

**Sentencia núm. 1.021, de 5 de abril de 2011**

**Materia: Reclamación de cantidad. Abono de diferencias salariales: derecho al cobro de horas extraordinarias. Compensación por asignación complementaria. Procedencia.**

**Juzgado: Desestima las demandas absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.**

**Sala: Desestima el recurso, confirmando la sentencia de instancia. Los trabajadores no tienen derecho al cobro de las horas extraordinarias ya que por acuerdo verbal se estableció su sistema retributivo. Los actores no se encuentran sujetos a convenio colectivo.**

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Trece de los de Valencia que desestima la demanda de los actores sobre reclamación del abono de horas extraordinarias correspondientes a los años 2008 y 2009, interponen recurso de suplicación los demandantes que se articula en dos motivos y que ha sido impugnado de contrario, conforme se indicó en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el cauce del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y en él se insta la revisión de los hechos segundo a sexto y octavo de los declarados probados. En lugar de los indicados hechos se propone por la defensa de los recurrentes el siguiente tenor:

“Por la empresa en fecha 13 de enero de 2003, para adaptarse a las exigencias de la nueva terminal del puerto de Valencia, en cuanto a tamaño, tipo y volumen de tráfico, reducir costes y conseguir una mayor eficacia en la gestión, creó unos nuevos puestos de trabajo, estando entre los trabajadores nombrados los demandantes/recurrentes, naciendo un nuevo sistema retributivo, que es modificado unilateralmente por la empresa el 22 de febrero de 2010.”

“Dado que no ha habido compensación por la realización de exceso de jornada que de otra parte hubiera sido nula al no ser compensables los excesos de jornada (STSJ-Comunidad Valenciana núm. 5780/2002, de 24 de octubre) ya que no estamos ante una disponibilidad horaria sino ante la realización habitual de unos turnos y horarios de trabajo que determinan una jornada superior, cuya retribución debe ser objeto de una cotización independiente; y, que por la empresa demandada, mediante sendas cartas de fecha 22 de febrero de 2010, de manera unilateral, modificó la jornada y el sistema retributivo de los demandantes/recurrentes, efectuando una novación modificativa o modificación impropia, provocando una compensación incorrecta, las demandas deben ser estimadas.”

La revisión postulada se apoya en una profusa argumentación deducida por el actor en relación con la prueba testifical practicada a instancia de la empresa demandada y con el documento núm. seis de la pieza documental de los demandantes que es una comunicación interna de la empresa sobre nombramiento de jefes de turno de planificación y producción y la misma no puede prosperar en primer lugar porque la valoración de las manifestaciones de los testigos tan solo corresponde al Juez de instancia, sin que la convicción alcanzada por el mismo a partir de la indicada prueba pueda ser modificada en este extraordinario recurso, como se desprende de lo establecido en el art. 191 b y en el art. 194.3, ambos de la LPL. En segundo lugar tampoco puede prosperar la modificación solicitada porque no se desprende directamente del documento en el que se sustenta, siendo ineficaces las argumentaciones y razonamientos a efectos de la revisión fáctica ((véase la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002). Por último la redacción postulada por los recurrentes, sobre todo en cuanto al segundo párrafo de la misma, hace supuesto de la cuestión controvertida y predetermina el fallo, lo que también la aboca al fracaso.

**SEGUNDO.-** Por el cauce del apartado c del art. 191 de la LPL se introduce el segundo motivo del recurso en el que se denuncia la infracción del art. 24.1 de la Constitución en relación con los artículos 26, 3.1, 3.3 y 3.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en relación con los artículos 6 y 15 del Convenio Colectivo vigente constante en autos, aduciendo la defensa de los actores que “no se puede disponer válidamente de aquellos derechos considerados como irrenunciables por el Ordenamiento Jurídico,” y, por consiguiente, aunque se admitiera la existencia del acuerdo verbal referido en el relato narrativo de la sentencia de instancia, el mismo sería nulo al cobrar el trabajador por debajo de los mínimos fijados en Convenio y mediante compensación ilícita. Por otra parte se indica que al tener la “Asignación Complementaria” percibida por los demandantes, el carácter de condición más beneficiosa, y establecer el art. 15 del Convenio la “CONSOLIDACIÓN DE MEJORAS”, no cabría la compensación de la misma con el importe de las horas extraordinarias realizadas por los demandantes y que se reclama en la demanda de la que derivan las presentes actuaciones. Para finalizar propone la defensa de los recurrentes una redacción distinta de la contenida en la sentencia respecto al fundamento de derecho segundo.

La censura jurídica expuesta no puede prosperar porque, al margen de que los fundamentos de derecho de la sentencia del Juzgado no son susceptibles de revisión en cuanto a su redacción, siendo posible tan solo la revisión de los hechos que se declaran probados, como se desprende de lo establecido en el art. 191 b de la LPL, la “asignación complementaria” que percibían los actores desde el año 1998 no constituye una condición más beneficiosa respecto a lo establecido en el Convenio de empresa, sino que remuneraba la prolongación de jornada, así como la nocturnidad, festividad y turnicidad, realizada por los demandantes, habiéndose pronunciado en este sentido esta Sala, al resolver los recursos de suplicación núm. 2767/2009 y 3311/2009, pero es que además los demandantes son trabajadores “fuera de convenio”, y su jornada laboral ordinaria se rige por lo pactado con la empresa demandada que hasta febrero de 2010 fue el acuerdo verbal del año 1998 en el que se estableció que la prolongación de jornada realizada por los mismos se compensaba con la asignación complementaria que también compensaba la nocturnidad, festividad y turnicidad llevada a cabo por los demandantes. De modo que la prolongación de jornada laboral realizada por los demandantes durante los años 2008 y 2009, no constituye horas extraordinarias al no ser de aplicación a aquellos el Convenio Colectivo de empresa sino el referido acuerdo verbal del año 1998 que se mantuvo vigente hasta febrero de 2010, sin que por lo demás se evidencie del inalterado

relato fáctico de la sentencia de instancia que las retribuciones percibidas por los demandantes sean inferiores a las establecidas en el Convenio Colectivo de empresa, afirmación voluntarista de los demandantes que al carecer de todo dato objetivo en su apoyo, también se ha de rechazar sin mayor argumentación, lo que hace decaer la reclamación deducida por los demandantes, de conformidad con lo resuelto por la sentencia del Juzgado que se ha de confirmar previa desestimación del recurso.

**TERCERO.-** De acuerdo 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 los recurrentes del beneficio de justicia gratuita.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. F.S.G.P. y D. J.M.P.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Trece de los de Valencia y su provincia, de fecha 29 de junio de 2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa Marítima Valenciana, S.A.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.061, de 5 de abril de 2011**

**Materia: Conflicto colectivo. Prima de productividad obtenida en virtud de pacto empresarial. Abono de la misma sin que quepa descuento por días de baja.**

**Juzgado: Estima la demanda del sindicato demandante, declarando el derecho de los trabajadores al cobro de la prima fija establecida para el mes de agosto.**

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

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell.**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** 1. Se recurre por la representación de la empresa demandada, la sentencia de instancia que estimó la demanda de conflicto colectivo y de conformidad con lo solicitado en el suplico de aquella, reconoció a los trabajadores que perciben la prima de productividad a percibirla en el “mes de agosto, calculada sobre la media de los días laborables de los seis meses anteriores (febrero a julio), sin descuento alguno de los días de incapacidad temporal que puedan tener los trabajadores en ese periodo”.

2. El recurso se instrumenta en base a un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, en el que se denuncia la infracción por la sentencia de instancia de lo dispuesto en el artículo 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores –en lo sucesivo, ET-. Se realizan en el escrito de recurso una serie de consideraciones sobre la inexistencia de una condición más beneficiosa que vincule a la empresa y que justifique el derecho reclamado en la demanda, para, a continuación, subrayar en letra negrilla como fundamento de su oposición al pronunciamiento de la sentencia, que la prima de productividad siempre se cobró a cambio de producir 52.000 metros de cartón y que “en la actualidad no se llega a esa producción ni por ensueño debido a la crisis que arrastra en todas las actividades y, por tanto, entendemos que no procede esa prima”.

3. A la vista del contenido del escrito de recurso consideramos conveniente realizar las siguientes precisiones:

a) Todas las consideraciones que se hacen por la recurrente en relación con la credibilidad de las diferentes declaraciones que se realizaron en el acto del juicio, están fuera de lugar y no pueden ser tenidas en cuenta para resolver el recurso, pues ni se ha solicitado en él la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida por el cauce procesal adecuado, que es el contemplado en el apartado b) del artículo 191 de la LPL, ni las pruebas personales como el interrogatorio de parte o la testifical se admiten en el recurso de suplicación como medio para revisar los hechos.

b) El objeto del presente proceso de conflicto colectivo se ciñe estrictamente a lo solicitado en el suplico de la demanda, es decir, a que “se reconozca el derecho de

todos los trabajadores de la empresa afectados por este conflicto colectivo a percibir la prima fija correspondiente al mes de agosto, calculada sobre la media de los días laborables de los 6 meses anteriores, sin descuento alguno por los días de incapacidad temporal que puedan sufrir los trabajadores durante dicho periodo”. Por tanto, no está en discusión el número de metros producidos por la empresa en la actualidad, ni el consiguiente derecho de los trabajadores a seguir percibiendo la prima de productividad en el actual escenario de crisis económica –cuestión esta en la que parece centrarse el recurso-; ni tampoco el hipotético derecho de los trabajadores a percibir la mencionada prima incluso durante los periodos de incapacidad temporal –cuestión que también se trata en la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida, aunque luego, en coherencia con lo solicitado en la demanda, no se traslada al fallo-.

4. Pues bien, hechas las anteriores puntualizaciones y partiendo del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, el recurso debe ser desestimado. En efecto, según se relata en aquella, si bien en un principio la prima de productividad se abonaba en cantidad variable y en atención a los metros de cartón ondulados que se fabricaban –siempre que se superaran los 52.000 metros-, desde hace unos diez años y en virtud de un pacto alcanzado con los trabajadores, esta prima pasó a abonarse con una cantidad fija por día trabajado, aunque también se pagaba durante las vacaciones del personal que se disfrutaban principalmente durante el mes de agosto en el que la empresa permanecía cerrada, calculándose en este caso el importe de la prima sobre la base del promedio de lo devengado en los seis meses anteriores (febrero a julio), computando los días laborables de cada mes y dividiendo la suma entre 180 días, sin que para este cálculo se descontaran los días en que un trabajador hubiera podido estar en situación de incapacidad temporal. Siendo ello así, la decisión de la empresa que se impugna en este procedimiento consistente en no computar a partir del año 2009 para el cálculo de la prima del mes de agosto los días en que los trabajadores permanecieron en incapacidad temporal en los seis meses anteriores, resulta contraria a derecho, no tanto porque contravenga una condición más beneficiosa –dado que no estamos ante una ventaja o beneficio reconocido por voluntad unilateral del empresario, sino ante un auténtico pacto alcanzado entre empresa y trabajadores, según se relata en el hecho probado segundo- sino porque supone una modificación sustancial de una condición de trabajo de carácter colectivo que afecta al sistema de remuneración y que se ha llevado a cabo de forma unilateral por la empresa y sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 41 del ET. Por lo que procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

**SEGUNDO.-** 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

2. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.2 LPL, no procede la condena en costas.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa C.T. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.17 de los de

Valencia de fecha 24 de noviembre de 2010 en virtud de demanda presentada a instancia de la FEDERACIÓN DE SERVICIOS DE X.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.103, de 8 de abril de 2011**

**Materia: Prestación de viudedad: Reconocimiento. El causante de la prestación fallece un día después del matrimonio con la demandante. Queda probado que el matrimonio formaba una pareja de hecho con análoga afectividad a la conyugal desde 1999. Los vecinos del inmueble donde convivían así como los compañeros de trabajo conocían la relación de pareja de la actora con el causante de la prestación.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir la prestación vitalicia de viudedad reclamada en la demanda.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El supuesto tratado se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad reclamada.**

**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 del “artículo 174.1 en su último párrafo en su remisión al 174.3 párrafo 4, del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en la modificación dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre”. Argumenta en síntesis que para poder computar el período de convivencia anterior al matrimonio es necesario que los cónyuges se hubiesen constituido previamente en pareja de hecho mediante inscripción en registro público o formalización en documento público, por lo que la pretensión ejercitada debió ser desestimada.

2.El Tribunal Supremo en dos sentencias de 26 de enero de 2011, reiterando doctrina sentada en sentencias precedentes, entre las que se encuentra la citada en la muy razonada sentencia de instancia, viene indicando en síntesis sobre la cuestión controvertida: “Si el derecho a la pensión en las singulares situaciones matrimoniales que se examinan (fallecimiento por enfermedad común previa al matrimonio que no hubiese alcanzado el año de duración) se sujeta a haberse acreditado “un periodo de convivencia... en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”, está claro que con tal mandato el legislador únicamente está imponiendo que se cumpla el expresamente citado requisito de la convivencia (por dos años, menos la duración que haya tenido el propio matrimonio), a justificar por el correspondiente empadronamiento (u otro singular medio de prueba, conforme a nuestras indicadas sentencias de 25/05/10 -rcud 2969/09 - y 09/06/10 -rcud 2975/09 -), sin que en forma alguna sea también exigible -para esa convivencia prematrimonial- el requisito de inscripción o escritura pública, que es propio de la pensión correspondiente a la “pareja de hecho” cuyo miembro supérstite pretende el derecho a la pensión, y cuya razón de ser

(acreditamiento fehaciente del compromiso de convivencia) ya está cumplidamente atendido por el propio matrimonio posterior; porque -insistimos- el supuesto de que tratamos se encuadra en la vía matrimonial para el acceso a la prestación de viudedad.”

3. En lógico acatamiento a la doctrina jurisprudencial de referencia, que ha sido reiterada sin fisuras, y cualquiera que haya sido el criterio que haya podido sostener la Sala, procederá desestimar el motivo.

**SEGUNDO.-** Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia de instancia. Sin costas ya que la Ley 1/1996 de 10 de Enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, establece con respecto al ámbito personal de su aplicación, en el art. 2 que tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: "b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso".

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.16 de los de Valencia el día 7 de septiembre de 2010, en proceso sobre prestación de viudedad contra el mismo a instancia de doña M.J.P.L. y confirmamos la aludida sentencia. Sin costas.

**Sentencia núm. 1.123, de 12 de abril de 2011**

**Materia:** Despido. Trabajadora con sucesivos contratos de duración determinada que presta sus servicios en la rama de hostelería con la categoría de auxiliar de camarera. Declaración improcedente de la extinción de la relación laboral. Cuantificación de los salarios de tramitación.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda, declarando la improcedencia del despido, con la obligación de readmitir a la trabajadora o abonarle determinada cantidad en concepto de indemnización. En todo caso la demandada en la instancia ha de abonar los salarios de tramitación desde la fecha de despido hasta que comienza a trabajar para otra empresa.

**Sala:** Estima el recurso de la parte demandante en la instancia reconociendo el derecho al cobro de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta el de la notificación de la sentencia, descontando los días en que prestó servicios en otras empresas. Confirma el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Combate la representación letrada de la parte actora la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Alicante que estima parcialmente la demanda por despido, al no estar conforme con la cuantificación de los salarios de tramitación que efectúa la resolución recurrida, habiendo sido impugnado el recurso por la empresa demandada, conforme se indicó en los antecedentes de hecho.

Antes de entrar a resolver el recurso se ha de señalar que la impugnación del mismo que formaliza la empresa demandada excede con mucho de lo que es una impugnación puesto que pretende la revisión de la naturaleza del contrato de trabajo suscrito entre las partes y la supresión de los salarios de tramitación devengados por la actora, lo que debió hacerse valer, en su caso, a través de la interposición del correspondiente recurso de suplicación, con el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto (depósito, consignación) y al no haberse hecho así resulta inviable entrar en el examen de dichas cuestiones, sin que proceda en ningún caso la condena en costas que solicita la demandada al gozar la trabajadora recurrente del derecho de justicia gratuita y no se aprecia en su actuación procesal mala fe o notoria temeridad.

**SEGUNDO.-** El recurso interpuesto por la defensa de la demandante se articula en dos motivos. El primero se introduce por el apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y persigue la revisión fáctica de la sentencia del Juzgado. En concreto solicita la modificación del hecho probado primero en su apartado 3º para que se haga constar como fecha de su baja en la empresa F.R.G. y J.N. C.B la de 7-4-10 en lugar de la de 7-6-10 que recoge el tenor original del hecho controvertido. La modificación postulada se apoya en los documentos obrantes al folio 110 (informe de vida laboral) y 140 a 142 (contrato, nómina y cese) y la misma se ha de acoger por desprenderse de los documentos en los que se sustenta y corregirse con dicha revisión el error material padecido en la sentencia del Juzgado, la cual recoge por lo demás en el fundamento de derecho cuarto, segundo párrafo que “Relevante resultó el hecho de que en el nuevo trabajo, para el que fue contratada la actora como camarera tras finalizar la relación laboral, tan solo durase dos días,” lo que resulta acorde con la modificación solicitada por la demandante.

**TERCERO.-** En el segundo motivo del recurso que se incardina en el apartado c del art. 191 de la LPL y cuyo objeto es el examen del derecho aplicado en la sentencia del Juzgado se imputa a ésta la infracción de lo establecido en el art. 56.1.b de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET) por haber limitado el devengo de los salarios de tramitación de la demandante al período comprendido entre la fecha del despido y hasta la fecha de 5-4-2010, esta inclusive, cuando después de su despido la actora sólo trabajó los días 6 y 7 de abril de 2010 por lo que únicamente se habrá de descontar de los salarios de tramitación dichos días, devengándose los mismos desde la fecha del despido hasta la notificación de sentencia.

Como recoge la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 5 mayo 2004, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 1957/2003, la figura de los salarios de tramitación o salarios de trámite tiene una evidente y clara naturaleza indemnizatoria [o si se quiere compensatoria de los salarios dejados de percibir] pues con ellos se pretende, tanto en los despidos nulos como en los improcedentes, compensar al trabajador uno de los perjuicios que para él se derivan del hecho del despido, cual es el no percibir retribución alguna desde la fecha de tal despido y durante la substanciación del proceso correspondiente; por ello, si el trabajador de que se trate, ha trabajado para otra empresa en todo o parte de ese lapso de tiempo y ha cobrado la pertinente remuneración, es obvio que, en cuanto al montante de ésta, no ha existido perjuicio alguno; y si no hay perjuicio, no puede haber tampoco resarcimiento. Así pues, en estos casos desaparece la 'ratio legis', el fundamento esencial que justifica la existencia de la obligación de satisfacer los salarios de tramitación; y al desaparecer la causa que la justifica y genera, esta obligación no puede existir, al menos en la cuantía coincidente"»

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso evidencia que la limitación del devengo de los salarios de trámite que efectúa la sentencia del Juzgado resulta incorrecta por cuanto que dichos salarios, conforme se desprende de lo establecido en el art. 56.1.b del ET, se devengan desde la fecha del despido hasta la notificación de sentencia, habida cuenta del carácter indefinido de la relación laboral que unía a las partes y de dichos salarios solo cabe descontar los salarios percibidos en las nuevas colocaciones que haya encontrado la trabajadora tras el despido, cuyo descuento se ha de verificar no en la sentencia de instancia sino en trámite de ejecución de dichas sentencia que es cuando se podrá conocer tanto la totalidad de lo percibido por la actora durante el período que va desde la fecha del despido hasta la notificación de sentencia

como cualquier otra circunstancia acaecida con posterioridad a la sentencia y hasta la notificación de la misma y que pueda incidir en la referida cuantificación (situación de incapacidad temporal de la actora, entre otras).

La estimación del recurso de suplicación conlleva la revocación de la sentencia del Juzgado en el sentido de condenar a la empresa demandada al abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de sentencia, descontando lo percibido por la actora en las nuevas colocaciones que haya encontrado tras el despido, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

## **FALLO**

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.<sup>a</sup> L.D.G.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cuatro de los de Alicante y su provincia, de fecha 16 de agosto de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra la empresa Hotel Spa X., S.L., habiendo sido llamado el Fondo de Garantía Salarial y revocamos la referida sentencia en el sentido de condenar a la empresa demandada al abono a la actora de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia de instancia con descuento de lo percibido en las nuevas colocaciones por la actora tras su despido.

**Sentencia núm. 1.130, de 12 de abril de 2011**

**Materia.** Declaración existencia de relación laboral: Existencia de dependencia o subordinación. Trabajadora que presta sus servicios como masajista en un recinto propiedad de una empresa. La actora suscribe un contrato de arrendamiento de local. La masajista cobra por sus servicios ya sea directamente del cliente o en la recepción del establecimiento hotelero.

**Juzgado:** Desestima la demanda formulada por la Inspección de Trabajo, absolviendo a los demandados de las peticiones de la demanda.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No existe una dependencia de la mercantil codemandada en la instancia en cuanto que la trabajadora tiene la facultad de autoorganizar su trabajo ni está sometido a la potestad disciplinaria de éste. Tampoco se da la nota de ajenidad.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- 1.** En el escrito de formalización del presente recurso, el abogado del Estado, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (en lo sucesivo, LPL), solicita la revisión del relato histórico de la sentencia impugnada, con la finalidad de, por un lado, dar nueva redacción a los hechos probados primero y tercero, proponiendo el texto alternativo que, por constar en el escrito de interposición, damos por reproducido.

La petición de modificación de los ordinales primero y tercero de la relación de hechos probados contenida en la sentencia recurrida, merece ser rechazada porque el recurrente no identifica el medio probatorio que justifica su petición revisoria, tal y como exige el artículo 191, b) de la LPL. En efecto, en el escrito de interposición del recurso analizado, el abogado del Estado no indica la prueba documental o pericial en la que basa su impugnación sino que se limita a señalar que los contratos de arrendamiento de local tenidos en cuenta por el juez “a quo” para estimar probado el hecho contenido en el ordinal primero no han sido reconocidos por la trabajadora codemandada, y que ésta “*presentó la oportuna denuncia...por falsedad documental, quedando por tanto este hecho a expensas del procedimiento judicial tramitado al efecto*”. Sin embargo, como señala la mercantil codemandada en su escrito de impugnación, no consta en autos la presentación de la querrela por falsedad documental por parte de la Sra. X. a quien se concedió a tal fin un plazo de siete días desde la fecha de celebración del juicio oral (documento nº 233: acta del juicio). En consecuencia, en virtud de lo previsto en el artículo 4.1 y 3 de la LPL el magistrado de instancia puede valorar los contratos de arrendamiento suscritos entre los codemandados al objeto de resolver el fondo del asunto, cosa que hizo en la sentencia objeto del recurso haciendo referencia a los

razonamientos que le han llevado a estimar como válidos los citados contratos de arrendamiento de local, como exige el artículo 97.2 de la LPL.

2. Idéntica suerte desestimatoria merece la pretendida supresión del hecho probado segundo de la sentencia recurrida, porque tal petición tampoco se fundamenta en ninguna prueba hábil.

3. Por último, solicita el recurrente la adición de un nuevo hecho probado –el quinto- con la redacción que, por constar en el escrito de interposición, damos por reproducida y que también debemos rechazar por la misma razón empleada para desestimar las otras peticiones de revisión del factum de la sentencia de instancia.

En consecuencia, ha de quedar incólume el relato de hechos probados de la sentencia recurrida y de él se ha de partir para resolver el resto de los motivos del recurso.

**SEGUNDO.-** En el marco de la censura jurídica no denuncia el abogado del Estado, en el cuarto de los motivos de su recurso, la presunta infracción de una concreta norma sustantiva ni de doctrina jurisprudencial, sino que se limita a manifestar su disconformidad con la conclusión alcanzada por el juzgador de instancia de que no existe relación laboral entre los codemandados, pues, en su opinión, sí se han acreditado en el acto del juicio oral, los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) para poder afirmar la existencia de un contrato de trabajo, por lo que defiende la aplicación de la presunción “iuris tantum” de laboralidad contenida en el artículo 8.1 del ET.

Por lo que respecta a la posible aplicación indebida de los artículos 1.1 y 8.1 del ET, el argumento que desarrolla el abogado del Estado en su recurso para fundamentar dicha denuncia es que concurren la notas de dependencia y retribución en la relación que une a los codemandados, argumentando que la Sra. X. *“estaba insertada en el marco organizativo de la empresa que ofertaba, concertaba, cobraba los servicios y asumía el coste de las instalaciones, su mantenimiento y aportaba los elementos materiales y humanos de modo que la prestación de la trabajadora se limitaba a aportar su mano de obra percibiendo por ello una retribución”*.

Para que una prestación de servicios pueda considerarse que se desarrolla en régimen de dependencia o subordinación es necesario que el trabajador, por un lado, acate las órdenes dadas por el empleador, es decir, que no tenga la facultad de autoorganizar su trabajo, debiendo someterse a las indicaciones que a tal efecto le haga el empresario que, como titular del poder de dirección, determina el contenido, la cualidad y el resultado pretendido; por otro, que esté sometido a la potestad disciplinaria de éste, a quien corresponde la vigilancia y control de la correcta prestación del servicio y la potestad sancionadora en caso de incumplimiento. Si esta nota característica no concurre, el contrato será civil o mercantil, según el caso, pero nunca laboral (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2.005).

En el asunto que nos ocupa no consta que la Sra. X. recibiera indicaciones de la mercantil codemandada en cuanto a las tareas a realizar, el modo de organización o los resultados a obtener en su prestación de servicios como masajista, ni tampoco que estuviera sometida a una vigilancia y control por parte de F., S.A.

En cuanto al elemento retributivo de la relación, consta en el inalterado hecho probado tercero de la sentencia recurrida que *“el precio por los servicios de la Sra. X. se abonaba por los clientes en ocasiones en la recepción del hotel y otras se pagaba en mano a la Sra. X.”*. Por consiguiente, la mercantil codemandada no retribuía los servicios prestados por la Sra. X. sino que los pagos provenían directamente de los clientes, de modo que no podemos concluir que lo percibido por la codemandada fuera un salario (artículo 26.1 del ET). Es más, tampoco está presente la nota de ajenidad, que permite diferenciar el contrato de trabajo de otro tipo de contratos, pues aquélla supone la adquisición automática por el empresario de los resultados de la actividad laboral, así como de su utilidad patrimonial (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 2.004) y, como acabamos de indicar, no se ha acreditado que F., S.A. hiciera suyos los resultados de los servicios de masajista prestados por la Sra. X.

En suma, mantenidos en su integridad los hechos declarados probados y puestos en relación con las consideraciones expuestas, se impone como conclusión jurídica precisamente aquella a la que llegó el magistrado de instancia, esto es, la de que no existe relación laboral entre la Sra. X. y la mercantil F., S.A.

Todo ello conduce a esta Sala a la desestimación del motivo de impugnación y, por su efecto, del recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el abogado del Estado en nombre de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Valencia, de fecha 25 de mayo de 2.010, y en consecuencia, confirmamos la sentencia de instancia.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.155, de 12 de abril de 2011**

**Materia:** Declaración de invalidez: Extinción de la prestación. Trabajador que causa baja médica, acogiéndose a percibir la prestación de la Mutua codemandada. La Mutua declara extinguida la prestación de incapacidad temporal, al realizar éste trabajos que no debería haber llevado a cabo. Reclamación situación extintiva por parte de la actora.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la prestación.

**Sala:** Estima la demanda y revoca la sentencia de instancia. La Mutua ha extinguido la prestación realizando una actuación sancionadora que le está vedada, sin que quepa denegar al trabajador la totalidad del periodo del subsidio que le restaba y sin que pueda acreditar el ejercicio de la actividad del demandante durante su situación de baja médica. Procede abono de prestación.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de la instancia, que desestima la demanda interpuesta por el trabajador contra la extinción de la prestación de IT declarada por la Mutua, es recurrida por dicho trabajador, el cual interpone un primer motivo de recurso con el objeto de revisar la conclusión fáctica a la que llega la sentencia de la instancia, no en los hechos, sino en la fundamentación jurídica, relativa a que consta que el trabajador estuvo desempeñando actividades propias de su actividad profesional durante el período que se hallaba percibiendo la pensión por incapacidad temporal, constituyendo esto causa de suspensión, para sustituirlo por los datos que constan en el mismo Informe de detectives que ha servido de base a la sentencia de la instancia, en el que se desprende: a) que el actor realiza vida laboral con normalidad, b) que realiza la función de trabajador y la de administrador, y, c) que el redactor del informe solicitó al Sr M. trabajos relacionados con su actividad laboral, indicando que el Sr M. no tiene inconveniente en realizar dichos trabajos en cuanto acepte el presupuesto, lo cual no acredite la realización de actividad profesional alguna, ni aporta datos concretos, fechas o lugares que acrediten a que trabajos se refiere el informe y cuando se llevaron a cabo.

Pero tal pretensión no debe prosperar, pues lo que hace la sentencia de la instancia, en su fundamentación, es entender que existieron esos trabajos, que no concreta ni centra temporalmente, por lo que constituye la conclusión de una valoración jurídica, que puede ser revisada en base a la constatación del error en la valoración de la prueba, que constituye el segundo de los motivos planteados por la parte recurrente.

**SEGUNDO.-** Se denuncia, en un segundo motivo, la infracción del art 218 de la LEC en relación con la falta de motivación de la sentencia, al faltar el menor razonamiento fáctico ni jurídico sobre el presupuesto de hecho de la decisión de la Mutua, ni sobre su falta de competencia para dictar dicha resolución extintiva; y con cita de los arts 131 bis y 132 LGSS solicita que se revoque la sentencia de la instancia, pues la Mutua no tiene facultad de extinguir la prestación, sino solo de suspenderla por el tiempo que concurra con una actividad incompatible con su percepción, lo que no ha sido acreditado.

Efectivamente debe señalarse que la sentencia carece de motivación en relación con ciertos aspectos de su conclusión, tanto respecto a la afirmación con la que concluye que el actor estuvo realizando una actividad profesional, como sobre la discutida capacidad o competencia de la Mutua para declarar extinguida una prestación por el motivo indicado. Pero como la parte no pretende la nulidad de la sentencia, sino la resolución sobre la cuestión, la falta de alegación sobre la posible indefensión de la misma, permita a ésta sala entrar a conocer del fondo de la cuestión, tanto desde la perspectiva de la prueba, como desde el análisis objetivo de las competencias de la Mutua para dictar una resolución extintiva de la prestación, en el caso concreto.

Dispone el artículo 131 bis de la LGSS: “Extinción del derecho al subsidio.

1. El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento”. Por su parte el art. 132.1 b) de la LGSS establece que "El derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido: ...b) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena.

De acuerdo con la norma aplicable se debe, pues, distinguir entre los supuestos de “extinción” del derecho al subsidio (art. 131 bis.1 y 132 LGSS), que guardan íntima relación con las vicisitudes del hecho causante, y aquellos otros merecedores de “pérdida o suspensión” del derecho art.132 LGSS), que, con alguna excepción, ostentan básicamente carácter sancionador. La jurisprudencia ya se ha pronunciado reiteradamente sobre la incomparecencia la cita médica como causa de extinción al entender que la Mutua actúa en ese supuesto, no con carácter sancionador, sino dentro de sus facultades de gestión. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2006, reiterada por otras posteriores (sentencias de 9 de octubre de 2006, 10 de octubre y 5 de noviembre de 2007, y 18 de febrero de 2009), ha señalado que "mayor dificultad ofrecen las posibilidades de actuación de las Mutuas en orden a reaccionar frente a los supuestos en que el beneficiario «preste servicios por cuenta propio a ajena», y para los que la Ley dispone con sobrada imprecisión que el derecho al subsidio «podrá ser denegado, anulado o suspendido». Es claro que tal entidad colaboradora no puede imponer sanción alguna, pero no [merecería tal reproche aquella medida que se limitase a ser reflejo de los presupuestos propios de la contingencia y no comportase esencia punitiva alguna; en otras palabras, si la contingencia de IT ampara la pérdida de ingresos por limitación psico-física que impide el ejercicio de la actividad laboral [art. 128 LGSS.], aunque el trabajo por cuenta propia o ajena no presupone ineluctablemente la curación del beneficiario, en todo caso

evidencia la innecesariedad de la renta substitutiva del salario o ingreso, con lo que solamente resultaría sancionadora aquella medida [anulación; suspensión] que excediese temporalmente de la actividad laboral acreditada; o lo que es igual, la paridad en la ecuación trabajo/suspensión podría servir de módulo diferenciador entre la mera gestión y la actividad punitiva, de forma que la coincidencia de extensión temporal entre el hecho y la decisión adoptada [tantos días de suspensión como de actividad laboral] determinaría la calificación de la medida como acto de gestión, en tanto que el exceso [en términos de suspensión por más tiempo; o anulación del derecho] comportaría sanción prohibida para la Mutua, cuya posibilidad de actuación fuera de aquellos parámetros de equivalencia temporal se limitaría a las actuaciones previstas en los arts. 80 RD 1993/95[«podrán instar la actuación de la Inspección de Servicios Sanitarios de la Seguridad Social en los términos que se reconoce a las empresas»] y 5 RD 575/97 [cuando «consideren que el trabajador, puede no estar impedido para el trabajo, podrán formular... propuestas motivadas de alta médica], pues la actividad laboral resulta en apariencia manifestación de una capacidad para el trabajo que contradice la propia existencia legal de la IT ".

En el presente caso, la Mutua demandada procedió a anular/extinguir la prestación por IT que venía percibiendo el demandante desde el día 27/02/2009 hasta el 16 de marzo del 2009 en que el actor fue dado de alta por curación. Pero la resolución que procede a la extinción se limita a consignar como causa de la suspensión alegando: “Fraude en la conservación de la prestación económica, simulando unas limitaciones funcionales que no presenta en tal grado que le impida el desempeño de su trabajo, habiéndose constatado asimismo que ha estado realizando trabajos en su situación de baja médica los días 03/02/09; todo ello de conformidad con lo establecido en el art 132 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los arts 128 y 130 del mismo texto legal”. Por su parte, en la contestación a la reclamación previa, se señala: “Fraude en la conservación del subsidio por pérdida sobrevenida del requisito legal de encontrarse capacitado para el desarrollo del trabajo como consecuencia de haber comprobado que se encuentra capacitado”. Es evidente que al no existir dato meció alguno que avale la situación de capacidad del actor, que la Mutua pudo conseguir mediante la cita del mismo a reconocimiento médico, o la correspondiente denuncia a la Inspección, la extinción se fundamenta en la supuesta constancia de una actividad incompatible con la situación de IT; el defecto que se observa, entonces, es la falta de toda concreción sobre tal hecho. La Mutua no indica en qué consisten tales actividades, lugar en que se realizan, ni días concretos o plazo temporal en que se hayan producido las actividades en cuestión. En el curso del juicio tampoco ha quedado acreditado ninguno de los anteriores extremos, que ni siquiera fueron objeto de prueba por la entidad gestora, la cual se ha limitado a aportar un informe de detective, no ratificado en el acto del juicio, en el que solo consta que durante el período de control del vigilado, ( que no se menciona), “se ha observado al Sr M. realizar vida laboral con normalidad y sin aparentes dolencias o molestias físicas algunas para la realización de dicho acto”, para añadir: “he podido constatar dicha función a través de cita con el informado donde le he solicitado trabajos relacionados con su actividad laboral. El Sr M. no tiene ningún inconveniente en realizar dichos trabajos, además de comunicarme que los puede comenzar en cuanto acepte el presupuesto”; Tampoco en la sentencia de instancia se expresa cuál sea el período temporal en el que supuestamente el trabajador ha realizado trabajos por cuenta ajena durante la situación de incapacidad temporal, ni que trabajos han sido esos, ni el lugar donde los ha realizado, lo que evidentemente deja en absoluta indefensión al demandante.

A la vista de ello, puede concluirse que la actuación de la Mutua, que no se ha limitado a suspender el abono del subsidio durante aquellos días en que se hubiera probado la actividad laboral del demandante (ecuación trabajo/suspensión), única actuación que, según la doctrina jurisprudencial citada, puede considerarse en puridad acto de gestión permitido a la misma; ha procedido a extinguir una prestación, realizando una actuación propiamente sancionadora que legalmente le está vedada, al privar al trabajador de la totalidad del período de subsidio que le restaba (hasta su extinción legal), sin vinculación alguna con realización de trabajo concreto por parte del demandante, y sin acreditar, además, tal actividad.

Por todo lo cual debemos, aceptando los dos motivos de infracción postulados, el de falta de capacidad legal de la Mutua para extinguir la prestación, y falta de prueba del tiempo, lugar y modo en que se realizaron por el actor los trabajos incompatibles con la situación de IT que señala, revocar la sentencia de la instancia y estimar, en consecuencia, la demanda interpuesta por el actor.

**TERCERO.-** No procede imponer condena en costas.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON C.M.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.UNO de los de ELCHE, de fecha 22 de Julio del 2010; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y en su consecuencia estimamos la demanda interpuesta, condenando a la Mutua U. a que abone al actor la cantidad de 2.432,80 euros.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.201, de 19 de abril de 2011**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS. Solicitud de prestación al no poder realizar su actividad laboral: encargada en almacén de cítricos. Cuadro clínico de la actora. Secuelas invalidantes. Derecho a prestación. Procedencia.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando a la parte actora afecta de una situación de invalidez permanente cualificada, grado total y con origen en enfermedad común, con derecho a una pensión vitalicia mensual en cuantía del 55% de su salario base regulador, más los incrementos legales correspondientes.

**Sala:** Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Las lesiones de la actora no le incapacitan par el ejercicio de su profesión de encargada de almacén, puesto que no le suponen esfuerzos físicos que mermen su capacidad. Tampoco queda probado que su cuadro depresivo tenga una gravedad impeditiva para el ejercicio de su actividad.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la sentencia de instancia que, estimando la pretensión deducida en la demanda, declaró que la actora se encontraba afecta de una incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual de encargada de almacén de naranjas, y le reconoció el derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora. En un único primer motivo redactado al amparo de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 136 y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por la Entidad Gestora que las dolencias y limitaciones funcionales que padece la demandante no le incapacitan para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual de encargada que esencialmente supone labores de organización, aunque eventualmente pueda desarrollar alguna actividad física.

Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, 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.-** Hay que empezar por señalar que como esta misma Sala ha mencionado en reiteradas sentencias (rs 3783 07 entre otras), "de acuerdo con el art. 136 LGSS (RCL 1994\1825) la invalidez permanente configurada en la acción protectora de la Seguridad Social es de tipo profesional y por ello, para su debida calificación hay que partir de las lesiones que presenta el beneficiario y ponerlas en relación con su actividad laboral para comprobar las dificultades que provocan en la ejecución de las tareas específicas de su profesión (STCT 8-11-85), y proceder a declarar la invalidez permanente total cuando inhabilitan para desarrollar todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia (TS 26-2-79 [RJ 1979\652]) y con rendimiento económico aprovechable (TCT 26-1-82) y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS 16-2-87 [RJ 1987\869], 6-11-87 [RJ 1987\7831]).".

Asimismo, tal y como 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 de 29-9-1987 ), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos. Por lo demás, debe entenderse por "profesión habitual", no un determinado puesto de trabajo, "sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional" y es que conforme a la STS de 17-1-1989 : "la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional, sin perjuicio de las limitaciones correspondientes a las exigencias de titulación académica". Además, las tareas que han de analizarse en relación con las secuelas son las definidas para la categoría profesional en el correspondiente 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.

En el presente caso hay que analizar si las limitaciones que le producen la existencia de osteoporosis, tendinopatía bilateral de hombros y una lumbartrosis discreta, con las subsiguientes limitaciones para levantar pesos por encima de la línea horizontal, así como posturas extremas forzadas, mantenidas e incómodas del raquis, le inhabilitan para desempeñar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual de encargada de almacén, bien entendido que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2006, Recurso: 5135/2004, citada por la recurrente, la referencia a dicha profesión se hace a todas las funciones propias de dicha profesión, o como dijo la STS 17-1-1989 (RA 259/89 ), "la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo

sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle", lo que significa que - como ha reiterado la Sala de lo Social en SSTS 12-2-2003 (Rec.- 861/02) o 27-4-2005 (Rec.- 998/04 ) contemplando supuestos semejantes al que ahora nos ocupa - no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su "profesión", las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el "ius variandi" empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable.

En el caso analizado la demandante ostenta la categoría profesional de encargada de almacén de frutas y desarrolla dichas funciones y otras, según los testigos, propias de peón de almacén, si bien estas otras funciones no pueden considerarse incluidas dentro de su categoría por lo que no podrán tenerse en cuenta a efectos de delimitar la incidencia de las limitaciones derivadas de la patología de la actora en el desempeño de su trabajo. Puesta en relación la indicada profesión de encargada de almacén de frutas con las dolencias que presenta la actora y que son las recogidas en el hecho tercero y a las que se ha hecho antes referencia, se ha de concluir que la actora no se encuentra impedida para el desarrollo de las fundamentales tareas de su profesión habitual ya que como encargada de almacén de frutas, sus funciones son esencialmente de control y supervisión por lo que la realización de esfuerzos físicos con los miembros superiores o a nivel de raquis es mínima. En cuanto al síndrome depresivo reactivo, no consta que tenga la gravedad impeditiva para la realización de las funciones de encargada de almacén.

Por ello, deberá dictarse sentencia que, revocando la de instancia, desestime las pretensiones de la actora.

**TERCERO.-** Sin costas

## **FALLO**

Estimamos el recurso interpuesto por el INSS y por la TGSS, revocamos la sentencia dictada en fecha 19-4-10 por el Juzgado de lo Social nº 2 de Castellón y en su lugar desestimamos la demanda formulada por D<sup>a</sup> J.C.C.

**Sentencia núm. 1.223, de 19 de abril de 2011**

**Materia: Incidente concursal en un expediente de regulación de empleo. Extinción colectiva de las relaciones laborales de la totalidad de la plantilla de la empresa (siete trabajadores). Indemnización de 20 días de salario por año de servicio. Recurso en suplicación frente al auto del Juzgado de la Mercantil.**

**Juzgado: Desestima la demanda. No hay una extinción colectiva en el auto que se recurre.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la resolución recurrida. En la parte dispositiva del auto se impugna el importe de la indemnización reconocida a cada uno de los trabajadores, no cuantificándose la cantidad por año de servicio sino el importe de 20 días de salario. No hay una extinción colectiva sino que la cuestión afecta a la relación jurídica individual de cada trabajador.**

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** 1. Se pretende recurrir en suplicación por la representación letrada de los siete trabajadores: J.A.B.P Y OTROS SEIS, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Valencia de 30-7-2010, por el que se acuerda la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los 7 trabajadores de la empresa concursada.

2. Al citado recurso no consta oposición de la administración concursal.

3. El artículo 64.8 de la Ley Concursal dispone, “Contra el auto a que se refiere el apartado anterior cabrá la interposición de recurso de suplicación, así como del resto de recursos previstos en la Ley de Procedimiento Laboral, que se tramitarán y resolverán ante los órganos jurisdiccionales del orden social, sin que ninguno de ellos tenga efectos suspensivos sobre la tramitación del concurso ni de los incidentes concursales.

Las acciones que los trabajadores puedan ejercer contra el auto, en cuestiones que se refieran estrictamente a la relación jurídica individual, se sustanciarán por el procedimiento del incidente concursal. La sentencia que recaiga será recurrible en suplicación”.

4. Esta Sala en resoluciones como son los autos de 3-11- 2005 (recurso de queja nº 3588/2005), 21-2-2006 (el recurso de queja nº 100/2006) 2-5-2006 (recurso de queja nº 1170/2006) o 18-9-2007 (recurso de queja nº 2548/2007) y las sentencias, citadas en el escrito de impugnación de 15-12-2009 (recurso de suplicación 2971/2009), 15-6-2010 (recurso de suplicación 1272/2010) y 8-3-2011 (recurso de suplicación 233/2011),

ya dijo que, a pesar de las dificultades que pueda entrañar -según se ha puesto de manifiesto por la doctrina científica- la obtención de un concepto unitario de legitimación, sí parece posible partir de la premisa de que se trata de una noción de carácter procesal que atiende a la determinación de quién ha de ser parte en un proceso concreto para que en él pueda llegar a decidirse por el tribunal competente acerca de lo que constituye su específico objeto. Por regla general esa cualidad corresponderá, en el ámbito de las relaciones jurídicas individuales a quien afirma ser titular de un derecho subjetivo material frente a aquel de quien se afirma que es el sujeto pasivo de esa relación y obligado, por tanto, a respetarlo y a darle el cumplimiento debido conforme a lo que sea propio de esa singular relación jurídica existente entre ellos. Sin embargo, hay ocasiones en que la condición habilitante para actuar como parte legítima en un determinado proceso no descansa en la afirmación de la titularidad de una relación jurídica material, sino en la concesión que, atendido el particular objeto de ese proceso, se realiza de modo expreso por una norma procesal a ciertas personas o entidades, como acontece en aquellos supuestos en los que no se trata de pedir la tutela judicial de derechos subjetivos individuales, sino de la defensa de determinados intereses económicos y sociales propios de un grupo.

Tal es el caso en el que nos encontramos, en el que el artículo 64.2 de la Ley Concursal atribuye solamente la cualidad de parte procesal legítima para actuar en el procedimiento para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo o para la extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en que sea empleador el concursado a: 1) La administración concursal, 2) El deudor, y 3) Los trabajadores de la empresa concursada a través de sus representantes legales. En el procedimiento que tiene por objeto dicha materia la Ley Concursal opta por conferir la legitimación a la totalidad de los trabajadores que deben actuar a través de sus representantes en defensa de los intereses del grupo, y excluye el que puedan hacerlo por sí mismos uno o varios trabajadores a título individual. Así pues, si a los trabajadores individualmente considerados no se les otorga por la ley la condición de parte legítima en ese específico procedimiento, es evidente que no pueden actuar de ningún modo en él en tal concepto, ni les está permitido, por tanto, la interposición de recursos, pues la legitimación para recurrir sólo corresponde a quien es o debe ser parte en el proceso de que se trate.

No hay, pues, dos medios de impugnación que se puedan utilizar indistintamente por cualesquiera de los sujetos interesados en la situación que sea objeto del incidente sobre modificación sustancial, extinción o suspensión colectivas de los contratos de trabajos. Los trabajadores no pueden actuar en ese procedimiento a título individual, sino siempre y en todo caso por medio de sus representantes, que son los únicos a los que se atribuye legitimación por la Ley. La actuación que cualquier trabajador pretenda realizar a título individual y en su propio nombre deberá encauzarla necesariamente por el procedimiento al que se refiere el artículo 64.8, párrafo segundo de la Ley Concursal.

Consecuentemente, y siendo que en el presente recurso se impugna el importe de la indemnización reconocida a cada uno de los trabajadores en la parte dispositiva del Auto, alegando que no se ha cuantificado con el importe de 20 días de salario por año de servicio, con el límite de 12 mensualidades, sino simplemente con el importe de 20 días de salario, es evidente que se trata de una cuestión que afecta estrictamente a la relación jurídica individual de cada trabajador, ya que la disconformidad con la cuantía de la indemnización es una cuestión que afecta a cada relación jurídica individual, con independencia de que, como en el presente caso, todos los trabajadores estén en desacuerdo con la cuantía que ha determinado el juez mercantil en la declaración de

extinción de los contratos, con competencia para resolver sobre las pretensiones para que se declaren extinguidos los contratos de trabajo, debiéndose fijar en el propio auto las indemnizaciones (art. 84.2.5º LC); razón por la que procede desestimar, por inadmisión, el recurso de suplicación.

**SEGUNDO.-** Sin costas.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de J.A.B.P y OTROS SEIS, contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil nº. 3 de los de Valencia de fecha 30-7-2010; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.287, de 19 de abril de 2011**

**Materia:** Incapacidad temporal. Trabajador que sufre accidente de trabajo “in itinere”. Baja médica. Tras mejoría y situación de alta vuelve a obtener baja por agravación del cuadro clínico. Determinación si la nueva baja es consecuencia del anterior accidente de trabajo.

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

**Sala:** Estima el recurso declarando que la nueva situación de baja del actor es derivada de accidente de trabajo.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora de que la baja de IT iniciada el 23-10-2008 es derivada de accidente de trabajo, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la Mutua demandada y en el tercer motivo del recurso se pretende con amparo procesal en el artículo 191, a) de la Ley de Procedimiento Laboral, la reposición de los autos y la declaración de nulidad de la sentencia para que se dicte una nueva, y si bien se interesa con carácter subsidiario se ha de analizar en primer lugar porque de prosperar haría innecesario el análisis del resto de los motivos del recurso.

Se denuncia en este motivo que la sentencia impugnada ha procedido a cambiar el objeto del debate, pasando de un procedimiento de determinación de contingencia de la IT a otro proceso distinto en el que el objeto del mismo ha pasado a ser la procedencia o no de la baja de IT causada el 23-10-2008. Motivo que no puede alcanzar éxito ya que la sentencia impugnada resuelve el objeto inicial de la litis, la determinación de la contingencia del proceso de baja del 23-10-2008, y así lo establece y recoge la Juzgadora de Instancia, aunque en algún apartado de su sentencia aluda a la oportunidad de la baja y su prolongación.

**SEGUNDO.-** Se postula la revisión de los hechos declarados probados, si bien se efectúa con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque por error se alude al apartado c) del mencionado precepto, interesando la supresión dentro del hecho probado segundo de la frase “...por no acudir a la cita médica prevista...” y añadirse al final del expresado hecho lo siguiente: “En el parte de alta emitido por la doctora L.S.C. de Unión de Mutuas en fecha 22-10-2008 consta como motivo del alta mejoría que permite realizar trabajo habitual”, y en parte debe

accederse a la revisión interesada ya que es cierto que en el mencionado parte figura tal motivo, pero no es menos cierto que el parte en cuestión tiene fecha de 24-10-2008 y el alta es de fecha 22-10-2008, dándole de alta la expresada doctora con fecha del día en que tenía que acudir a la cita, existiendo en los autos prueba documental que avala lo que se pretende suprimir del hecho probado, por lo que debe prosperar la revisión fáctica pretendida en el sentido indicado de mantener el hecho y la adición de la fecha del parte y el motivo del alta.

**TERCERO.-** Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Orden Ministerial de 9 de octubre de 1967, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, así como infracción por su no aplicación de lo dispuesto en el artículo 128.1 de la Ley General de la Seguridad Social y art. 1.1 del R.D 575/1997 e infracción del art. 24.1 de la Constitución Española, alegando, en síntesis, que la patología por la que el actor causo baja por IT-AT el día 17-6-2008 y 23-9-08 y la del 23-10-2008 ha sido la misma, esguince de cuello, sin que la mutua extendiera parte por curación, sino por mejoría.

Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que el actor sufrió un accidente “in itinere” consistente en accidente de tráfico, el día 16-7-2008 a consecuencia del cual le fue extendida baja médica por la Mutua con el diagnóstico de “esguince de cuello”, pautándosele tratamiento farmacológico y rehabilitador y en fecha 28-8-2008 se le dio de alta por mejoría, y en 23-9-2008 se le dio de baja médica por recaída con el mismo diagnóstico, siéndole pautado tratamiento rehabilitador. En fecha 22-10-2008 es dado de alta por no acudir a la cita médica prevista, si bien es visitado el día 24-10-2008 por la mutua que emite parte de alta por mejoría que permite realizar trabajo habitual. El día 23-10-2008 el actor acude a los servicios médicos del sistema público de salud, extendiéndosele baja por el diagnóstico de “esguince/torcedura de cuello”, finalizando la baja el día 18-10-2009. Se le practicó resultancia magnética cervical en fecha 26-3-2009 con resultados de normalidad.

Los precedentes hechos probados revelan que al actor se le dio de alta por no acudir a la cita médica prevista el día 22-10-2008 y por lo tanto este acudió al día siguiente al Sistema Público de Salud en el que con fecha 23-10-2008 se le extendió baja con el diagnóstico de “esguince/torcedura de cuello”, habiendo sido visitado por el médico de la Mutua al día siguiente (24-10-2008), que extendió parte de alta por mejoría que permite realizar trabajo habitual pero referido al día 22-10-2008, pero en el presente supuesto no se impugna el alta médica producida por la Mutua, ni el acierto o desacierto de la misma, o de la nueva baja producida por los servicios públicos, sino la determinación de la contingencia de la baja de fecha 23-10-2008, y la resultancia fáctica revela que el actor sufrió un accidente “in itinere” consistente en accidente de tráfico, el día 16-7-2008 a consecuencia del cual le fue extendida baja médica por la Mutua con el diagnóstico de “esguince de cuello”, y en 23-9-2008 se le dio de baja médica por recaída con el mismo diagnóstico, por lo tanto nos encontramos ante una contingencia laboral y el día 23-10-2008 por los servicios médicos del sistema público de salud se le da de baja con el diagnóstico de “esguince/torcedura de cuello”, es obvio que se trata de la misma dolencia y causa en todas las bajas, el esguince/torcedura de cuello, por lo tanto la baja de fecha 23-10-2008 deriva también de accidente de trabajo, al ser el mismo diagnóstico y no constar que se haya producido por otro motivo. Razones que

llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia declarando que la baja por IT del actor de 23-10-2008 es derivada de accidente de trabajo, condenando a las partes demandadas a estar y pasar por tal declaración.

### **FALLO**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor Don M.R.S. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de los de Castellón, de fecha 23 de septiembre de 2010, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos que la baja por IT del actor de fecha 23-10-2008 es derivada de accidente de trabajo, condenando a las partes demandadas a estar y pasar por esta declaración.

**Sentencia núm. 1.299, de 29 de abril de 2011**

**Materia: Prestación de jubilación: Solicitud. Trabajador que ha cotizado en Francia y España. Cumplimiento de los requisitos para causar derecho a la misma. Procedencia.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la entidad gestora de la reclamación de la que ha sido objeto.**

**Sala: Desestima y confirma la sentencia de instancia. El demandante no reúne los requisitos para poder acceder a la prestación solicitada.**

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, a los fines siguientes: A) Se sustituya el hecho probado 3 por otro que diga: “El actor acredita cotizaciones en Francia, en el periodo 01-06-1959 al 31-12-1973, de 5.565 días. En España el actor cotizó en el periodo 17-04-1974 a 27-05-1990 acreditando un total de 3.035 días cotizados, de los cuales 2.737 lo son como trabajador fijo discontinuo, mas otros 2.121 del período del subsidio. En el período que va desde el 08-09-1975 hasta el 27-05-1990 último día cotizado, tiene 3.055 días cotizados.” B) Se revise el hecho probado 4 añadiendo a continuación de donde dice “dictada por el Juzgado nº 14 de Valencia en los autos 1.043/03” la siguiente frase “en la que se acredita los dos años de carencia específica”. C) Se revise el hecho probado 6 añadiendo al final esta frase: “Sobre un porcentaje del 100%”.

2. Ninguna de las revisiones fácticas propuestas debe prosperar por estas razones: A) La primera porque se basa en la cita de los documentos obrantes a los folios 7, 8, 20, 21, 24, 120, 107 y 108 de los autos, y como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase por ejemplo, su sentencia 71/02, de 8 de abril), la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas". B) La segunda porque se fundamenta en la copia de la sentencia obrante a los folios 107 y 108 de los autos, y es de ver que las sentencias no son documentos idóneos en general para la revisión fáctica (así por ejemplo sentencia del Tribunal Supremo de 18 febrero 1997), además, el dato que se pretende introducir implicaría una valoración jurídica extraña como tal al relato histórico, y que dimanara de lo argumentado en derecho por esa sentencia, que además por hipótesis podría en su caso ser examinada

por la Sala, dada la redacción del hecho probado 4 en relación con el fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia. C) La tercera porque la indicación del porcentaje correspondiente implica una valoración jurídica extraña al relato fáctico.

**SEGUNDO.-** .1. El correlativo y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, y se divide en dos submotivos. En el primero denuncia la infracción del artículo 161.1.b) de la Ley General de la Seguridad Social. Argumenta en síntesis que de acuerdo con la doctrina del paréntesis aplicada en las sentencias del Tribunal Supremo que indica debió excluirse el período en que cesó la obligación de cotizar hasta la fecha del hecho causante (la solicitud), y como en el período comprendido en los 15 años anteriores al 27 de mayo de 1990 (fecha en la que pasó a situación de desempleo situación en la que ha permanecido ininterrumpidamente) el actor tenía una cotización que superaba los 3.000 días cotizados, cumplía los dos años exigidos dentro de los quince últimos, tal y como se deducía también de lo decidido en la sentencia 10/05, del Juzgado de lo Social nº 14 de los de Valencia en la que se le reconoció el subsidio para mayores de 52 años.

2. El motivo no debe prosperar, no solo porque la aplicación de la teoría del paréntesis en el sentido ahora pretendido no consta se planteara en la instancia, por lo que tendría la consideración de cuestión nueva y por ende fuera de la competencia funcional de la Sala (artículo 7.b) de la Ley de Procedimiento Laboral), sino también porque del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia no consta que el actor permaneciera ininterrumpidamente en demanda de empleo desde el 27 de mayo de 1990, por lo que teniendo en cuenta a mayor abundamiento que como ya indicamos en la sentencia recaída en el recurso 1864/07 el hecho de que se hubiera reconocido por sentencia el subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 años “no puede vincular para el reconocimiento de la pensión de jubilación ahora controvertida ya que por un lado nos encontramos ante prestaciones diferentes, a cargo de organismos o entidades distintas, y de otro, debe acreditarse en cada momento del reconocimiento de la prestación postulada el requisito de poseer todos y cada uno de los condicionamientos exigidos, y si para la pensión de jubilación se exige un mínimo período de cotización, y éste no se posee, resultaba idóneo el rechazo a la pensión solicitada...”.

**TERCERO.-** La desestimación del motivo segundo implica la desestimación del siguiente y último donde simplemente se sostiene el porcentaje aplicable a la pensión, que como hemos visto no corresponde.

**CUARTO.-** Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia de instancia. Sin costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don F.J.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.16 de los de Valencia el

día 23 de septiembre de 2010, en proceso de Seguridad Social, seguido a su instancia frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y confirmamos la resolución recurrida. Sin costas.

**Sentencia núm. 1.354, de 3 de mayo de 2011**

**Materia:** Rescisión de contrato. Trabajador afectado por suspensión relación de trabajo y posterior ERE como consecuencia de la situación productiva de la empresa.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando resuelta la relación laboral que vincula a las partes, condenando a la empresa demandada al abono de determinada indemnización, equivalente a los días de salario del trabajador.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. De la situación económica en la que se encuentra el empleador no se deduce un incumplimiento grave y doloso por su parte y que afecte a los derechos laborales de los trabajadores, por lo que no procede una rescisión unilateral de la relación laboral.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María del Carmen López Carbonell.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El presente recurso de suplicación se articula en torno a dos motivos diferenciados, el primer motivo formulado al amparo del art 191.b propone la adición de un nuevo hecho probado con apoyo en los documentos acompañados al recurso e incorporados a la causa en virtud de Auto dictado por esta misma sala el día 14/04/2011 y cuyo tenor literal se da aquí por reproducido.

Dicha adición debe estimarse, pues los documentos incorporados, todos ellos de fecha posterior a la sentencia, así lo acreditan. Y ello sin perjuicio de resolver las cuestiones jurídicas que se plantean respecto de esta cuestión en el motivo segundo.

2. De igual forma y con apoyo en este primer motivo pretende la parte recurrente se realice una nueva aclaración sobre el hecho probado sexto, que debe ser rechazada, en la medida que el citado hecho probado ya fue aclarado por la magistrada de instancia en el auto de 17/12/2010, en el que se fijan correctamente las fechas relacionadas con la presentación de la papeleta de conciliación y la celebración del acto. Además carece de trascendencia sobre el fallo recurrido la corrección formal propuesta sobre si dicho acto terminó sin efecto, como consta en la sentencia o sin avenencia, como se desprende de la papeleta de conciliación (folio 7).

**SEGUNDO.-** 1. El segundo motivo de suplicación con fundamento en el apartado c del art 191 plantea dos cuestiones relacionadas con la posible infracción de la norma sustantiva aplicada.

La primera, postula la imposibilidad de aplicación del art 50 ET atendido el carácter constitutivo de la sentencia y su falta de firmeza y la existencia posterior de un

despido objetivo autorizado por un expediente de regulación de empleo y comunicado al trabajador el 3/2/2011. Y la segunda alega la infracción del artículo 50 a) b) y c) por aplicación indebida del citado precepto.

2. Siguiendo el orden del planteamiento efectuado por la parte, en primer lugar procede resolver si tal como alega la recurrente con cita expresa de las STS 23/04/1996, 12/07/1989, 22/10/1986 26/10/1986 18/07/1990 y 26/10/2010, no resulta aplicable en el presente caso el artículo 50 del ET, dado que la relación contractual se ha extinguido en la fecha del despido objetivo, y por lo tanto tratándose de una sentencia constitutiva carente de firmeza, los hechos acaecidos con posterioridad extinguen sus posibles efectos.

Resulta claro que este primer argumento jurídico no puede ser admitido, en la medida que en el momento de dictarse sentencia en la instancia el Expediente de regulación de empleo, se encontraba en periodo de consultas y que el acuerdo para la extinción en virtud del cual se autorizó por la autoridad laboral la extinción de determinados contratos, entre los que se encuentra el del actor, se concluyó el 28 de enero de 2011. En este sentido resaltar como el apartado segundo del acta final en la que se recoge el acuerdo alcanzado en el citado expediente por los trabajadores y la empresa el 28 de enero de 2011, condiciona efectivamente la autorización del despido al resultado del presente recurso de suplicación, que es el que determinar si la sentencia es ajustada a derecho y por lo tanto produce sus efectos desde el momento mismo que se dictó o por el contrario de concurrir causa de revocación, y acordarse la misma, quedará abierta la vía para que el despido objetivo acordado con posterioridad despliegue sus efectos sobre el contrato laboral del actor.

La doctrina jurisprudencial invocada por la parte debió ser alegada en el momento del ejercicio de la acción rescisoria, de haberse dado las circunstancias que ahora reivindica y que entonces no se daban, permitiendo así la valoración por parte del Juzgador de instancia de los presupuestos a efectos de estimar la excepción procesal de falta de acción sin embargo dicha excepción no se puede aplicar cuando la extinción del contrato se produce una vez recaída la sentencia.

**TERCERO.-** 1 En segundo lugar la recurrente plantea la aplicación indebida que hace la magistrada de instancia del art 50. a b y c del Estatuto de los Trabajadores. En atención a las concretas circunstancias que constan en los hechos declarados probados.

2. Para revisar la aplicación que de la norma hace la juzgadora en la sentencia recurrida hemos de remitirnos al fundamento de derecho tercero, en el que la magistrada realiza una valoración conjunta de las distintas causas de extinción que contempla el art 50 del ET y concluye valorando la situación concreta del caso enjuiciado como de grave incumplimiento contractual, acordando en consecuencia la extinción indemnizada de la relación.

Sin embargo los criterios de valoración de cada una de las causas alegadas y recogidas en el precepto indicado deben ser objeto de tratamiento específico constatando en cada caso si concurren o no los requisitos jurisprudenciales que determinan su estimación como causas extintivas de la relación laboral a instancia del trabajador, pues a pesar de que tradicionalmente son conductas que se relacionan con el

incumplimiento grave y culpable del empleador, su aplicación implica criterios particulares de valoración de las mismas.

**CUARTO.-** 1 El artículo 49.1 j del Estatuto de los Trabajadores establece como una de las causas de extinción del contrato de trabajo la de la voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario, y asocia la misma a una indemnización equivalente a la prevista en el artículo 56 del citado texto legal para el despido disciplinario. El artículo 50 por su parte completa esta causa de extinción al establecer las causas concretas que justifican la misma, refiriéndose en primer lugar, a las modificaciones substanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad. Esta primera causa que se estima en la sentencia no concurre en el presente caso donde tras la incorporación del trabajador a su puesto de trabajo y ante la falta de actividad empresarial en los departamentos de montaje y repasado es destinado a la sección de expediciones de la que también era responsable, para hacer inventario y sin ocuparse de las incidencias de calidad (hecho probado quinto) con mesa y ordenador y con todos los programas necesarios. El cambio operado podría constituir una modificación sustancial que afecta a las funciones que tenía atribuidas el trabajador y que resultan afectadas tras su incorporación en el mes de septiembre, sin embargo en el contexto de reorganización general que se esta produciendo en la empresa desde el 3 de agosto de 2009 fecha en el que se aprueba el primer ERE suspensivo por causas económicas y que afecta a 109 trabajadores (hecho probado segundo) no puede considerarse que la citada modificación redunde en perjuicio de su formación profesional (no consta que el puesto de trabajo asignado suponga una merma de categoría profesional) o en menoscabo de su dignidad, se trata de una medida que no resulta adoptada con carácter personal y únicamente respecto del actor y que no puede desligarse de la situación de crisis que afecta a la empresa y que se traduce en la falta de ocupación de sus trabajadores. Por lo tanto, de los hechos probados no resulta que exista un perjuicio a la dignidad o formación profesional del trabajador con origen en una decisión unilateral del empresario.

2. La segunda causa legal de extinción contemplada en el apartado b. y estimada por la sentencia de instancia es la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. La STS 9/12/2010, recurso 3762/2009 mantiene la línea jurisprudencial iniciada ya en sentencias anteriores SSTS 25/01/99 -recurso 4275/97 -; y 26/06/08 -recurso 2196/07 y afirma que para que prospere la causa resolutoria citada es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo, independiente de la culpabilidad de la empresa, temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos.

En el caso que hoy resolvemos la gravedad es cuanto menos cuestionable puesto que si tomamos como referencia los hechos declarados en el hecho probado cuarto en relación con el hecho probado primero vemos como en los más de 40 años de relación laboral que han unido a las partes litigantes, los retrasos en los que el actor pretende fundar su derecho a la extinción indemnizada se contraen a los 5 últimos meses

anteriores a la interposición de la papeleta de conciliación y a los siete meses anteriores a la celebración del juicio. Se aprecia además un retraso medio de 8 días, que se produce únicamente respecto de la segunda parte del pago salarial. (teniendo en cuenta que el art. 60 del convenio colectivo aplicable establece el pago dentro de los 4 días hábiles del mes siguiente al vencimiento y que todas las mensualidades se ha hecho efectivas hasta la fecha). Tampoco puede considerarse incumplimiento grave la decisión puntual de prorratear en 1/6 la paga extra del mes de junio.

Estamos ante medidas puntuales que no se han prolongado en el tiempo más de seis meses y que son coetáneas a la tramitación de distintos expedientes de regulación de empleo tendentes a garantizar la supervivencia de la empresa frente a la situación de crisis económica a la que se encuentra afecta. Recordar que el Tribunal Supremo en sentencias como la aquí citada o la de 9/12/2008, considera graves, retrasos continuados de más de 12 meses en el pago íntegro de los salarios, en los que aprecia la concurrencia del elemento temporal de persistencia y continuidad y el elemento cualitativo que afecta a la cantidad de lo adeudado.

Por último la sentencia recurrida se apoya en la falta de ocupación efectiva al considerar que el empresario incumplió la obligación que le impone el art 4.2 a del ET cuando dio al trabajador tres meses de licencia retribuida entre los meses de mayo a julio de 2010, periodo en el que se estaba negociando el primero de los expedientes extintivos que no finalizó con acuerdo, y fue desistido y cuando tras su incorporación al trabajo en septiembre de 2010 no le asignó tarea concreta alguna (hechos tercero y sexto en relación al fundamento tercero de la sentencia).

Hay que constatar que el art. 50 ET no establece, en forma literal, que la falta de ocupación efectiva sea motivo justo para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato. Este precepto, en su apartado a), se refiere "a las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o el menoscabo de su dignidad". Sin embargo, la Sala cuarta ha venido entendiendo que debe incluirse en dicho apartado la falta de ocupación efectiva en cuanto el artículo 4 ET. reconoce a todos los trabajadores el derecho a la ocupación efectiva. Pudiendo también entenderse tal causa comprendida en los términos genéricos que contempla el apartado c del art 50." cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor".

3. En cualquier caso el Tribunal Supremo ha entendido que habrá que analizar la situación concreta (STS28/04/2010 recurso238/2008). Por lo tanto no cualquier situación de inactividad o cesación unilateral de la prestación laboral debe ser calificada de incumplimiento empresarial siendo necesario que concurren circunstancias de gravedad y culpabilidad de la conducta del obligado que justifiquen la imposición del gravamen indemnizatorio previsto. Insiste la Jurisprudencia en sostener que el derecho a la ocupación efectiva no es un derecho absoluto y por lo tanto existen situaciones que justifican la suspensión de la prestación, en este sentido la tramitación de un expediente de regulación de empleo o la tramitación de un expediente disciplinario han sido aceptadas como causa justificativa de la suspensión de la prestación (STSJ Murcia 29/03/1994, TSJ Madrid 22/12/2010 TSJ País Vasco 8/03/2011) máxime cuando esta se hace como en el presente caso con carácter general y sin perjudicar el resto de derechos laborales, respecto de un colectivo de trabajadores, entre los cuales no consta se ejercitaran otras demandas de extinción. Además la falta de ocupación en este caso no

procede de una situación de minusvaloración y/o discriminación hacia el actor, ya que el problema afecta al conjunto de la plantilla por igual y parte de una problemática sobre la ausencia parcial de trabajo, que existía con anterioridad al inicio de la suspensión de la prestación con permiso retribuido que el empleador impone a parte de la plantilla durante la tramitación del primer expediente de regulación de empleo que finalizó en julio sin acuerdo y que motivó la incorporación del actor en el mes de septiembre tras el periodo vacacional. Durante este segundo periodo al que se refiere la sentencia y en la que apenas existía actividad laboral, se aprecia por la magistrada de instancia que existe falta de ocupación porque apenas se le asignaban tareas. Sin embargo tras la aprobación definitiva del Expediente de regulación de empleo cuya tramitación se inició el 5 de octubre de 2010, resulta claro que las circunstancias iniciales no habían variado y que en el momento de dictarse sentencia se seguía negociando las condiciones para extinguir los contratos de trabajo de un colectivo de trabajadores. Por lo que el ejercicio de la acción de rescisión individual de uno de ellos no puede desligarse del contexto de la negociación conjunta. Lo que nos lleva a concluir que en el presente caso no puede apreciarse un incumplimiento grave y culpable del empleador por falta de ocupación efectiva dado el marco de crisis económica en el que se producen los hechos la falta de actividad empresarial la afección general de las medidas y la asunción por parte del empleador de las consecuencias derivadas de la falta de actividad laboral frente a sus trabajadores.

**QUINTO.-** 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 M. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de VALENCIA de fecha 7/12/2010, en virtud de demanda presentada a instancia de la empresa demandada; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

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

Sin costas

**Sentencia núm. 1.370, de 4 de mayo de 2011**

**Materia:** Prestación de viudedad. Fallecimiento del trabajador que sufre infarto de miocardio mientras se encuentra en su puesto de trabajo. Determinación de contingencia profesional. La viuda solicita el tratamiento de accidente de trabajo, mas se le concede una pensión de viudedad derivada de enfermedad común, con un porcentaje del 52% de la base reguladora del causante.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra. No procede la consideración de accidente de trabajo.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera que el fallecimiento del actor deriva de accidente de trabajo. Del relato fáctico no se desprende que se haya destruido la presunción “iuris tantum” prevista en el art. 115.3 de la LGSS

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

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** 1. Se recurre por la representación letrada de la parte actora, la sentencia de instancia que desestimó su demanda solicitando “se declare la contingencia profesional, derivada de accidente de trabajo, condenando a las demandadas, en sus respectivas responsabilidades, a estar y pasar por tal declaración, y la pago de las prestaciones correspondientes”. El recurso se articula en dos motivos, el primero redactado al amparo de la letra b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, para interesar, en primer lugar, la adición como hecho probado del siguiente texto, “V.J.M. había realizado el reconocimiento médico de su puesto de trabajo el día 15 de junio de 2006, con validez hasta el 15 de junio de 2007. Había realizado también el reconocimiento médico específico de su puesto de trabajo en E. el día 8 de noviembre de 2007. Esto es, 4 días antes de sufrir el infarto”, basándose en el documento 5, folio 114.

Del documento en que se apoya la recurrente, consistente en un informe denominado de investigación del fallecimiento del trabajador, y suscrito por el responsable del departamento de seguridad y salud de la empresa demandada, así como del informe médico aportado por al Mutua, folio 152, y del informe obrante a los folios 27 y ss, se desprende directamente, sin necesidad de realizar conjeturas, que al trabajador fallecido se le había realizado reconocimiento médico el 8-11-07, por lo que en sólo estos términos se admite la revisión.

2. En segundo lugar, se interesa la adición como hecho probado, del siguiente texto, “El Sr. V.J.M., tras el reconocimiento médico de 8 de noviembre, obtuvo el informe de apto”, basándose en el documento 5, folio 114.

El motivo se desestima, pues de la documental en que se apoya no consta directamente el texto propuesto.

3. Solicita la recurrente la revisión del hecho probado segundo, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “El mismo día 12.11.2007, el Sr. J.M. se encontraba realizando su trabajo en la Avenida de las Cortes nº X., bloque 3, planta baja. Y, alrededor de las once y media-doce de la mañana, el trabajador V.J. solicitó material para realizar las tareas propias de su puesto de trabajo, se apoyó en la pared, y posteriormente se desmayó, perdiendo el conocimiento, y con la ayuda del Sr. G.M. lo tumbaron. Tras la llegada de los servicios del SAMUR no consiguieron reanimarle, falleciendo”, basándose en el documento 12, folio 121.

La revisión no se admite, pues la recurrente se apoya en el Acta Visita Control, efectuada por el departamento de seguridad de la empresa, tras el fallecimiento del trabajador, y la Magistrada ha obtenido su convicción tras la valoración de la prueba documental y testifical practicadas en el acto de la vista, por lo que no cabe apreciar error en la valoración de la prueba practicada, pues tal como indica el Tribunal Supremo en la sentencia de 11-12-2003, “solamente gozan de virtualidad revisora aquellos documentos que por sí mismo hagan prueba de su contenido y no resulten contradichos por otros documentos probatorios”, siendo doctrina consolidada la que entiende que para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, tal como ya manifestó el extinto Tribunal Central de Trabajo en sentencias de 29 de septiembre o 9 de diciembre de 1.989.

4. Por último, interesa que se adicione como hecho probado, el siguiente texto, “El día 12 de noviembre de 2007, el Sr. V.J.M. sufrió un accidente de trabajo”, basándose en los documentos 10 y 2, folios 119 y, 155 a 158.

La revisión no se admite, pues el texto propuesto predeterminaría el fallo.

**SEGUNDO.-** 1. En el segundo motivo del recurso, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 115 apartados 1 y 3, de la LGSS, con cita de STS de 11-6-07, 27-9-07 y 20-10-09, y Sentencia de TSJ que no conforma jurisprudencia (Art 1.6 CC). Sostiene en síntesis la recurrente que es aplicable la presunción del art. 115.3 de la LGSS, y esta no se ha desvirtuado.

2. El artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994, dispone que “se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar de trabajo”. Esto es, que existe una presunción iuris tantum, destruible mediante prueba en contrario, de que las lesiones sufridas durante el tiempo y en el lugar de trabajo son constitutivas de accidente de trabajo. El Tribunal Supremo en sentencia de 8 de marzo de 2005 (reiterando doctrina precedente) señaló que la presunción del artículo 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social “...requiere por parte de los presuntos responsables la prueba en contrario que acredite de manera inequívoca la ruptura de la relación de causalidad entre el trabajo y la lesión, y es evidente, como ha señalado la Sala en unificación de doctrina, sentencia del 16 de febrero de 1996, de acuerdo con esa presunción del precepto, que en principio no se puede descartar la influencia de los

factores laborales en la formación y desencadenamiento de una crisis cardiaca o cardiovascular...”, y en sentencia de 27 de septiembre de 2007 sistematiza la doctrina acerca de que determinadas enfermedades surgidas o desencadenadas en tiempo y lugar de trabajo deben ser consideradas accidente de trabajo indicando: “ 1) La presunción del artículo 115.3 (antes, art. 84.3 LGSS del 74) de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo. 2) Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal. 3º) La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardiaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida sólo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección”.

3. Pues bien, en el presente caso, de los hechos probados se desprende que el trabajador, con categoría de oficial albañil, inició la prestación de servicios el 12-11-07, realizando trabajos consistentes en el falseado de inodoros, tarea que consiste en la colocación de ladrillos en los huecos que quedan en las instalaciones de los mismos, y alrededor de las 11.30h-12h de la mañana, cuando se encontraba esperando la recepción de material por parte de los peones encargados, sin realizar ninguna tarea, se apoyó en la pared con síntomas de mareo, desmayándose a continuación, cayendo al suelo. Tras la llegada de los servicios del SAMUR no consiguieron reanimarle, falleciendo. Consta en el informe de la autopsia como causa de la muerte, infarto agudo de miocardio, corazón con severa patología previa. De todo lo cual debe concluirse, que el infarto sufrido por el trabajador se produjo en el centro de trabajo y durante la jornada laboral, por lo que el trabajador tiene a su favor la presunción del artículo 115.3 de la LGSS, y en consecuencia, siendo ello así, corresponde al patrono o a la entidad subrogada destruir tal presunción mediante la práctica de la correspondiente prueba. Y, aunque en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, se dice que, “No se descartó por el médico que lo atendió para emitir el informe de aptitud, que no hubiera sufrido un infarto tiempo atrás, y explicó al trabajador todas las patologías que presentaba al examinarlo, incluidas la hipertensión, glucemia muy alta, hipercolesterolemia, transaminasas altas, sobrepeso y se le explica su problema cardiaco, remitiéndole a su médico de cabecera para recibir la atención necesaria, si bien no consta que acudiera ni que tomara la medicación prescrita que previamente había abandonado”. Sin embargo tales argumentos carecen de relevancia, pues su patología previa y antecedentes no consta que afectasen a su capacidad laboral; así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18-3-99 es clara al señalar que, “no puede admitirse la tesis de la sentencia combatida por el hecho de presentar el actor antecedentes de tabaquismo e hiperlipemia, puesto

que esa situación tóxica y presentar colesterol, sin determinarse por otro lado en qué intensidad, son situaciones frecuentísimas en personas de determinada edad, constituyendo simplemente factores de riesgo que no impedían al trabajador sus tareas y de los que la sentencia extrae una presunción contraria a las previsiones del legislador.” Doctrina que se mantiene aún en los supuestos en los que conste la existencia de molestias en los días previos al infarto. Y así el Tribunal Supremo en sentencias de 27 de diciembre de 1995 y 23 de enero de 1998, citadas por la de 12 de julio de 1999 (recurso 4702/1997), se ha encargado de señalar que la presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padecía la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología de este tipo de lesiones, sino su actuación en el marco del artículo 84.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción y no puede quedar excluida por la prueba de que la enfermedad se padecía ya, pues, aunque sea así, es la crisis la que hay que tener en cuenta a efectos de protección. Por consiguiente, dado que el infarto de miocardio se produce, en el trabajo y durante la jornada laboral, horas después de iniciada la jornada laboral, en la que se realizaron tareas propias de la profesión de albañil, que conllevan esfuerzo físico, debe concluirse que no se desprende del relato fáctico que se haya destruido la presunción “iuris tantum” prevista en el art. 115.3 de la LGSS, por lo que no constando que la lesión o defecto, no se produjo a consecuencia de la realización de la tarea, el recurso deberá ser estimado, y en consecuencia, conforme a lo interesado en la demanda, procede declarar la contingencia profesional del fallecimiento del causante, y derivada de tal contingencia profesional la pensión de viudedad reconocida, conforme a la base reguladora que, aunque no consta en el relato fáctico, corresponda conforme a las bases de cotización.

## **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de C.C.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.6 de los de Valencia, de fecha 20-7-2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra INSS, TGSS, E.P.C. SA, MUTUA X.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones declaramos que el fallecimiento del causante, D. V.J.M., deriva de accidente de trabajo, y de tal contingencia deriva la pensión de viudedad reconocida a la actora, condenado a los demandados a estar y pasar por esta declaración, y a la Mutua X. demandada al pago de la pensión.

**Sentencia núm. 1.388, de 5 de mayo de 2011**

**Materia:** Vulneración de los derechos fundamentales: Derecho de huelga. Sustitución de trabajador huelguista. La empresa justifica la decisión ante la necesidad de sacar la mercancía de la empresa de automóviles por ser fin de semana.

**Juzgado:** Estima la demanda y declara que la conducta de la empresa demandada es constitutiva de un acto de esquirolaje interno prohibido y contrario al derecho de huelga, condenando a la demandada al cese de dichas actuaciones y al abono de determinada cantidad en concepto de reparación de daños y perjuicios causados.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La demandada efectuó una sustitución “interna” de un trabajador huelguista por otro trabajador de la propia empresa, que ni siquiera estaba convocado al trabajo ese día, provocando una debilitación del efecto de la huelga, y quebrantando el derecho fundamental del art. 28 de la Constitución Española.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la demandada RENFE OPERADORA, frente a la sentencia que desestimando las excepciones de falta de acción, inadecuación de procedimiento y falta de legitimación activa, opuestas por la empresa demandada, estima la demanda de la Confederación General del Trabajo del País Valenciano, sobre vulneración de derechos fundamentales y “declara la conducta de la empresa demandada del día 28 de mayo de 2010, en relación con el tren nº 59.494 al sustituir a su maquinista principal en huelga por otro maquinista de la empresa, constitutiva de un acto de esquirolaje interno prohibido y contrario al derecho de huelga, condenando a RENFE-OPERADORA a estar y pasar por dicha declaración y ordenando a la demandada el cese de dichas conductas, así como a abonar al sindicato demandante la cantidad de 6.000€ en concepto de reparación de los daños y perjuicios sufridos”. El recurso se articula en seis motivos, el primero redactado al amparo de la letra a) del art. 191 de la LPL, interesando la nulidad de actuaciones por infracción del Art. 80.1.c) LPL, Art. 85.1 LPL, Art. 412 LEC, en relación con el Art. 218 LEC. Sostiene la recurrente que el objeto de la pretensión fue que el 28-5-10 el Sr. C. realizó el servicio del Sr. F. (en huelga) efectuando el tren 59494 trayecto Silla-Tarragona, lo que no se ha acreditado, pues el Sr. C. efectuó lanzadera GVA64, pese a lo cual la sentencia estima la sustitución, la sentencia debió enjuiciar únicamente si hubo o no sustitución de trabajadores entre Silla y Tarragona, lo que justifica la nulidad de la sentencia por incongruencia con el petitum de la demanda.

De la lectura de la demanda se evidencia que se acciona por vulneración del derecho de huelga, en base a la alegada sustitución del trabajador en huelga Sr. F.,

maquinista principal, el 28-5-10, en el servicio asignado mercancías nº 59494, salida Silla 14:30h destino Tarragona, por el trabajador Sr. C.; y claramente el fallo de la sentencia estima la demanda por tal conducta, en congruencia con la demanda, por lo que la nulidad interesada debe desestimarse, pues ni la sentencia es incongruente ni se ha causando indefensión alguna a la recurrente.

**SEGUNDO.-** 1. Los motivos segundo a cuarto, se redactan al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, para interesar, en el segundo, la revisión del hecho probado tercero, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “El día 28 de mayo de 2010, estaba programada la salida del tren nº 59494, para realizar el servicio de la Ford en Silla (Valencia) a Cerber (Francia), debiendo ser conducido por el maquinista principal D. J.R.F.B., desde Silla a Tarragona relevando en Silla al maquinista Sr. C.R. que debía conducirlo entre Factoria Ford y Silla. (Folios 35 (clave 406) a 37 y 38 (vto))”.

De la documental en que se apoya la recurrente, se desprende que efectivamente el tren es el 59494, y no el que por error de transcripción consta en el hecho impugnado, así como que el destino del tren era Tarragona, por lo que sólo en estos términos se admite la revisión, ya que el resto del texto propuesto no se desprende sin más de la documental en que se apoya, pues es doctrina consolidada la que entiende que para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, tal como ya manifestó el extinto Tribunal Central de Trabajo en sentencias de 29 de septiembre o 9 de diciembre de 1.989.

2. En el tercer motivo, se solicita la revisión del hecho probado cuarto, para quede redactado en los siguientes términos, “El día 28 de mayo de 2010 el citado trabajador D. J.R.F.B., se personó en el centro de Valencia-Nord a las 12,26 horas para hacerse cargo del citado tren nº 59494 el cual debía conducirlo desde Silla, desde donde tenía la salida a las 14,30 horas. No obstante, al incorporarse al puesto de trabajo, el citado trabajador manifestó que se adhería a la huelga, no obstante lo cual no pudo comprobar que efectivamente el tren salía conducido hacía Silla por el maquinista D. J.C.R., el cual firmó la orden de trabajo del citado tren si bien no lo realizó porque el tren se suprimió. D. J.C.R. si figuraba en la lista de maquinistas convocados en Valencia-Norte para dar servicio. (Folios 3, 35 a 38 y testifical)”, basándose en los folios 3, 35, 38, 39, 89, 90.

La revisión no puede admitirse, por las razones anteriormente expuestas, y porque la prueba en que se apoya la recurrente ya ha sido valorada por el Magistrado de instancia, quien llega a la conclusión que la empresa cambió el número del tren y lo convirtió en lanzadera, tal como expone en la fundamentación jurídica de la sentencia, sin que se aprecie error, que ha de ser patente y evidente, en la valoración de la prueba que ha servido al Juez de instancia para alcanzar su convicción, entre otras la testifical, que carece de fuerza revisora.

3. En el motivo cuarto, interesa la revisión del hecho probado quinto, proponiendo la supresión del siguiente párrafo, “La empresa justificó dicha medida en la necesidad de sacar la mercancía de la Ford por ser fin de semana, lo que al parecer hubiera impedido continuar el servicio hasta el lunes, pero sin que aportara prueba alguna de ello, ni justificara la necesidad de la sustitución del trabajador huelguista, ni

los perjuicios que la demora en la prestación del servicio podían ocasionar”, por tratarse de valoraciones y apreciaciones subjetiva efectuadas por el Juzgador sobre la prueba practicada.

La revisión no se admite, pues se trata de la convicción fáctica alcanzada por el Magistrado tras la valoración de la prueba practicada.

**TERCERO.-** 1. El quinto motivo, se redacta por el cauce previsto en la letra c) del art. 191 de la LPL, denunciando la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el Art. 28.2 de la Constitución Española, Art. 6-4, Art. 6-5 y Art. 6-7 del Real Decreto Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo. Sostiene la recurrente que no hubo esquirolaje interno, pues el Sr. C. el 28-5-10, tenía grafiada la preparación del tren 59494, debiendo efectuar el trayecto entre Ford-Silla, mientras que el Sr. F. debía relevar al Sr. C. a las 14:30 en Silla para conducir el tren hasta Tarragona, por lo que la empresa no incurrió en la conducta ilícita imputada; que a consecuencia de la adhesión a la huelga del Sr. F., el tren fue suprimido en su origen, y para sacar la mercancía de Ford a Fuente San Luis se solicita y autoriza la circulación de un tren especial, lanzadera, de manera que se cambia así el tren y se establece uno especial con origen Ford y destino Fuente San Luis Clasificación; que estando la demandada dedicada a un servicio público, la adhesión a la huelga del Sr. F., no puede conllevar la inmovilización definitiva del tren.

2. El Tribunal Constitucional, en Sentencia de 28-9-1992, nº 123/92, señala que la preeminencia del derecho de huelga, “produce, durante su ejercicio, el efecto de reducir y en cierto modo anestesiar, paralizar o mantener en una vida vegetativa, latente, otros derechos que en situaciones de normalidad pueden y deben desplegar toda su capacidad potencial. Tal sucede con la potestad directiva del empresario, regulada en el art. 21 ET, de la cual son emanación las facultades que le permiten una movilidad del personal, ascensional e incluso peyorativa en su dimensión vertical y temporal como regla en la horizontal, en caso de necesidad y como medidas de carácter excepcional casi siempre. Ahora bien, el ejercicio de tal facultad cuando se utiliza como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal cualificado (en algún caso, con título universitario) en puestos de trabajo con una calificación mínima, deja inermes a los trabajadores manuales, cuya sustitución es fácil y puede privarles materialmente de un derecho fundamental, vaciando su contenido esencial. Aquí entra en juego el concepto de lo "social" que significa una acción tuitiva del más débil o desvalido cuando surge un conflicto en el cual la prepotencia del contrario le haría siempre ser el perdedor, para conseguir así la igualdad real y efectiva de individuos y grupos, a la cual encamina el art. 9 CE y, con ella, la justicia. En definitiva, la sustitución interna, en el supuesto que ahora y aquí nos ocupa, constituye el ejercicio abusivo de un derecho que en principio corresponde al empresario, el "ius variandi", con una posibilidad de novación contractual, desde el momento en que su potestad de dirección se maneja con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico y en una situación conflictiva, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”.

3. De los hechos probados, con la revisión admitida, se desprende que el sindicato actor, convocó huelga para todo el personal dependiente de la empresa

demandada, fijando como uno de los días de huelga el viernes 28-5-10 de las 00,00h a las 24,00h; que en los servicios mínimos fijados no incluyen los servicios en el transporte de mercancías; que el 28-5-10, estaba programada la salida del tren nº 59494, para realizar el servicio de la Ford, en Silla (Valencia), a Tarragona, debiendo ser conducido por el maquinista principal Sr. F., quien ese día, se personó en el centro de Valencia-Nord a las 12,26h para hacerse cargo del citado tren nº 59494 el cual debía conducirlo a Silla, desde donde tenía la salida a las 14,30h. Y, al incorporarse al puesto de trabajo, el citado trabajador manifestó que se adhería a la huelga, no obstante lo cual pudo comprobar que efectivamente el tren salía conducido hacia Silla por el maquinista Sr. C.R., el cual firmó la orden de trabajo del citado tren. El Sr. C.R. no figuraba en la lista de maquinistas convocados en Valencia-Norte para dar servicio. La empresa demandada, fue advertida por el Comité de Huelga de que no podía sustituir a un trabajador huelguista y ante las presiones del citado Comité de Huelga, procedió a cambiar de número el tren nº 59494, que quedó suprimido, transformándolo en el número GVA64, con función de tren lanzadera, que fue conducido desde Silla a la Fuente de San Luís, por el citado maquinista principal Sr. C.R., donde permaneció parado hasta el día 29-5-10, fecha en la que continuó su ruta a Cerber en Tarragona. La empresa justificó dicha medida en la necesidad de sacar la mercancía de la Ford por ser fin de semana, lo que al parecer hubiera impedido continuar el servicio hasta el lunes, pero sin que aportara prueba alguna de ello, ni justificara la necesidad de la sustitución del trabajador huelguista, ni los perjuicios que la demora en la prestación del servicio podía ocasionar. El convoy de mercancías y la máquina tractora eran los mismos con el nº 59.494 y con el nº GVA64, como se comprueba comparando los boletines de circulación y frenado que recibe el maquinista principal y debe entregar al llegar al destino, en ambos con la firma del maquinista Sr. C.R., y que también la mercancía transportada era la misma. De todo lo cual debe concluirse que la demandada efectuó una sustitución “interna” de un trabajador huelguista por otro trabajador de la propia empresa, que ni siquiera estaba convocado al trabajo ese día en Valencia-Nord, dando así resultado a una debilitación del efecto de la huelga, pues de tal acto de disposición del personal deriva una restricción a la eficacia del derecho de huelga, cuyo objeto es la interrupción de la producción de bienes o servicios por parte de la empresa, actuación empresarial que al dar regularidad al servicio, quebranta el derecho fundamental configurado en el art. 28 de la Constitución, pues implica que el conflicto no ha tenido relevancia práctica; procediendo, en consecuencia, desestimar el motivo de recurso.

**CUARTO.-** El último motivo se redacta al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, para denunciar “la infracción de la sentencia recurrida de las exigencias que para poder estimar una indemnización por la vía del Art. 180 de la LPL vienen siendo requeridas por la jurisprudencia”. Sostiene la recurrente, con cita de STS de 12-12-07 (rec. 25/07), que deben aportarse las bases y elementos clave de la indemnización reclamada, y en el presente caso no se aportaron datos suficientes para justificar la indemnización ni perjuicios, con cita de STS de 22-7-96 (rec. 3780/95), que la confirmación de la indemnización supondría un perjuicio injusto.

El motivo se desestima pues la continuidad del servicio en caso de huelga no está ligada necesariamente a un beneficio empresarial, sino que la no interrupción del servicio evita al empresario el daño que la alteración de la realización del mismo hubiese producido, de manera que el beneficio empresarial obtenido con la actuación lesiva del derecho de huelga supondría un beneficio injusto del que se deriva la necesidad de determinar una indemnización resarcitoria del daño que supone la

vulneración del derecho fundamental.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de RENFE-OPERADORA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.12 de los de Valencia de fecha 10-12-2010, en virtud de demanda presentada a instancia de CONFEDERACIÓN GENERAL DEL TRABAJO DEL PAÍS Valenciano; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

**Sentencia núm. 1.434, de 12 de mayo de 2011**

**Materia:** Accidente de trabajo. Contingencia. Trabajador afiliado al RGSS al servicio de empresa farmacéutica que sufre accidente de tráfico, cuando se dirigía a su centro de trabajo. Solicitud contingencia accidente de trabajo.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando que el fallecimiento del actor es derivado de accidente de trabajo, condenando a la mutua demandada a hacerse responsable de las prestaciones de viudedad, orfandad, auxilio de defunción e indemnización a tanto alzado por temeridad. Condena al INSS como responsable subsidiario.

**Sala:** Estima en parte el recurso declarando que no existe temeridad ni mala fe procesal por lo que no procede imponer multa. Confirma la sentencia de instancia respecto al resto de pronunciamientos.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Contra la sentencia de la instancia, que ha calificado la contingencia aplicable a la prestación de viudedad solicitada, derivada de accidente de trabajo, al haberse producido el fallecimiento del causante en el itinerario en su vehículo al lugar de prestación de sus servicios profesionales, recurre X., que lo hace en base a tres motivos respectivamente amparados, el primero de ellos en el apartado b) y el resto en el apartado c) todos de ellos, del art 191 de la LPL.

Pretende en primer lugar la entidad recurrente, la modificación del hecho probado tercero que narra el modo de producción de la colisión, al entender que el mismo debe ser revisado a la vista del croquis levantado por la policía local de Denia, y que fue aportado al acto oral del juicio. Por ello pretende que respecto al modo de producción de tal colisión se diga "... colisionando su vehículo con un muro, situado en la acera de su izquierda, tras invadir el carril contrario y pasando su vehículo, transversalmente, por encima de un paso de peatones, al igual que lo haría un viandante..." Pero tal redacción, elaborada por la parte en base al croquis obrante al folio 624 de las actuaciones, en el ramo de prueba de la recurrente, no es aceptable a la vista del mencionado croquis, pues tal redacción no deriva con la exactitud requerida del dibujo aportado, pues ni consta que el vehículo pasara sobre el paso de peatones de la manera que se señala; se trata simplemente de una hipótesis sobre la trayectoria del vehículo, y se ignora si en dicha trayectoria intervino alguna otra circunstancia ajena al vehículo siniestrado. Por ello, tal y como se encuentra redactado, no procede la indicada revisión.

**SEGUNDO.-** Dentro de las denuncias por infracciones normativas o jurisprudenciales, y respecto a la calificación de la contingencia, se señala la infracción del art 115.2 a) de la LGSS, cuya aplicación entiende la parte es indebida, pues debió aplicarse el art 117.1 y 2 de la misma ley. Señala la parte recurrente, que sin negar que

la causa de la muerte sea la concreta colisión del vehículo, la causa de dicha colisión pudo ser la pérdida de control de dicho vehículo, ya que resulta inexplicable el cambio de rumbo del mismo hasta chocar con un muro que se encontraba en la esquina en una dirección que era la contraria a la que el fallecido seguía. Por ello entiende que la causa principal del accidente no fue el traumatismo sino las circunstancias personales que lo produjeron, que pudo ser una afectación cardíaca previa.

Antes de analizar el caso concreto debemos señalar que la idea básica que subyace en la construcción jurisprudencial del accidente "in itinere" es que debe calificarse como tal aquel que se produce porque el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo. Por tal razón, "la noción de accidente "in itinere" se construye a partir de dos términos (el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador) y de la conexión entre ellos a través del trayecto" No siendo suficiente con que el accidente se produzca al ir o venir del trabajo, precisándose, además, esa conexión causal entre domicilio y trabajo o, dicho en otros términos, entre el punto de partida y el de llegada, que si bien no es exigida expresamente por el legislador, es lógica, como señala también la sentencia del Alto Tribunal de 17-12-97 "en atención a que la consideración legal, como accidente de trabajo, del ocurrido "in itinere", y, por lo tanto, fuera del centro de trabajo -con fundamento, quizá, en la doctrina del riesgo social- debe tener como causa, el trabajo asegurado, de modo que, todo siniestro que no obedezca a esta causa podrá ser calificado de accidente de tráfico -objeto, también de seguro obligatorio, en la esfera civil, en la que rige, igualmente, el precepto de responsabilidad objetiva- o de otra naturaleza, pero no de accidente de trabajo".( STS 19 enero 2005).

En el caso concreto se pretende destruir esa relación entre el itinerario del actor y el accidente señalando una causa distinta, consistente en la irrupción súbita de una enfermedad. Pero sin negar de forma expresa y rotunda tal posibilidad y dando por reproducida la doctrina que dicha parte cita, lo cierto es que en el caso concreto no se ha estimado acreditada la existencia de causa alguna que destruya la presunción de relación causal del accidente con el trabajo, pues consta que el fallecido se dirigía en su vehículo al trabajo, como hacía habitualmente, por el trayecto habitual, sin desviarse del mismo, y sin que aparezca acontecimiento alguno, acreditado con la suficiente contundencia, que pueda hacer pensar, sin duda razonable, que la causa de la colisión fuera ajena a la circunstancia "in itinere". Es cierto que podría haber padecido un accidente cardiovascular, como cualquier otra enfermedad súbita que le ocasionara pérdida de conciencia o de capacidad; pero éste no está acreditado. Por el contrario, de los sucesivos informes de autopsia emitidos, primero con carácter provisional en fecha 21 de febrero del 2009, y posteriormente y tras la recepción de los resultados analíticos practicados sobre el cadáver, en fecha 13 de marzo siguiente, se desprende que la muerte le sobrevino por "parada cardiorrespiratoria por trauma torácico, hemorragia pulmonar bilateral", sin que conste dato alguna respecto a una posible lesión que pudiera considerarse causal o previa al hecho mismo de la colisión. Por ello, deberá dictarse un pronunciamiento que confirma la calificación de contingencia, al estimar correctamente aplicado el art 115.2 de la LGSS.

**TERCERO:-** El último motivo de recurso se opone a la condena que el Juzgador de la instancia ha impuesto a la Mutua por temeridad procesal, al pago de una multa de 500 euros, pues su postura ha sido tendente al análisis de la causa del accidente, en base a prueba documental, consistente en un atestado policial que evidenciaba la posibilidad de una causa física como concurrente en el accidente de tráfico. Por ello, solicita que se deje dicha multa sin efecto, y lo mismo respecto a la

imposición del pago de los honorarios del letrado de la parte demandante, pues dicha posibilidad no está contenida en el art 97.3 de la LPL

En interpretación del citado art 97.3, señala entre otras la STS de 27-6-2006 (recurso168/2004), que el Tribunal de instancia tiene una cierta discrecionalidad para imponer la multa a que se refiere el citado artículo 97.3 de la LPL, para ello debe concurrir una conducta de mala fé o temeridad, que debe entenderse como una conducta procesal grave ( el art. 97.3 emplea el término “manifiesta”) e infundada de la parte que tiende a dificultar la efectividad del derecho mediante el uso de armas procesales. Es posible imponer la multa por esta conducta cuando tiene lugar en el recurso (art. 202.2 de la Ley de Procedimiento Laboral) y confirmar o revocar la que se impuso en la instancia. El caso mas claro se ha visto en la práctica en el desconocimiento de resoluciones judiciales constantes y reiteradas que obligan a interponer reclamaciones sucesivas, lo que conlleva la dilación sin causa del reconocimiento del derecho que se ostenta; por el contrario no será posible su imposición cuando, la oposición tenga lógica jurídica o esté fundada en derecho, aunque finalmente resulte desestimada.

Y en el caso presente y aún siendo posible la imposición a la entidad colaboradora, al abono de los honorarios, al poder ser considerada como empresario a estos efectos, lo cierto es que en el caso concreto no se aprecia la existencia de la temeridad que señala la sentencia de la instancia. En éste se menciona que si existía una enfermedad coronaria previa que incidiera sobre el accidente correspondía a la Mutua haberlo acreditado, y que no había presentado ningún principio de prueba, más que meras elucubraciones sobre la no consideración de una accidente laboral in itinere. Pero esa aseveración no es totalmente cierta, pues la Mutua fundamenta su posición en el Atestado realizado por la Policía Local, del que puede extraerse el croquis que indica una trayectoria del vehículo, que en principio no resulta explicable, y en el que consta un informe técnico que señala la posibilidad de haberse producido un desvanecimiento previo del conductor, según manifestaciones del médico del SAMU que acudió con la emergencia sanitaria. Es cierto que la entidad gestora debió extremar su diligencia en el intento de corroborar tales indicios, escasos, pero aceptables como indicios, para intentar acreditar con mayor contundencia esa posibilidad, pero no haberlo hecho no puede considerarse una situación de temeridad, ni de mala fé procesal, sino una carencia de acreditación probatoria que no implica la imposición de la sanción.

Por ello debemos proceder a la estimación de éste concreto motivo y dejar por ello, sin efecto, la sanción impuesta.

**CUARTO.-** Al estar en el caso de una estimación parcial del recurso, que aunque no afecta al fondo de la pretensión tiene como único canal procedimental el del recurso de suplicación, procede no imponer expresamente las costas.

## **FALLO**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de “X.”, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. UNO de los de BENIDORM, de fecha 5 de Julio del 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de Dña. J.A.P.; exclusivamente en lo que se refiere al pronunciamiento de temeridad, por lo que dejamos sin efectos la multa por temeridad e imposición de costas efectuada en la instancia a la entidad demandada

Confirmamos el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Se acuerda la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos, no obstante, procede la devolución del depósito constituido para recurrir.

**Sentencia núm. 1.596, de 24 de mayo de 2011**

**Materia: Despido: Extinción de la relación laboral por causas objetivas. La empresa no deposita la indemnización correspondiente al despido. No queda probada la falta de liquidez de la empresa en el momento de la comunicación extintiva. Improcedencia del despido.**

**Juzgado: Desestima la demanda declarando la procedencia de extinguir el contrato de trabajo por causas objetivas.**

**Sala: Estima el recurso revocando la sentencia reinstancia. No queda probada la falta de liquidez de la empresa. Incumplimiento art. 53.1 ET. Declara improcedente el despido.**

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, desestimado la demanda formulada contra la empresa A. declaró procedente la decisión extintiva de la relación laboral de la actora de fecha 5-10-2010, absolviendo a la parte demandada de las peticiones de la demanda. Este pronunciamiento es recurrido en suplicación por la parte actora al amparo de los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL, habiendo recaído impugnación.

En base al primero de los apartados citados la recurrente solicita la adición de un nuevo hecho probado, el 6º, del siguiente tenor literal: “Que todos los trabajadores de la empresa son polivalentes, realizando todos ellos cualquier tipo de trabajo en la misma con independencia de la categoría profesional que tuvieran, siempre que su titulación así se lo permitiera”. No podemos dar lugar a esta adición ya que la misma no se deriva directamente de los solos documentos citados por la recurrente; y recuérdese que para que un documento esté dotado de fuerza revisoria ha de tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, y poner de manifiesto el error de forma clara, directa y patente, sin necesidad de tener que acudir a argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativa, más o menos lógicos, lo que no sucede en este caso.

**SEGUNDO.-** Con amparo procesal en el apartado c) del art. 191 de la LPL la recurrente entiende vulnerado el art. 53 del ET, así como la jurisprudencia relativa a los despidos objetivos por causas económicas, art. 6.3 del Código Civil, arts. 871 y 889.2º del Código de Comercio, indicando dicha parte que lo que discute es: A).-la falta de cumplimiento de los requisitos esenciales, exigidos por la ley bajo conminación de despido improcedente; y B).-la medida adoptada es totalmente innecesaria, no favoreciendo a una mejor situación económica de la empresa.

Entrando en el primer tema planteado, que la recurrente centra en el hecho de que de la prueba practicada no se acredita ningún elemento que demuestre la falta de liquidez, por lo que debe declararse la improcedencia de la extinción decretada, procede destacar del inmodificado relato fáctico los siguientes extremos: A).-Que en

fecha 21 de septiembre de 2010 la empresa comunicó a la actora la extinción del contrato de trabajo por causas económicas con efectos desde el día 5 de octubre de 2010 y mediante carta que obra en autos. B).- Que en la carta de hacía constar que por falta de tesorería y liquidez no se ponía a disposición la indemnización correspondiente en su 60% que alcanzaba hasta los 3.754,92 €. C).- El importe de las subvenciones recibidas por la asociación en el periodo comprendido entre los días 8 de septiembre y 4 de octubre de 2010 ascendió a la cantidad de 105.421,08 € (20.626,82 € y 9.374,41 € de la Conselleria de Inmigración en fecha 8 de septiembre, 23.661 € y 32.720 € de la Conselleria de Sanidad los días 29 y 30 de septiembre, y 19.038,85 € por el Programa de Exclusión Social). D).- El importe de las subvenciones concedidas para este año asciende a la cantidad de 420.295,76 € de las que únicamente se han cobrado 211.664,64 €.

Así las cosas, resulta que el propio art. 53.1 del ET en su apdo. b) obliga al empresario a poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. Ciertamente es que el propio precepto exime de cumplir esta obligación cuando, como ha ocurrido en este caso, la decisión extintiva se funde en el art. 52.c), se alegue causa económica, y como consecuencia de ella no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización legal, haciéndolo constar en la comunicación escrita. Pero también lo es que en los casos como el presente en que no se pone a disposición del trabajador despedido la indemnización, haciendo uso de la citada previsión legal, la doctrina judicial (en este sentido sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 19-12-2001) y jurisprudencial (STS de 13 de octubre de 2005) viene exigiendo que las circunstancias que lleven a tal determinación sean objeto en el proceso de una alegación y prueba autónoma y distinta de la que se practique para acreditar la justificación y razonabilidad de la decisión extintiva, pues la propia norma instituye la excepción como una previsión distinta de las causas de despido, y su incumplimiento, antes era causa de nulidad (según determinaba el art. 122.2.b) de la Ley de Procedimiento laboral), y ahora, tras la reforma laboral operada en 2010 (Ley 35/2010), es causa de improcedencia de la decisión extintiva (art. 122.1 LPL)

Y en el presente caso concurren las circunstancias descritas para dar lugar a la improcedencia solicitada por falta de puesta a disposición de la indemnización puesto que la empresa no ha probado en el proceso momentánea falta de liquidez (circunstancia distinta, desde luego, a la realidad de la existencia de las causas económicas que fundamentan su decisión), recogiendo la carta la fórmula estereotipada “que por falta de tesorería y liquidez no se ponía a disposición la indemnización correspondiente en su 60% que alcanzaba hasta los 3.754,92 €”.

Como esta Sala ha dicho en reiteradas ocasiones, no es suficiente con la existencia de pérdidas de la empresa demandada pues tal existencia no es, sin más, equivalente a la iliquidez, al ser conceptos diferentes. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 21 diciembre 2005, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 5470/2004, haciéndose eco de la doctrina recogida en la sentencia de 25 de enero de 2005 (RJ 2005\4257) (recurso 6290/2003) se preocupa de señalar que en estas situaciones «no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que –se insiste en ello –es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Al alcance de la

empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (certificado de cuentas bancarias y saldos, amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez.

En el caso de autos las pérdidas, o más precisamente los resultados económicos negativos de los ejercicios fiscales, no justifican la falta de liquidez pues una cosa es la situación económica de la empresa (en la que se barajan los conceptos de beneficios y pérdidas) y otra muy diferente es la tesorería de la empresa. Por ello, resulta de gran importancia conocer cual es el dinero efectivo que hay en las cuentas bancarias, lo que constituye una cuestión puramente financiera. En este orden de cosas, ha quedado acreditado que el importe de las subvenciones recibidas por la asociación en el periodo comprendido entre los días 8 de septiembre y 4 de octubre de 2010 ascendió a la cantidad de 105.421,08 €.; y la notificación del despido a la trabajadora se produjo el día 21 de septiembre. Existía en ese momento liquidez y la empresa no puede alegar la concurrencia de pagos preferentes, siendo ella quien determina esa preferencia. Es más, aunque tengamos en cuenta que la demandada tenía en esos momentos una deuda de 24.106,91€ con la Agencia Tributaria y de 15.837€ con la TGSS (hecho 2º) y aunque añadamos otros pagos realizados desde la fecha de comunicación del despido a la trabajadora en 21-09-2010 hasta la efectividad del mismo el 5-10-2010, constatamos (doc 209 de la demandada no impugnado) que en concepto de nómina se abonaron 2240,89€ y en otros conceptos 580,34€, por lo que la suma total es de 42.765,87€, lo que significa que todavía quedarían 62.655,21€ para hacer frente a la indemnización por despido de la trabajadora. Estamos ante un acto, el truncamiento de la relación laboral, de muy graves consecuencias para la trabajadora, debiendo ser atendida su deuda con inmediatez y prontitud, con la preferencia debida, sin que el cumplimiento de la obligación pueda quedar al arbitrio del obligado (art. 1256 del Código Civil), sin soportar el efecto de su omisión. Y de lo expuesto se desprende que al tiempo del despido existía dinero suficiente para poner a disposición del trabajador la indemnización de 3.754,92€ (60%), ciertamente pequeña en comparación con las sumas recibidas. En resumen, la empresa no ha probado en el proceso la falta de liquidez en el momento de la entrega de la comunicación extintiva, lo que comporta el incumplimiento del mencionado requisito del art. 53.1 del ET y conlleva la declaración de la improcedencia del despido efectuado, con las consecuencias legales que el mismo lleva aparejadas (art. 56 del ET) y que, a la vista de los parámetros de antigüedad y salario obrantes en el relato fáctico, fijaremos en el fallo, por lo que el recurso ha de ser estimado y la sentencia a quo revocada, sin que sea necesario entrar en el resto de argumentaciones.

## **FALLO**

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de Dña S.M.B, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Valencia y su provincia, de fecha 29 de diciembre de 2010, y con revocación de la misma, declaramos la improcedencia del despido objetivo de la actora y condenamos a la empresa A. a que a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada, mediante escrito o comparecencia en la secretaría, readmita a la actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abone una indemnización de 14.020,48€, con abono, en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la

notificación de la presente a razón de 58,41 euros diarios, sin perjuicio de la eventual deducción de lo percibido en otro empleo en ese período y de la reclamación al Estado de los correspondientes al exceso de los sesenta días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda por despido y la de la presente sentencia.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.623, de 25 de mayo de 2011**

**Materia: Reconocimiento de derecho. Pensión de jubilación. Cumplimiento periodo mínimo de cotización. Cotizaciones en distintos regímenes. Cotización del tiempo de servicio en la prestación militar.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando la procedencia de conceder al demandante la pensión de jubilación solicitada con efectos desde el 17/03/09.**

**Sala: Estima en parte el recurso, reconociendo el derecho a la pensión de jubilación puesto que el causante reúne los días de cotización necesarios, si bien exime al Ministerio codemandado, al no existir la obligación de cotizar por la prestación del servicio militar.**

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** 1. El recurso interpuesto exclusivamente por el Abogado del Estado, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo, aunque se numera como primero, y se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral denunciando infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 10 y 23 de noviembre de 2009, para que no se incluya el período en que el demandante prestó el Servicio Militar, al no existir obligación de cotizar por el mismo.

2.El Tribunal Supremo en sentencia de 3 de febrero de 2010, en supuesto donde el allí demandante prestó servicios al Estado en la Administración Militar desde el día 20 de septiembre de 1960 hasta el 6 de abril de 1965, periodo en el que se comprendía el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio desde el 20 de septiembre de 1960 al 20 de junio de 1961, reiterando doctrina precedente, subrayó "... ni la ya derogada Ley de 8 de agosto de 1940 (BOE 22/8/1940), de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército, ni su Reglamento provisional aprobado por Decreto de 6 de abril de 1943 (suplemento al BOE de 3-7-1943)... asimilaron tal período al trabajo por cuenta de los Institutos armados ni contemplaron obligación alguna de las autoridades militares en orden a una supuesta afiliación, alta o cotización de los soldados a cualquier sistema de cobertura social pública o privada. En los artículos 338 a 358 del referido Reglamento se regula en detalle, y de manera ciertamente compleja, la institución de los "voluntarios" y en tales preceptos puede advertirse la absoluta identidad, en lo referente a la innecesariedad de alta y/o cotización en cualquier sistema de previsión social pública, entre quienes prestaban el servicio militar "obligatorio" y los voluntarios "sin premio", ninguno de los cuales tuvo nunca carácter o naturaleza profesional... incluso

tras la aprobación de la Ley 19/1984, de 8 de junio, del Servicio Militar, y al menos hasta la promulgación de la Ley Orgánica 13/1991, vigente hasta el 8 de diciembre de 2005, fecha ésta de entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, quienes cumplían el servicio militar, con su reemplazo o antes o después de éste, estaban vinculados a las Fuerzas Armadas por una relación de servicios de carácter no profesional que ni puede asimilarse al trabajo por cuenta ajena ni tenía normativamente prevista cualquier obligación cotizatoria o de afiliación social pública. Es claro, pues, que durante todo el período en el que el demandante realizó su servicio militar nunca estuvo comprendido en el ámbito de cobertura de cualquier sistema público de previsión social y, precisamente por las fechas en las que sirvió en el Ejército, anteriores con mucho al 31 de diciembre de 1984, tampoco le resultaba de aplicación (art. 3.1.d) el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado, aprobado por Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril. Es más, al margen de los derechos de protección a la salud o a la asistencia sanitaria durante la prestación militar que pudieran derivarse de la Ley 28/1975 sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas y, por supuesto, sin perjuicio igualmente de los derechos que pueda llegar a reconocer en su día la futura regulación reglamentaria a la que alude el artículo 125.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social, lo que resulta meridianamente patente es que, ni siquiera en cumplimiento del Texto Refundido de Clases Pasivas se podría incluir al actor en su ámbito de aplicación porque, conforme dispone su artículo 32.3, ni el servicio militar obligatorio ni el tiempo equivalente a éste (es decir, el mal llamado “voluntario”), “no se entenderá como de servicios al Estado” a los efectos de la cobertura en dicho sistema. Y si no hubo cotización, ni la más mínima obligación de efectuarla, mal puede reconocerse el cómputo recíproco que se estableció en 1973 “entre aquellos Regímenes Especiales de la Seguridad Social que, sin haberlo reconocido expresamente entre sí en sus respectivas normas particulares, coincidan en tenerlo establecido con el Régimen General” (art. Único.1 del Real Decreto 2957/1973, de 16 de noviembre ), y que permite tal efecto desde 1991 respecto de quienes acrediten cotizaciones en el Régimen de Clases Pasivas del Estado y en el Régimen General y regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social o sustitutorios de aquéllos (art. 1º.1 Real Decreto 691/1991, de 12 de abril ). Tampoco resulta aquí de aplicación, en fin, la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas respecto a la letra a) del punto 4 de la Sección J del Anexo VI del Reglamento (CEE) núm. 1408/71, esto es, la sentencia de 13 de noviembre de 1997 (TJCE\ 1997\ 238), no sólo porque, como vimos, la normativa interna española no equipara el servicio militar a períodos de trabajo por cuenta ajena o a períodos asimilados, pues la nuestra se trataba de una relación de servicios de naturaleza no profesional, sino también, y fundamentalmente, porque la Sección D del referido Anexo IV del Reglamento 1408/71, es decir, el relativo a España, contiene una regulación por completo diferente a la que contempla la mencionada Sección J para los Países Bajos, y es a éstos a los que se refiere la citada sentencia del Tribunal europeo.”.

3.La aplicación de la doctrina jurisprudencial de referencia al caso traído a nuestra consideración, conlleva la estimación del recurso interpuesto para eliminar del pronunciamiento de condena al MINISTERIO DE DEFENSA, pero manteniendo en lo demás la sentencia impugnada pues si a los 3.975 días reconocidos en la resolución de la reclamación previa añadimos lo cotizado por la empresa codemandada en virtud de acta de liquidación (1.125 días) el resultado de 5.100 días cotizados es superior al mínimo exigido de 4.854 días, lo que podría explicar el aquietamiento del INSS con la sentencia, por lo que la estimación del recurso será parcial, al no proceder como en el

mismo se interesa anular y dejar sin efecto la sentencia recurrida salvo en el aspecto indicado, debiendo en este sentido interpretarse los datos contenidos en el hecho probado 5º de la sentencia de instancia, dado lo también declarado al respecto en los hechos probados segundo y tercero.

### **FALLO**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado del Estado, en la representación que ostenta de la Administración del Estado (Ministerio de Defensa), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de los de Valencia el día 2 de septiembre de 2010, aclarada mediante auto de 27 de septiembre de 2010, en proceso sobre pensión de jubilación seguido a instancia de D. J.M.M.S., contra el INSS, EL ISM, la empresa B. y C., S.A., y EL MINISTERIO DE DEFENSA, y revocamos parcialmente la indicada sentencia en el exclusivo sentido de eliminar del pronunciamiento de condena que contiene al “MINISTERIO DE DEFENSA”, manteniendo en lo demás la resolución recurrida.

**Sentencia núm. 1.641, de 26 de mayo de 2011**

**Materia: Jubilación. Trabajador que presta sus servicios en virtud de contrato a tiempo parcial indefinido estando afiliado al REA, como trabajador por cuenta ajena. Derecho a la prestación. Cálculo de la base reguladora. Cotización en empresa vinícola.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las peticiones de la demanda.**

**Sala: Estima parcialmente el recurso. Queda acreditada la existencia de una relación laboral con la cooperativa codemandada, estimando el recurso en el sentido de fijar la base reguladora, sin mención de la legalidad aplicable en el fallo.**

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado por la Cooperativa codemandada, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral a los fines siguientes: A) Se revise el ordinal 1º del relato histórico otorgándole esta redacción: “PRIMERO.- D. W.G.G. con DNI X., nacido el 17-7-1945, prestaba sus servicios profesionales por cuenta y orden de la Cooperativa V. V., desde al menos Enero de 1993, documentando dicha relación laboral en fecha 2-1-1996 mediante contrato a tiempo parcial indefinido obrante en autos que se da por reproducido (Folio 54 de autos), con la categoría de peón, pactando que la relación laboral se hallaba sujeta al Convenio Colectivo de Industrias Vinícolas así como al Estatuto de los Trabajadores, siendo el cometido del trabajador “Cargar y descargar abonos necesarios para la cooperativa” (Cláusulas 2ª, 4ª y 5ª). El trabajador se hallaba adscrito al Régimen Especial Agrario como trabajador “eventual” por cuenta ajena, abonando el correspondiente cupón. La empresa cotizaba por el trabajador declarando las jornadas reales que obran en autos (tanto por contingencias profesionales como por contingencias comunes conforme consta en los TC-1/8 y TC-2/8) y se tienen por reproducidos, confeccionando las nóminas correspondientes. En Julio de 2008, al cumplir la edad de 65 años, el actor solicitó del INSS el abono de la pensión de jubilación”. B) Se modifique el ordinal 3º del relato histórico dándole esta redacción: “TERCERO.- Además de las cotizaciones efectuadas por el trabajador por cuenta ajena eventual, la Cooperativa V. V. cotizaba al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social por cada jornada efectivamente realizada por el trabajador. La base reguladora del actor debe ser 826,58 € mensuales.”

2. Las modificaciones fácticas interesadas deben prosperar pues así se deducen directamente de la documental a que se remite, salvo en lo atinente a que prestaba sus servicios profesionales por cuenta y orden de la Cooperativa V. V., desde al menos Enero de 1993, lo que no aparece directa e inequívocamente de los documentos a que alude, ni a que “la base reguladora del actor debe ser 826,58 € mensuales”, pues discutiéndose precisamente el importe de la base reguladora, indicar cuál debe ser el

mismo en un hecho probado implicaría predeterminación del fallo, por lo que tal y como se solicitaba en la aclaración instada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (folio 62 de los autos) se indicará: “Para el caso de estimar la demanda, la base reguladora de la pensión de jubilación del actor sería 826,58 euros mensuales, según el cálculo aportado por el INSS”.

**SEGUNDO.1.** El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, denunciando “interpretación errónea del artículo 28.1 del Texto Refundido del Régimen Especial Agrario (Decreto 2123/1971 de 23 de julio), así como del artículos 3 y 6.2 de la Ley 26/1985 que fijó el nuevo cómputo de la base reguladora, así como los principios y normas que serán invocados”. Argumenta en síntesis partiendo del carácter contributivo de la pensión de jubilación cuya base reguladora se discute, que en los TC-1/8 y TC-2/8 consta que la empresa cotizaba por “contingencias comunes” no solamente por contingencias profesionales, por lo que siendo esas cotizaciones un reflejo de la realidad y de unos ingresos del trabajador jubilado, que se deben interpretar a la luz del Código Europeo de Seguridad Social y del Convenio 102 de la OIT, deben tenerse en cuenta las jornadas reales en la empresa y el trabajo eventual realizado fuera de la jornada laboral, pues de otra forma existiría discriminación con los otros trabajadores de las empresas por el mero hecho de estar incluido en el Régimen Especial Agrario.

2. Partiendo de la relación laboral existente entre el actor, ahora recurrente, y la Cooperativa Vinícola codemanda, relación laboral que dio lugar a que la empresa cotizara por el trabajador tanto por contingencias comunes como profesionales, de acuerdo con lo que ya indicamos en el fundamento jurídico primero de esta resolución, y a que en definitiva el Instituto Nacional de la Seguridad Social pudiese realizar un nuevo cálculo de la base reguladora según consta al folio 40 de los autos.

3. Teniendo en cuenta que el artículo 5 del R.D. 1799/1985, de 2 de octubre (artículo que no está comprendido en la Disposición Derogatoria Única e) del R.D. 1647/1997, de 31 de octubre), al referirse a la base reguladora de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente se remite a los Regímenes enumerados en el número 2 del artículo 6 de la Ley 26/1985, de 31 de julio (entre los que se encuentra el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social) subrayando que será el cociente que resulte de dividir por 112 (hoy 210) las bases de cotización del interesado durante los 96 (hoy 180) meses inmediatamente anteriores a aquel en que se produzca el hecho causante, entendemos que sin necesidad de atender a normativa internacional alguna ni a la naturaleza que deba asignarse a la cotización por jornadas reales, es lo cierto que en el caso traído a nuestra consideración se ha acreditado –como ya quedó dicho– la existencia de una relación laboral con la Cooperativa codemandada que dio lugar a que la empresa cotizara por el trabajador tanto por contingencias comunes como profesionales, de acuerdo con lo que ya indicamos en el fundamento jurídico primero de esta resolución, y a que en definitiva el Instituto Nacional de la Seguridad Social realizase un nuevo cálculo de la base reguladora según consta al folio 40 de los autos, base reguladora que coincide con la ahora pretendida en la solicitud del escrito de interposición del recurso, por lo que este motivo deberá prosperar también con la proyección que se dirá a continuación.

**TERCERO.** Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto en el exclusivo sentido de fijar la base reguladora de la pensión de jubilación

en 826,58 euros mensuales sin mención alguna de legalidad aplicable en el fallo, por lo que el recurso se estimará solo en parte. Sin costas ante la estimación parcial del recurso.

## **FALLO**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. W.G.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia el día veintisiete de septiembre de dos mil diez en proceso sobre Seguridad Social (pensión de jubilación) seguido a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y contra la Cooperativa Vinícola V., y con revocación de la expresada sentencia debemos declarar como declaramos que la base reguladora de la pensión de jubilación reconocida al actor asciende a 826,58 euros mensuales, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por tal declaración y a abonar al actor las diferencias y revalorizaciones que legal y reglamentariamente procedan.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.701, de 31 de mayo de 2011**

**Materia:** Despido. Profesores de idiomas que prestan servicios en Centro de Lenguas y que imparten docencia en la universidad demandada. Existencia de laboralidad con la empresa demandada. Competencia de jurisdicción. Excepción caducidad acción de despido.

**Juzgado:** Desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por la universidad demandada. Estimando la excepción de caducidad de la acción de despido y sin entrar en el fondo del asunto de la demanda, absuelve a la parte demandada de los pedimentos formulados de contrario.

**Sala:** Desestima el recurso de la parte demandada al quedar probada la existencia de relación laboral entre los profesores y la universidad demandada. Desestima el recurso de la parte demandada respecto al plazo de caducidad de la acción de despido.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Contra la sentencia de instancia y posterior auto de aclaración de fecha 25/1/2011 se han interpuesto sendos recursos de suplicación efectuándolo tanto la representación letrada de la parte actora como la de la entidad demandada Universidad Politécnica de Valencia – en lo sucesivo UPV-. El método que se considera más adecuado para dar respuesta a éstos es comenzar por el estudio del formalizado por la parte demandada al cuestionarse en el mismo la propia determinación de relación laboral entre partes con incidencia en la competencia jurisdiccional del órgano jurisdiccional de instancia y de la propia sala y solo una vez preestablecida la existencia del vínculo de dicha naturaleza laboral procederá en su caso entrar a analizar la excepción de caducidad respecto al despido planteado.

2. Con amparo en lo dispuesto en el art.191 c) de la Ley de procedimiento laboral censura la entidad recurrente en un primer apartado del escrito de recurso la infracción de los arts. 1.1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores al entender que debió haberse estimado la excepción de incompetencia alegada por la UPV ya que los demandantes no estaban vinculados a dicha Universidad como trabajadores por cuenta ajena mediante contrato laboral sino por medio de un contrato administrativo de servicios, previsto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, sin concurrir las notas características de dependencia, ajeneidad, carácter personalísimo, jornada, lugar y horario de trabajo, retribución, etc. respecto a los servicios prestados por los demandantes que no configuraban una propia relación laboral.

3. En conexión con el motivo anterior se señala en un segundo apartado la existencia de una infracción respecto a los arts. 10 y 280 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y del art.1.3 a) del Estatuto de los

Trabajadores al entender que los demandantes no estaban vinculados con la Universidad como trabajadores por cuenta ajena sino por un contrato administrativo de servicios y en concreto de los de educación y formación profesional que puede catalogarse como contrato menor que solo exige la aprobación del gasto y la incorporación de la factura correspondiente siempre que no se superen las cuantías previstas en el art.122.3 de dicha Ley.

4. Es cierto que el art. 10 de la mencionada Ley prevé el llamado “contrato de servicios” cuyo objeto es el de una prestación de hacer mediante el desarrollo de una actividad, existiendo margen legal para incluir a aquellos servicios dedicados a materia educativa o de formación profesional. Ahora bien, los regulados en dicha norma van enmarcados a aquellas actividades docentes desarrolladas en centros del sector público mediante cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración, o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad. Y en el caso que contempla la sentencia recurrida resulta difícil que encajemos la actividad llevada a cabo por los demandantes dentro del referido precepto pues lejos de encontrarnos ante un contrato de servicios administrativo mediante la ejecución por los actores de una actividad educativa o docente en los términos expuestos los mismos venían efectuando un desarrollo profesional extraño y ajeno a las descritas características pues de un lado la enseñanza de inglés que impartían no se desarrollaba en exclusiva para personal que desarrollaba sus servicios en el sector de la Administración sino también a personal no perteneciente a la UPV, tal y como relata el hecho probado cuarto de la sentencia, sino que además, lejos de encontrarnos ante un concreto encargo profesional o cometido específico, las funciones académicas desempeñadas por los demandantes de manera regular o cíclica y encomendadas año tras año y en las mismas fechas y para las mismas tareas que desarrollaban el propio personal docente del centro y bajo la misma dirección determinarían la concurrencia de las notas de toda relación laboral cuando la misma se presenta con sus rasgos característicos de ajeneidad y dependencia, y ello al margen de la calificación puramente formal que quiere hacerse del contrato como administrativo en virtud de lo dispuesto en el artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores.

5. Los hechos probados de la sentencia y otros que con tal valor figuran en la fundamentación jurídica aunque lo sean con una ubicación inadecuada dan cuenta de que los actores vienen prestando servicios como profesores de inglés en el denominado Centro de Lenguas de la UPV desarrollando tales servicios desde el año 2004 con periodos cíclicos de prestación de dos cuatrimestres por curso –octubre a diciembre y febrero a mayo- y otro intensivo de verano -15 días en julio-. Que en dicho centro existen dos colectivos de profesores: el personal docente e investigador de la UPV y los profesores externos –que son la mayoría- y dentro de estos existen los que están dados de alta en el RÉGIMEN GENERAL de la S. Social porque imparten clases de idiomas en enseñanza primaria o secundaria o en otros centros públicos o privados y los que están de alta en el RETA. Estos emiten facturas al Centro y perciben retribución por clase impartida, encontrándose los ahora demandantes en ésta situación. En cuanto a la organización, docencia y regulación de las clases impartidas por los actores la resolución de instancia da cuenta en su detallado y minucioso relato fáctico – y en concreto hechos probados cuarto a octavo- que la organización de los cursos de idiomas se efectuaba por el equipo de dirección del centro en base a niveles dentro de cada idioma, las instalaciones (aulas preparadas al efecto) se encuentran ubicadas dentro de la UPV aunque en edificio separado de ésta y contando el Centro con un propio equipo

directivo, el profesorado es elegido por éste, así como el contenido de los niveles de cada idioma, la organización de los contenidos, el material utilizado y los horarios docentes son fijados por el personal del Centro de Lenguas de la propia Universidad, de acuerdo a la disponibilidad de los profesores y de las aulas, contando los mismos con la posibilidad de desarrollar servicios en otras entidades o empresas, la emisión o confección de los documentos publicitarios en los que se especificaban los indicados horarios, su duración y precios se confecciona por la propia dirección del Centro, se indica a los profesores la necesidad de recuperación de clases no impartidas, y se refleja que la propia selección de los alumnos es llevada a cabo directamente por la dirección del Centro así como la percepción por ésta de las cuotas pagadas por los alumnos, siendo la Universidad la que procede a la confección del examen final del curso impartido y realizando los alumnos por cuestionario emitido por el Centro una evaluación personal de cada profesor que ha impartido clases (hecho probado 10 de la sentencia).

6. Con todos los datos indicados entendemos que se dan de forma suficientemente constatada los requisitos de una relación jurídica de carácter laboral. Concorre una dependencia organizativa de los demandantes respecto a los servicios prestados encontrándonos con docentes que imparten enseñanza de inglés de manera regular y cíclica y en fechas ciertas y determinadas por la propia entidad demandada con una integración en los propios parámetros de enseñanza delimitados por la dirección del Centro de Lenguas que es la que regula la dinámica de los cursos de idiomas tanto en lo que atañe a las instalaciones, horarios, medios y material empleado como respecto a la propia selección de los alumnos que abonan las cuotas no a los profesores sino directamente al referenciado Centro que es el que se encarga de la matriculación o gestión entre partes, siendo en definitiva aquel el que programa la actividad académica del profesor y con sus propios medios de gestión e infraestructura de la actividad ejercida limitándose aquel a impartir las clases pero con sometimiento a las directrices o pautas precedentemente impuestas tanto en el aspecto educativo como en el económico al fijar aquel el valor precio hora por clase impartida. También se da la nota de ajeneidad en los frutos dado que el profesor recibe una remuneración por clase impartida con independencia de los alumnos que asistan a la misma y percibiendo la demandada directamente de los alumnos los gastos por la prestación del servicio ofertado con lo que los ingresos pasan directamente al Centro y los demandantes perciben su retribución por clase al margen de que aquel obtenga o no beneficios o lucro (ajeneidad en los riesgos) por lo que entendemos que las actividades desempeñadas como profesores de inglés por parte de los actores fueron bien catalogadas por parte de la sentencia de instancia y ello con independencia de la emisión formal de facturas como profesional sujeto a IVA o del alta en el RETA al primar las características concretas de la dinámica de la prestación de servicios sobre tales datos meramente formales, sin ser tampoco dato relevante la existencia o no de exclusividad en el desempeño de sus funciones dado que el pluriempleo no está reñido con la laboralidad, como señala la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 6/10/2010 –rcud 2010/2009-

7. Razones que nos abocan a considerar rectamente aplicados los preceptos que catalogan la relación existente entre partes como relación laboral siendo ésta la jurisdicción competente para resolver el conflicto planteado y la inaplicación consiguiente de los censurados en el escrito de recurso que en consecuencia deberá ser desestimado.

**SEGUNDO.-** 1. El recurso formalizado por la representación letrada de la parte actora plantea un único motivo dedicado a la censura jurídica encajado en lo previsto en el art.191 c) de la LPL. Se denuncia la infracción del art. 103.1 de la Ley de Procedimiento laboral, en relación con los arts. 15.8, 55.4 y 56 del Estatuto de los Trabajadores. Entiende la parte recurrente que el “dies a quo” para el cómputo del plazo de caducidad debió arrancar desde la fecha en la que los demandantes no fueron llamados para impartir el curso intensivo de verano -5 de julio- y no en la fecha en que aquellos recibieron la comunicación aludida en el hecho probado segundo, citándose en apoyo de su planteamiento diversas sentencias dictadas por TSJ y por el Tribunal Supremo de 27/3/2002, no sirviendo al efecto el inicio del cómputo del plazo en el día 3/6/2010, y en consecuencia, las reclamaciones previas presentadas el aludido día 5 de julio se encontrarían dentro del plazo legal.

2. El motivo tampoco podrá tener favorable acogida pues lo relatado en el hecho probado segundo de la sentencia aclarado mediante auto refleja que los actores recibieron un correo electrónico por parte del Centro de Lenguas de la Universidad en fecha 3 de junio de 2010 en el que se hacía constar sobre los cursos intensivos de julio de 2010 que debido a los recientes acontecimientos que llevaban a un nuevo planteamiento sobre el funcionamiento del Centro para dichos cursos se veían obligados a contar solo con profesorado perteneciente a la función pública y que esperaban que para septiembre pudieran tener claros los pasos a seguir y poder contar de nuevo con la mayoría de ellos. En el hecho probado primero de la sentencia se da cuenta de que los indicados cursos de verano o intensivos comenzaban cada año durante los días 4, 5 o 6 de julio.

3. El art. 15.8 del Estatuto de los trabajadores delimita con precisión que en el caso de los trabajadores fijos-discontinuos su falta de llamamiento determinará el ejercicio de acción por despido ante la jurisdicción competente iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria por lo que el legislador ha querido equiparar la falta de llamamiento con el despido y el inicio del plazo de caducidad de veinte días hábiles contados a partir de que el trabajador conozca dicha falta de llamamiento o de convocatoria, y del análisis de las fechas que deben servir de parámetro para el cómputo del breve plazo de veinte días hay que arrancar del día 3/6/2010 en cuya fecha los demandantes ya recibieron la comunicación –no cuestionada ni negada en ningún momento- de que no iban a ser llamados para prestar servicios en el curso intensivo de julio de 2010 y cuyo inicio oscilaba entre los indicados días 4 a 6 de julio siendo aquella fecha la que marca el inicio del plazo de caducidad, tal y como indica igualmente el art. 59.3 del ET al señalar que el plazo referenciado es a todos los efectos y caducará a los veinte días hábiles siguientes de producido el despido. Comprobados los días transcurridos se observa que el plazo con exclusión de los días inhábiles concluyó el día 1 de julio de 2010 por lo que la presentación de la pertinente reclamación previa formulada el 5 de julio de 2010 que no consta hubiera sido contestada y la posterior demanda presentada el 23 de julio de 2010 –hecho probado 17 de la sentencia- determinan un ejercicio extemporáneo de la acción planteada pues si bien la reclamación previa hubiera supuesto una suspensión del plazo de caducidad (art.73 de la LPL) ello no representa el válido cómputo del período ya consumido antes de la referenciada reclamación previa, tal y como acontece en el supuesto que contempla la resolución combatida.

4. Finalmente indicar que la sentencia aludida del Tribunal Supremo de 27/3/2002 parte precisamente a efectos del cómputo del plazo de caducidad de la acción de despido de la fecha en la que la parte actora no fue llamada para el nuevo curso escolar y llevar así a cabo las funciones docentes que venían desempeñándose siendo dicha fecha la que arrancaba el momento inicial para el cómputo de los 20 días del plazo de caducidad legalmente previsto para impugnar la decisión empresarial, sin que en ningún caso se determine como incorrecta a éstos efectos la fecha real de comunicación de finalización de la prestación de servicios.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la LPL procederá la imposición de costas respecto a la entidad recurrente Universidad Politécnica de Valencia con inclusión de los honorarios de abogado de la parte impugnante de su recurso, no así respecto a la parte actora que, según el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, goza del beneficio de justicia gratuita.

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos los Recursos de Suplicación interpuestos en nombre de la parte demandante D. E.H. y D<sup>a</sup> F.M. y de la demandada U.P.V. 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.**, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la entidad recurrente al abono de honorarios de Letrado de la parte impugnante del recurso en cuantía de 300 euros, todo ello una vez firme la presente sentencia.

**Sentencia núm. 1.704, de 31 de mayo de 2011**

**Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como empleada de hogar. Presentación en plazo de la acción de despido. Estimación. Caducidad de la acción.**

**Juzgado: Estimando la excepción de falta de conciliación previa alegada por la parte demandada y estimando la excepción de caducidad de la acción alegada por tal parte demandada, absuelve a la parte demandada, quedando imprejuzgada la cuestión de fondo planteada en la demanda.**

**Sala: Estima el recurso de la parte demandante, declarando que la acción de despido fue interpuesta dentro del plazo legal, rechazando la excepción de caducidad y la falta de reclamación previa. Devuelve las actuaciones al juzgado de procedencia para que se resuelvan las restantes cuestiones planteadas.**

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** 1. Se recurre por la representación letrada de la parte actora, la sentencia de instancia que estimó la excepción de falta de conciliación previa y caducidad de la acción de despido opuesta por la parte demandada. Los tres primeros motivos del recurso, se redactan al amparo de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, solicitando que, rechazando la excepción de falta de conciliación previa y de caducidad, se acuerde la devolución de los autos al Juzgado para que se dicte nueva sentencia pronunciándose sobre el fondo del asunto. Sostiene el recurrente, en el primer motivo, que la sentencia infringe lo dispuesto en los Art. 103.3 de la LPL y Art. 59.3 del ET, en relación con los art. 182 y 135.1 de la LEC, pues el despido se produjo el 1-3-10, la papeleta de conciliación se interpuso el 12-3-10, celebrándose el 26-3-10, y la demanda se presentó el 31-3-10, y aunque se entendiese que el acto de conciliación careciese de eficacia, la acción no estaría caducada, pues desde el despido, el vigésimo día hábil sería el 30-3-10, pudiendo presentarse la demanda hasta las 15h del día siguiente. En el segundo motivo, se alega vulneración del art. 65.1 de la LPL, pues se intentó el acto de conciliación, debiéndose a un error mecanográfico la variación del número del domicilio, de 112 por 12, sin que existiese mala fe, debiéndose tener en cuenta el principio procesal “pro accione”. En el tercer motivo, se alega vulneración del art. 81.1 y 81.2 de la LPL, alegando que la parte recurrente no podía conocer si constaba o no el acuse de recibo de la papeleta de conciliación, y el Juzgador caso de entender que falta la conciliación previa, debe advertir a la parte sobre la acreditación del intento del acto de conciliación en el plazo de 15 días. El último motivo, se redacta al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, y se denuncia la infracción del art. 59.3 de la LPL, alegando que no hay caducidad de la acción.

2. De los hechos probados de la sentencia de instancia, y de los que con igual valor fáctico constan en su fundamentación jurídica, se desprende que el 1-3-10, el demandado entregó a una amiga de la actora la carta, frente a la que la actora acciona por despido; que la actora, empleada de hogar del demandado, presentó el 12-3-10 papeleta de conciliación ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación (SMAC), en la que se indicó como domicilio del demandado: Alicante, Avd. Costa Blanca nº 12, bloque 1,3º, derecha; celebrándose el 26-3-10 Acta de Conciliación ante el SMAC que concluyó “intentado sin efecto”, al no haberse podido llevar a cabo la comunicación al demandado, por no ser el domicilio indicado el real del demandado. La demanda se presentó el 31-3-10, en Decanato de los Juzgados; la actora conoce que el domicilio del demandado esta sito en el nº 112 y no en el nº 12, de la Avd. Costa Blanca, pues ese ha sido su centro de trabajo, e igualmente conoce la dirección del Hospital donde trabaja el demandado, la que ha indicado, alternativamente, en el encabezamiento de su demanda. De todo lo cual debe concluirse que entre el 1-3-10, fecha del alegado despido, y el 31-3-10, fecha de presentación de la demanda, no ha transcurrido el plazo de caducidad previsto en el art. 59 del ET y art 103 de la LPL, en relación con el art. 135.1 de la LEC, pues la demanda se presenta antes de las 15 horas del día hábil siguiente al vigésimo día hábil; y en cuanto a la falta de conciliación previa, no supone omisión del requisito previsto en el art. 63 de la LPL la incorrecta indicación del domicilio del demandado, pues la finalidad de dicho trámite, llegar a un acuerdo previo al juicio, pudo haberse obtenido en el trámite de conciliación previsto en el art. 84 de la LPL, por lo que no cabe apreciar indefensión por el hecho de que no se pudiese citar al demandado para la celebración del acto de conciliación ante el SMAC.

3. Las razones expuestas nos conducen a estimar el recurso y a devolver las actuaciones al Juzgado de instancia, a fin de que, con absoluta libertad de criterio, se pronuncie sobre la legalidad de la alegada extinción contractual comunicada por el empleador a la actora, sin que esta Sala pueda resolver esta cuestión en este momento procesal, pues no existe un pronunciamiento previo de la sentencia de instancia sobre ella, ni tampoco se hace ninguna referencia a esta cuestión en el escrito de interposición del recurso que se limita a combatir el pronunciamiento sobre la caducidad de la acción y la falta de conciliación previa.

## **FALLO**

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de Y.S.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante de fecha 23-9-2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra V.J.F.C.; y revocando la sentencia recurrida, declaramos que la acción por despido fue interpuesta dentro del plazo legal, rechazando la excepción de caducidad y la de falta de reclamación previa, y ordenando la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para que se resuelvan las restantes cuestiones planteadas.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.748, de 7 de junio de 2011**

**Materia:** Conflicto colectivo. Personal al servicio de empresa de limpieza. Servicios de limpieza efectuados en campus universitario. Disfrute de vacaciones. Convenio de empresa. Reconocimiento como festivo los días 24 y 25 de junio para este personal. Falta de acreditación de dicha práctica habitual alegada.

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

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida.

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Son dos los motivos en que se estructura el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cinco de los de Alicante que desestima la demanda en materia de conflicto colectivo, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Por el cauce del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se introduce el primero de los motivos en el que se insta la adición de un nuevo hecho probado, el séptimo, con el siguiente contenido: “Los días 24 y 25 de Junio de cada año, se han considerado como no laborables para los trabajadores del ámbito de aplicación del conflicto, en consonancia con los días declarados festivos en el campus de San Juan, que se hacen extensivos asimismo al personal del servicio de limpieza como practica habitual consolidada de las distintas contratas de limpieza desde hace varios años.”

La adición postulada se apoya en los documentos obrantes a los folios 21 y 52 a 50 que son respectivamente una comunicación del Secretario Provincial de FeS-UGT a la Gerencia de Limpieza de fecha 31 de mayo de 2010 y la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Siete de los de Alicante. Sin que pueda prosperar la modificación pretendida por cuanto que los documentos en que se sustenta y que aparecen reflejados, respectivamente, en los hechos probados cuarto y quinto de la sentencia de instancia, no evidencian la práctica habitual que pretende introducir la defensa de la parte actora, pero es que además los referidos documentos han sido objeto de examen por la juzgadora de instancia, como se refiere en los fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, sin que de los mismos ni de la testifical practicada se alcance por aquella la convicción sobre la existencia de la indicada práctica sobre el disfrute como festivos por el personal de limpieza de la Universidad de Alicante de los días 24 y 25 de junio, siendo precisamente la falta de acreditación de dicha práctica la que determina la desestimación de la demanda (fundamento de derecho segundo, último

párrafo), sin que quepa primar la valoración subjetiva y parcial de la parte sobre la más objetiva e imparcial del Juez que es a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso–: SSTCT 4 abril 1975 (RJ 1975\1660), 5 octubre 1977 (RJ 1977\4607), y STS 12 junio 1975 (RJ 1975\2709)–, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica (STC 17 octubre 1994 [RTC 1994\272]), la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316, 326, 348 y 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el art. 97-2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

**SEGUNDO.-** En el correlativo motivo del recurso que se formula al amparo del apartado c del art. 191 de la LPL y cuyo objeto es el examen del derecho aplicado en la sentencia del Juzgado, se denuncia la vulneración de la doctrina jurisprudencial acerca de la condición más beneficiosa y según la cual no cabe la supresión o reducción por acto unilateral del empresario de ventajas o beneficios incorporados al contenido del contrato de trabajo por actos de voluntad expresa o tácitos de los sujetos del mismo (sent. Sala Social del TS de 20-12-1993 y 22-9-1995). Para desestimar este motivo basta señalar que al no haber prosperado la premisa fáctica en la que se sustenta la existencia de la condición más beneficiosa cuyo reconocimiento se reclama en la presente litis, tampoco puede prosperar el motivo ahora examinado, pues aun siendo cierta la doctrina jurisprudencial que aduce el recurrente acerca de la prohibición de que el empresario suprima unilateralmente la condición más beneficiosa, para su aplicación es necesaria la constatación de la premisa de hecho en que la misma se apoya, lo que en el presente caso no se ha logrado, de forma que no cabe apreciar la infracción de la doctrina jurisprudencial que se imputa a la sentencia de instancia y que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso contra ella interpuesto.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita, además de que al tratarse de un proceso de conflicto colectivo cada parte se ha de hacer cargo de las costas causadas a su instancia, de conformidad con lo establecido en el art. 233-2 de la LPL.

## **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. A.J.R.P., como delegado de personal de Servicios Auxiliares de Mantenimiento, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cinco de los de Alicante y su provincia, de fecha 9 de diciembre de 2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa S.A.M., S.L.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.753, de 7 de junio de 2011**

**Materia:** Reclamación de cantidad. Percepción complemento salarial: complemento “ad personam”. Cambio de categoría. Derecho al plus devengado.

**Juzgado:** Estima la demanda, reconociendo el derecho del actor a percibir el plus “ad personam” como complemento salarial no compensable.

**Sala:** Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La empresa no ha llevado a cabo compensación alguna. La empresa ha dejado de abonar aquel complemento que obedece al ejercicio de funciones de superior categoría, ya que retribuye en función de las tareas que se desarrollan en la empresa.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la empresa A.E.L.A. SAU, la sentencia que ha estimado la demanda reconociendo el derecho del actor a percibir el “plus ad personam” como complemento salarial no compensable en el importe de 229,51 € mensuales en lo sucesivo, condenando a la empresa a abonar el importe de 3.672,16 € correspondiente al plus devengado en el periodo enero de 2009 a abril de 2010.

El recurso, se estructura en dos motivos. El primero, por el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en dos apartados impugna los hechos cuarto y sexto, proponiendo la siguiente redacción alternativa:

Cuarto: “La empresa ha venido satisfaciendo al actor, al menos desde enero de 2007 y hasta marzo de 2008, el concepto salarial de prima de responsabilidad, que en los meses de enero febrero y marzo de 2008 su importe fue de 229,51 € mensuales y a partir de abril de 2008 hasta enero de 2009, dicho importe de 229,51 € mensuales ha venido siendo abonado bajo el concepto de plus ad personam.”. La redacción propuesta es más completa y no contradice la que contiene el hecho combatido, y como se desprende de los documentos relacionados en el recurso (folios 60 a 96) que son nóminas se acepta la modificación

Sexto: “EL artículo 4º del II Convenio Colectivo de la Empresa A.E.L.A. SAU, para su personal de tierra, excepto técnico de mantenimiento, establece expresamente en su segundo párrafo: “Quedan excluidos de esta compensación las retribuciones “ad personam” y la antigüedad consolidada”. También merece prosperar

esta redacción que corrige el error en la denominación del Convenio y es idéntica por lo demás a la que contienen la sentencia.

**SEGUNDO.-** Ya en censura jurídica, por la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el recurso la aplicación indebida del art. 4 del Convenio. Sostiene el recurso que su representada no ha practicado compensación alguna, ya que el plus ad personam que se solicita en la demanda, en realidad era el complemento por el desarrollo de funciones de superior categoría a que se refiere el art. 70.4 del convenio, como lo demuestra el que la diferencia retributiva entre la categoría que ostentaba el actor hasta enero de 2009 y la superior (niveles 11 y 12) es equivalente a la cantidad fija que como prima de responsabilidad y después plus “ad personam” se venía retribuyendo, y que una vez reconocida la categoría superior se deja de abonar en la nómina a partir de febrero de 2009.

El recurso debe prosperar. Los hechos probados de la sentencia con las concreciones a que se ha dado lugar avalan la versión de la empresa recurrente. En efecto, si en los hechos probados se reconoce que el plus “ad personam” que venía percibiendo el actor desde abril de 2008 a enero de 2009, en su origen y cuantía coincidía con el que por prima de responsabilidad se venía abonando con anterioridad, no es posible concluir que se trata del plus ad personam no compensable a que se refiere el art. 4 del Convenio. Por tanto coincidiendo su cuantía con la diferencia retributiva de las categorías que ostentaba el demandante hasta enero de 2009 de oficial administrativo de 2ª (nivel 12) y a partir de febrero de 2009 de Oficial Administrativo 1 B (nivel 11), debe concluirse que la empresa no ha efectuado compensación alguna, y que lo que ha ocurrido es que ha dejado de abonar aquel complemento o plus que obedece al ejercicio de funciones de superior categoría, que obviamente deben dejar de abonarse cuando se retribuye el trabajo de conformidad con las funciones que se desarrollan. En cualquier caso el origen del plus en discusión no permite excluir la compensación tal y como sostiene la sentencia recurrida y procede estimar el recurso.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda la devolución de las consignaciones o, en su caso, de los aseguramientos prestados y de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de, A.E.L.A. SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Valencia de fecha 12 de julio de 2010; y, en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de don E.D.T.T. contra la recurrente, absolviendo a esta última de las pretensiones contra la misma formuladas.

Se acuerda la devolución de las consignaciones, así como del depósito constituido para recurrir.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.756, de 7 de junio de 2011.**

**Materia: Alta médica: Impugnación. Trabajadora que causa baja por enfermedad común. Incapacidad Temporal: Cuadro ansioso-depresivo. Extinción situación de incapacidad. Concurrencia causas extinción de la misma. Estimación.**

**Juzgado: Desestima la demanda y absuelve a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El estado de la demandante es incompatible con su puesto de trabajo, requiriendo atención médica. No concurre ninguna de las causas que den lugar a la extinción de la incapacidad temporal referidas en el art. 131.bis 1 LGSS.**

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la actora, la sentencia que ha desestimado su demanda sobre impugnación de alta médica.

El recurso se articula en dos motivos. El primero, por el apartado b) del art. 191 de la ley de procedimiento Laboral, propone que se añadan a la sentencia dos hechos nuevos a continuación del cuarto, que ocuparían los ordinales quinto y sexto, pasando a ser correlativos los siguientes con el siguiente tenor:

a) quinto: “El diagnóstico efectuado por el Dr. A.J.P.T., médico Psiquiatra de la agencia valenciana de salud, de fecha treinta de octubre de 2009, es el de trastorno distímico (F34 de la CIE 10). E indica que la concurrencia de fibromialgia en ésta paciente contribuye a mantener estas condiciones y actúa agravando el cuadro psíquico”.

b) sexto: “EL informe del Dr. A.J.P.T., médico Psiquiatra de la agencia valenciana de salud, de fecha seis de noviembre determina que no es previsible que la actora pueda alcanzar una remisión sintomática que permita una recuperación de sus capacidades normales.”

Apoya las modificaciones en los referidos informes del médico que ha venido tratando a la recurrente y que se ubican como documentos nº 2 y 3 de los aportados junto con la demanda. Y se estima la modificación por adición solicitada, dado que completa la sentencia con la introducción del estado de la actora en fechas muy próximas al alta médica impugnada.

**SEGUNDO.-** Con amparo en la letra c) del art. 191 de la Ley de procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo de recurso, la infracción de los arts 9 y 24 de la Constitución Española, por falta de aplicación y por errónea aplicación de los arts 128 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y art. 4.1 de la Orden de 19 de junio de 1997, los arts 1.4 y 5 del Real Decreto 575/1997, y la jurisprudencia menor que posteriormente detalla. Sostiene, en esencia, el recurso que siendo el diagnóstico de la baja el de depresión neurótica, enfermedad que de acuerdo con los informes emitidos por el Psiquiatra que viene atendiendo a la demandante no ha remitido, afectando a su estado de ánimo, capacidad de concentración y de memoria y de energía física que mantienen una limitación de sus posibilidades de adaptación global, no concurre causa de extinción de la Incapacidad Temporal, ya que no se han agotado los doce meses de duración, no se ha dejado de recibir asistencia sanitaria, no se ha producido la curación y tampoco se ha dejado de comparecer a los reconocimientos médicos. Alega falta de motivación del parte de alta, que no ha razonado solo la mejoría de la enfermedad que motivo la baja médica, siendo contrario a los informes del médico que en la medicina oficial viene tratando a la demandante.

Para decidir el supuesto se debe partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia con las adiciones a que se ha dado lugar. Se trata de una trabajadora, que venía prestando servicios con la categoría de pinche de cocina, que inició situación de Incapacidad Temporal por enfermedad común con el diagnóstico de depresión neurótica, con fecha 24-3-2009; y que tras una primera propuesta para alta médica en septiembre de 2009 que se dejó sin efecto por disconformidad de la Inspección Médica, se le ha extendido el alta por el INSS con fecha 9-11-2009, después de ser reconocida por el facultativo del INSS en fecha 3-11-2009 en el que se consignaba un diagnóstico de 729.1 migraña y miositis no especificada-fibromialgia, y como resultado del reconocimiento: Mujer de 33 años, pinche de cocina, actualmente en desempleo. AP fibromialgia. Según consta en el programa atrium en situación de IT por cuadro ansioso-depresivo. Acredita informe de USM. Diagnóstico trastorno distímico. EA: Manifiesta no poder con su alma, fatal de dolor y del ánimo. Su cabeza no para de pegar vueltas. Ha hecho todas las cosas que están a su alcance y no ha encontrado ninguna mejoría. No padece enfermedad psiquiátrica grave limitante, atendiendo a capacidad de funcionamiento útil. Causa del alta: Recuperación de la capacidad profesional. Dice la sentencia que la actora se halla diagnosticada de fibromialgia de varios años evolución desde el año 2000 aproximadamente, dolor generalizado crónico y síndrome de fatiga crónica, así como de trastorno distímico asociado, sin más precisión, y por estimación del anterior motivo se han de tener en cuenta los informes médicos de su Psiquiatra de fecha 30 de octubre y 6 de noviembre de 2009 que se han incorporado al relato de hechos probados.

Pues bien, con estos datos, tal y como se solicita en el recurso, no cabe sino concluir que no concurre ninguna de las causas de extinción de la Incapacidad Temporal referidas en el art. 131 bis.1 de la LGSS, siendo que el estado actual de la demandante es incompatible con su trabajo, y requiere asistencia médica lo que impide el alta médica; y como tampoco ha transcurrido el plazo de duración de la Incapacidad Temporal de doce meses (art. 128 de la LGSS), deberá permanecer en dicha situación al menos hasta entonces, en que debe valorarse nuevamente su estado, para determinar si procede el alta por curación, la prórroga o el alta con propuesta de invalidez permanente, siendo que, desde luego, el estado que presenta la demandante en la fecha del alta, con síntomas que impiden la reincorporación al trabajo, imponen dejar sin

efecto el alta médica impugnada, debiendo en consecuencia estimar el recurso y la demanda.

## **FALLO**

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M.S.M.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia de fecha 26 de octubre de 2010; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y estimamos la demanda de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y dejamos sin efecto el alta médica de 9-11- 2009, condenando a la demandada a que reponga a la actora en la anterior situación de Incapacidad Temporal hasta que no concurra causa de extinción.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.777, de 7 de junio de 2011**

**Materia: Conflicto colectivo. Reconocimiento como jornada efectiva el descanso de media hora para el bocadillo. Reconocimiento de días de libre disposición por exceso de jornada. Procedencia.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas de contrario. Los trabajadores no tienen derecho a días de libre disposición porque no ha habido exceso de jornada.**

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

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia que se combate desestimó la demanda presentada en materia de conflicto colectivo y frente a aquella se recurre en suplicación por la representación letrada de la parte actora, proponiendo dos motivos de impugnación, referidos a la infracción de normas o garantías del procedimiento y a la revisión de hechos probados, siendo el recurso impugnado de contrario.

Amparado dentro de lo instituido en el art.191 a) de la Ley de procedimiento laboral se denuncia la existencia de una incongruencia omisiva por parte de la resolución de instancia tanto en insuficiencia de hechos probados como en una falta de motivación de la misma dado que solo resuelve la segunda de las peticiones relacionada con el cómputo como jornada efectiva del descanso de media hora del bocadillo pero no si nos encontráramos ante una modificación sustancial puesto que la reducción de la jornada diaria va acompañada de la ampliación de los días laborables, citando como infringidos los art.97.2 de la LPL y 41.4 del ET y 24.1 de la Constitución.

Es cierto que en el suplico de la demanda interpuesta se solicitaba se declarara no ajustada a derecho la modificación del cómputo de la jornada efectiva de trabajo para los trabajadores de mantenimiento y el derecho a computar como jornada de trabajo efectivo el descanso de media hora del bocadillo con compensación como disfrute de días de descanso del exceso de jornada realizada. La resolución recurrida desestimó la indicada petición que es literalmente analizada en el fundamento jurídico segundo de la misma partiendo de la inexistencia de una condición más beneficiosa pues el tiempo dedicado al descanso para el almuerzo/bocadillo no constituía parte de la jornada efectiva de trabajo, y por lo tanto, los días de libre disposición concedidos de forma precedente al inicio del año 2010 y de manera variable para los trabajadores en función de las necesidades del servicio prestado al Ayuntamiento de S. no suponían el establecimiento de dicha condición sino un acto de mera liberalidad lo que incidía en la inexistencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo. Así las cosas, las supuestas dos peticiones íntimamente entrelazadas fueron objeto de expreso estudio por

la Magistrada de instancia por lo que no cabría apreciar una alegada incongruencia omisiva que vendría originada por no haberse en realidad estimado la existencia de dicha modificación sustancial lo que puede generar un legítimo derecho de la parte a discrepar de los razonamientos contenidos en la sentencia y del posterior fallo desestimatorio dictado en la instancia pero sin atisbo alguno de la falta denunciada en el motivo. Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2.000, de 14 de febrero, el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, sino que es necesario, además, que aquella resolución atienda sustancialmente al núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso. (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, 369/1993, de 13 de diciembre, 136/1998, de 29 de junio, 19/1999 de 22 de febrero, y 96/1999, de 31 de mayo, entre otras muchas). Esta correspondencia o adecuación se quiebra en aquellos casos en que la Sentencia guarda absoluto silencio sobre elementos fundamentales de las pretensiones procesales ejercitadas, modalidad de incongruencia por omisión o ex silentio que puede ocasionar que la resolución judicial afectada por ese vicio, genere una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso. Requisitos y presupuestos ausentes en el supuesto que nos ocupa, y que comportará la desestimación del motivo planteado.

**SEGUNDO.-** El siguiente motivo viene dedicado a la revisión de los hechos declarados probados y se ampara en lo dispuesto en el art.191 b) de la LPL. Se propone la modificación del hecho probado segundo y tercero y para ello se basa no solo en una genérica y alegada prueba testifical sino en una variada prueba documental que ya fue objeto de expreso análisis por parte de la Juzgadora de instancia como son los estadillos y los partes de trabajo a los que expresamente se alude en el hecho probado tercero lo que comportará la desestimación del motivo de revisión instado, y es que por medio del actual recurso de suplicación no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que la Magistrada "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Además, la parte no articula formalmente motivo alguno dedicado a la censura jurídica dentro del apartado c) del art.191 de la norma adjetiva laboral limitándose al final del escrito y dentro del motivo de revisión a la cita del art. 41.1 del Estatuto de los Trabajadores lo que supone un incumplimiento palmario de los requisitos formales previstos para el correcto planteamiento del recurso extraordinario de suplicación que nos ocupa.

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 D. R.L.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo

Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha 4 de noviembre de 2010 en virtud de demanda formulada contra la S.I:C:E: SA y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.793, de 8 de junio de 2011**

**Materia:** Reconocimiento de derecho y cantidad. Trabajadores al servicio de fundación deportiva municipal. Personal laboral interino que cubre puestos de superior categoría. Procedimiento selectivo para cubrir vacantes. Nulidad de los ceses en el puesto de trabajo y reconocimiento diferencias salariales.

**Juzgado:** Estima la demanda acumulada de los actores condenando a la demandada a abonar a los trabajadores las sumas dejadas de percibir

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia recurrida. Considera ajustado a derecho el cese los trabajadores al haber obtenido otros las vacantes objeto de litigio tras unas pruebas de promoción interna.

**Ponente:** Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Por la Fundación Deportiva Municipal se recurre la sentencia de instancia que estimó las demandas presentadas por los tres trabajadores, declaró la nulidad de sus ceses en el puesto de trabajo de encargado de instalaciones deportivas que venían ocupando y la condenó a abonarles las diferencias salariales correspondientes. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, con un doble objetivo:

1º.- En primer lugar, para que en el apartado 4 se sustituya la frase “ninguna de las cuales es la del trabajador que suscribe”, por otra que diga “así como la correspondiente bolsa de trabajo entre aspirantes no aprobados y con arreglo a la puntuación obtenida”. Se cita a tal fin el documento número 4 aportado por la demandada, que es la constitución de la bolsa de encargados tras concluir el procedimiento selectivo. Pero de este documento, al menos de su cita genérica sin concreción del folio o del extremo correspondiente, no se deduce que no sea cierta la frase de la sentencia que se pretende suprimir. Por ello y porque la existencia de la bolsa de trabajo ya aparece recogida en la sentencia, se rechaza la modificación interesada.

2º.- También se solicita que el hecho probado quinto se sustituya por el texto que propone la recurrente y que es el siguiente: “copiar lo acotado al folio \*414 o 2 del escrito de interposición del recurso”. Se acepta la modificación que se propone pues aun cuando no altera sustancialmente lo que se relata en la sentencia, se concretan con más claridad las circunstancias que motivaron los ceses de los demandantes.

**SEGUNDO.-** 1. En el segundo y último motivo del recurso se denuncia al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL, la vulneración por interpretación

errónea de los artículos 91.2 de la LPL, 304 y 317 a 323 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 103 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 39.3 del Estatuto de los Trabajadores –en lo sucesivo, ET- y 41 del convenio colectivo de trabajo de la Fundación Deportiva Municipal de Valencia. Se argumenta en el motivo que el cese de los demandantes en los puestos de trabajo que ocupaban provisionalmente no es contrario a derecho, pues tuvo por causa la confección de una nueva bolsa de trabajo tras el procedimiento selectivo convocado para cubrir las vacantes de encargados de instalaciones deportivas, de modo que quienes sustituyeron a los actores obtuvieron mejor puntuación en aquél proceso.

2. El motivo debe prosperar por las razones que se pasan a exponer. El convenio colectivo de empresa regula la movilidad funcional en su artículo 49, en términos semejantes a como se regulaba en el artículo 41 del anterior convenio los “trabajos de superior e inferior categoría”. Lo que se establece en estos preceptos, entre otras cuestiones, es la posibilidad de que la empresa designe a un trabajador para ocupar un puesto vacante de categoría superior a la que tiene reconocida. Se trata, por tanto, de un supuesto típico de movilidad funcional que con carácter general se regula en el artículo 39 del ET, como una facultad empresarial que solo queda limitada por el respeto a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y por la pertenencia al grupo profesional. Así resulta que con amparo, precisamente, en lo dispuesto en el artículo 49 del convenio, los tres demandantes fueron designados en su día por la dirección de la empresa para realizar las funciones de encargado de instalaciones deportivas, de categoría superior, por tanto, a la que ostentaban que era la de auxiliar de servicio. Esto es, no estamos ante contratos de interinidad que tienen una regulación específica derivada de lo dispuesto en el artículo 15 del ET y que tiene sus propias causas de cese –artículo 8 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre-, sino ante un supuesto de movilidad funcional sujeto a un régimen jurídico diferenciado y que, en esencia y a falta de regulación específica, es una manifestación de la facultad organizativa que compete al empresario (art. 20 del ET). Pues bien, tal y como ha quedado redactado el hecho probado quinto de la sentencia recurrida, resulta que el cese de los demandantes se produce como consecuencia de su sustitución por otros trabajadores que obtuvieron mejor calificación en las pruebas realizadas para cubrir por el sistema de promoción interna cuatro plazas en la categoría de encargado de instalaciones deportivas y de acuerdo con los criterios expuestos en el expediente 2009/10, por el que se aprueba la constitución de una nueva bolsa de encargados y el cese de los nombramientos provisionales efectuados con anterioridad. Por consiguiente, siendo que no consta que los ceses de los demandantes estuvieran sometidos a ninguna normativa específica o pacto de empresa que pudiera condicionar o limitar la facultad que al empresario reconocen los artículos 39 del ET y 49 del convenio colectivo de empresa, debemos concluir que el cese de los demandantes no se puede considerar contraria a derecho, sobre todo cuando es fruto de una propuesta empresarial aprobada por el comité de empresa, con los votos favorables de los sindicatos CSI-CSIF y CCOO y el voto en contra del sindicato UGT. Procede, en consecuencia, revocar la sentencia de instancia y con desestimación de la demanda presentada absolver a la empresa de la reclamación formulada.

**SEGUNDO.-** 1. 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.

2. No procede condenar a ninguna de las partes al pago de las costas procesales (artículo 233.1 de la LPL)

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la FUNDACIÓN DEPORTIVA MUNICIPAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.6 de los de Valencia de fecha 7 de mayo de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA I.D.M., DON G.L.C. y DON V.C.C.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.799, de 8 de junio de 2011**

**Materia: Reclamación de cantidad. Salarios: Complemento personal transitorio. Profesora que presta servicios en centros concertados de formación profesional. Posteriormente es recolocada en un centro impartiendo docencia en educación primaria.**

**Juzgado: Estima la demanda condenando a la Generalitat al abono de determinada cantidad en concepto de salarios dejados de percibir. La actora tiene derecho al complemento personal solicitado.**

**Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La actora ha sido recolocada en educación primaria. Solo tienen derecho a ese complemento los profesores que pasan de formación profesional a primer ciclo de educación secundaria obligatoria.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.**

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se recurre por parte del letrado de la Generalitat Valenciana la sentencia dictada el día 1-6-2010 por el juzgado de lo Social número 11 de los de Valencia en la que estimándose la demanda interpuesta por J.L.M. se condenó a la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana a abonar a la actora la cantidad de 1803,53 euros en concepto de salarios. El recurso interpuesto, que fue impugnado por la actora, se articula en único motivo formulado con arreglo al apartado c) del art. 191 LPL.

En el único motivo de su recurso denuncia la actora infracción del art. 3, 1 Cc en relación con el apartado 6º c) del documento sobre la implantación de la reforma educativa en los centros concertados de la Comunidad Valenciana de 9-9-1.996, por cuanto que se señala que desde el año 2.003 en que se encuentran equiparadas las retribuciones correspondientes al profesorado de los ciclos 1º y 2º de Educación Secundaria Obligatoria, con arreglo al precepto citado como erróneamente interpretado no procede abonar el complemento que ha sido otorgado en su totalidad en la demandada.

El precepto citado como infringido que no es sino el pacto alcanzado por la patronal de la enseñanza concertada, la administración con competencias en materia educativa, y los representantes de los trabajadores, dispone lo siguiente:

*“C. Complementos personales transitorios.*

*Con el fin de evitar la pérdida de poder adquisitivo de determinados profesores de los centros concertados, la Conselleria de Cultura, Educación y Ciencia*

*estudiará el abono de un complemento personal, transitorio en los supuestos en que se den las siguientes condiciones:*

*1) Que se trate de profesores que, encontrándose, en el curso 95/96, en la nómina de pago delegado en los niveles de Formación Profesional o BUP/COU, pasen a desempeñar un puesto de trabajo en el primer ciclo de la ESO en el mismo centro.*

*2) Que el trasvase de profesorado de los niveles de FP o BUP/COU a primer ciclo de ESO responda al objetivo de garantizar los puestos de trabajo de los profesores que ya se encuentran en nómina de pago delegado y sin que ello suponga perjuicio alguno para el actual profesorado de E. Primaria/EGB, tomando como referencia el modelo de plantillas establecido en el apartado octavo de este documento.*

*3) Que el titular del centro solicite el abono del referido complemento personal transitorio, acreditando el cumplimiento del artículo 39 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores y cualquier otra normativa específica en la materia.*

*El complemento personal transitorio ascenderá a un importe equivalente a la diferencia retributiva entre el anterior y el nuevo puesto de trabajo que ocupe. Cuando se produzca una modificación en las retribuciones, se revisará el importe del C.P.T., actualizándolo, en su caso, con el criterio expuesto.*

*El complemento personal transitorio se mantendrá en tanto las retribuciones en base a las cuales se diseñe el apartado de "Salarios y cargas sociales" del módulo de conciertos no sean iguales en ambos ciclos de la Educación Secundaria Obligatoria."*

De la lectura del precepto se deduce que la finalidad del mismo es garantizar que la aplicación de la reforma educativa no suponga una merma de las retribuciones del profesorado, al que se pretende garantizar en todo momento sus expectativas salariales, manteniendo las que les corresponderían en su categoría de origen, con anterioridad a la aplicación de la reforma.

Así las cosas, y tal como se razona en la sentencia de instancia, lo cierto es que la actora entre 1.995 y 1.998 prestó sus servicios como profesora de Formación Profesional de primer ciclo, y al desaparecer su puesto de trabajo fue recolocada como profesora de Educación Primaria – que no de Educación Secundaria Obligatoria- y que desde entonces ha venido percibiendo el denominado “complemento personal transitorio”, complemento este que se encontraba en los años 2.008 y 2.009 cifrado en 452,45 euros, y que a partir del mes de mayo de 2.008 se ha venido abonando de forma parcial en la forma que relatan los hechos declarados probados, hasta adeudarse por este concepto al final del mes de agosto de 2.009 las cantidades objeto de condena. Y este abono parcial en modo alguno puede considerarse amparado en el hecho de que las retribuciones de los profesores del primer ciclo de enseñanza secundaria se hayan equiparado con los del segundo ciclo, pues el acuerdo citado como infringido, en lo que se refiere a la extinción del complemento, resulta de aplicación a los profesores que hayan pasado de prestar servicios como profesores de F.P a Primer ciclo de Educación Secundaria, pero no a la actora, que como se ha dicho pasó de ser profesora de F.P a serlo de formación primaria, persistiendo por otro lado, durante este periodo de tiempo

las diferencias retributivas entre los profesores de F.P y los de primaria, a diferencia de lo que sucede entre los profesores de los distintos ciclos de educación secundaria.

Por estas razones el motivo debe decaer.

**SEGUNDO.-** Corolario de lo razonado será la desestimación del recurso, con confirmación de la sentencia de instancia, debiendo imponerse las costas al recurrente vencido ( art. 233.1 LPL), cifrándose al efecto en la cantidad de 300 euros los honorarios del letrado impugnante.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

### **FALLO**

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por EL LETRADO DE LA GENERALITAT contra la sentencia de fecha 1-6-2.010 dictada por el Juzgado de lo social número 11 de los de VALENCIA en sus autos 1306/2.009 procedemos a confirmar la sentencia recurrida en sus propios términos.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.819, de 8 de junio de 2011**

**Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios como vigilante de seguridad mediante contrato de trabajo indefinido. Se establece un periodo de prueba de dos meses, siendo de aplicación el convenio colectivo de empresas de seguridad. El trabajador es cesado por no superación del periodo de prueba. El trabajador ya ha prestado sus servicios con anterioridad en esa empresa. Improcedencia del despido.**

**Juzgado: Estima en parte la demanda declarando improcedente la extinción de la relación laboral. Condena al FOGASA en su condición de responsable legal subsidiario a estar y pasar por dicha declaración.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las funciones que realiza el trabajador son distintas a la de la anterior contratación en la empresa. Además, había transcurrido el tiempo necesario para establecer un nuevo periodo de prueba. Al no cumplir con los requisitos que establece la nueva contratación y no haber superado el periodo de prueba se produce una extinción de la relación laboral en virtud el art. 49.1 b) del ET. No hay despido.**

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Combate en suplicación la representación letrada de la empresa demandada la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Seis de los de Alicante que estima la demanda y declara despido improcedente el cese del demandante por no superación del período de prueba, habiéndose articulado el recurso en dos motivos que no han sido impugnados de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

Por el cauce del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se introduce el primero de los motivos destinado a la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado. Insta la defensa de la recurrente la modificación del hecho probado sexto de la indicada sentencia, para el que propone el siguiente tenor: “El demandante había prestado servicios para la empresa unos anteriores servicios durante el período 16.06 a 15.09 de 2006 como vigilante de seguridad realizando las funciones habituales y contempladas en el art. 22 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad 2005-2008”

Dicha modificación que se apoya en el contrato de trabajo suscrito en su día entre las partes, no puede prosperar por cuanto que no consta la aportación en autos del meritado contrato, el cual por lo demás tampoco se identifica de forma suficiente ya que no se indican los folios en que se contiene, seguramente porque no se ha aportado y resulta imposible dicha identificación.

**SEGUNDO.-** Por el apartado c del art. 191 de la LPL se formula el segundo de los motivos que tiene por objeto el examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia. En dicho motivo se imputa a la meritada sentencia la vulneración de lo establecido en el artículo 14.1 y artículo 29 del Convenio Colectivo de aplicación (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 18 de mayo de 2005), así como la jurisprudencia que interpreta la primera de dichas normas.

En el indicado motivo se aduce que la resolución recurrida incurre en error de interpretación del art. 14 del ET por tres razones:

1ª.- Porque no existe identidad de funciones. La sentencia de instancia declara nulo el período de prueba consignado en el contrato de trabajo del actor suscrito el 10 de noviembre de 2010 porque el mismo había prestado servicios con anterioridad para la empresa y es cierto que el demandante estuvo contratado por la demandada del 16 de junio del 2006 al 15 de septiembre de 2006, pero en dicha contratación realizó funciones radicalmente distintas a las del contrato que nos ocupa ya que en este se realizan a bordo de un buque en alta mar, fuera del territorio español en condiciones de aislamiento y con armamento bélico para la defensa tanto del barco como de las personas de su interior y dichas funciones son distintas de cualquier otro vigilante de seguridad hasta tal punto que fueron expresamente reguladas por el Real Decreto 1628/2009 de 30 de octubre, norma que regula la prestación de vigilancia privada en los buques pesqueros de bandera española, con la finalidad específica de protegerlos contra ataques piratas.

2ª.- Existencia de un dilatado espacio de tiempo entre ambas contrataciones y aplicación del artículo 29 del Convenio Colectivo de Seguridad. Aduce la defensa del recurrente que la norma convencional reseñada establece un período de prueba de dos meses para el personal operativo, pero expresamente se indica que no existirá período de prueba si el trabajador fuera contratado de nuevo por la misma empresa en el período de dos años posterior al último contrato. La interpretación literal de la indicada norma evidencia que cualquier contratación que se produzca transcurrido más de dos años desde la anterior tiene autorizada la fijación de un período de prueba y el lapso transcurrido entre el primer contrato y el que nos ocupa es de tres años y dos meses por lo que al amparo del Convenio Colectivo aplicable se permite la fijación de un período de prueba en el nuevo contrato de trabajo suscrito entre las partes. Además transcribe parte de una sentencia del TSJ de Madrid que avala su interpretación y cita otras de diversos Tribunales Superiores de Justicia en apoyo de la misma y conforme a las cuales no cabe tachar de nulo el período de prueba suscrito entre las partes.

3ª.- Tampoco cabe entender que la superación de un proceso de selección por parte del actor impida la fijación de un período de prueba en el contrato de trabajo suscrito entre las partes ya que la sentencia en la que se apoya el Magistrado de instancia para llegar a dicha conclusión contempla un supuesto distinto puesto que se trataba de una contratación llevada a cabo por una Administración pública mediante

convocatoria y con un proceso de selección previo con pruebas teóricas y prácticas, sin que conste en la convocatoria entre las condiciones del contrato que el mismo estaría sujeto a un período de prueba, pese a la superación del proceso de selección. En el presente caso la empresa no estaba sujeta a un pliego de convocatoria, siendo posible la fijación de un período de prueba de acuerdo con lo establecido en el art. 29 del Convenio Colectivo aplicable y estando sujetas las partes a las cláusulas del contrato de trabajo en las que se establece claramente el indicado periodo de prueba, lo que impide también considerarlo nulo.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar porque del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se constata que si bien el actor prestó para la empresa demandada anteriores servicios en el período que va del 16 de junio al 15 de septiembre de 2006, no se hace constar en que consistieron dichos servicios y por tanto se desconoce si las funciones desempeñadas por el demandante fueron las mismas para las que fue contratado por la empresa demandada en fecha 10-11-09. Por otra parte, el hecho de que el actor fuera sometido a un proceso de selección antes de la nueva contratación por desarrollarse las labores de vigilancia a bordo de embarcaciones de pesca en alta mar (hecho probado quinto), evidencia que no se trataba de las mismas funciones que desarrolló el demandante en su anterior prestación de servicios para la empresa demandada ya que aun admitiendo que en ambos casos se trata de labores de vigilancia no cabe desconocer las especiales características que concurren cuando las mismas se desarrollan en embarcaciones de pesca en alta mar tanto por el tipo de armas que se pueden llegar a utilizar así como por el largo período de tiempo que se permanece alejado de tierra durante la prestación de servicios y la convivencia con otros compañeros de trabajo que exige este tipo de trabajos de vigilancia y que no se da en la ejecución de otros contratos de seguridad.

Por otra parte, dado el largo lapso de tiempo transcurrido entre la finalización del anterior contrato de trabajo y el nuevo, tal y como apunta la defensa de la empresa demandada, resulta lógico que la empresa pactara un período de prueba ya que resulta necesario comprobar la aptitud del trabajador en el concreto momento de la contratación, y no tres años antes, pudiendo haber variado las circunstancias de capacidad y rendimiento, máxime en unos tiempos como los actuales en los que la implantación de nuevas tecnologías está a la orden del día, habiéndose manifestado en este mismo sentido esta Sala al resolver el recurso de suplicación nº 2733/2007 al hacerse eco de la doctrina establecida por la sentencia del TSJ de Madrid de 14 de Mayo de 1998, en la que se indica que es cierto que el precepto (art. 14 ET) no se refiere a lapso temporal alguno, limitándose a establecer la nulidad del pacto de período de prueba cuando el trabajador ya hubiera desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, sin importar la modalidad de contratación. Mas esa interpretación puramente literal no es suficiente, debiendo tenerse presente la finalidad de la norma (t. 3.1 del Código Civil). “El transcurso de un dilatado espacio temporal entre contrato y contrato puede dar validez a la prueba pactada en el último, ante la necesidad que la empresa tiene de conocer si las aptitudes del trabajador subsisten o han experimentado algún cambio”. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso determina que el establecimiento de un periodo de prueba parezca razonable al margen de que, como se dijo antes, al no ser las mismas las funciones desempeñadas por el demandante para la empresa demandada en los anteriores servicios tampoco cabría calificar de nulo el pacto sobre el período de prueba que se recoge en el segundo contrato de trabajo suscrito por las partes a cuyas cláusulas habrá que estar y sin que a

ello obste que en el proceso de selección al que se sometió el demandante y tras cuya superación fue contratado por la empresa demandada no se hiciera constar que la contratación laboral del actor se sometería a un período de prueba pues la fijación del mismo tampoco se excluyó cuando el demandante accedió a realizar el proceso de selección, teniendo que estar en todo caso a los términos del contrato por ser fuente de la relación laboral como se desprende de lo establecido en el artículo 3.1.c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y sin que quepa tampoco entender que la superación del proceso de selección por parte del trabajador impide la fijación de un período de prueba en el contrato de trabajo en el que se ampare la prestación de servicios del mismo al no existir norma alguno que así lo establezca.

En conclusión, al ser válido el pacto sobre periodo de prueba fijado en el contrato de trabajo suscrito por las partes, la comunicación de la empresa sobre no superación de dicho período de prueba por el actor y que fue efectuada antes del transcurso del referido período no constituye despido sino la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 49.1 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo que determina la desestimación de la demanda en contra de lo resuelto por la sentencia de instancia que se habrá de revocar al estimarse el recurso contra ella interpuesto.

**TERCERO.-** Por el apartado c del art. 191 de la LPL se formula el segundo de los motivos que tiene por objeto el examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia. En dicho motivo se imputa a la meritada sentencia la vulneración de lo establecido en el artículo 14.1 y artículo 29 del Convenio Colectivo de aplicación (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 18 de mayo de 2005), así como la jurisprudencia que interpreta la primera de dichas normas.

En el indicado motivo se aduce que la resolución recurrida incurre en error de interpretación del art. 14 del ET por tres razones:

1ª.- Porque no existe identidad de funciones. La sentencia de instancia declara nulo el período de prueba consignado en el contrato de trabajo del actor suscrito el 10 de noviembre de 2010 porque el mismo había prestado servicios con anterioridad para la empresa y es cierto que el demandante estuvo contratado por la demandada del 16 de junio del 2006 al 15 de septiembre de 2006, pero en dicha contratación realizó funciones radicalmente distintas a las del contrato que nos ocupa ya que en este se realizan a bordo de un buque en alta mar, fuera del territorio español en condiciones de aislamiento y con armamento bélico para la defensa tanto del barco como de las personas de su interior y dichas funciones son distintas de cualquier otro vigilante de seguridad hasta tal punto que fueron expresamente reguladas por el Real Decreto 1628/2009 de 30 de octubre, norma que regula la prestación de vigilancia privada en los buques pesqueros de bandera española, con la finalidad específica de protegerlos contra ataques piratas.

2ª.- Existencia de un dilatado espacio de tiempo entre ambas contrataciones y aplicación del artículo 29 del Convenio Colectivo de Seguridad. Aduce la defensa del recurrente que la norma convencional reseñada establece un período de prueba de dos meses para el personal operativo, pero expresamente se indica que no existirá período de prueba si el trabajador fuera contratado de nuevo por la misma empresa en el período de dos años posterior al último contrato. La interpretación literal de la indicada norma

evidencia que cualquier contratación que se produzca transcurrido más de dos años desde la anterior tiene autorizada la fijación de un período de prueba y el lapso transcurrido entre el primer contrato y el que nos ocupa es de tres años y dos meses por lo que al amparo del Convenio Colectivo aplicable se permite la fijación de un período de prueba en el nuevo contrato de trabajo suscrito entre las partes. Además transcribe parte de una sentencia del TSJ de Madrid que avala su interpretación y cita otras de diversos Tribunales Superiores de Justicia en apoyo de la misma y conforme a las cuales no cabe tachar de nulo el período de prueba suscrito entre las partes.

3ª.- Tampoco cabe entender que la superación de un proceso de selección por parte del actor impida la fijación de un período de prueba en el contrato de trabajo suscrito entre las partes ya que la sentencia en la que se apoya el Magistrado de instancia para llegar a dicha conclusión contempla un supuesto distinto puesto que se trataba de una contratación llevada a cabo por una Administración pública mediante convocatoria y con un proceso de selección previo con pruebas teóricas y prácticas, sin que conste en la convocatoria entre las condiciones del contrato que el mismo estaría sujeto a un período de prueba, pese a la superación del proceso de selección. En el presente caso la empresa no estaba sujeta a un pliego de convocatoria, siendo posible la fijación de un período de prueba de acuerdo con lo establecido en el art. 29 del Convenio Colectivo aplicable y estando sujetas las partes a las cláusulas del contrato de trabajo en las que se establece claramente el indicado periodo de prueba, lo que impide también considerarlo nulo.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar porque del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se constata que si bien el actor prestó para la empresa demandada anteriores servicios en el período que va del 16 de junio al 15 de septiembre de 2006, no se hace constar en que consistieron dichos servicios y por tanto se desconoce si las funciones desempeñadas por el demandante fueron las mismas para las que fue contratado por la empresa demandada en fecha 10-11-09. Por otra parte, el hecho de que el actor fuera sometido a un proceso de selección antes de la nueva contratación por desarrollarse las labores de vigilancia a bordo de embarcaciones de pesca en alta mar (hecho probado quinto), evidencia que no se trataba de las mismas funciones que desarrolló el demandante en su anterior prestación de servicios para la empresa demandada ya que aun admitiendo que en ambos casos se trata de labores de vigilancia no cabe desconocer las especiales características que concurren cuando las mismas se desarrollan en embarcaciones de pesca en alta mar, tanto por el tipo de armas que se pueden llegar a utilizar así como por el largo período de tiempo que se permanece alejado de tierra durante la prestación de servicios y la convivencia con otros compañeros de trabajo, que exige este tipo de trabajos de vigilancia y que no se da en la ejecución de otros contratos de seguridad.

Por otra parte, dado el largo lapso de tiempo transcurrido entre la finalización del anterior contrato de trabajo y el nuevo, tal y como apunta la defensa de la empresa demandada, resulta lógico que la empresa pactara un período de prueba ya que resulta necesario comprobar la aptitud del trabajador en el concreto momento de la contratación, y no tres años antes, pudiendo haber variado las circunstancias de capacidad y rendimiento, máxime en unos tiempos como los actuales en los que la implantación de nuevas tecnologías está a la orden del día, habiéndose manifestado en este mismo sentido esta Sala al resolver el recurso de suplicación nº 2733/2007 al hacerse eco de la doctrina establecida por la sentencia del TSJ de Madrid de 14 de Mayo

de 1998, en la que se indica que es cierto que el precepto (art. 14 ET) no se refiere a lapso temporal alguno, limitándose a establecer la nulidad del pacto de período de prueba cuando el trabajador ya hubiera desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, sin importar la modalidad de contratación. Mas esa interpretación puramente literal no es suficiente, debiendo tenerse presente la finalidad de la norma (art. 3.1 del Código Civil). “El transcurso de un dilatado espacio temporal entre contrato y contrato puede dar validez a la prueba pactada en el último, ante la necesidad que la empresa tiene de conocer si las aptitudes del trabajador subsisten o han experimentado algún cambio”. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso determina que el establecimiento de un período de prueba parezca razonable al margen de que, como se dijo antes, al no ser las mismas las funciones desempeñadas por el demandante para la empresa demandada en los anteriores servicios tampoco cabría calificar de nulo el pacto sobre el período de prueba que se recoge en el segundo contrato de trabajo suscrito por las partes a cuyas cláusulas habrá que estar y sin que a ello obste que en el proceso de selección al que se sometió el demandante y tras cuya superación fue contratado por la empresa demandada no se hiciera constar que la contratación laboral del actor se sometería a un período de prueba pues la fijación del mismo tampoco se excluyó cuando el demandante accedió a realizar el proceso de selección, teniendo que estar en todo caso a los términos del contrato por ser fuente de la relación laboral como se desprende de lo establecido en el artículo 3.1.c) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y sin que quepa tampoco entender que la superación del proceso de selección por parte del trabajador impide la fijación de un periodo de prueba en el contrato de trabajo en el que se ampare la prestación de servicios del mismo al no existir norma alguno que así lo establezca.

En conclusión, al ser válido el pacto sobre periodo de prueba fijado en el contrato de trabajo suscrito por las partes, la comunicación de la empresa sobre no superación de dicho período de prueba por el actor y que fue efectuada antes del transcurso del referido periodo no constituye despido sino la causa de extinción del contrato de trabajo prevista en el art. 49.1 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo que determina la desestimación de la demanda en contra de lo resuelto por la sentencia de instancia que se habrá de revocar al estimarse el recurso contra ella interpuesto.

## **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa S.I., S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Seis de los de Alicante y su provincia, de fecha 3 de junio de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de D. I.N.B.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda, absolvemos a la recurrente de las pretensiones deducidas contra ella.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de las cantidades consignadas o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados y del depósito constituido para recurrir.

**Sentencia núm. 1.873, de 15 de junio de 2011**

**Materia: Reclamación de derecho: Prestación económica de pago único por nacimiento de hijo. Cumplimiento de residencia legal efectiva y continuada en territorio español. La solicitante tiene la nacionalidad británica, al igual que su pareja. Figuran empadronados desde 2005 habiendo adquirido una vivienda ese año, si bien no acreditaron en dicho acto la adquisición del número de identidad de extranjeros.**

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

**Sala: Estima le recurso y revoca la sentencia de instancia. Queda acreditado que la actora y su pareja tenían establecida su residencia legal, efectiva y continuada en territorio español, por lo que tienen derecho a recibir la prestación reclamada en la sentencia de instancia.**

**Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell.**

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Recurre la parte actora la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución administrativa de 27 de marzo de 2009 que le había denegado la prestación económica de pago único por nacimiento de hijo solicitada en el mes de octubre de 2008. Los tres primeros motivos del recurso están redactados al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y se solicita en ellos la revisión de los hechos probados de la sentencia para que se introduzcan una serie de modificaciones que, pese a ser ciertas, carecen de trascendencia para la resolución del recurso, pues ninguna de ellas tiene entidad suficiente, por sí sola ni en combinación con las demás, para acreditar el requisito de la residencia legal, efectiva y continuada, que es lo que se discute en el presente procedimiento. En efecto, ni la rectificación de la fecha en que se adquirió la vivienda, ni la determinación de la fecha de nacimiento del otro hijo de la pareja (A.G.T.H.), ni la convivencia estable de todos ellos en la vivienda del Polígono Uno de S., sirven para acreditar que la demandante reunía el requisito por el que se le denegó la prestación de pago único por nacimiento de hijo, por lo que el motivo debe ser rechazado.

**SEGUNDO.-** 1. En el último motivo del recurso y por el cauce procesal del apartado c) del artículo 191 de la LPL, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida del artículo 2 del Real Decreto 35/2007. Se argumenta en síntesis por la recurrente, que concurría en ella el requisito de tener residencia real, efectiva y

continuada en España con dos años de antelación a la fecha del nacimiento de su hijo, exigido por el citado precepto para ser acreedor de la prestación reclamada, pues el certificado de registro a que hace referencia la sentencia recurrida para desestimar su pretensión es “simplemente una mera formalidad que no concede el derecho a residir ni justifica la realidad de la residencia”.

2. A efectos de resolver el recurso debemos realizar un resumen de los hechos más relevantes que se acreditaron en el acto del juicio. Así resulta lo siguiente: a) que la demandante es de nacionalidad británica y figura empadronada ininterrumpidamente en la localidad alicantina de S. desde el 11 de febrero de 2005, junto con su pareja de hecho don K.J.T., quien presta servicios por cuenta y dependencia de la empresa V.I., S.L. desde el 1 de noviembre de 2004; b) que el 15 de septiembre de 2008 nació en la población de S. don A.H.T., hijo de la demandante y de su pareja; y c) que la demandante, al igual que su pareja, figura inscrita en el Registro Central de Extranjeros desde el 26 de septiembre de 2008.

3. Con estos antecedentes la Agencia Tributaria denegó por resolución de 27 de marzo de 2009, confirmada por otra posterior de 20 de julio del mismo año, la prestación de pago único por nacimiento de hijo solicitada por la actora, con causa en “no tener la residencia legal, efectiva y continuada en territorio español durante al menos los dos años inmediatamente anteriores al hecho del nacimiento”. Resoluciones que, a su vez, fueron confirmadas por la sentencia recurrida en base a lo dispuesto en los artículos 3 y 7 del Real Decreto 240/2007, de 14 de febrero, en cuanto establecen la obligación de los nacionales de países miembros de la Unión Europea que pretendan fijar su residencia en España, de solicitar un certificado de registro o tarjeta de residencia familiar de ciudadano de la Unión.

4. Planteada la controversia en los términos indicados hemos de comenzar señalando que la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo venía regulada al tiempo de ocurrir los hechos que se enjuician en este procedimiento, en la subsección cuarta del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y por lo que respecta a las personas beneficiarias establecía el artículo 188 bis que lo serían “las personas a que se refiere el art. 2 de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, siempre que no hubieran tenido derecho a la deducción por nacimiento o adopción regulada en el art. 81 bis de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de los no Residentes y sobre el Patrimonio”.

5. El apartado 2 del citado artículo 2 de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, establecía lo siguiente: “2. En cualquiera de los supuestos indicados en el apartado anterior, será requisito necesario que la persona beneficiaria hubiera residido de forma legal, efectiva y continuada en territorio español durante al menos los dos años inmediatamente anteriores al hecho del nacimiento o la adopción.

La situación de residencia se determinará para aquellas personas que, reuniendo los requisitos anteriores, carezcan de la nacionalidad española, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en los tratados internacionales y en los convenios que se establezcan con el país de origen”.

6. Como bien razona la sentencia recurrida, el párrafo segundo que se ha transcrito no resulta de aplicación a la demandante, pues como ciudadana de la Unión Europea las condiciones de entrada y permanencia en España no se regulan por la legislación de extranjería, sino por el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Como ya hemos señalado, la sentencia recurrida desestimó la pretensión ejercitada por considerar que el requisito de residencia debía “entenderse referido a la solicitud del certificado de registro” regulado en los artículos 3.3 y 7.1 de la citada norma reglamentaria, que en el caso enjuiciado se obtuvo tras el nacimiento del hijo. Es decir, que la sentencia otorga a la Inscripción en el Registro Central de Extranjeros un efecto constitutivo en relación con la legalidad de la residencia.

Pero esta conclusión no puede ser compartida por las razones que se pasan a exponer. Es verdad que el artículo 3.3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, establece la obligación de solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea a quienes pretendan permanecer o fijar su residencia en España durante más de tres meses, y en el mismo sentido se pronuncia el artículo 7.1 cuando señala que “Los interesados estarán obligados a solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia o, en su defecto, ante la Comisaría de Policía correspondiente, su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Dicha solicitud deberá presentarse en el plazo de tres meses contados desde la fecha de entrada en España, siéndole expedido de forma inmediata un certificado de registro en el que constará el nombre, nacionalidad y domicilio de la persona registrada, su número de identidad de extranjero, y la fecha de registro”.

Pero aún siendo ello así, no cabe entender que solo desde el momento en el que se obtiene el certificado de registro la residencia es legal; o dicho de otro modo, que si no se obtiene el mencionado certificado, no hay residencia legal. Y ello, porque, de un lado, el artículo 10 de la misma norma reglamentaria se encarga de deslindar ambos conceptos cuando dispone en su apartado 1 lo siguiente: “1. Son titulares del derecho a residir con carácter permanente los ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y los miembros de la familia que no sean nacionales de uno de dichos Estados, que hayan residido legalmente en España durante un período continuado de cinco años. Este derecho no estará sujeto a las condiciones previstas en el capítulo III del presente real decreto” –en el que está encuadrado el artículo 7- Lo que significa que el concepto de residencia legal no se vincula, necesariamente, al cumplimiento de la obtención del certificado a que se refiere el artículo 7. Pero es que además, tampoco se puede desconocer que el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, es una transposición al derecho español de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de

29 de abril de 2004, y en el artículo 25 de esta última se dispone con claridad que “La posesión del certificado de registro contemplado en el art. 8, un documento acreditativo de la residencia permanente, un resguardo de presentación de la solicitud de tarjeta de residencia de miembro de la familia, una tarjeta de residencia o una tarjeta de residencia permanente no podrá constituir en ningún caso una condición previa para el ejercicio de un derecho o la realización de un trámite administrativo, ya que la situación de beneficiario de los derechos puede acreditarse por cualquier otro medio de prueba”.

7. Por consiguiente, dado que en el presente caso ha quedado acreditado que la demandante, ciudadana de la Unión Europea, permaneció empadronada ininterrumpidamente -junto con su pareja de hecho- en la población de S. desde el 11 de febrero de 2005 hasta el nacimiento de su hijo en el año 2008, hay que entender que cumplía con el requisito exigido por el artículo 2.2 de la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, de tener la residencia legal, efectiva y continuada en territorio español durante al menos los dos años inmediatamente anteriores al hecho del nacimiento, por lo que procede revocar la sentencia de instancia y con estimación de la demanda condenar a la Agencia Tributaria al abono de la prestación reclamada en la cuantía de 2.500 euros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 188 ter de la LGSS.

**TERCERO.-** No procede imponer condena en costas.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA J.S.H., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.4 de los de Alicante de fecha 26 de octubre de 2010; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y condenamos a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria a abonarle la cantidad de 2.500 euros.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.908, de 17 de junio de 2011**

**Materia:** Tutela de los derechos de libertad sindical. Trabajador que presta servicios en empresa automovilística y que ostenta la condición de delegado sindical. El actor dispone de crédito horario por su condición de delegado sindical. Sin embargo, se han apreciado varias faltas graves tales como anomalías en su actividad y retrasos la hora de presentarse en su puesto de trabajo. Sanción disciplinaria. Procedencia.

**Juzgado:** Desestima la demanda en materia de vulneración del derecho fundamental de libertad sindical por la sanción impuesta por la empresa, sin que haya lugar a declarar la nulidad radical de la sanción ni a la indemnización que solicita el demandante, confirmando la sanción impuesta al trabajador demandante en fecha 01/06/2010.

**Sala:** Estima en parte el recurso en el exclusivo sentido de dejar sin efecto el particular que indica: “confirmando la sanción impuesta al trabajador demandante el 1.06.2010”, manteniendo el resto del fallo de la sentencia de instancia.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario se estructura en siete motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, para “reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías de procedimiento que hayan producido indefensión”, invocando quebrantamiento de las normas de procedimiento, “en especial de lo dispuesto en los artículos 97.2 LPL, 218 LEC y 24 CE, en relación con los arts. 175, 176 y 182 LPL”. Argumenta en síntesis que la sentencia “acumula de oficio a la acción de tutela de libertad sindical la acción ordinaria de impugnación de sanción, no ejercitada, y sobre la que acaba pronunciándose en el fallo”, siendo que la pretensión deducida tenía por exclusivo objeto recabar la tutela judicial efectiva para el derecho fundamental de libertad sindical no habiéndose introducido en la controversia la denuncia de una infracción de legalidad ordinaria o alegado fundamentos diversos a la tutela, y que en cualquier caso, de acuerdo con el principio de cognición limitada propia de esta modalidad procesal (artículo 176 de la Ley de Procedimiento Laboral) no hubiera debido pronunciarse sobre la confirmación de la sanción impuesta de conformidad con el artículo 180 de la Ley de Procedimiento Laboral, privando con ello al trabajador del ejercicio de la acción impugnatoria de la sanción impuesta a través de la utilización de su modalidad procesal específica, por lo que subsidiariamente solicita la nulidad del pronunciamiento del fallo atinente a la confirmación de la sanción impuesta.

2. La acumulación de acciones no puede nunca imputarse al órgano jurisdiccional de instancia, sino que constituye una facultad de las partes, fundamentalmente de la demandante (artículo 27.1 de la Ley de Procedimiento Laboral). La pretensión ejercitada, tal y como consta en el suplico de la demanda inicial, consistía: “a) Se declare que la referida conducta de la demandada, consistente en la sanción impuesta a M.F.P., vulnera el derecho fundamental del mismo a la libertad sindical, b) Se declare la nulidad radical de la sanción impuesta, ordenando el cese inmediato del comportamiento antisindical y/o discriminatorio, debiendo reactivar la empresa el alta en Seguridad Social de M.F.P. durante el período del cumplimiento de la misma y efectuar la cotización que legalmente hubiera tenido que efectuar en tal situación de alta, c) Se condene a la demandada a que indemnice a M.F.P. en la cantidad de NOVENTA MIL EUROS, en concepto de resarcimiento por los daños producidos con la vulneración de su derecho fundamental invocado”.

3. La sentencia de instancia en su fundamento jurídico segundo al final, después de indicar que “se considera adecuado el procedimiento instado a través de la modalidad procesal que se ha dicho, pues como entiende la STS de 19 de enero de 2005, “lo decisivo a efectos de la adecuación del procedimiento no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se sustancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental, de ahí que en el presente caso no se considera por este juzgador que exista la acumulación indebida de acciones a que se refiere el art. 176 de la LPL”, subraya por último “pues las demandas por sanciones en las que se invoca lesión de libertad sindical u otro derecho fundamental, deben tramitarse por el cauce de la modalidad procesal de los arts. 175 a 180 de la LPL”, y de conformidad con lo allí indicado, así como de lo argumentado en el fundamento jurídico cuarto de la misma llega en el fallo, después de desestimar la pretensión ejercitada, a confirmar “la sanción impuesta al trabajador demandante el 1.06.2010”.

4. El Tribunal Constitucional (véase su sentencia 90/1997, de 6 de mayo) viene señalando que la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales prevista en los arts. 175 y ss. LPL -que goza por la naturaleza de su objeto de garantías específicas como la sumariedad y la preferencia en la tramitación (art. 177 LPL)-, “limita aquél al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental -la denominada sumariedad cualitativa- (art. 176 LPL); de forma que el pronunciamiento del órgano judicial se ciñe a declarar la existencia o no de la lesión y con ella la nulidad de la conducta que la ocasiona, reponiendo la situación al momento previo a que aquélla se produjese, con inclusión de la indemnización que proceda (art. 180 LPL). Pero ello, no significa que las eventuales lesiones de derechos fundamentales deban ser canalizadas exclusivamente a través de esta modalidad procesal. En concreto, el procedimiento ordinario no tiene esa limitación de objeto de conocimiento ni de pronunciamiento judicial, de forma que permite canalizar reclamaciones de otros derechos vinculadas a la lesión de uno fundamental, que posiblemente serían inviables en el limitado cauce de la modalidad anteriormente mencionada. De esta forma y según el alcance de lo pretendido, el demandante optará por uno u otro procedimiento”.

5. El Tribunal Supremo, ha indicado en numerosas resoluciones, entre las que puede citarse la sentencia de fecha 10/7/2001 que “La doctrina de esta Sala sobre la delimitación del ámbito objetivo, propio y exclusivo, de la modalidad procesal de tutela de los derechos de libertad sindical o de cualquier otro fundamental que regulan los arts. 175 a 182 LPL, así como de las consecuencias que de ello se derivan, aparece contenida, fundamentalmente, en las sentencias de 18-11-1991, 18-5- 21-6-1994), 24-1-1996, 24-9-1996, 6-10-1997, 14-11-1997, 19-1, 3-2 y 26-6-1998 , 15-2-2000, 20-6-2000 y 24-4-2001. Y puede resumirse del siguiente modo: A) Por imperativos del art. 176 LPL, el ámbito del proceso queda limitado al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumulación con acciones de otra naturaleza, o con idéntica pretensión basada en fundamentos diversos a la tutela del derecho fundamental correspondiente. Sólo es pues utilizable, cuando la pretensión interpuesta tenga por exclusivo objeto recabar tutela judicial efectiva para el derecho fundamental supuestamente vulnerado y derive de conductas de violación o incumplimiento de la norma constitucional que lo reconoce o de las normas legales que lo desarrollan, sin comprender las facultades que hayan podido ser adicionadas por normas infraconstitucionales, a las que el art. 176 se refiere como «fundamentos diversos» a la tutela del correspondiente derecho fundamental. De lo anterior se desprende, que la lesión de la libertad sindical o derecho fundamental aducida haya de ser inmediata y directa. B) Lo decisivo, a efectos de la adecuación del procedimiento, no es que la pretensión deducida esté correctamente fundada y deba ser estimada, sino que formalmente se substancie como una pretensión de tutela, es decir, que se afirme por el demandante la existencia de una violación de un derecho fundamental. Ahora bien, el hecho de que, junto a la alegación de la vulneración de un derecho fundamental, se introduzca en la controversia la denuncia de una infracción de la legalidad ordinaria o se aleguen fundamentos diversos a la tutela, o el órgano judicial competente considere que no se ha producido la lesión del derecho fundamental invocado, no afecta a la adecuación del procedimiento. La consecuencia será, de acuerdo con el principio de cognición limitada propia de esta modalidad procesal que deriva del artículo 176 de la Ley de Procedimiento Laboral, la desestimación de la pretensión de tutela, sin examinar los restantes fundamentos diversos ni enjuiciar las cuestiones de legalidad ordinaria... C) Por consiguiente, sólo cabe declarar la inadecuación de procedimiento en los supuestos excepcionales en que se aprecie inequívocamente, «prima facie», que la pretensión ejercitada queda de forma manifiesta fuera del ámbito de la modalidad procesal, bien porque en demanda no se alegue lesión alguna del derecho fundamental como exige el artículo 177.3 y se plantee únicamente un tema de legalidad ordinaria, o bien porque el acudimiento al proceso preferente y sumario del art. 175 se realice en fraude de ley –supuesto contemplado en la S. de 3-2-1998–. Pero salvo en esos casos, no cabe tal declaración cuando se ejercita formalmente una acción de tutela de un derecho fundamental, siendo obligado entrar a resolver sobre la lesión denunciada. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en las sentencias ya citadas que, aun dictadas en relación con otros derechos fundamentales, son de evidente aplicación al de libertad sindical y al proceso especial que la protege en el Orden Laboral. En ellas el Alto Tribunal afirma que «para deslindar el problema procesal y la cuestión de fondo, es preciso reconocer que basta con un planteamiento razonable de que la pretensión ejercitada versa sobre un derecho fundamental, lo que es bastante para dar al proceso el curso solicitado, con independencia de que posteriormente el análisis de la cuestión debatida conduzca o no al reconocimiento de la infracción del derecho constitucional invocado»...con la consecuencia derivada de la desestimación de la demanda interpuesta en base a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, sin

perjuicio, en su caso, de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso (S.T.S 14/11/1997, 19/1/1998 y 18/9/2001, entre otras)”.

6. La sentencia de instancia examina la sanción impuesta en función de la tutela requerida del derecho fundamental de libertad sindical, no obstante lo cual, en su fundamento jurídico cuarto partiendo de lo dispuesto en el artículo 115 de la Ley de Procedimiento Laboral y siguiendo la argumentación jurídica contenida en el fundamento de derecho segundo de la susodicha sentencia acerca de que “las demandas por sanciones en las que se invoca lesión de libertad sindical u otro derecho fundamental, deben tramitarse por el cauce de la modalidad procesal de los arts. 175 a 180 de la LPL”, indica que “la empresa ha probado, como le correspondía, que su decisión de sancionar al trabajador obedece a motivos razonables, pues como se dice en el Hecho Probado Octavo, en el periodo comprendido entre el 19.04.10 y el 4.05.10, el Sr. F. omitió colocar el tapón del estribo derecho en 35 ocasiones y en el estribo izquierdo en 3 ocasiones, como se desprende de la documental aportada por la empresa que se cita y por la testifical de la empresa practicada en la persona del Sr. F., jefe directo del Sr. F., del Sr. C., encargado de la Línea en que trabaja el demandante y del Sr. A., monitor del grupo de montaje de piezas; y durante el mismo período del 19 de abril al 4 de mayo de 2010, el demandante realizó operaciones fuera del tiempo de ciclo (paradas de Línea) en 21 ocasiones, como prueba la demandada a través de los documentos 5 al 12 de su prueba, confirmados por la testifical de los Srs. F. y C.” y que “En definitiva, los hechos imputados al demandante en la carta de sanción, revelan una conducta del trabajador de desobediencia a sus superiores en materia de trabajo y negligencia y desidia en el trabajo que afecta a la buena marcha del mismo, consideradas faltas graves en el art. 151.5 y 7 del convenio colectivo de la empresa; al tiempo que evidencia una disminución no justificada en el rendimiento de trabajo, contemplada en dicho convenio como falta muy grave en el art.152.12; disponiendo el art. 153 del convenio que las faltas graves pueden ser sancionadas con hasta 20 días de suspensión de empleo y sueldo y las muy graves desde suspensión de empleo y sueldo de 21 a 60 hasta el despido disciplinario”, llegando en el fallo, como ya se adelantó en el apartado 3 de este fundamento jurídico después de desestimar la pretensión ejercitada, a confirmar “la sanción impuesta al trabajador demandante el 1.06.2010”, extremo este último que entendemos incurre en incongruencia extra petita, pues, no compartimos la afirmación de la sentencia impugnada de que “las demandas por sanciones en las que se invoca lesión de libertad sindical u otro derecho fundamental, deben tramitarse por el cauce de la modalidad procesal de los arts. 175 a 180 de la LPL” sino que de acuerdo con la doctrina constitucional resumida en el apartado 4 de la presente resolución, la sumariedad cualitativa que caracteriza a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales conduce a que el pronunciamiento judicial deba ceñirse a declarar la existencia o no de la lesión, aunque las lesiones de derechos fundamentales puedan ser canalizadas a través de otras modalidades procesales, y “de esta forma y según el alcance de lo pretendido, el demandante optará por uno u otro procedimiento”. Como quiera que el demandante ha optado por la modalidad procesal de tutela del derecho fundamental de libertad sindical, tal y como hizo constar en el encabezamiento de la demanda inicial y trasladó al suplico de la misma, conforme se transcribió en el apartado 2 de este fundamento, la sentencia debió ceñirse exclusivamente a este aspecto, por lo que, sin perjuicio de lo que luego se dirá, el motivo se estimará en el aspecto subsidiario pretendido, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial resumida en el precedente apartado 5 la desestimación de la

demanda interpuesta en base a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, se produce, “sin perjuicio, en su caso, de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso (S.T.S 14/11/1997, 19/1/1998 y 18/9/2001, entre otras)”, todo ello teniendo en cuenta la doctrina constitucional (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de octubre de 2000) acerca de que “el carácter extraordinario y casi casacional del recurso de suplicación justifica la exigencia de los requisitos formales impuestos por la LPL y concretados por la jurisprudencia, aunque, ciertamente, desde la perspectiva constitucional en último extremo lo relevante "no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido, esto es, que de forma suficientemente precisa exponga los hechos o razonamientos que estime erróneos y cuáles los que debieran ser tenidos por correctos..." Desde esta perspectiva resulta obligado concluir que "el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinarias del recurso, no debe rechazar "a limine" el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte, que debiera ser analizada para su estimación o desestimación por motivos materiales", de ahí que aunque esa petición subsidiaria se contenga en un motivo formulado al amparo del artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, no estimamos deba rechazarse el examen de esa pretensión por esa sola causa.

**SEGUNDO.-** 1. El siguiente motivo de recurso se formula también al amparo del artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, invocando infracción de lo dispuesto en los artículos “218.2 LEC, 97.2 LPL y 24.1 CE, así como en los arts. 326 y 376 LEC, por entender que la sentencia impugnada incurre en una falta de motivación o en una deficiente e irregular expresión del razonamiento probatorio la misma y/o por cuanto la valoración de la prueba no se rigió por criterios lógicos y con arreglo al valor de la prueba...”. Centra su argumentación en una crítica de la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada aduciendo que el documento 4 a que se alude en el fundamento jurídico 4º es una Hoja de Calidad interna sin fecha firmada por los Srs. F.H. y O.C., indicando también aspectos de de la testifical practicada, y a que la sentencia no justificaba las razones por las que no otorgaba valor probatorio a las Hojas de Reparaciones y a las manifestaciones de los testigos “a preguntas de esta parte”, y “por qué otorga sólo credibilidad a la Hoja de Calidad y las manifestaciones de los mismos ante preguntas de la empresa, faltando de este modo no sólo la expresión del análisis de credibilidad y de la fragmentación de sus declaraciones, insuficiencia que es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva consagrada por el art.24.1 CE, en su vertiente del derecho a la motivación de las sentencias, y desconociendo asimismo las reglas legales de valoración de la prueba en relación con las HOJAS DE REPARACIONES, documento privado que, conforme dispone el art.326 LEC hacía prueba plena sobre el particular, consecuencias ambas prohibidas por la ley”, incidiendo en que la valoración de la prueba no se rigió por criterios lógicos con la consiguiente indefensión para el demandante, todo lo cual debía llevar “aparejada la nulidad radical de la sentencia impugnada a tenor del art.238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial”.

2. Como el Tribunal Constitucional viene indicando la motivación de las resoluciones judiciales, tiene por finalidad que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio; y 214/2000, de 18 de septiembre),

siendo garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio; y 87/2000, de 27 de marzo.). La motivación implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo; 25/2000, de 31 de enero); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). En el caso traído a nuestra consideración la falta de motivación que se aduce lo es en relación con la valoración de la prueba practicada cuestión distinta a la motivación de acuerdo con la doctrina constitucional indicada. A mayor abundamiento, la sentencia de instancia en su fundamento jurídico primero textualmente señala que “Al objeto de dar cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, se hace constar que el anterior relato de hechos probados se ha deducido de las alegaciones de las partes y admisión expresa o implícita de hechos por ellas realizada, en relación con los siguientes medios de prueba propuestos: Por la actora, documental, interrogatorio de la empresa y testifical; y por la demandada, documental y testifical; adhiriéndose la Fiscal a la prueba propuesta. La parte actora mostró su disconformidad, con la práctica de la prueba de interrogatorio en la persona del letrado de la demandada e impugnó documentos de la empresa demandada, en los términos que se refleja en el acta del juicio. Las pruebas practicadas han sido valoradas en su conjunto, de conformidad con las reglas de la sana crítica, habiéndose hecho constar, en su caso, el concreto medio de prueba tenido en cuenta.” Y efectivamente en cada uno de los hechos probados se expresa el medio de prueba del que se extrae, de una manera que puede calificarse de exhaustiva. Se podrá o no estar de acuerdo con lo en ella decidido, pero desde luego no adolece de falta de motivación fáctica ni jurídica, por cuanto ni impide ni dificulta el recurso contra la misma.

**TERCERO.-** Los tres siguientes motivos de recurso se formulan al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, a estos fines respectivos: A) Se proceda a la supresión/adición del último inciso del ordinal 4º [(Desde mediados de 2009 el demandante estaba adscrito al puesto de trabajo de Tirantes de Salpicadero Derecho e Izquierdo. (Hechos cuarto y undécimo demanda no controvertidos y testifical)], por los particulares que indica y que aquí se dan por reproducidos, con fundamento en el “hecho undécimo de la demanda, no controvertido, de las hojas descriptivas de las tareas o pasos de los puestos de trabajo TIRANTE SALPICADERO IZQUIERDO y TIRANTE SALPICADERO DERECHO y del documento de versatilidad o rotaciones de los puestos de trabajo del Grupo unidos al documento nº 18 y 19, respectivamente de la demandada”. B) Se modifique el ordinal 8º del relato histórico, para que en tres apartados, todos ellos en relación al período comprendido entre el 19.04.10 y el 04.05.10, se indiquen del modo y número que indica, a) las omisiones en la colocación de tapones de los estribos en los puestos de trabajo TIRANTE SALPICADERO DERECHO y TIRANTE SALPICADERO IZQUIERDO, así como los imputados al demandante en la carta de sanción, y ello con fundamento en las hojas de reparaciones internas de los meses de abril y mayo de 2010 (defectos línea derecha y defectos de línea izquierda) de la demandada, “en concreto de los datos referentes a los tapones de estribo de ambos lados o líneas, correspondientes a las precitadas fechas, aportado por la demandada como prueba anticipada requerida por esta

parte, unida a archivador aparte, en el tercer bloque de documentos, señaladas con possit verde”, b) el demandante realizó operaciones fuera del tiempo ciclo (paradas de Línea) en 21 ocasiones el 23 de abril, en 17 el día 27 de abril, en 19 el día 29 de abril y en 23 el día 4 de mayo, siendo el total de las operaciones realizadas fuera del tiempo ciclo en las mismas franjas horarias de dichos días de 202, según el desglose que efectúa, y que aquí se tiene por reproducido, todo ello con fundamento en el “informe diario de paradas de la línea de dichos días, aportado por la demandada como prueba anticipada requerida por esta parte, unida a archivador aparte, en la segunda separata de documentos, señaladas con possit azul, y de los listados diarios de control de producción de abril y mayo, en el mismo archivador, última separata, señalados con possit naranja”, c) el total de paradas de línea y el de vehículos programados y fabricados fue el que se indica en el cuadro que transcribe, y que aquí se da también por reproducido, modificaciones que derivaban “del informe diario de paradas de la línea de dichos días, aportado por la demandada como prueba anticipada requerida por esta parte, unida a archivador aparte, en la segunda separata de documentos, señaladas con possit azul, y de los listados diarios de control de producción de abril y mayo, en el mismo archivador, última separata, señalados con possit naranja”. C) Se añade otro hecho probado (el duodécimo) que diga: “Con fecha 29-6-2010 el demandante presentó ante el SMAC solicitud de celebración de acto de conciliación en materia de impugnación de la sanción de 21 días de suspensión de empleo y sueldo que le había sido impuesta el 1-6-2010”, adición que fundamenta en el documento nº 27 del ramo de prueba de la demandada.

2.Las revisiones fácticas pretendidas deben seguir la siguiente suerte: A) Las dos primeras deben desestimarse al basarse en la cita genérica de los documentos que señala con olvido de la reiterada doctrina jurisprudencial (véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002) acerca de que la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas". A mayor abundamiento, apoyaría la conclusión desestimatoria indicada que los documentos indicados están contradichos por otros (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 9 diciembre 1992), que la demanda carece de eficacia revisoria (véase en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 26 noviembre 1991), y que en general estas revisiones fácticas serían irrelevantes a los efectos de la presente resolución dado lo indicado en el fundamento jurídico primero de la presente, ya que la cosa juzgada que en su caso se podría derivar de la sentencia de instancia con las modificaciones que se introducirán por esta sentencia se ceñiría exclusivamente a la inexistencia de lesión del derecho fundamental a la libertad sindical al ser ajena al mismo la sanción impuesta, sin perjuicio de que en la modalidad procesal correspondiente pueda analizarse la procedencia, improcedencia o nulidad de la sanción (en este último supuesto, por causa diferente a la vulneración del derecho a la libertad sindical). B) La última de las revisiones propuestas debe prosperar, sobre todo a efectos aclaratorios como veremos, pues así se deduce directamente del documento en que se apoya.

**CUARTO.-** 1. El siguiente motivo de recurso (el sexto) se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia denunciando infracción de “los arts. 28.1 CE y 2.2.d) de la LOLS, en relación con el art.179.2 LPL”. Argumenta en síntesis que la conducta de la empresa de sancionar al demandante por la omisión de colocación

de tapones de estribo derecho e izquierdo y realización de operaciones fuera de tiempo quebraba el régimen de expectativas de consolidar un empleo estable y se adoptaba bajo una apariencia de legalidad entrañando una vulneración del derecho fundamental a la libertad sindical del demandante, sin que los criterios o causa de la decisión sancionadora, apreciados en el contexto específico del proceso de producción, expliquen de forma “objetiva, razonable y proporcionalmente por sí mismos la decisión adoptada, no siendo éstos en su caso los únicos determinantes de que la sanción impuesta se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de la acción y compromiso sindical del demandante...”, incidiendo en lo que resultaba probado después de la reforma fáctica, concluyendo que no parecía “razonable que una conducta incierta y/o sin causa real en el caso de omisión de tapones, y accidental e intrascendente en las operaciones realizadas fuera de tiempo ciclo, se considere que ha irrogado a la empresa una pérdida económica, cuando a pesar de ella la empresa había obtenido una sobreproducción, como desobediencia a sus superiores en materia de trabajo, negligencia y desidia en el trabajo que afecta a la buena marcha del mismo, así como una disminución no justificada en el rendimiento de trabajo, mientras que a la llevada a cabo por los demás trabajadores del grupo en el puesto no ocupado por el demandante, con muchas más errores y operaciones realizadas fuera del tiempo ciclo durante el tiempo comprendido entre el 19-4-2010 y 4-5-2010, no sean objeto de la más mínima sanción”, concluyendo que debía haberse declarado la nulidad de la sanción por haberse adoptado vulnerando su derecho fundamental a la libertad sindical.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia (salvo lo indicado en el apartado 2.B) del fundamento jurídico anterior) y datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica destacamos: A) Las ausencias de colocación de tapón en el estribo derecho atribuidas al Sr. F. entre el 19 de abril y el 4 de mayo de 2010 (según las declaraciones de los testigos que menciona) eran absolutamente anormales por su frecuencia y se trata de averías graves que causan entrada de agua en el coche y que de producirse habitualmente en tal número en los trabajadores adscritos a la línea se haría imposible trabajar en tales condiciones, y aunque se produce algún error de este tipo en ningún caso se alcanzan los niveles del Sr. F., como ha ocurrido cuando este trabajador ha sido sustituido por sus tareas sindicales, en que el sustituto comete 0 errores o 1 como máximo, o cuando ha sido ocupado su puesto por otros trabajadores con ocasión de vacaciones o por otra causa, en que no se cometen tantos errores. B) En cuanto a las paradas de línea en el periodo mencionado del mes de abril y primeros días de mayo de 2010, se produjeron al realizarse operaciones fuera del tiempo ciclo por apretar tornillos fuera de tiempo al utilizar pistolas y otras herramientas, en los días que se dice en la carta de sanción, cuyo detalle consta en los documentos 5 al 12 de la demandada; paradas ocasionadas durante la actividad laboral del Sr. F., como manifestaron los testigos Srs. F. y C., afirmando este último que los errores se debían al Sr. F. que trabajaba esos días y se pudo comprobar por el número de pistola utilizada por este trabajador, insistiendo los dos testigos en que aunque se suele producir algún error en ocasiones, los cometidos por el Sr. F. lo eran en mucho mayor número; dándose la circunstancia de que no les constaba que por parte de este trabajador se hubiera presentado denuncia ante la Comisión de Método de la empresa. C) La empresa ha probado, como le correspondía, que su decisión de sancionar al trabajador obedece a motivos razonables, pues como se dice en el Hecho Probado Octavo, en el periodo comprendido entre el 19.04.10 y el 4.05.10, el Sr. F. omitió colocar el tapón del estribo derecho en 35 ocasiones y en el estribo izquierdo en 3 ocasiones, como se desprende de la documental aportada por la empresa que se cita y por la testifical de la empresa

practicada en la persona del Sr. F., jefe directo del Sr. F., del Sr. C., encargado de la Línea en que trabaja el demandante y del Sr. A., monitor del grupo de montaje de piezas; y durante el mismo período del 19 de abril al 4 de mayo de 2010, el demandante realizó operaciones fuera del tiempo de ciclo (paradas de Línea) en 21 ocasiones, como prueba la demandada a través de los documentos 5 al 12 de su prueba, confirmados por la testifical de los Srs. F. y C.. D) Debe destacarse que las personas mencionadas, jefes directos del demandante, hablaron en diferentes ocasiones con el Sr. F. en relación con los defectos advertidos preguntándole si tenía algún problema, contestando el demandante que hacía lo que podía. Constando también probado que el Sr. F. no formuló denuncia o queja a la Comisión de Métodos y Tiempos existente en la empresa (Arts. 79 a 89 del C.C.) en relación con la actividad en su puesto de trabajo y la velocidad de la cadena de producción. Y debe también destacarse que las omisiones y errores del demandante suponen un alto porcentaje en las tareas que debía realizar, que son muy superiores a la media de errores cometidos por los demás compañeros de trabajo de su grupo y por los trabajadores que han cubierto su puesto de trabajo en su ausencia. E) Se considera probado, mediante la valoración conjunta de las pruebas documentales y testificales practicadas, que las anomalías detectadas en los días comprendidos entre el 19 de abril y el 4 de mayo de 2010 consistentes en las omisiones de colocación de los tapones de estribo derecho e izquierdo y las operaciones realizadas fuera de tiempo, detalladas en la carta de sanción, fueron cometidas por el trabajador demandante durante su actividad laboral en dichos días; con independencia de que durante varios de los días indicados hiciera uso el Sr. F. del crédito horario que legalmente le corresponde en su condición de delegado sindical (H.P.Noveno), por lo que no procede tener en cuenta los cálculos de errores atribuibles al demandante en la forma que pretende la parte actora en sus alegaciones efectuadas en la vista.

3. Con los antecedentes indicados se impone la desestimación de este motivo al aparecer que la sanción impuesta no vulnera el derecho del trabajador a su libertad sindical al aparecer conectada con acciones cometidas por el mismo, todo ello sin perjuicio de lo que pueda resultar del proceso que pudiera iniciarse como consecuencia de lo indicado en el apartado 2.B) del fundamento jurídico anterior, sin que conste que la sanción impuesta tuviera como causa quebrar el régimen de expectativas de consolidar un empleo estable bajo una apariencia de legalidad ni que los criterios o causa de la decisión sancionadora, apreciados en el contexto específico del proceso de producción, como se argumenta por el recurrente se hubiera producido verosímelmente en cualquier caso y al margen de la acción y compromiso sindical del demandante, teniendo en cuenta además que el éxito de este motivo estaba subordinado al de la reforma fáctica (en los dos primeros motivos indicados en la misma) no compartiendo la Sala las afirmaciones contenidas en el motivo acerca de que se tratara de una conducta incierta y/o sin causa real en el caso de omisión de tapones, y accidental e intrascendente en las operaciones realizadas fuera de tiempo ciclo, ni que los demás trabajadores del grupo hayan incurrido en muchos más errores y operaciones realizadas fuera del tiempo ciclo durante el tiempo comprendido entre el 19-4-2010 y 4-5-2010 y no hayan sido objeto de la más mínima sanción, cuando se ha declara probado, como ha quedado dicho que las ausencias de colocación de tapón en el estribo derecho atribuidas al Sr. F. entre el 19 de abril y el 4 de mayo de 2010 (según las declaraciones de los testigos que menciona) eran absolutamente anormales por su frecuencia y se trata de averías graves que causan entrada de agua en el coche y que de producirse habitualmente en tal número en los trabajadores adscritos a la línea se haría imposible trabajar en tales condiciones, y aunque se produce algún error de este tipo en ningún

caso se alcanzan los niveles del Sr. F., como ha ocurrido cuando este trabajador ha sido sustituido por sus tareas sindicales, en que el sustituto comete 0 errores o 1 como máximo, o cuando ha sido ocupado su puesto por otros trabajadores, con ocasión de vacaciones o por otra causa, en que no se cometen tantos errores, y que en cuanto a las paradas de línea en el periodo mencionado del mes de abril y primeros días de mayo de 2010, se produjeron al realizarse operaciones fuera del tiempo ciclo por apretar tornillos fuera de tiempo al utilizar pistolas y otras herramientas, paradas ocasionadas durante la actividad laboral del Sr. F., que trabajaba esos días y se pudo comprobar por el número de pistola utilizada por este trabajador, insistiendo los dos testigos en que aunque se suele producir algún error en ocasiones, los cometidos por el Sr. F. lo eran en mucho mayor número; dándose la circunstancia de que no les constaba que por parte de este trabajador se hubiera presentado denuncia ante la Comisión de Método de la empresa, con lo que estimamos que la sanción impuesta no estaba preordenada a quebrar el régimen de expectativas de consolidar un empleo estable ni que tuviera como causa atender a la libertad sindical del trabajador.

**QUINTO.-** La desestimación del anterior motivo implica la del último, donde, bajo el mismo amparo procesal, se aduce infracción de lo dispuesto en el “art.14 LOLS y 180.1 LPL, en relación con los arts. 8.12, 39.1 y 2 del RDLeg 5/2000, de 4 de agosto, y la doctrina del TC contenida en la STC 247/2006, por cuanto la sentencia impugnada no condena al pago de la indemnización a la que se refieren los expresados preceptos”, y ello por la elemental razón atinente a que no habiéndose producido infracción del derecho fundamental a la libertad sindical no cabe indemnización alguna derivada de una infracción no cometida.

**SEXTO.-** Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto de acuerdo con lo indicado en el apartado 6 del fundamento jurídico primero de esta resolución, ya que de conformidad con la doctrina jurisprudencial resumida en el precedente apartado 5 del mismo fundamento, la desestimación de la demanda interpuesta en base a la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales, se debe producir, “sin perjuicio, en su caso, de la conservación de la acción para alegar la eventual existencia de una infracción de legalidad ordinaria en otro proceso (S.T.S 14/11/1997, 19/1/1998 y 18/9/2001, entre otras)”. Sin costas ante la estimación parcial del recurso interpuesto (artículo 23 de la Ley de Procedimiento Laboral) y atendiendo también a lo expresamente instituido en el artículo 2º.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

## **FALLO**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por don I.G.E. en representación del Sindicato X.-P.V. que actúa en nombre e interés de don M.F.P, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia el día 30 de noviembre de 2010 en proceso de Tutela de Libertad Sindical seguido a instancia del ahora recurrente contra la empresa F.E. S.L., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y revocamos la sentencia de instancia de instancia en el exclusivo sentido de dejar sin efecto el particular que indica: “confirmando la sanción impuesta al trabajador demandante el 1.06.2010”, manteniendo el resto del fallo de la sentencia meritada. Sin costas.

**Sentencia núm. 1.969, de 21 de junio de 2011**

**Materia:** Procedimiento de oficio: Declaración relación laboral. Trabajadores de nacionalidad china que se encuentran realizando obras en local de un compatriota. Existencia de vínculo laboral. Concurrencia notas genéricas de trabajo y retribución y específicas de ajenidad y dependencia.

**Juzgado:** Estima la demanda de la Inspección de Trabajo, declarando que la relación de los trabajadores con el propietario del local es de naturaleza laboral, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración.

**Sala:** Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. No queda probada por la Inspección demandante la concurrencia de notas específicas que dan pie a una relación de carácter laboral.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Son dos los motivos en los que se articula el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de G.Y. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Trece de los de Valencia que estima la demanda interpuesta por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social y declara que la relación de Z.S., J.H. y N.W. con la empresa G.Y. es de naturaleza laboral, habiendo sido impugnado el recurso por la Inspección de Trabajo, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El primer motivo del recurso que se introduce por el apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) pretende la modificación del hecho probado cuarto para que se suprima la referencia de que el codemandado N.W. carece de la mínima organización necesaria para ejercer actividad empresarial de construcción, siendo la concreta redacción postulada la siguiente: “El codemandado N.W., cuyo domicilio se desconoce, es un ciudadano chino indocumentado, que se encuentra en situación ilegal en España, sin que conste dado de alta como empresa.”

La redacción postulada no puede prosperar por cuanto que no se apoya en prueba alguna sino en los razonamientos deducidos por la defensa de la recurrente en relación con la “economía sumergida” en el sector de la albañilería, lo que supone desconocer el carácter extraordinario del recurso de suplicación, siendo además irrelevante la referida modificación para variar el pronunciamiento judicial, en la medida en que la ejecución de obras de reforma de albañilería no tiene porqué requerir inexcusablemente la existencia de una organización empresarial de construcción.

**SEGUNDO.-** El correlativo motivo se formula por el cauce del apartado c del art. 191 de la LPL y en él se denuncia la infracción del art. 1.1 de la Ley del Estatuto

de los Trabajadores, por indebida aplicación del mismo, en relación con la jurisprudencia. Aduce la defensa de la recurrente que la prestación de servicios de N.W., Z.S. y J.H. para G.Y. no constituye una relación laboral por cuenta ajena, sino una relación sujeta al derecho civil por existir y constar acreditado un contrato de ejecución de obra o servicios, mediante la figura del arrendamiento civil, existiendo una falta de aplicación de los artículos 1542 y 1544 del Código Civil, además de la indebida aplicación del artículo 1.1, en relación con el 8.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Tras señalar que la voluntariedad y la retribución se encuentra tanto en la contratación laboral como en otros tipos de contratación no laboral en la que se presten servicios retribuidos, como es el caso del arrendamiento de servicios, son las notas de dependencia y ajenidad las que caracterizan al contrato de trabajo diferenciándolos de otros contratos en los que también hay prestación de servicios y en el presente caso no se ha acreditado el sometimiento de los codemandados a un jornada y un horario regulares, ni la sujeción estricta a órdenes e instrucciones, o la existencia de un control o vigilancia por parte de la recurrente. Por otra parte, para desarrollar la actividad de albañilería tampoco es necesario contar con una estructura de empresa provista de grandes medios, basta un par de empleados, un vehículo propio, herramientas y material de obra, no habiéndose llevado a cabo por la Inspección de Trabajo ningún tipo de averiguación en este sentido por cuanto que nada se dice de la existencia de ningún vehículo en el local y menos que éste fuera propiedad de la recurrente, tampoco se hace mención de quién proveyó de herramientas y material a los dos trabajadores que estaban realizando las obras de reforma, no consta que dichos trabajadores recibieran órdenes de la recurrente ni que N.W. estuviera trabajando en la reforma del local como los dos operarios que estaban a sus órdenes, careciendo de trascendencia que la recurrente fuera la propietaria del local donde se estaban realizando las obras de reforma y ser el único beneficiario del producto elaborado, puesto que cuando se trata de una reforma encargada por un tercero para acondicionar el negocio es ineludible que la actividad de albañilería se desarrolle en el local propiedad del empresario.

Conforme recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Noviembre del 2010 (ROJ: STS 7764/2010), Recurso: 253/2010, haciéndose eco de la doctrina de la Sala de lo Social de dicho Tribunal contenida en la sentencia de 12 de febrero de 2008, recurso 5018/05, a propósito de la distinción entre el carácter laboral o civil de una relación, es del siguiente tenor: "1) La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto [ SSTS, entre otras muchas, 11-12-1989 y 29-12-1999].

2) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente" [ STS 7-6-1986 ]: en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

3) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación; de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra; estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

4) Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo [ STS 23-10-1989 ], compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones [ STS 20-9-1995 ], la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad [ SSTS 8-10-1992 y 22-4-1996 ], y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

5) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [ STS 31-3-1997 ], la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [ STS 15-4-1990 y 29-12-1999 ], el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [ STS 20-9-1995 ], y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones [ STS 23-10-1989 ].

6) En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas [ STS 15-4-1990 y 3-4-1992 ] o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes [ STS 22-1-2001 ]; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [ STS 7-6-1986 ] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena [ STS 20-9-1995 ].

7) No está de más señalar, por último, que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas [ STS 11-12-1989 ].".

Para dilucidar si en la prestación de servicios de Z.S., J.H. y N. W. para la empresa G.Y. concurren las notas características de la relación laboral se habrá de estar

al inalterado relato fáctico de la sentencia del Juzgado y en concreto que el demandado G. Y. que figura en situación de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, es titular de un establecimiento de comercio al por menor de los denominados “todo a cien” situado en B., Ctra. X. Que el día 29-10-2009 se personaron en el indicado establecimiento varios funcionarios de la Brigada de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía a los que acompañaba la Subinspectora de Empleo y Seguridad Social que comprobaron que en dicho establecimiento se estaban realizando obras de reforma, hallándose en el exterior dos personas de nacionalidad china indocumentados – Z.S. y J.H.- colocando azulejos y en el interior del local el dueño del establecimiento y otro ciudadano chino también indocumentado, N.W., que tenía las manos y los pantalones manchados de cal y que en ese momento conversaba con el Sr. G.. Días más tarde, el 12-11-09 la brigada de extranjería efectuó una nueva visita al establecimiento referido encontrando allí a N.W. y otras personas chinas que estaban terminando las labores de reforma, observando como el Sr. W., que se dedicaba a montar unas estanterías, soltó inmediatamente las herramientas que usaba.

Los datos expuestos no evidencian que concurra en la prestación de servicios realizada por Z.S., J.H. y N.W. para G.Y. la nota de dependencia que resulta imprescindible para que exista relación laboral ya que si bien es cierto que se constata la realización por los codemandados Z.S., J.H. y N.W. de las obras de reforma del local titularidad de G.Y. no consta que dicha prestación de servicios se realizase dentro del ámbito de organización y dirección de G.Y. cuya actividad empresarial además no es la de construcción sino la de comercio al por menor de artículos de “todo a cien”. En concreto, no se ha acreditado que los codemandados Z.S., J. H. y N.W. estuvieran integrados dentro de la organización empresarial de la que es titular G.Y., ni que fuera éste el que les fijase la jornada laboral a realizar durante las obras de reforma de su local, ni que estuviesen sometidos a las facultades disciplinarias del mismo, ni que G.Y. fuera el titular de las herramientas y útiles de trabajo empleados por aquellos y aunque N.W. carezca de la mínima organización necesaria para ejercer la actividad empresarial de construcción, tampoco consta que G.Y. cuente con dicha organización, ni mucho menos que los codemandados Z.S. J.H. y N.W. estuvieran integrados en ella, por lo que, en contra de lo resuelto por la sentencia del Juzgado no cabe apreciar la existencia de relación laboral entre Z.S., J.H y N.W., por un lado y G.Y. por otro, lo que determina la estimación del recurso y la revocación de la resolución impugnada para desestimar la demanda, absolviendo a los codemandados de los pedimentos deducidos en su contra.

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

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa G.Y., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Trece de los de Valencia y su provincia, de fecha 18 de octubre de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de la Inspección Provincial de Trabajo contra la recurrente y contra Z.S., J.H. y N.W.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con

desestimación de la demanda, absolvemos a los codemandados de las pretensiones deducidas contra ellos.

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