trabajador codemandado, y que la empresa se encuentra declarada en estado de concurso voluntario mediante auto de 8/6/2009 en virtud de demanda presentada el día 23/1/2009.

La Disposición Adicional 2^a del RD 1131/2002, de 31 de octubre, denunciada como infringida por la entidad gestora, establece que: " 1. Si durante la vigencia del contrato de relevo antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que

le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada ... 3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo.- En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese. 4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada".

La resolución de instancia razonó para estimar la demanda formulada por la empresa I.B. SL frente a la resolución del INSS que había establecido la responsabilidad de aquella en cuantía de 5.543,59 € en concepto de jubilación parcial percibida por el trabajador codemandado desde el 14/1/2009 al 31/5/2009, y sin perjuicio de ulteriores reclamaciones que procedieran por el subsiguiente devengo de dicha pensión hasta que el jubilado alcanzara la edad de 65 años que sería contradictoria la contratación de trabajadores simultáneamente al despido objetivo de otros trabajadores para ocupar puestos de trabajo a desempeñar por aquellos trasladando la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del TS de 23/6/2008 y 16/9/2008 para aquellos supuestos de imposibilidad de contratación de un nuevo trabajador relevista ante la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la empresa en el oportuno ERE debidamente autorizado. Y como en el caso que se contemplaba en la sentencia de instancia la baja voluntaria del trabajador relevista o sustituto se había producido el 13/1/2009 y el despido objetivo del relevado o sustituido se había acordado el 22/1/2009 –dentro de los 15 días- ya no existiría obligación de contratar a otro trabajador en sustitución del jubilado de forma parcial.

Los razonamientos antes expuestos y contenidos en la sentencia recurrida son contrarios al criterio jurisprudencial que refleja la sentencia del Tribunal Supremo de fecha **22/9/2010** –rec.4166/2009- y que por razones temporales no pudo aplicar la sentencia de instancia de fecha 9/4/2010. En aquella ya se declara analizándose el supuesto de un cese simultáneo del jubilado parcial (relevado) y del relevista por causas económicas a través de lo dispuesto en el art. 52.c ET y en interpretación dada a la Disposición Adicional 2ª y 6ª del RD 1131/2002 que, salvo los casos de extinción de la totalidad de los contratos de trabajo, existiría obligación empresarial en los términos recogidos en la misma. Así, se indica en ella que : *El número 1 de DA Segunda es el que contiene la exigencia para la empresa de proceder a la nueva contratación de un trabajador relevista en el caso de que -por cualquier causa- cese el anterior, incluso en el supuesto de que haya cesado por despido el relevado. El número 2 de tal norma no resulta aquí de aplicación, por cuanto que se refiere al supuesto de que el trabajador relevado fuera despedido improcedentemente y no procediera su readmisión. En el caso de autos ya se vio que el relevado cesó por despido objetivo vinculado a causas económicas, al amparo del artículo 52 c) ET, con lo que en ningún caso estamos ante esa situación de despido improcedente, sino más próxima a la de despido procedente.*

Por ello, la empresa demandante ciertamente podía extinguir el contrato de trabajo del trabajador jubilado anticipadamente, pero tenía la obligación de conservar,

de mantener el contrato de relevo con el trabajador relevista, o contratar uno nuevo en caso de cese por cualquier causa de éste (incluido el despido), hasta que el relevado alcance la edad de jubilación o, cabría añadir, deje de percibir las prestaciones por jubilación anticipada, puesto que así se desprende del referido número 1 de la DA Segunda del R.D. 1131/2002. Obsérvese que se está analizando la cuestión y la obligación empresarial de contratar desde la perspectiva única que aquí corresponde analizar, que es la que se produjo cuando se llevó a cabo por la empresa el despido objetivo y cese del trabajador relevista, puesto que hubiera sido perfectamente posible que se mantuviese la vigencia del contrato de éste cuando se extingue el del relevado, tal y como se afirma en la STS antes citada de 25 de febrero de 2.010, en un caso de fallecimiento del jubilado parcial.

Por todo ello resulta plenamente ajustada a derecho la resolución que dictó el INSS exigiendo de la empresa demandante el pago de las prestaciones de jubilación parcial abonada al trabajador relevado desde la fecha en que nació la obligación empresarial de contratar un nuevo relevista, 16 de marzo de 2.006, hasta el 16 de marzo de 2.008, momento en que se dejó de abonar por el INSS esas prestaciones, puesto que en que el número 4 de la DA Segunda del RD. 1131/2002 se contiene tal consecuencia del incumplimiento empresarial de la obligación analizada.

En el presente caso entendemos que no tiene incidencia el hecho de que el trabajador relevista hubiera cesado en la empresa de forma voluntaria – y no por despido objetivo por causas económicas y productivas- y el relevado si lo hubiera hecho con fundamento en el indicado despido objetivo pues lo relevante era determinar si procedía la conservación del puesto de trabajo afectado por el contrato de relevo que se habría de mantener hasta la jubilación total del relevado salvo causas sobrevenidas. Y como quiera que no constan datos sobre la existencia de una extinción que hubiere afectado a la totalidad de la plantilla de trabajadores de la empresa con cese o cierre de actividad que supondría una inviabilidad en la obligación de contratar –STS 29/5, 23/6 y 16/9/2008- sino que tan solo se relata el despido de nueve trabajadores, desconociéndose el número que integra la plantilla de la empresa y si la misma sigue ejerciendo su actividad con otros trabajadores (dato que en ningún caso aparece incorporado dentro del relato histórico de la sentencia), y que el estado de concurso voluntario de la aquella tan solo sería indicativa de una situación de insolvencia del deudor/empresa para hacer frente a sus obligaciones pecuniarias pero no tiene porque resultar coincidente por si misma con un cese de actividad procederá en consecuencia acoger el recurso planteado por el INSS ratificándose así la resolución administrativa que establecía la responsabilidad empresarial centrada en la suma no controvertida de 5.543,59 € correspondiente al importe de la pensión de jubilación parcial percibida por el trabajador relevado durante el período 14/1/2009 al 31/5/2009, sin perjuicio de las ulteriores reclamaciones que resulten procedentes.

De cuanto antecede,

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia de fecha 9-04-10 en virtud de demanda presentada por la

empresa I.B., SL contra el INSS y D. A.I.G. con revocación de la misma desestimamos la demanda formulada confirmándose al efecto la resolución del INSS en cuanto declara la responsabilidad de la empresa y el reintegro de la cantidad de 5.543,59 € correspondiente al importe de la pensión de jubilación parcial percibida por el trabajador relevado D. A.I.G. durante el período 14/1/2009 al 31/5/2009, sin perjuicio de las ulteriores reclamaciones que resulten procedentes.

1394

Sentencia núm. 165, de 20 de enero de 2011

Materia: Reclamación de cantidad: Indemnización por despido más salarios devengados. Trabajador que es despedido con motivo de un ERE y al que no se le ha hecho efectiva la indemnización.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la empresa demandada al pago de determinada indemnización por despido colectivo, más determinada cantidad por liquidación salarial y a un recargo del 10% por mora respecto de la deuda salarial.

Sala: Estima el recurso de la parte demandada en la instancia condenando a ésta al abono de una cantidad inferior a la reclamada en la instancia, si bien condena a la empresa al 10% de dicha cuantía sobre la relativa a salarios en concepto de interese de demora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de la instancia, recurre la empresa D., en suplicación, a través de diversos motivos, estando el primero de ellos dedicado a solicitar la revisión del hecho declarado probado como séptimo, pues en el se menciona la situación de otro trabajador, Sr P.C., que al igual que el actor tenía una antigüedad en la empresa superior a 14 años, al que igualmente se minoró su indemnización, acoplándola a los topes legales, lo que la sentencia no ha tenido en consideración, por ello pretende añadir al citado hecho el siguiente texto:; “ significando que de los tres demandantes únicamente a D. J.A.P.C. por su antigüedad le afectaba el discutido límite de doce mensualidades, por lo que se concilió judicialmente acordando una reducción de su indemnización de 25.332,30 euros solicitada en su demanda, a la cantidad de 22.282,32 euros correspondiente al límite de doce mensualidades”. Y a la vista, de los documentos que sirven de base a dicha revisión, la demanda interpuesta por cuatro de los trabajadores cuyos contratos fueron extinguidos y el contenido del acta de conciliación, en la que

efectivamente consta que la mayor suma indemnizatoria es la apuntada, deberá estimarse la adición planteada, al constar, asimismo, la antigüedad de dicho trabajador.

SEGUNDO.- Con el amparo procesal del apartado c) del art 191 LPL se denuncian dos infracciones, a través de otros tantos motivos.

En el primero, se menciona la inaplicación en la instancia del art 51.8 del ET, junto a la aplicación indebida del art. 1281 del Código Civil, dado que el juzgador de instancia ha entendido inaplicable el límite temporal de 12 mensualidades, por el hecho de haber pactado 25 días de salario por año, en lugar de los 20 días que regula el Estatuto de los Trabajadores. Se alega que el hecho de haber efectuado una mejora puntual en la citada negociación no implica haber dejado sin aplicación el resto de la normativa estatutaria en aquellos aspectos en los que la negociación no entró a modificar, por lo que entiende deben ser aplicados los topes legales en todo aquello no expresamente mejorado. Y efectivamente tal motivo debe estimarse, pues aunque de acuerdo con la doctrina jurisprudencial (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2003) de conformidad con la cual "...la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, tal situación tiene la salvedad de que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual". (SS 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002). Y en este supuesto, parece que las pautas interpretativas seguidas en la instancia, no solo infringen la interpretación literal que proclama el art. 1281 párrafo primero del Código Civil como primer criterio interpretativo de los contratos, "Si los términos de un contrato son claros, y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas", sino también los siguientes que atienden a la intención de los contratantes, atendiendo a los actos de éstos, coetáneos o posteriores al contrato (párrafo segundo del art 1281 y art 1282 del Código Civil), e incluso al establecido en el art. 1283 del Código Civil: "Cualquiera que sea la generalidad de los términos de un contrato, no deberán entenderse comprendidos en él cosas distintas o casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar". Las partes, al negociar las indemnizaciones, pactaron expresamente exceder el límite legal, pasando de 20 a 25 días anuales, pero nada dijeron sobre traspasar algún otro de los límites legales, por lo que a sensu contrario de lo entendido en la instancia, debió interpretarse que en lo no pactado se mantenían las pautas y límites legales expresamente establecidos para supuestos de hecho como el analizado, pero es más, en el caso concreto, consta que la intención de las partes era, exclusivamente, la que hicieron constar

por escrito, manteniendo los topes legales expresamente establecidos en una anualidad. Y así, consta, tal y como se ha hecho referencia al estimarse la revisión fáctica del hecho séptimo, que se efectuó dicha minoración en relación con otro trabajador, interpretándose por tanto, por las propias partes, que esa era la conclusión alcanzada en la negociación. Por tanto, se considera que la interpretación efectuada ha realizado una extensión de la mejora a aspectos de la cuestión no expresamente negociados, lo que nos lleva a restringir sus efectos a lo que expresamente pactaron y solo a eso, aplicando las normas legales a los aspectos que no se hicieron constar de modo expreso.

En el segundo se señala la infracción de lo dispuesto en el art. 29.3 del ET, pretendiendo que se deje sin efecto el interés del 10 % impuesto en la instancia, sobre la cuantía salarial, cuando ello no procede cuando la cuantía sea controvertida, como lo ha sido en el presente supuesto (STS 6.11.2006). Como señala reiterada jurisprudencia, constituye doctrina constante en interpretación y aplicación del citado precepto estatutario, contenida entre otras en sentencias de 28 de octubre de 1992 , 9 de diciembre 1994 y 1 de abril de 1996 que «... el recargo por mora sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes» , de modo que «cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses». Afirmación esta última que, como es lógico, debe entenderse referida a una oposición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos, o controvertidos sin base legal suficiente. Pero en el presente supuesto, si bien es cierto que la oposición empresarial tenía su sentido en relación con las cantidades que ésta Sala ha ajustado, eliminando de la condena el exceso de indemnización por encima de los topes legales, no expresamente mejorada, la oposición empresarial no se justifica, ni respecto a la deuda salarial, ni tampoco respecto de la cantidad de 25 días por año, con el límite legal, lo que da un total de 22.788 euros, sobre los cuales procede estimar que deben abonarse los intereses de demora que fueron reclamados, pues de lo contrario se equipararía al empresario moroso con el que no lo es, eximiéndose a aquel de la condena a un interés en proporción al tiempo de demora o retraso en el pago de salarios que sí que existió, situación que de aplicarse no sería equitativa, lo que conduce a considerar que a la suma objeto de condena fijada por ésta Sala y exigible al empresario, que no la abonó en el debido tiempo, deba aplicársele el recargo por mora previsto en el precepto denunciado como infringido, rechazando, pues la infracción denunciada.

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 las consignaciones que excedan del importe de la condena y del importe de los intereses, y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir, así como a la devolución del depósito.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.DOCE de los de VALENCIA, de fecha 15 de enero del 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de DON V.R.C.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de limitar la cuantía satisfacer por D. al actor en la suma total de 22.788 euros, más el 10% de dicha cuantía sobre la relativa a salarios en concepto de intereses de demora.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del exceso de las consignaciones, así como del depósito efectuado para recurrir.

1395

Sentencia núm. 177, de 20 de enero de 2011

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de empresa automovilística. Suspensión del contrato de trabajo. Reconocimiento situación de desempleo. Cálculo del coeficiente para la prestación. Acuerdo de empresa.

Juzgado: Desestima las alegadas excepciones de falta de jurisdicción de este orden de lo social, cosa juzgada y prescripción, y desestima la demanda promovida en conflicto colectivo por la empresa demandante absolviendo de las pretensiones contenidas en la misma a los codemandados.

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

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 infracción “de la norma sustantiva contenida en el Artículo 3 y 6 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto de protección por desempleo. Asimismo se denuncia infracción de lo dispuesto en el alegado artículo 45.2 del RD Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. También se denuncia infracción de la doctrina jurisprudencial que en desarrollo de los preceptos estatutarios mencionados la desarrolla y se cita a continuación”. Argumenta en síntesis que el exceso de días lo es por aplicación del coeficiente 1,25 a que alude el artículo 22.6) del RD 625/1985, de 2 de abril, pues los días de suspensión son días laborables y no días naturales, trayendo a colación diversas sentencias de la Sala de lo Social del TSJ de Aragón de 7 de mayo de 2003 (dos), de 29 de abril de 2003 y de 25 de septiembre de 2002, “al tratarse de una suspensión temporal de la relación laboral, y en cuanto a la determinación de dar el mismo tratamiento prestacional en casos de suspensión de por plazo cierto y determinado (continuo) de calendario, que cuando la suspensión está referida a días de trabajo efectivo. Es decir, se trata de conseguir la equivalencia del tiempo de suspensión de contratos, computado éste en jornadas de trabajo efectivo que la empresa ha fijado dentro de los límites temporales de la autorización de suspensión, a tiempo de desocupación a los efectos prestacionales”, siendo el coeficiente correcto “el resultado de dividir 365 días entre los días laborables del año más los días laborables de vacaciones (248), es decir que la Empresa abona 1,4718 días de salario por cada día laborable trabajado y en consecuencia debe dejar de abonar 1,4718 de salario por cada día laborable de suspensión”.

2. Desde la perspectiva de la prestación por desempleo del nivel contributivo, cuya cuantía viene regulada por el artículo 211 de la Ley General de la Seguridad Social y artículo 4 del R.D. 625/1985, de 2 de abril, consideramos que la misma (su cuantía) no es coincidente con la retribución a que tuviera derecho el trabajador si no estuviera en situación de desempleo. Por otra parte, la permanencia en situación de desempleo en virtud de suspensión del contrato de trabajo en virtud de expediente de regulación de empleo debe tener la duración expresada en el mismo.

3. El régimen jurídico de las retribuciones de los trabajadores afectados por el conflicto vendrá dado, en lo que aquí interesa, por las reglas generales del Estatuto de los Trabajadores, fundamentalmente su artículo 26, y por el Convenio Colectivo de aplicación, que determinarán en su caso la cuantía que la empresa estará exonerada de abonar en aplicación de lo prevenido en el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores.

4. Así las cosas, la conexión jornada laboral y salario y sus correspondientes efectos consideramos que dependerá de lo pactado al respecto.

5. Como quiera que el Acuerdo de Empresa, cuyo contenido se tiene por reproducido en el ordinal 1º del relato histórico, no contiene disposición alguna que establezca que el abono del salario se efectúe en función de la jornada anual de trabajo efectivo y en cómputo anual, ni que distinga entre el importe de módulo del salario por día hábil de trabajo e importe del salario día natural, entendemos que la empresa debe abonar los días de trabajo por su importe específico, sin descuento alguno, y dejar de abonar los días en que no se trabajó también por ese importe sin introducir elemento alguno dimanante de la prestación por desempleo y los días de suspensión del contrato de trabajo autorizados en el expediente de regulación de empleo. Abonando este criterio que el artículo 25 del Acuerdo de Empresa, al tratar el “supuesto de reducción de jornada en F.E.” indique que en ese caso “la Dirección de A.F.S., S.A. y la Representación legal de los Trabajadores en el centro abrirían negociaciones para tratar de resolver los problemas que pudiera ocasionar a los trabajadores de A.F.S., S.A. dicha reducción”, de lo que deducimos que también debe ser producto de un pacto el importe a descontar en su caso del salario a que los trabajadores tengan derecho.

6. Frente a lo indicado por el recurrente al respecto de que la sentencia de la Sala de lo Social de Aragón de 25 de septiembre de 2002, invocada por el mismo, resuelve un caso idéntico al presente, debemos subrayar –sin perjuicio de que no se pueda considerar como jurisprudencia a efectos de este recurso (artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, dado lo dispuesto en el artículo 1.6 del Código Civil- que en aquel caso se partió del Convenio Colectivo de la empresa (allí recurrida) que “en cuanto a jornada de trabajo (art.31 del C.Colectivo, en relación con el 33 y Calendario anexo)”...funcionaba.... “en cómputos anuales, a razón de 7 horas y 42 minutos en cada jornada efectiva de trabajo” de ahí que llegue a la conclusión estableciendo una relación de proporcionalidad entre la remuneración normal si no hubiere existido la suspensión y la correspondiente al haberse dado tal incidencia laboral. En nuestro caso no existen datos que permitan llegar a tal conclusión o a sentar otra desde perspectiva jurídica diferente. Por otra parte, sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente apartado, las otras sentencias invocadas de la Sala de lo Social de Aragón resolvieron recursos contra sentencias dictadas en procesos sobre prestaciones de desempleo, por lo que, el criterio que sientan no se refiere directamente al objeto del proceso donde recayó la sentencia impugnada, sin que tampoco constituyan jurisprudencia.

7. Aunque la duración y el importe de la prestación de desempleo y la retribución que debe la empresa, como subrayamos en el apartado 2 de este fundamento jurídico constituyen aspectos diferentes, es lo cierto que el conflicto, como se indica en el incombato y por ende inalterado relato histórico de la sentencia impugnada, se origina en virtud de la Resolución de 29-12-2008 de la

Dirección General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social de la Generalitat Valenciana por la que se autorizó a la empresa actora, por causas de producción, a suspender los contratos de trabajo de 371 de sus trabajadores que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la factoría de F.E. S.A. de A., por un periodo total de 41 días laborales y entre el 2-1-2009 y el 30-6-2009, según el orden y afectación que se establecen en los anexos a dicha Resolución. Por consecuencia de la aplicación de la Resolución referida, el Instituto Nacional de Empleo, y mediante respectivas resoluciones, procedió a reconocer a los trabajadores afectados el derecho a prestaciones de desempleo en un número de días equivalente al resultado de aplicar el coeficiente 1,25 por cada día laboral de suspensión de su contrato de trabajo. La sentencia impugnada desestima la pretensión de la empresa actora, ahora recurrente, consistente en que se declare que la empresa debe dejar de abonar 1,4718 días de salario por cada día laborable de suspensión de contrato de trabajo a los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo adoptado por la Resolución de 29-12-2008 ya mencionada, con fundamento en lo previsto en el art. 45.2 del Estatuto de los Trabajadores y el art. 208.1.2) de la Ley General de la Seguridad Social, partiendo de que la decisión del INEM, “de abonar prestaciones por desempleo a los trabajadores afectados por ERE’s de suspensión de contratos en días laborales, correspondientes a días, o porciones de días, en los que la relación laboral permanece viva y no suspendida por el ERE contraviene el tenor del precepto señalado en relación con lo dispuesto en el art. 204.2 LGSS, y a falta de norma legal que disponga otra cosa, el derecho a prestaciones por desempleo se corresponde con los días de efectiva suspensión del contrato de trabajo, sin que de dichos preceptos pueda deducirse la procedencia de aplicar a los días laborales de efectiva suspensión el coeficiente que ampliaría la misma a la parte proporcional de los días de descanso reglamentarios computables como trabajados. “Así ha venido estimándose y aplicándose de modo incuestionado en relación con las restantes prestaciones de Seguridad Social sustitutivas del salario por razón de la suspensión del contrato de trabajo, como acontece, por ejemplo, con el subsidio de Incapacidad Temporal, al que se aproxima la prestación por desempleo, sin que haya constancia de que la Entidad Gestora de dicha prestación haya procedido a abonar dicho subsidio aplicando ningún coeficiente a los días laborales afectados por la suspensión del contrato de trabajo debida a Incapacidad Temporal. Es por ello que debe afirmarse contraria a lo dispuesto en el art. 208.1.2) LGSS la práctica empresarial consistente en descontar en los salarios de los trabajadores afectados por el ERE aprobado por la referida Resolución de 29-12-2008 el coeficiente pretendido del 1,4718 por cada día laboral de suspensión del contrato de trabajo, careciendo dicha práctica al tiempo de su aplicación de cobertura normativa alguna. En esta conclusión abunda la circunstancia de que sólo el RD 1300/2009, de 31 de julio, cuya disposición final tercera introduce un nuevo apartado 6) en el art. 22 del RD 625/1985, ha venido a dar una cuestionable cobertura reglamentaria, subsiguiente a su entrada en vigor, a la práctica

aplicada por el INEM, consistente en computar con el coeficiente 1,25 cada día laboral de suspensión del contrato de trabajo por causa de ERE o asimilado, lo cual en todo caso sería aplicable con posterioridad a los efectos del ERE de que se trata, pero en ningún caso a los trabajadores afectados por el mismo, dado que su efectividad se extendió hasta el 30-6-2009, y en todo caso no justificaría la pretensión actora de aplicar el coeficiente del 1,4718.”. Afirmaciones que la Sala comparte en lo atinente a los días que refiere, y que abonan la desestimación del único motivo de recurso.

SEGUNDO.- Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia impugnada con los efectos prevenidos en los artículos 202.4 y 233.2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A.F.S. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Valencia el día 10 de septiembre de 2010 en proceso de conflicto colectivo seguido a su instancia contra el COMITÉ DE EMPRESA DE A.F.S., S.A., la SECCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA DEL SINDICATO X., la SECCIÓN SINDICAL EN LA EMPRESA DEL SINDICATO XX.. y la SECCION SINDICAL EN LA EMPRESA DEL SINDICATO XXX. ,y confirmamos la aludida sentencia. Sin costas.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal a la firmeza de la presente.

1396

Sentencia núm.197, de 25 de enero de 2011

Materia: Trabajador afiliado al RGSS que solicita una declaración de invalidez: Solicitud de incapacidad permanente. El actor ejerce funciones de soldador en la empresa en la que presta sus servicios.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de incapacidad permanente total por enfermedad común, condenando al INSS a estar y pasar por esta declaración, debiendo abonar la prestación económica correspondiente, más las revalorizaciones y mejoras que procedan

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia.
El estado en que se encuentra el demandante no le incapacita para el ejercicio de su profesión habitual.**

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda presentada en materia de reconocimiento de incapacidad permanente total, interpone el INSS recurso de suplicación a través de un único motivo, redactado con base al apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). La entidad gestora denuncia la infracción por aplicación indebida del art. 137.4 de la LGSS y alega, en síntesis, que no se ha llevado a cabo una adecuada ponderación de las exigencias de la profesión habitual y su relación con las limitaciones orgánicas y funcionales. El demandante puede llevar a cabo su profesión de soldador y la sentencia que declara su incapacidad permanente total debe revocarse.

Pues bien, dispone el artículo 136 de la LGSS, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte el artículo 137.4 del mismo texto legal señala que, “se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.

SEGUNDO.- Así las cosas, y de la propia declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, concluimos que en la parte actora no concurren las condiciones exigidas por los indicados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. En efecto, según el hecho probado 6º el actor presenta: “Taquicardia auricular focal con EFF síndrome ansioso depresivo. Taquicardias frecuentes desencadenadas por estrés y esfuerzo físico”.

A tenor de lo dispuesto en el hecho probado primero la profesión del actor es la de soldador, siendo de conocimiento general de las

profesiones que se trata de un oficio con un muy diverso contenido y que abarca desde tareas de soldadura de piezas propiamente dichas, que puede referirse a diversos metales, como también, en relación a la soldadura, tareas de mantenimiento, instalación, reparación, etc...; y con posibilidad de realización bien a nivel de suelo bien en estructuras. Recordemos que en nuestro sistema de Seguridad Social la invalidez permanente es un concepto eminentemente profesional y la profesión debe analizarse en un sentido amplio, teniendo presente el completo haz de facultades que integran la misma. Es por ello que no todas las tareas de soldador exigen o requieren de esfuerzo físico, al menos de un esfuerzo de entidad significativa, por lo que no puede afirmarse, sin más, y visto el relato de hechos probados, que las funciones del oficio de soldador sean susceptibles de desencadenar taquicardias al actor. Todo lo más, cabría hablar, en determinadas ocasiones, de un esfuerzo moderado, cuya realización no se prueba sea incompatible con el estado del demandante. En cuanto al estrés, tampoco tenemos dato alguno para afirmar que la profesión de soldador sea estresante, característica que, partiendo del conocimiento general de las profesiones, no debe entenderse implícita en la de soldador, profesión no exigente a nivel de carga mental. Por otra parte, en cuanto al síndrome ansioso depresivo, que es susceptible de tratamiento, nada se dice de su entidad, no constando en lugar alguno su posible gravedad o la existencia de una depresión mayor.

Por todo lo expuesto cabe concluir que la parte actora se encuentra capacitada para la realización de su profesión habitual, no impidiéndole hoy, su estado clínico, la realización de las fundamentales tareas del trabajo de soldador. En virtud de ello, procede la revocación de la sentencia de instancia previa estimación del recurso de suplicación interpuesto.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto en nombre y representación del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de ALICANTE, de fecha 1 de diciembre de 2009, revocamos la citada sentencia y con desestimación de la demanda absolvemos a la parte demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas.

Sentencia núm. 200, de 25 de enero de 2011

Materia: Lesiones permanentes no invalidantes: Reconocimiento de menoscabo auditivo. Derecho a indemnización.

Juzgado: Desestima la demanda. No procede reconocimiento ni indemnización alguna.

Sala: Estima parcialmente el recurso, declarando al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia el actor formula recurso, impugnado por la empresa codemandada, en el que denuncia infracción de los arts. 150 a 152 L.G.S.S, 56 a 50 de la O. de 15-4-1969, Baremo anexo con la O. TAS 1040/2005 de 18-4-y Jurisprudencia que invoca: el Tribunal supremo: S- 8-3-06, 2-11-05, 2-4-02 y 24-11-03, porque entiende, en resumen, que el menoscabo auditivo que sufre afecta a la zona conversacional en ambos oídos, ya que, verificando la media aritmética de los niveles de audición, medidos en decibelios, de 500, 100, 2000 y 3000 Hz, conforme a la doctrina del T.S, resulta una pérdida de audición de 53,75 Db. en el oído derecho y de 28,75 Db. en el oído izquierdo; y solicita que, en lugar del nº 8, se le aplique el baremo nº 11 de Lesiones Permanentes no Invalidantes.

El motivo debe prosperar parcialmente pues según el hecho probado 3º, la audiometría practicada del actor en fecha 25-3-2010 arroja los siguientes niveles de deterioro auditivo: OD: 35 db a 500 Hz, 55 dB a 1000 Hz, 75 dB a 2000 Hz, 50 dB a 300 Hz; y O.I: 25 dB a 500 Hz, 25 dB a 1000 Hz, 25 dB a 2000 Hz y 40 dB a 3000 Hz; y que a los 16 años se le practicó a aquél una timpanoplastia en el O.D que le provocó alteraciones en la audición no debidas al ruido, sufriendo en este oído hipoacusia avanzada compatible con enfermedad común; añadiendo (h.p. 4º) que el puesto de trabajo del actor presenta un nivel de exposición diario equivalente a 91 dB con 8 horas diarias de exposición sin medir dicho ruido con tapones. Con ello cabe considerar: A) que el O.D. el actor padecía una patología previa derivada de enfermedad común, sin que se haya acreditado agravación en la misma como consecuencia del trabajo (f.j. 3º con base en informe pericial, La afirmación de la sentencia de que “rota tal presunción” (de enfermedad profesional; p.e. STS 14-2-06 “iuris tantum” respecto a A.T), se considera que la limitación en O.D. proceda de Enfermedad Común, no es discutida en el recurso; y cómo indica entre otras, la STS de 28-11-06 (Rc. 4126/05), las patologías previas al aseguramiento únicamente pueden tenerse en cuenta si con posterioridad surge una agravación sustancial. Además, el art. 150 de la LGSS, (y el 46 de la O.de 15-4-69) se refiere a la LPNI “causadas” por AT o EP y no a las derivadas de enfermedad común; y B) La valoración de la hipoacusia de O.I. debe realizarse (TS S. 4-10-06, Rc 80/05, 10-5-06, 2-11-05, etc) con arreglo a normas de experiencia expresadas en la guía

de valoración del menoscabo permanente del Instituto Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo y de acuerdo con ello el nivel de audición a tener en cuenta ha de ser el promedio del resultado de la prueba audimétrica en 500, 1000, 2000 y 3000 hercios, efectuada en circunstancias de audición ordinarias, y si el resultado es superior a 25 dB la pérdida afecta a la zona conversacional, y si ello se refiere a ambos oídos corresponderá al baremo 11, y si sólo se refiere a un oído el baremo 10 (hoy Orden TAS 1040/2005 de 18 de Abril que actualiza el Baremo anexo a la O. 15-3-69), y a la vista del h.p. 3º, aparte de otras valoraciones o conclusiones que podrían ser predeterminantes del fallo, el actor padece en el O.I. una pérdida de audición del 28,75 dB, mientras que la del O.D. no se considera a estos efectos por derivar de enfermedad común y resulta aplicable el baremo 10 “hipoacusia que afecta a la zona conversacional de un oído...”, indemnizable con 2.020 Euros.

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

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de Suplicación interpuesto, revocamos la sentencia dictada con fecha 29 de abril de 2010 por el Juzgado de lo Social nº DOS de Castellón en los autos nº 1000/09, y en su lugar, declaramos al actor D. J.A.S.P. afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional en el oído izquierdo, previstas en el nº 10 del Baremo referido en el anterior fundamento de derecho, condenando a los demandados INSS, K.E. S.A y U.M. a pasar por esta declaración y al INSS a abonar al actor la suma de 2020 Euros.

1398

Sentencia núm. 235, de 25 de enero de 2011

Materia: Prestación de maternidad. Trabajadora que solicita la prestación la cual es denegada por no hallarse en alta o situación asimilada a la misma. Estimación. Jurisprudencia del TS.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir la prestación por maternidad. Condena a la empresa como responsable directo del pago y al INSS al anticipo de la prestación.

Sala: Estima en parte el recurso, absolviendo al instituto demandado del anticipo reclamado. La trabajadora no se encuentra en alta o situación asimilada a la misma, por lo que la entidad gestora está exenta de responsabilidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y declaró el derecho de la actora a percibir la prestación por maternidad en el periodo de 19-1 al 10-5-09, condenando al INSS y a la empresa M.C. S.L.U., a estar y pasar por ello y a dicha empresa como responsable directo al pago de su importe sobre la base reguladora diaria de 17,45 euros y deber de anticipo por el INSS, interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS, y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, respecto del derecho, se denuncia infracción de los artículos 100, 102, 133 ter, 124.1, 126.2, 130 de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 3.1 de la Orden Ministerial de 13-10-1967, la Orden Ministerial de 17-1-1994, arts. 94.2 a y 95.1-3 de la Ley de Seguridad Social de 21-4-1966 y arts. 29 y 32 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, alegando en síntesis, que la actora no se encontraba en situación de alta o de asimilada al alta en la fecha del hecho causante, ya que la misma si bien tenía una antigüedad en la empresa M.C. SLU de 20-7-2006 dicha empresa no procedió a cursar su alta ni a cotizar por la trabajadora en la seguridad social durante ningún momento de la relación laboral, procediendo al alta con fecha 20-1-2009 fuera de plazo y después del hecho causante de la prestación que fue el día 19-1-2009. Por lo que como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones en materia de alta a la seguridad social por parte de la empresa es ésta la responsable del pago de la prestación de maternidad reclamada por la actora sin obligación de anticipo por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que la actora inició su descanso por maternidad el 19-1-2009, que la actora prestó sus servicios para la empresa M.C. SLU desde el 20-7-2006 habiendo sido despedida de esta empresa el 5-9-08, sin que estuviera de alta ni cotizando, habiendo levantado la Inspección de Trabajo actas el 25-3-09 por el periodo de descubierto de julio de 2006 a enero de 2009, existiendo alta en TGSS de fecha 20-1-2009. Siendo así que la demandante inició su descanso por maternidad el día 19-1-2009, es evidente que a tal fecha no se encontraba en alta en la Seguridad Social, que se produjo el día 20-1-2009, y por lo tanto resulta ajustada a derecho la sentencia impugnada que declaró la responsabilidad directa de la empresa demandada para el pago de la prestación de maternidad, pero no procede declarar la obligación del INSS de anticipar la prestación, por cuanto si la trabajadora no esta en alta, la responsabilidad del pago del subsidio recae directa y exclusivamente sobre la empresa, sin obligación de anticipo por la aseguradora o responsabilidad subsidiaria del INSS, por lo que procede absolver al INSS, porque es reiterada la doctrina jurisprudencial, por todas las sentencias más antiguas del Tribunal Supremo de 22-4-1994, 3-11-1994, 13-12-1995 y 4 de junio de 2000, y las mas recientes de 20-11-06, 19-1-07, 20-2-07 y 22-02-07, que establecen que en las contingencias comunes si el trabajador no esta en situación de alta o asimilada no hay obligación de anticipo del INSS, quedando la entidad gestora exenta de toda responsabilidad. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar en parte la sentencia de instancia, absolviendo al Instituto demandado.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSS frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Dos de los de Alicante, de fecha 15 de enero de 2010, dictada en virtud de demanda interpuesta por D^a. T.M.G., a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar debemos absolver y absolvemos al Instituto demandado, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.