

Sentencia núm. 2.018, de 28 de junio de 2011

Materia: Despido nulo. Trabajadora extranjera en situación de IT. La trabajadora no presenta en tiempo el último parte de baja. Retraso. La empresa decide despedir a la trabajadora por esta causa si bien existían conversaciones previas para rescindir de mutuo a cuerdo la relación laboral

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando nulo el despido de la actora, con la obligación de readmitir de inmediato a la actora ya pagarle los correspondientes salarios de tramitación devengados.

Sala: Estima en parte el recurso, anulando de oficio la sentencia de instancia y declarando improcedente la extinción de la relación laboral. Condena a la empresa demandada al pago de la correspondiente indemnización más los correspondientes salarios de tramitación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de la instancia, que tras establecer la categoría profesional y la jornada de la actora, declara su despido nulo al estimar que ha afectado a su indemnidad, recurre la empresa, que tras presentar diversos documentos al amparo del 231 de la LPL, plantea diversas revisiones fácticas y sus correspondientes alegaciones sobre normas infringidas, de la manera que se expone:

En cuanto a las revisiones de hechos, se pretende la modificación de los hechos numerados como primero, tercero, quinto, sexto y séptimo, a fin de modificar su redacción por las siguientes alternativas:

1.- En el hecho primero, para que se considere que la trabajadora ha venido prestando servicios como ayudante de camarera, salario de 577,22 euros y jornada a tiempo parcial, en base a los documentos aportados por la empresa y obrantes a los números 1 a 7 y 36 de la prueba de la empresa, alegando que la juez de instancia ha errado en la valoración de las pruebas.

2.- Para que en el hecho tercero, que describe la contratación formal, y seguidamente se describe la real jornada realizada, para que se suprima la segunda parte de la narración, y se diga: Sin que conste que haya trabajado en la práctica a jornada completa, y aunque figura como ayudante únicamente trabaja como camarera en los cortos períodos en que se queda sola, cuando el empresario sale a comer, a asearse, etc. Estando el resto del tiempo ayudando al empresario”, ello según docs 1 a 7, informe de la policía local de Monforte del Cid, (folios 31 y 32) interrogatorios y testifical.

3.- Para que en el hecho numerado como quinto, se sustituya su contenido por la siguiente redacción: “ La actora formuló una denuncia contra la empresa demandada ante la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social, con fecha 17 de noviembre del

2009, la Inspección giró visita e inspección los días 20 y 25 de febrero de 2010, en cuyo resultado nada se indica ni sobre la actora ni sobre los hechos de su denuncia; tal demandante presentó reclamación de cantidad antes de febrero del 2010, formulando días antes papeleta de conciliación frente a dicha empresa, en materia de cantidad, celebrándose el correspondiente acto de conciliación el día señalado, es decir, el 23 de noviembre del 2009, con el resultado “sin efecto” dada la incomparecencia empresarial, no constando el acuse de recibo de la citación en el expediente, y no acreditándose que lo haya recibido, tras lo cual la actora promovió una demanda de cantidad frente a J.T.F. demanda que por turno de reparto correspondió al Juzgado de lo Social nº cinco de Alicante y su provincia, dando lugar a los autos nº 1369/09 siendo dictado auto de fecha 16 de abril de 2010 de admisión a trámite de dicha demanda días después de febrero del 2010, estando pendiente de celebración los actos de conciliación y juicio”, doc a folios 38, 39 y 40.

4.-Respecto al hecho sexto, para sustituir íntegramente su redacción por la alternativa literal siguiente: “La empresa J.T.F. le comunicó a la actora por escrito, vía burofax remitido el 2 de febrero de 2.010 y recibido por tal trabajadora el mismo día 2 de febrero de 2.010, despido disciplinario, manifestándole “que queda despedida por no haber entregado el justificante del parte de confirmación de su baja médica o la propia alta médica, siendo el última parte, de confirmación entregado el del día 18-01-2010” sin especificar la fecha de tal entrega, añadiéndose en la citada misiva que “dicha fecha está considerada como falta muy grave y la sanción a imponer es la despido con efectos de hoy, máxime cuando se negó a recoger el burofax envidado la semana pasada”, sin tipificar, no concretando precepto alguno, ni del Estatuto de los Trabajadores ni del Convenio Colectivo aplicable.

El contenido de la citada carta, que obra como documento número 7 del ramo de prueba de la parte actora, se da aquí por reproducido en su integridad, en aras a la economía procesal.

La actora entregó el parte de baja de incapacidad temporal del día 10-01-2101, después de ser despedida por no haberlo presentado en plazo y ha ido entregando, a veces a través de su novio y otras veces personalmente los partes de confirmación de incapacidad temporal, no siempre en el plazo de tres días, entregando cada vez uno, salvo en una ocasión que entregó dos a la vez, siendo el último que había presentado antes, de su despido el día 18 de enero de 2010, después de ser despedida por su falta de entrega; y la demandante le hizo llegar a la empresa J.T.F., vía burofax remitido el 2 de febrero de 2010 a las 14,37 horas, y recibido por dicha empresa el 3 de febrero de 2010, el parte de confirmación de incapacidad temporal de fecha 25 de enero de 2010, después de recibir el burofax de su despido, que fue remitido por la demandada a ls 9,57 horas y recibido por la actora a las 12,20 horas, habiendo ido posteriormente el referido novio de la trabajador a entregar los siguientes partes de confirmación a la empresa y negarse a decepcionarlo el empresario demandado, quien refirió a tal compañero sentimental que ya no tenía que entregar ahí nada y que fuese a la Mutua-documento número ocho de los aportados por la parte actora, interrogatorio del actor, documentos número 31,32 y 33 de los aportados por la parte demandada, y testifical”

5.- En el hecho séptimo, se interesa la modificación del primer párrafo, y sus sustitución por el siguiente: “ No hay constancia de que antes de remitir dicha carta, la empresa y la actora hayan mantuvieran intercambio de mensajes o correos electrónicos acerca de un despido pactado, puesto que los documentos aportados por la actora no han sido adverbados convenientemente por la persona que los confeccionó, ya que dichos

documentos no han sido confeccionados ni por la actora ni por el demandado, que ni están formados por el ni los reconoce”, docs. 4 a 6 y 9 de la prueba actora.

A la vista de las pruebas citadas como base de las revisiones mencionadas debe señalarse, que las valoraciones correspondientes a las pruebas de confesión y testifical, practicadas a presencia judicial, no pueden servir de base a una revisión en suplicación ni para considerar que la juez de instancia ha cometido un error de valoración, pues siendo contradictorias unas y otras, solo quien está presenta en su práctica puede realizar una valoración sobre la veracidad de las manifestaciones expuestas en juicio. Por ello, y no apareciendo que la valoración judicial de la instancia sea errónea o absurda o falta de lógica, deberá mantenerse la convicción alcanzada respecto de la jornada y salario, aunque otra conclusión sea la alcanzada en distinto procedimiento judicial, dado que su falta de firmeza no permite sea aquí considerado como cosa juzgada. Por ello, deberán mantenerse los hechos objeto de las revisiones correspondientes a los numerados como primero, tercero, sexto y séptimo en la redacción de la instancia.

Sin embargo la correspondiente al hecho quinto merece distinto tratamiento. A la vista de los documentos que se citan, la evidencia de que la empresa tenía conocimiento de la previa demanda en conciliación por parte de la trabajadora, pierde toda virtualidad. Consta que la empresa, una vez demandada por despido, en cuyo escrito se hacía constar que había sido previamente demandada en reclamación de cantidad, solicita del Juzgado que se exhorte al Juzgado de lo Social nº 5 que es el que está conociendo de dicha demanda, para que se informe sobre la fecha en que se comunicó ésta al demandado, y que se requiera a la demandada para que indique cual es el número de expediente ante el Smac, lo que es objeto de rechazo judicial, por providencia que señala que acuda la parte directamente a dicho órgano judicial ante el cual es parte; sin embargo, no consta que a dicha fecha el trámite de aquel juicio tuviera ya a la empresa como demandado. Los documentos que se citan, y que son aportados con el recurso, tras haber solicitado del Smac la certificación de cual fue el domicilio donde fue citada la empresa, que fue objeto de admisión como prueba documental en su momento por ésta sala en auto de fecha 31 de marzo del 2011, y la fecha en que se giró visita por la Inspección de trabajo y su contenido, evidencian que la empresa no tenía conocimiento alguno de las reclamaciones de la trabajadora, pues no recibió la citación para comparecer ante el Smac, y para cuando recibe la visita de la Inspección, ya se había procedido al despido de la trabajadora. De dicha documental aparece acreditado que fue la larga baja por IT de la actora lo que motivó la decisión empresarial de despedir. A éste respecto que se entregara alguno de los partes de confirmación con cierto retraso, es todo caso indiferente y no suficientemente grave para motivar el despido, pues en el caso concreto se trataría de un retraso, posiblemente justificable, puesto que ya las partes había iniciado negociaciones para un posible despido improcedente, debido al escaso interés de la empresa de mantener una relación laboral con una trabajadora por su situación de IT que mantuvo desde el 4 de diciembre del 2009 hasta la misma fecha del despido, el 2 de febrero del 2010. Por ello, deberá procederse a admitir la revisión del hecho quinto, en el sentido indicado por la empresa recurrente, que dando así acreditado que el despido tuvo por causa la situación de IT, pero no la reclamación efectuada previamente por la trabajadora, que no fue conocida por la empresa hasta después del despido.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) se denuncia la incorrecta aplicación del art 326 de la LEC en relación con el 324, así como la infracción del art 1228 del Código

Civil, así como de los arts 180 y 181 de la LPL respecto a la validez de algunos de los medios de prueba citados y obrantes en el expediente. Pero tal cita va abocada al fracaso, al encuadrarse dentro del apartado destinado a las infracciones normativas o jurisprudenciales, ya que lo pretendido ahora es que la valoración efectuada por la juzgadora de la instancia, que ha servido de base a la redacción de los hechos de la sentencia aquí impugnada, y tras efectuar las correspondientes revisiones de hechos, sea ahora de nuevo revisada, lo que no procede.

Por último, se denuncia la aplicación incorrecta del art 2 del RD 575/97 y arts 2.2 y 3.2 de la Orden de 19 de Junio de 1997 en relación con el art 54 d) y 55 del ET, al haber dejado de valorar la falta cometida por la trabajadora, de entregar tardíamente los partes de baja por IT, que deben presentarse en el plazo de tres días desde su emisión, lo que debería conllevar la consideración de que el despido efectuado es procedente. Poniendo ésta cita en relación con la revisión efectuada del hecho quinto de la sentencia de la instancia, dado que se ha estimado acreditado, con revisión de lo afirmado en la instancia, que la empresa no tenía conocimiento de las reclamación y denuncia a la Inspección efectuada por la trabajadora, y si que se produjeron determinadas conversaciones por correo electrónico, tendentes a negociar un despido improcedente debido a la duración de más de dos meses de la baja por IT de la actora, la conclusión debe ser la de la destrucción de los indicios de violación de la garantía de indemnidad que ha servido a la sentencia de la instancia para declarar la nulidad del despido, lo que nos lleva a la valoración de si la causa imputada como causa de despido, es decir, el retraso en la entrega de los partes de confirmación de la situación de IT de la citada trabajadora es suficiente para justificar la decisión extintiva.

En el caso concreto aparece acreditado que la trabajadora se encontraba en situación de IT y que la empresa conocía dicha circunstancia. También consta que la trabajadora entregaba los partes, bien personalmente o a través de su novio, presentando en una ocasión dos partes a la vez, y retrasando la entrega del último de los partes, lo que llevó a la empresa a despedirla, existiendo conversaciones previas entre ambas partes tendentes a llegar a un acuerdo rescisorio de la relación laboral. En base a lo manifestado, y acreditado, es obvio que había una realidad impeditiva de la comparecencia en el trabajo, por lo que imputación se centra en el retraso en la entrega de los partes de IT. Siendo cierta y no puesta en duda por la empresa la existencia de la enfermedad, el retraso en cursar los partes facultativos constituirá una infracción de tipo administrativo pero no puede enervar y destruir lo que es realidad constatada. La empresa debió requerir para la entrega de los partes si entendía que éstos se estaban entregando con retraso, y si no lo hizo es, precisamente, porque estaba negociando la rescisión. Por ello, es que no se dan los requisitos de gravedad, culpabilidad y reiteración de faltas sin justificación, que exige el art. 54 ET, para tipificar esta causa extintiva del contrato de trabajo como medida disciplinaria. La consecuencia de todo ello será la declaración de improcedencia del despido efectuado en la persona de la actora, y la condena a la empresa a indemnizarla, con el abono de los salarios de tramitación correspondientes.

Por todo lo cual deberá estimarse en parte el recurso interpuesto por la actora, dejando sin efecto la declaración de nulidad del despido, y procediendo a declarar dicho despido como improcedente, con las consecuencias ligadas a dicha declaración, de acuerdo con las condiciones y circunstancias de la relación laboral fijadas en la instancia.

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

FALLO

Estimamos EN PARTE el recurso de suplicación interpuesto en nombre de J.T.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.TRES de los de ALICANTE, de fecha 9 de septiembre del 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA M.C.S.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la declaración de nulidad del despido. Declaramos la improcedencia de dicho despido, y en su consecuencia condenamos a la empresa a que abone a la actora una indemnización de 3.143 euros, y le abone los salarios de tramitación correspondientes desde la fecha del despido hasta la de la sentencia de la instancia a razón de 1209,36 euros, con deducción de los posibles salarios que la trabajadora haya podido obtener con posterioridad al despido, a determinar en ejecución de sentencia.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito a la empresa.

Sentencia núm. 2.023, de 28 de junio de 2011

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como pinche de cocina. Situación de IT. Solicitud incapacidad permanente derivada de cuadro clínico: disfunciones anatómicas y proceso depresivo grave. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda de la parte actora no habiendo lugar a la declaración de invalidez solicitada en la instancia.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, declarando a la actora afecta de una situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Se decreta el derecho a una prestación de incapacidad fijada en el 55% de su base reguladora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente, interpone la parte actora recurso de suplicación. En un primer motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, solicita la revisión de los hechos declarados probados como cuarto y quinto en la instancia, de la manera que se expone:

1.- Respecto al cuarto, para que se incluya la calificación de la fibromialgia como “grave y con 18/18 puntos de gatillo”, que existe un “trastorno de depresión mayor”, y se mencione que: “no puede realizar trabajos de esfuerzo o que requieran posturas mantenidas largo tiempo”, según el doc 2 del ramo de prueba de la actora, consistente en Informe de la Sanidad Pública, centro de salud Dr Stolz, así como del Servicio de Reumatología del Hospital La Fé, que la sentencia de instancia ha dejado de mencionar a pesar de que se cita en el propio Informe del EVI.

2.- Y en el quinto, para que tras la mención de su profesión de ayudante o pinche de cocina se mencione que se trata de una actividad “que requiere de bipedestación y deambulación durante toda la jornada laboral y continua movilidad y esfuerzo con los miembros superiores, hombros y espalda, así como manipulación manual”, que la sentencia no recoge al haberse limitada a mencionar las limitaciones relativas a la capacidad de concentración.

Y efectivamente procede estimar las revisiones mencionadas, que constan en los documentos que se citan, y de los requerimientos propios de una profesión como la de la actora, salvo la valoración contenida dentro de la última de las adiciones al hecho cuarto, pues no se trata de un dato o hecho, sino de la propia valoración, respecto de la cual su constancia en los hechos supondría una preconstitución del fallo, por lo que procede su valoración jurídica en el apartado de la sentencia dedicado legalmente a éste fin. Efectivamente el propio EVI acepta que las afectaciones psíquicas de la actora

constan definidas como un trastorno de depresión mayor, lo que ya en principio determina la imposibilidad de realizar las funciones propias de una profesión, (incluso de cualquiera),cuyas funciones requieren cierta atención al no ser mecánicas, y aunque no cita los puntos de gatillo de la fibromialgia, éstos constan definidos por la sanidad pública en el servicio que viene atendiendo a la actora, por lo que procede su mención, al tratarse de una situación que ha podido conllevar una agravación de su situación psíquica, que se ha visto agravada en los dos últimos años tras un accidente.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso y al amparo de la letra c) del artículo 191 LPL, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 136 y 137 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por el recurrente que las dolencias que padece la parte actora y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de ayudante de cocina.

Dispone el artículo 136.1 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”. No obsta a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”. 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".

Y de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, a los que deben añadirse los datos que ésta Sala ha considerado deben ser adicionados, al constar acreditados por documento válido a los efectos de éste recurso, se desprende que en la parte recurrente concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. Y ello, porque constan las reducciones anatómicas que interactúan entre ellas, de forma que en una valoración global de todas ellas, el resultado es decididamente incapacitante, sobretodo teniendo en cuenta la existencia de una depresión, que consta calificada como de mayor, en una agravación motivada por un hecho puntual, que aunque pudiera considerarse como reversible, dado que los motivos de dolor generalizado que han conllevado tal situación, podrían ser objeto de alivio sintomático por el tratamiento, en el momento actual son objetivamente constitutivos de una incapacidad total para el ejercicio de su profesión habitual.

Por ello cabe concluir que la resolución de instancia debe ser revocada, pues ha dejado de valorar una dolencia claramente incapacitante en el momento actual, y con independencia de que la misma pueda ser objeto de la correspondiente revisión, por lo que la estimación del recurso lleva a esta sala a dictar un pronunciamiento estimatorio del recurso, y por tanto, de las pretensiones de la demanda, que deberá ser estimada con el porcentaje del 55% de una base reguladora de 1025,15 euros y una fecha de efectos del 19 de enero del 2010.

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 y haberse estimado sus pretensiones.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA H.R.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. ONCE de los de VALENCIA, de fecha 24 de Noviembre del 2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida. Dictamos nuevo fallo por el cual con estimación de la demanda declaramos a la actora afecta de una Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de pinche/ayudante de cocina, y el derecho a percibir una prestación del 55% de la base reguladora de 1025,15 euros. La fecha de efectos de dicha prestación es la del 19 de enero del 2001.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.062, de 29 de junio de 2011

Materia: Reclamación de derecho y cantidad. Trabajador al servicio de empresas demandada con turnos de trabajo de mañana y tarde. Modificación condiciones de trabajo. Aplicación de criterios de descanso del trabajador tras jornada laboral.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra. No existe un perjuicio para el trabajador.

Sala: Estima parcialmente el recurso declarando que ha habido una falta de disfrute de descanso, teniendo derecho a determinada indemnización, e instando a la empresa a que no se produzca en lo sucesivo un solapamiento en el descanso del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la parte actora la sentencia de instancia que desestimó su demanda en la que se ejercitaba una doble pretensión en los siguientes términos: a) que se declarara el derecho del demandante a que su “descanso semanal de día y medio no se solape con el descanso diario de 12 horas, a cuyo efecto la empresa deberá adecuar mi jornada y horario de trabajo a cinco días semanales; y b) “a ser indemnizado por los daños y perjuicio causados en la cantidad de 50,22 euros por cada semana en que la empresa incumpla dicha obligación y ello con efectos desde el 24 de octubre de 2006...”. Apoyaba el demandante tal pretensión en lo resuelto por la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2006, que fue confirmada por la STS de 23 de octubre de 2008. Ello no obstante la sentencia de instancia rechazó ambas pretensiones argumentando que “no existe correlación alguna entre lo reconocido en la sentencia colectiva y lo aquí interesado” y por “la falta de alegación y prueba alguna sobre el posible desfase real entre los descansos que la empresa debía conceder, en aplicación de la reiterada sentencia de la Audiencia Nacional y los que, de manera efectiva, hubiera disfrutado con anterioridad y posterioridad”.

2. El recurso cuenta con un primer motivo redactado al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) en el que se solicita que se suprima del hecho probado segundo la siguiente frase: “... disfrutando, en compensación del solapamiento diario y semanal, de un día más de descanso cada dichas cuatro semanas”. Motivo que no puede prosperar pues no se fundamenta en prueba documental o pericial, tal y como se exige por los artículos 191 b) y 194.3 de la LPL, sino en las supuestas manifestaciones de la empresa demandada realizadas al oponerse a la demanda.

SEGUNDO.- 1. El segundo y último motivo del recurso está redactado al amparo de la letra c) del artículo 191 de la LPL y está dividido en dos apartados. Se denuncia en el primero de ellos la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo

expresada en la sentencia de 23 de octubre de 2008 que confirmó la dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el 24 de octubre de 2006 en proceso de conflicto colectivo. Se argumenta por el recurrente que tal y como se recoge en el hecho probado segundo de la sentencia, en las semanas que trabaja en turno de tarde se produce el solapamiento entre el descanso diario y el semanal que dio lugar al pronunciamiento de las citadas sentencias, dado que entre el fin de su jornada laboral el sábado que tiene lugar a las 21:30 horas y el comienzo de la siguiente el lunes a las 6:00 o a las 8:00 horas, solo median 32,5 o 34,5 horas de descanso respectivamente.

2. La cuestión planteada en este recurso es de características muy similares a las resueltas por esta Sala de lo Social en sentencias de 26 de noviembre de 2010 (rs.671/2010), 30 de noviembre de 2010 (rs.792/2010) y 8 de marzo de 2011 (rs.2152/2010). Pues bien, dado que no consta que el criterio seguido en estas sentencias haya sido corregido por el Tribunal Supremo, procede mantenerlo en aras de la seguridad jurídica y del principio de igualdad en la aplicación de la ley. Así, como se razona en ellas, “En lo atinente a los períodos anteriores al Acuerdo de 16 de julio de 2009, entendemos que la empresa no había cumplido la sentencia y por mucho que existiera a partir de la firmeza de la sentencia del Tribunal Supremo que confirmó la de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional unas conversaciones negociadoras y que ello pudiera estimarse razonable en el sentido indicado por la resolución de esa Sala, de que se hizo mérito en el apartado 4 de este fundamento jurídico, ello no puede estimarse cumpliera lo exigido en aquellas sentencias. Así en la de la Audiencia Nacional cuando indica que “...tanto en el trabajo que no se realiza a turnos, como en el que sí impera un turno bisemanal o trisemanal, lo que ha de regir es la normativa general del Estatuto de los Trabajadores, que impone las reiteradas doce horas entre jornadas. Y sin que en ello (en el descanso diario) tenga incidencia alguna el hecho de que en el artículo 32.10 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes y en el Pacto de Empresa de 26 de febrero de 2002 se distribuya el descanso semanal con hasta cuatro sistemas diferentes posibles, o se conceda un día completo más al mes de descanso en sustitución del medio día de descanso semanal, pues una y otra estipulaciones versan e inciden en exclusiva sobre el descanso semanal y su distribución, más no sobre el diario. En definitiva, si las Directivas no admiten la yuxtaposición o solapamiento, ni siquiera parcial, de los descansos diario y semanal; ni tampoco cabe una interpretación de la, abstracta en esto, normativa contenida en el Estatuto de 1995, a cuyo tenor quepa una solución distinta a la acabada de decir; si el reglamento de 1995, en relación con el trabajo en el sector del comercio y, dentro de él, en referencia al sistema de trabajo a turnos, admite modulaciones, tanto en relación con el descanso semanal, cuanto en el diario, que, verificadas en cuanto al primero, no lo han sido en cuanto al segundo; y si, como se acaba de decir, ni el convenio colectivo aplicable, ni el pacto de empresa vigente, las llevan a cabo más allá de lo que dicen uno y otro acerca del descanso semanal, con dejación a la normativa general del descanso diario. Es obvio que debe concluirse con la imposibilidad legal de que uno y otro descansos se yuxtapongan o solapen, ni siquiera parcialmente, debiendo ser ambos disfrutados con autonomía e independencia el uno del otro, siendo preferente en el tiempo el diario, en su calidad de recuperador de la jornada de trabajo inmediata anterior, sobre el semanal, cuyo inicio solo podrá producirse una vez agotadas las doce horas del descanso diario...” y en la del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2008, cuando subraya la doctrina precedente existente al respecto contenida en su sentencia de 10 de octubre de 2005, que en lo que aquí interesa dice: “...La cuestión que se somete a la Sala, cómputo del tiempo de descanso semanal y solapamiento o inexistencia de éste con el descanso diario no es novedosa, inclusive

como interpretación del artículo 32 de Grandes Almacenes. Con anterioridad la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2005 , R. C.U.D. núm. 155/2004 , a la que se refiere la recurrida. En dicha sentencia al interpretar los preceptos estatutarios antes citados y la norma convencional de similar contenido, razona la Sala en el segundo de sus Fundamentos: “Y la sentencia de instancia lo que ha ordenado es que para el descanso semanal no pueden computarse las doce horas del descanso diario entre jornadas, Y ello es así y ajustado a Derecho. La empresa pretende omitir el descanso del medio día adicional al del día entero de descanso, mediante el artificio de hacer el cómputo por horas del día y medio día de descanso semanales, de modo que, según su criterio, descansando la noche del sábado y el domingo habría que entrar a trabajar en la mañana del lunes pues desde el fin de la jornada del sábado hasta el inicio de la mañana del lunes habrían transcurrido 36 horas. Pero no es éste el mandato legal que exige el cumplimiento de un día y medio día más de descanso semanal y ese medio día ha de detraerse de lo que constituye la jornada ordinaria”. Esta doctrina ha sido la aplicada por la más reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 2008 (rcud. 109/2007), en la que analizada la aplicación del artículo 32, apartado 10º del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, en relación a otra empresa. También en esa sentencia se da respuesta al motivo formulado ad cautelam, como en el presente recurso, en el que se alega que la sentencia recurrida ha hecho caso omiso de la trascendencia de la negociación colectiva como instrumento de establecimiento de condiciones de trabajo, insistiendo en que si se mantiene el criterio de la sentencia de instancia, resulta imposible trabajar regularmente seis días a la semana ya que necesariamente hay que descansar dos días. Pero la sentencia recurrida no sostiene que el descanso semanal sea de dos días, sino que el descanso diario se disfrutará de manera diferenciada e independiente el uno del otro, de forma que el disfrute del descanso semanal no constituya una merma del descanso diario. Al igual que en la sentencia de 25 de septiembre de 2008 antes citada deberá rechazarse el argumento de incompatibilidad entre el trabajo regular de seis días a la semana y el descanso semanal al depender de la forma en que se lleve a cabo la organización de los horarios y turnos de trabajo. Con arreglo a su doctrina, las facultades de organización del trabajo que corresponden al empresario, no pueden impedir o limitar el disfrute de los descansos diarios y semanales que el ordenamiento jurídico laboral reconoce y garantiza a los trabajadores...”.

3. Ahora bien sentado lo anterior, no se puede desconocer que como también dijimos en nuestra sentencia de 30 de noviembre de 2010 (rs.792/2010), “a la vista de las amplias competencias que el Convenio Colectivo de aplicación otorga al Comité Intercentros [(artículo 61 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes (BOE 10 de agosto de 2001) y artículo 73 del mismo convenio (BOE 27 de abril de 2006)], la Sala considera que el régimen de descansos instaurado en el Acuerdo de 16 de julio de 2009, se ajusta a la sentencia colectiva a la vista no solo de lo dispuesto en la misma sino también en el auto de que se hizo mérito en el apartado 4 de este fundamento jurídico, por lo que a partir de 1 de julio de 2009 deberá entenderse cumplida la sentencia”.

4. La aplicación de esta doctrina al supuesto debatido nos conduce a una estimación parcial de la primera de las peticiones deducidas en la demanda con la letra A), pues si bien el demandante tenía derecho a que su descanso semanal no se solapara con el descanso diario de doce horas, en los términos expresados en la sentencia de la Audiencia Nacional, ese derecho ya se hizo efectivo a partir del Acuerdo de 16 de julio de 2009 alcanzado entre la dirección de la empresa y el comité intercentros, por lo que únicamente queda por dilucidar el derecho a una posible indemnización por el periodo

de incumplimiento, lo que se aborda en el motivo siguiente. Todo ello sin perjuicio de subrayar que el reconocimiento de aquél derecho no significa que la empresa deba adecuar su jornada a cinco días semanales, como también se pide en el citado apartado A), porque como se razona en la STS de 25 de septiembre de 2008 no tiene porqué ser necesariamente incompatible el trabajo regular en seis días a la semana con el descanso semanal.

TERCERO.- 1. Como ya dijimos, este motivo segundo cuenta con otro apartado en el que se solicita el abono de una indemnización por el incumplimiento empresarial antes denunciado. Se invoca a tal fin lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil. También respecto de esta cuestión se han pronunciado la sentencia de esta Sala que antes hemos referenciado, por lo que procede igualmente seguir el criterio expuesto en ellas. Se razone en ellas que la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de octubre de 2006 que declaraba el derecho "...es ejecutiva desde la fecha en que se dicta, el 24-10-06, y en cualquier caso, dicha sentencia lo que constata es el incumplimiento empresarial de una obligación legal, por (...) con independencia de que la actora no instase la ejecución individual de la sentencia, tiene y tenía el derecho, que posteriormente se declara en la referida sentencia, a que su descanso semanal de día y medio sea real y efectivo y a que no se neutralice dicho descanso semanal con el solapamiento indicado en la sentencia, y en consecuencia, al no constar en el relato fáctico que se haya respetado tal derecho de la actora, es claro el perjuicio causado cuya indemnización reclama, sin que a ello obsten las circunstancias habidas en lograr el acuerdo de 1.7.09, referido en el hecho probado séptimo, pues quien no es responsable del mismo es la trabajadora, quien tampoco necesita manifestar su disconformidad con los calendarios que le entrega la empresa, para que le ampare el derecho legal que la Sentencia le reconoce."

2. Por lo que respecta a la cuantificación de la indemnización y siguiendo el criterio de la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 2011, entendemos que se deben compensar 13,5 días, por las 27 semanas transcurridas una vez descontadas las cuatro de vacaciones, que al precio de 50,92 euros/día, arroja un resultado de 687,42 euros.

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

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON E.T.F.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de los de Alicante de fecha 22 de septiembre de 2010; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida en el sentido de condenar a la empresa demandada M.A.M., S.A. a abonar al demandante la cantidad de 687,42 euros.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.142, de 5 de julio de 2011

Materia: Prestación de viudedad. La actora se encuentra separada del causante de la prestación desde 1991 y en el momento del fallecimiento de éste no existe pensión compensatoria entre cónyuges. La demandante es beneficiaria de una pensión de la Seguridad Social y el causante percibía una pensión de jubilación. Aplicación Disposición Transitoria nº 18 de la Ley 40/2007, LGSS.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones dirigidas en su contra. No procede la prestación de jubilación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No cabe aplicar la Disp. Transit. 18 de la Ley 40/2007, puesto que además de no existir pensión compensatoria en el momento del fallecimiento han transcurrido más de diez años desde la fecha de la separación y la muerte del causante de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia interpone la representación letrada de la parte actora el presente recurso de suplicación en el que plantea un único motivo de recurso amparado en el apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. Se denuncia en el mismo la infracción por no aplicación de lo dispuesto en el art.174.2 de la LGSS, puesto en relación con la doctrina jurisprudencial sentada por Tribunales Superiores en relación a dicho precepto. Discrepa la parte de la situación análoga que establece la sentencia entre la pensión compensatoria y la pensión de viudedad pues en el presente caso existía una cuenta compartida a nombre de ambos y el causante era el que corría con gran parte de los gastos de la actora en situación semejante a la existencia de pensión compensatoria, y ello aunque los cónyuges estuvieran separados, por lo que la demandante tendría derecho a la correspondiente pensión de viudedad.

Atendiendo al derecho positivo vigente hay que señalar que la nueva redacción dada al art.174 de la LGSS por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, con entrada en vigor en fecha 1 de enero de 2008, dictada en relación a medidas en materia de seguridad social y aplicable pues a la fecha del fallecimiento del causante de la prestación interesada, al haber acaecido aquel el día 3/3/2009, establece en su punto 2 que en los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en éste último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o constituido una pareja de hecho según los términos instituidos en dicho artículo. Sigue diciendo el precepto que el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del

Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. A su vez, este último precepto contempla el derecho a una compensación temporal o por tiempo indefinido o prestación única cuando la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en uno de los cónyuges, compensación que se determinará en el convenio regulador o en la sentencia.

En el presente caso, consta que la actora había contraído matrimonio con el causante el 8/7/1959, de cuya unión nacieron cinco hijos, falleciendo aquel el día 3/3/2009; figura probado que seguido proceso de separación entre cónyuges concluyó por sentencia de fecha 8/3/1991 sin establecerse pensión compensatoria a favor de la ahora solicitante de la prestación de viudedad; se constata como acreditado que la actora y el causante mantuvieron una cuenta bancaria común con posterioridad a la separación del matrimonio en la que se abonaban, entre otros, gastos del domicilio de la demandante, legando el fallecido a su esposa el tercio de libre disposición de la herencia.

Este Tribunal ya ha entendido en resoluciones precedentes que la literalidad del contenido del precepto vigente es clara y de su lectura solo puede desprenderse una conclusión en la que superando disfunciones anteriores sobre la asignación de pensión de viudedad en casos de divorcio en relación al tiempo de convivencia entre cónyuges condiciona la prestación a la previa existencia de una pensión compensatoria que se ve extinguida por el fallecimiento del causante. Si dicha pensión compensatoria, según la valoración de las circunstancias expresamente contempladas en el art.97 del Código Civil, atendiendo a diversos factores, entre ellos los medios económicos de los cónyuges, no se estableció en el presente caso al no existir presupuestos legales para hacerlo ya no cabría hablar de derecho a pensión de viudedad en los términos previstos en la nueva regulación que requiere no solo de dicho establecimiento sino también de una posterior extinción ante el fallecimiento del causante, requisitos que no se daban en el caso que contempla la sentencia combatida, sin ser equiparable el mantenimiento de una cuenta bancaria compartida tras la separación judicial con la indicada pensión compensatoria a la que alude literalmente el precepto denunciado en el recurso.

No está de más indicar que la pensión de viudedad viene a compensar la pérdida de rentas o de recursos que provenían del fallecido asociándose así a una función claramente de resarcimiento de daños y perjuicios causados por el fallecimiento del causante a modo de renta de sustitución por la merma o disminución en tales recursos, y que con la legislación anterior, aún existiendo separación o divorcio entre cónyuges, venía a compensar el tiempo de convivencia habido entre ambos. La nueva normativa solo establece el derecho a prestación de viudedad en casos de separación o divorcio a la previa existencia de dicha pensión compensatoria, y al efecto de su pérdida por el fallecimiento del pagador, buscándose un equilibrio económico objeto de mantenimiento o protección entre la extinción de la pensión y la posterior prestación de seguridad social, de ahí que encontrándose ausente la percepción de pensión ya no cabría hablar de desequilibrio patrimonial y derivado de ello decaería el derecho a la prestación interesada que exige de una previa condición instituida legalmente y fijada en la existencia a favor de la solicitante de la tantas veces aludida pensión compensatoria que se extingue por el fallecimiento del causante. La inexistencia de dicha pensión elimina la condición de sujeto dependiente del causante que es la que el legislador ha contemplado para poder generar la protección del sistema en estos casos. Esta interpretación es la que se advierte de la Exposición de Motivos de la norma, la Ley

40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, cuando dice que el acceso a la pensión de viudedad de las personas separadas judicialmente o divorciadas queda condicionado a la extinción por el fallecimiento del causante de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, y viene apoyada por la reforma dada mediante la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, en la que se establece una regulación transitoria que viene a reiterar que es requisito necesario para ser beneficiario de la pensión de viudedad el que la persona separada o divorciada sea acreedora de la pensión compensatoria. Es cierto que en la fecha de la sentencia de separación de ambos cónyuges no existía tal condicionamiento y podríamos hablar de mera expectativa de un derecho pero la consolidación del mismo tan solo se produce con la fecha del hecho causante y la normativa vigente en dicho momento. Tampoco se produciría vulneración al principio de igualdad ante la Ley que no requiere una aplicación automática a todos los supuestos fácticos, con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, y es que la desigualdad de trato entre diversas situaciones puede derivar de un cambio normativo, que no acarrea discriminación alguna, y no es contraria al principio de igualdad ante la Ley.

En éste mismo sentido ya se ha pronunciado no solo esta misma Sala sino otras pertenecientes a los TSJ de Asturias en sentencia de fecha 17/4/2009, Madrid de 13/7/2009, Castilla-León (sede de Valladolid) en resolución de 17/7/2009 o País Vasco en sentencia de 24/3/2009.

SEGUNDO.- Tampoco resulta aplicable la D.T. 18ª de la LGSS introducida por la LPGE para el año 2010 dado que entre la fecha de la separación judicial acordada el 8/3/1991 y la fecha del fallecimiento del causante producida el 3/3/2009 habían transcurrido más de diez años.

La Disposición Transitoria decimoctava de la LGSS constituye una norma transitoria sobre la pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008.

En la misma se establece que:

El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o*
- b) que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.*

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley.

De la lectura literal del precepto transcrito cabe deducir que el legislador está condicionando el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad sin el previo establecimiento de una pensión compensatoria a aquellos casos en los que entre la fecha de la separación o el divorcio judicial y la fecha del fallecimiento del causante no transcurra un plazo superior a los diez años y siempre que concurra alguna de las demás circunstancias (duración mínima del matrimonio también de diez años, hijos comunes o requisito de edad). Y como quiera que entre el cómputo de las fechas de referencia que marca la norma para su debida aplicación ya se ha producido el transcurso del referenciado plazo no resulta legalmente factible la aplicación de la Disposición invocada y por lo tanto la sentencia que así lo entendió deberá ser confirmada lo que comporta inexorablemente la previa desestimación del recurso.

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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a A.M.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.168, de 5 de julio de 2011

Materia: Impugnación de alta médica. Trabajador afiliado al RGSS en situación de baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Tras doce meses de incapacidad se le expide alta médica. No se ha tenido en cuenta un necesario informe cardiológico solicitado por la Unidad Médica del EVI.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra. Procede el alta médica.

Sala: Estima el recurso frente a la sentencia de instancia, prorrogando la situación de IT del demandante por un plazo de seis meses a partir de determinada fecha. A partir de esa fecha se analizará si procede el acta del trabajador o procede iniciar un procedimiento de invalidez.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de la instancia, que confirma el alta emitida por el INSS a los solos efectos de extinguir la prestación económica derivada de la situación de IT, una vez transcurridos los 12 meses de dicha situación, recurre el Sr E.Y., que al amparo de lo previsto en el apartado c) del art 191 de la LPL estima que la sentencia de instancia infringe el art 128 de la LGSS, pues a pesar del contenido de los informes obrantes en el expediente administrativo y de la orientación a una prórroga que consta expuesta en el Informe del EVI, se ha procedido a declarar el alta médica, aunque no consta la curación y está el trabajador pendiente de informes del cardiólogo.

A los efectos de resolver la cuestión suscitada debe señalarse que el artículo 128.1.a) de la Ley General de la Seguridad Social en la redacción operada por la Ley 40/2007 de 4 diciembre 2007 tiene el siguiente tenor literal: “Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. Agotado el plazo de duración de doce meses previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, a los efectos previstos en los párrafos siguientes. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo

de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes.” Por su parte, el artículo 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social, al tratar de la extinción del derecho al subsidio de incapacidad temporal, establece en su apartado 1 que el derecho al subsidio se extinguirá, entre otras causas, por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente, indicando en su párrafo tercero que los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social podrán expedir el correspondiente alta médica en el proceso de incapacidad temporal, a los exclusivos efectos de las prestaciones económicas de la Seguridad Social y en los términos que reglamentariamente se establezcan, precisando en su apartado 2 según la redacción dada por la Ley 40/2007 de 4 diciembre 2007, que “cuando la situación de incapacidad temporal se extinga por el transcurso del plazo de dieciocho meses fijado en el párrafo primero de la letra a) del apartado 1 del art. 128, se examinará necesariamente, en el plazo máximo de tres meses, el estado del incapacitado a efectos de su calificación, en el grado de incapacidad permanente que corresponda.

Se mencionan ambos preceptos, porque, no obstante lo previsto en el párrafo anterior, en aquellos casos en los que, continuando la necesidad de tratamiento médico por la expectativa de recuperación o la mejora del estado del trabajador, con vistas a su reincorporación laboral, la situación clínica del interesado hiciera aconsejable demorar la citada calificación, ésta podrá retrasarse por el período preciso, que en ningún caso podrá rebasar los veinticuatro meses siguientes a la fecha en que se haya iniciado la incapacidad temporal.

Por tanto, una vez agotado el plazo de doce meses de la incapacidad temporal, la prórroga por otros seis meses, requiere que se presuma que durante la misma pueda el trabajador pueda ser dado de alta por curación, pues si no es así y se considera que seguirá precisando asistencia médica y estando incapacitado para el trabajo deberá necesariamente iniciarse expediente de incapacidad permanente (como también se exigirá cuando se haya prorrogado por otros seis meses al presumirse la curación y sin embargo ésta no se hubiera producido), asimismo, podrá ocurrir, como aquí ha acontecido que el Instituto Nacional de la Seguridad Social emita el alta médica a los exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. Si el beneficiario no está conforme con la misma, desde luego podrá impugnarla, pero no para que se perpetúe la situación de incapacidad temporal hasta su curación como pretende, sino cuando pueda presumirse que durante este tiempo vaya a producirse la curación.

Y a la vista del contenido de los razonamientos de la sentencia de la instancia, se estima que éstos nos inadecuados a la concreta situación del trabajador, que no se encontraba, como dice la sentencia, en situación de reincorporarse a su actividad profesional. Es decir, que la citada alta médica no debió otorgarse a la vista del propio Informe emitido por el EVI, que entendió ante la falta de informe del cardiólogo y la situación de una incapacidad para la realización de esfuerzos, que debía orientarse la situación de dicho trabajador hacia una prórroga, sin que la resolución del INSS tuviera en cuenta dicho Informe. Esta Sala ignora si la situación del trabajador puede ser o no objeto de curación durante la prórroga, o si por el contrario deberá ser analizada su situación en el plazo de los tres meses a que alude la norma antes citada, a los efectos de una posible invalidez, pero la resolución que concede el alta médica, en contra del propio facultativo evaluador carece de justificación legal, por lo que procede conceder

la prórroga solicitada a los efectos indicados en el artículo 128.1 a) de la LGSS, lo que conlleva que quede sin efecto el alta emitida por el INSTITUTO NACIONAL SEGURIDAD SOCIAL.

SEGUNDO.- No procede condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON H.E.Y., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.UNO de los de CASTELLON, de fecha 15 de Diciembre del 2010; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la Resolución de fecha 26 de octubre del 2010, acordando la prórroga de la situación de IT por seis meses a partir del 2/12/2009.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.194, de 6 de julio de 2011

Materia: Prestación de maternidad. Trabajadora afiliada al RGSS que presta servicios para empresa demandada como camarera. La actora es expulsada verbalmente cuando comunica estar embarazada. Despido nulo Indemnización. Insolvencia empresarial. La actora no estuvo dada de alta en la empresa y no se cotizó por ella. Responsabilidad empresarial. Co-responsabilidad del INSS. Principio de automaticidad de las prestaciones.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando el derecho a percibir el pago de prestación contributiva por maternidad, declarando la responsabilidad directa de la empresa y el derecho de repetición contra la misma del INSS.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La entidad gestora está obligada a la asunción del pago de la deuda. Aplicación del art. 126.1 de la LGSS en relación con el art. 41 de la CE.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demandada declaró el derecho de la parte actora a percibir el pago de la prestación contributiva por maternidad, condenando a la entidad gestora a anticipar la diferencia resultante y declarando la responsabilidad directa de la empresa J.J.P.H. y el derecho de repetición contra la misma del INSS, interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto postula una nueva redacción para el ordinal tercero para que se sustituya que el importe diario reconocido es de 17,5746 euros (importe del IPREM) en lugar de la base reguladora que se indica en el aludido hecho probado que asciende a 38,48 euros diarios, a lo que no debe accederse por cuanto en el documento en que se basa figura la base reguladora de 38,498 euros diarios y en el hecho probado quinto ya se alude a la base que se pretende, lo que hace innecesaria su reiteración.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 133 quatre en relación con el artículo 126 de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 95.1.3^a de la Ley de Seguridad Social de 1966 y art. 6 y 7 del RD 292/2009, de 21 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas por maternidad, paternidad,

riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, alegando, en síntesis, que la actora reúne el requisito del alta porque cuando acontece el hecho causante se encontraba trabajando para una empresa M.G.P. que la tenía en alta y cotizando, sin embargo la sentencia de instancia acude a una base reguladora reconocida en la sentencia de despido, en un periodo en que la empresa que la despidió no la tenía en alta ni cotizando, habrá que atribuir la responsabilidad única y exclusivamente a la empresa ya que no se encontraba en alta, sin obligación de anticipo por parte del INSS. Por lo que concluye que la responsabilidad es exclusiva de la empresa J.J.P.H., sin que proceda anticipo por parte del INSS.

En el presente supuesto acontece una situación singular consistente en que al tiempo del hecho causante 1-8-2009 fecha en que la actora dio a luz un hijo tenía un trabajo en la empresa M.G.P. por la que percibía un salario de 1.154,44 euros mensuales, estando de alta y efectuando la empresa las cotizaciones pertinentes, y al mismo tiempo y en función del despido declarado nulo previamente y durante la duración de los salarios de tramitación ostentaba derecho a un salario de 1.162,28 euros mensuales, continuando tal situación a la fecha del parto, sin que la empresa que despidió a la actora J.J.P.H. la hubiera dado de alta y cotizado.

La prestación contributiva de maternidad debe integrarse con la base correspondiente al mes anterior al hecho causante pero referida al salario de tramitación que le correspondía en la empresa J.J.P.H. por cuanto esa es la empresa con la que todavía se encontraba vinculado el trabajador y le supone a la actora una base reguladora superior a la correspondiente a la otra empresa para la que trabajó durante un periodo coincidente en parte con los salarios de tramitación. Y si bien es cierto que la ausencia de alta y cotización por parte de esta empresa conlleva la declaración de su responsabilidad, la circunstancia de que la trabajadora embarazada se encontrara, bien que por otra empresa, en alta en la Seguridad Social al tiempo del hecho causante permite que opere el principio de automaticidad de las prestaciones, ya que este principio actúa cuando el trabajador se encuentra en situación de alta, sin distinción alguna y en función del mencionado principio la entidad gestora o colaboradora de la Seguridad Social concede la prestación al beneficiario sin tener en cuenta la preexistente responsabilidad empresarial, pero subrogándose en los derechos y acciones que corresponden a tal beneficiario contra el empresario responsable. Y ello debe ser así, porque el artículo 41 de la Constitución Española tiene un carácter garantizador a favor del beneficiario y ese carácter se atribuye al principio de automaticidad de las prestaciones, consistente en la asunción por la entidad gestora del pago de la prestación, no solo en los supuestos en que así le incumbe en virtud de la responsabilidad directa que legalmente le viene asignada, sino en los casos legalmente determinados de incumplimiento empresarial, lo que deja a salvo el derecho de la gestora a repetir contra la empresa incumplidora, y en esta línea hay que precisar que el artículo 126-3 de la LGSS robustece tal principio desde el momento en que establece una moderación a la rígida prohibición de anticipar y consecuentemente una imposición del deber de pagar que para empresas desaparecidas o que no podían ser objeto de apremio establecía el art. 95.2 de la Ley de 1966, disponiendo aquí con carácter general que el pago y la consiguiente subrogación procederá aún cuando se trate de empresas desaparecidas o de aquellas que por su especial naturaleza no puedan ser objeto de apremio. Y en este sentido debe mantenerse la solución adoptada por la sentencia impugnada. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del INSS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada por D^a P.C.E.F. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y D. Juan José Pérez Hidalgo, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.208, de 6 de julio de 2011

Materia: Conflicto colectivo. Empresa de transporte. Pago complemento de nocturnidad. Trabajadores que empiezan jornada laboral nocturna en hora distinta a las diez de la noche. Aplicación del art. 9.1 del convenio colectivo.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa a que deje sin efecto la decisión empresarial de interpretación y aplicación del artículo 9.1 del convenio colectivo consistente en no abonar el complemento de nocturnidad a los trabajadores de líneas regulares que comiencen su jornada en hora distinta de las 22 horas.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Procede solamente el pago del complemento nocturno cuando la relación laboral se efectúe entre las 10 de la noche y las seis de la mañana.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte demandante se formula recurso contra la sentencia de instancia, dictada en proceso de conflicto colectivo, y que estimó parcialmente la pretensión sustentada por la central sindical promotora de la demanda.

En primer término, y a través del artículo 191 “a” de la LPL, se interesa la reposición de los autos al estado en que se encontraban antes de infringirse normas del procedimiento, al entenderse que la sentencia está viciada de incongruencia por vulnerar el artículo 218 de la LEC, sosteniéndose la petición de nulidad porque la juzgadora de instancia asimila la interpretación del artículo 9 del convenio colectivo aplicable a lo establecido en el artículo 36 del ET.

Pero el motivo debe decaer, pues el recurrente no acierta a comprender el significado de la incongruencia, vicio entendible como desajuste en la respuesta judicial respecto lo pedido por las partes en el proceso, ya que en el presente caso la juez a quo decide de acuerdo con las pretensiones sustentadas por ambas partes y formuladas en el acto de juicio, existiendo conformidad entre el fallo y aquellas; lo que se alega ahora no supone que exista ese déficit procesal, y que debe afectar al fondo, pues esa mención se constriñe a la mera interpretación y aplicación de las normas jurídicas, lo cual es materia propia del examen del derecho aplicado, sin perjuicio de señalar, dado lo que se indica en la impugnación del recurso, que la protesta durante la celebración del juicio oral nunca sería exigible como requisito para formular este motivo, en tanto dicho vicio de incongruencia solamente se podría cometer en la propia sentencia.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, que se inscribe en el examen del derecho aplicado, y bajo correcto encaje procesal, se censura a la sentencia la infracción del artículo 82. 1 y 2 del ET, en relación con los artículos 1281, 1282 y 1284, todos del Código Civil.

Como se expuso precedentemente, la decisión recurrida acogió una parte de las pretensiones de la central sindical demandante, en concreto la de abonar a los trabajadores que desarrollen una jornada nocturna comprendida entre las 22 horas y las 6 horas del día siguiente el complemento de nocturnidad que prevé el artículo 9.1 del Convenio de aplicación suscrito en 2008, siempre y cuando dicha prestación tenga una duración de más de tres horas o un tercio del cómputo anual y cualquiera que sea la hora del inicio o finalización de la jornada diaria. Lo que se pide en definitiva en el recurso es que ese complemento se abone por cada hora trabajada en la citada franja horaria, sin restricción de ningún tipo, e igualmente cualquiera que sea la hora de comienzo o finalización de la jornada.

Para decidir el motivo, y por extensión el recurso, debe significarse que el supuesto a valorar no es otro que la interpretación que debe darse al vigente artículo 9.1 del convenio de aplicación, el del Transporte de viajeros por carretera y urbanos de la provincia de Castellón, el cual dispone el abono de una determinada cantidad a los trabajadores que prestan servicio de líneas regulares y que realicen su trabajo entre las 22 y las 6 horas, por cada hora prestada en dicha franja horaria. La sentencia se inclina por una solución mixta, ante la consideración de que lo que dispone el precepto paccionado es una trasposición de lo que entiende el artículo 36.1 del ET como horario nocturno, y después de valorar las pruebas practicadas en el plenario, singularmente las manifestaciones de las diversas personas que en su día negociaron esa cláusula y dieron su punto de vista respecto la verdadera voluntad de los negociadores, ya que la literalidad de la norma podría inducir a afirmar que la empresa debería abonar el plus por cada hora de trabajo prestada en esa franja nocturna, con independencia de la hora de inicio o conclusión de la jornada, siempre que alguna de dichas horas se sitúe en dicha fracción temporal, pero sin las matizaciones legales sobre lo que se considera trabajador nocturno.

Y dado lo que se razona en la sentencia, la Sala considera que la solución que se pregona es la correcta, pues en principio la interpretación dada es razonable y conjuga correctamente los criterios legales, tanto el general del artículo 3.1 del Código Civil, como los particulares recogidos en los artículos 1281 y siguientes del citado texto legal, aparte de que es criterio jurisprudencial consolidado que en la interpretación de los contratos y por extensión de las cláusulas convencionales, debe tener primacía la labor exegética llevada a cabo por el juez de instancia, salvo que aquella sea absurda o irrazonable o constituya una arbitrariedad. Nada de esto sucede en el caso examinado, de lo que se infiere que debe ser mantenida, y consecuentemente desestimado el recurso, con confirmación de la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de Federación de Servicios y Administraciones Públicas del País Valenciano, de la C.S. X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada en su nombre contra A.C.C. S.A, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.238, de 12 de julio de 2011

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS. Tramitación expediente de invalidez permanente para profesión habitual: trastorno ansioso depresivo. Solicitud declaración de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

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

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Queda probado que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabilitan para cualquier tipo de trabajo. Procede declarar la situación de invalidez permanente absoluta para el ejercicio de toda actividad con derecho a una pensión mensual del 100% de su base reguladora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por parte de F.D.P. la sentencia dictada el día 10-11-2.010 por el Juzgado de lo Social número 17 de los de Valencia que desestimó la demanda interpuesta por el actor frente a la TGSS y el INSS en la que solicitaba ser declarado afecto a situación invalidante de IPA frente a la IPT que le fue reconocida en vía administrativa con el complemento previsto en el art. 139.2 LGSS. El recurso, que no ha sido impugnado por el Letrado de Administración de la Seguridad Social, se encuentra articulado en un único motivo en el que con correcta invocación del apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia como infringido el art. 137 LGSS y de la doctrina jurisprudencial que se viene manteniendo a la hora de describir la situación invalidante de IPA, citando al efecto las Ss. TS 12-7-1.986, 6-2-1.987, 18-1-1.988 y 25-1-1.998, por cuanto que se señala que la patología psíquica que padece el actor le inhabilita no sólo para el desempeño de su profesión habitual sino también para cualquier otra.

2. Debemos señalar que conforme establece el art. 137.5 de la Ley General de Seguridad Social en su redacción original y anterior a la Ley 24/1997 y actualmente aplicable en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta bis de dicha LGSS, en tanto en cuanto la Ley 24/1997 no sea objeto de desarrollo reglamentario, se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Y resulta importante destacar que, según declara la jurisprudencia, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, de forma que la invalidez merecerá la calificación de absoluta cuando al trabajador no le reste capacidad alguna (STS 29-9-87), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS 6-11-87), sin que puedan tomarse en consideración las circunstancias subjetivas de edad, preparación profesional

y restantes de tipo económico y social que concurren, que no pueden configurar grado de incapacidad superior al que corresponda por razones objetivas de carácter médico, exclusivamente (STS 23-3-87, 14-4-88 y muchas otras), debido a que tales circunstancias pueden tomarse exclusivamente en consideración para la declaración de la invalidez total cualificada, debiéndose valorar las secuelas en sí mismas (STS 16-12-85); pues como mantiene la jurisprudencia, deberá declararse la invalidez absoluta cuando resulte una inhabilitación completa del trabajador para toda profesión u oficio, al no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo económico para concertar alguna relación de trabajo retribuida (STS 18-1 y 25-1-88), implicando no sólo la posibilidad de trasladarse al lugar de trabajo por sus propios medios y permanecer en él durante toda la jornada (STS 25-3-88) y efectuar allí cualquier tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, en régimen de dependencia con un empresario durante toda la jornada laboral, sujetándose a un horario y con las exigencias de todo orden que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden establecido y en interrelación con otros compañeros (STS 12-7 y 30-9-86 , entre muchas otras), en tanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles estos mínimos de capacidad y rendimiento, que son exigibles incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, y sin que sea exigible un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia por el empresario (STS 21-1-88). No se trata 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 6-2-87, 6-11-87). En consecuencia, habrá invalidez absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS 23-3-88, 12-4-88).

3. Expuestas las directrices a seguir para resolver el motivo, hemos de coincidir con el recurrente que el cuadro clínico que este presenta le hace merecedor de la IPA solicitada ya que el mismo tal y como se recoge en el quinto de los hechos declarados probados el actor presenta derivado de enfermedad común el siguiente cuadro: “Trastorno ansioso depresivo”, que residúa persistencia de sintomatología psíquica, reseñándose además que como consecuencia de la depresión mayor recidivante y del trastorno distímico el actor está recibiendo tratamiento psicofarmacológico y a la vista de tal clínica es difícilmente imaginar que el recurrente pueda desempeñar quehacer profesional alguno con los mínimos de concentración y rendimientos exigibles, dada la gravedad de las enfermedades psíquicas que se describen, por lo que procede estimar el motivo.

SEGUNDO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino estimar el recurso interpuesto con revocación de la resolución recurrida. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por F.D.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de VALENCIA en sus autos núm. 1541/2009 en fecha 10-11-2.010 revocamos la misma y estimamos la demanda interpuesta por el actor declarando al mismo afecto a situación de incapacidad absoluta con derecho a una pensión mensual del 100 por cien de la base reguladora de 2.595,19 euros mensuales, con efectos desde la fecha del informe-propuesta del EVI. Sin costas.

Sentencia núm. 2.273, de 13 de julio de 2011

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas económicas. Amortización de puesto de trabajo por pérdidas en empresa. Cálculo abono indemnización: salarios a tener en cuenta a efectos de indemnización prevista en el ET.

Juzgado: Estima la demanda declarando la procedencia del despido objetivo y correlativa extinción laboral de la demandante, absolviendo a la empresa y organismo demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de la actora a recibir una indemnización superior a la otorgada en primera instancia. La actora se encuentra en situación de reducción de jornada por cuidado de hijo y no de jornada parcial. Aplicación D.A. 18ª del ET.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Remedios Roqueta Buig.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El motivo que aduce la actora en su recurso, amparado en el apartado c) del art. 191 de la LPL señala la infracción de los arts. 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores y 110.1 de la Ley de Procedimiento Laboral por inaplicación de la doctrina jurisprudencial en cuanto a la base de cálculo tomada para la indemnización por despido, siendo el salario correspondiente a la jornada completa rendida con anterioridad a la reducción de la jornada por guarda legal el que se debe aplicar. La entidad demandada, por su parte, se opone en su escrito de impugnación manifestando que la doctrina jurisprudencial reseñada se refiere a supuestos de despido improcedente –y no procedente, como en el supuesto de autos- y que, además, la actora solicitó voluntariamente la jornada reducida con carácter indefinido, disfrutando de la misma durante más de 9 años, como se comprueba por la documental obrante en autos, si bien no señala el número de folio por no disponer de los mismos.

La Disposición Adicional 18ª del Estatuto de los Trabajadores, añadida por la Disposición Adicional 11ª.21 de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, establece que “en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37, apartados 4 bis, 5 y 7 el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta Ley, será el que hubiera correspondido al trabajador sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción”. Dicha disposición tiene un sentido claro, a saber, que en los supuestos de reducción de jornada contemplados en el art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, quedando incluido el disfrute de una disminución de jornada laboral por cuidado de hijo menor [STSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2010 (AS/1889)], el salario regulador a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores será el que hubiera correspondido al trabajador sin

considerar la reducción de jornada. De este modo, el legislador viene a extender la doctrina jurisprudencial y judicial sentadas a propósito del despido improcedente [SSTS de 11 de diciembre de 2001 (RJ/2025, 2002) y 24 de octubre de 2006 (Rec. núm. 2154/2005)] y de la extinción contractual a instancia del trabajador [STSJ de Cataluña de 6 de abril de 2005 (AS/1008)] al cálculo de todas las indemnizaciones previstas en el Estatuto de los Trabajadores, quedando comprendidas, por tanto, las correspondientes a los supuestos de extinción del contrato de trabajo por expediente de regulación de empleo [STSJ de Castilla y León de 23 de septiembre de 2010 (AS/1889)] y por despido objetivo procedente. Como expresa la STS de 11 de diciembre de 2001 (RJ/2025, 2002), «del disfrute de tal derecho no puede seguirse para el trabajador perjuicio alguno, al estar concebido como una mejora social cuyos términos están claramente fijados en la ley, con la única contrapartida para el empresario de no remunerar la parte de jornada que no se trabaja».

Pues bien, tal y como se desprende de los hechos probados primero y cuarto y del fundamento jurídico primero de la sentencia de instancia, la actora estaba en situación de reducción de jornada –que no de jornada parcial- por cuidado de hijo menor, sin que en la documental obrante en autos conste el más mínimo indicio de que a la fecha de la extinción del contrato de trabajo por despido objetivo declarado procedente no subsistiera la situación específica que la norma trata de amparar. Por consiguiente, en estricta aplicación de la Disposición Adicional 18ª del Estatuto de los Trabajadores, procede la revocación de la sentencia recurrida, y la fijación de la indemnización en base al salario mensual de 1.263,19 euros, con inclusión del prorrateo de pagas extras, por lo que a tenor de la antigüedad de la actora en la empresa, da lugar a una indemnización de 9984,52 euros, en cuyo pronunciamiento indemnizatorio se revoca la sentencia recurrida.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Social de este Tribunal, por la autoridad que le confiere la Constitución, ha decidido:

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA V.G.G. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de Alicante, de fecha 23 de septiembre de 2010, en virtud de demanda interpuesta contra la empresa A.C. SL y el FOGASA, en reclamación de despido, y revocar, como revocamos, el pronunciamiento de instancia relativo a la indemnización correspondiente a la recurrente, la que se fija en 9984,52 euros, con mantenimiento de los restantes.

Sentencia núm. 2.299, de 14 de julio de 2011

Materia: Rescisión de contrato. Trabajador al servicio de organismo de gestión del tráfico aéreo que ve modificada sus condiciones laborales. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. El legislador ha tenido que intervenir para garantizar el derecho fundamental previsto en el artículo 1) de la CE. El trabajador no ha percibido incrementos retributivos. Solicitud rescisión laboral en virtud del derecho reconocido en el art. 153 del convenio colectivo.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La intervención del legislador en aras a garantizar el derecho de circulación de los ciudadanos está por encima de las modificaciones efectuadas. Además, queda probado que la intervención ha sido proporcionada y que los sacrificios impuestos al colectivo no conllevan a considerar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo ni a perjuicios que atenten contra la dignidad del trabajador. No procede la rescisión laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que desestimó su demanda en materia de rescisión del contrato de trabajo, al amparo del art. 50-1 del ET. El recurso se formula en nueve motivos, los seis primeros redactados al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL; interesando en el primero la adición de un nuevo hecho probado, con el texto que propone.

El motivo se desestima pues la recurrente no indica en que concretos documentos apoya su pretensión revisora, y en el texto propuesto únicamente cita los documentos 13 y 14 de su ramos de prueba, indicando que consisten en Sentencia de la Audiencia Nacional de 29-4-09 y del Tribunal Supremo de 31-3-10, respecto de las cuales realiza una conclusión jurídica, impropia de figurar en el relato fáctico.

2. En el segundo motivo, solicita la adición de un nuevo hecho probado, con el texto que propone, en el que da noticia del Real Decreto Ley 1/2010 de 5 de febrero, y de la Ley 9/2010 de 14 de abril, y como normas jurídicas, su inclusión en el relato fáctico resulta innecesaria, conteniendo el último párrafo del texto propuesto una conclusión jurídica impropia de figurar en el relato fáctico.

3. En el tercer motivo, solicita la revisión del hecho probado quinto, proponiendo texto alternativo, con cita del documento 5 de su ramo de prueba, consistente en nóminas y, documento 14 la Sentencia antes referida.

La revisión no se admite, 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.

4. En el cuarto motivo, solicita la revisión del hecho probado octavo, proponiendo texto alternativo, con cita del documento 14 que indica consiste en la citada Sentencia del TS.

La revisión no se admite, pues el texto propuesto consiste en una argumentación jurídica, impropia de figurar en el relato fáctico.

5. En el quinto motivo, interesa la revisión del hecho probado undécimo, a fin de que se le adicione el siguiente texto, “Asimismo, se ha producido un cambio en la retribución de determinados complementos desde la nómina del mes de marzo de 2010, originando las diferencias que se recogen en el hecho decimotercero del escrito de demanda del actor, y que se acreditan con el documento nº 5 de la parte actora, cuyo contenido se da por reproducido”.

El documento 5 consiste en nóminas, y de las mismas no se desprende sin más el contenido del texto que se pretende adicionar, pues como se ha dicho anteriormente, los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas.

6. En el motivo sexto, interesa la revisión del hecho probado duodécimo, proponiendo texto alternativo, sin cita de prueba alguna que apoye su pretensión revisora, por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO.- 1. En el motivo séptimo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de al LPL, se denuncia la infracción del “art. 15 del I CCP”, el art. 37.1 de la CE, y el art. 3.1.c) del ET, con cita del art. 153 del I Convenio Colectivo, transcrito en la fundamentación jurídica de la sentencia. Sostiene la recurrente que el actor ejército el derecho de opción contemplado en el citado art. 153 del Convenio Colectivo, consistente en solicitar la resolución indemnizada de su contrato de trabajo ante la modificación sustancial de condiciones de trabajo operada.

En el motivo octavo, se denuncia la infracción del “Acuerdo Segundo, punto 4.4 del I CCP”, en relación con el art. 86.3 del ET. Sostiene la recurrente que la demanda ha incumplido el derecho del recurrente a las condiciones de trabajo pactadas en el Convenio Colectivo.

En el último motivo, se denuncia la infracción del art. 2.1.b) y 12 de la LO de Libertad Sindical, en relación con el art. 28 de la CE. Se alega por la recurrente que la ruptura de la negociación la provocó la demandada, para facilitar la publicación del RDL 1/2010 y conseguir mediante dicha norma que se modificaran sustancialmente las condiciones de trabajo establecidas y consolidadas para el colectivo de los CCAA en los Acuerdos suscritos históricamente en el denominado Estatuto de los controladores de la Circulación Aérea, firmados el 21-5-92.

2. La Audiencia Nacional en Sentencia de 10-5-10, rec. 41/10, desestimó la demanda de conflicto colectivo, instada por la UNIÓN SINDICAL DE CONTROLADORES AÉREOS (USCA) por la entrada en vigor de la Ley 9/2010, de 14 de abril, en la que se pretenda que las modificaciones de sus condiciones de trabajo, causadas por la aplicación del RDL 10/2010, de 5 de febrero y posteriormente por la Ley 9/2010, de 14 de abril, no se ajustaban a derecho, solicitando se repusiese íntegramente a los controladores de tráfico aéreo en el I Convenio colectivo, suscrito por AENA y dicho sindicato el 9-03-1999. Y, tal como se razona en dicha sentencia, "...el convenio colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego establecido por la ley, lo que tiene especial incidencia en las relaciones laborales de las Administraciones Públicas, habiéndose pronunciado reiteradamente el Tribunal Constitucional a favor de la limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública, declarando que esta limitación no vulnera el artículo 14 de la Constitución, Sentencias 58/1985 y 63/1986 precisando, la Sentencia núm. 96/1990, que el límite retributivo del personal de la Administración Pública no vulnera el artículo 14 ni tampoco el 37.1 de la Constitución, añadiendo la Sentencia 210/1990 que el Convenio Colectivo es una norma que sólo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la Ley señala. Por esa razón, la jurisprudencia, por todas, sentencia Sala 3ª TS 21-03- 2002, estudiando la incidencia de las leyes en los acuerdos colectivos, alcanzados con anterioridad a la vigencia de la ley, ha defendido que la Administración no está vinculada a los convenios suscritos, que contradigan la ley, porque no existe ningún límite legal a la ordenación del gasto, ya que la Ley de Presupuestos es una verdadera ley, superior jerárquicamente al acuerdo, donde se fija la cuantía de las retribuciones de los funcionarios en el ejercicio de la potestad legislativa. Dicha jurisprudencia se comparte por la jurisprudencia social, que la ha extendido también a las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, habiéndose mantenido así en STS 18-01-2000, donde se dijo que "Aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución (artículo 37.1), de esta misma se deriva la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio, como se desprende de su artículo 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley. Como dijo la citada Sentencia 58/1985 (RTC 1985\58), "la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva", reiterándose por STS de 27-10-2004 que "la Administración solo podrá asumir las cargas salariales de los centros concertados hasta la cuantía máxima global fijada en las Leyes de Presupuestos para los módulos concertados. Y que, por consiguiente, las

posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos entre empresas y trabajadores bien para incrementar los conceptos retributivos previstos en la fecha de suscripción del concierto, bien para crear otros nuevos, solo podrán ser asumidas por la Administración si no superan el citado límite legal". Puede afirmarse, por tanto, que es criterio reiterado y pacífico en la jurisprudencia, por todas, sentencia TS 20-12-2007, apoyándose en sus propias sentencias de de 9 de marzo de 1992 y 16 de febrero de 1999, en la que se proclamó que "la primacía de la Ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible" y que "en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada", lo que permite concluir que el art. 37.1 de la Constitución no se vulnera mecánicamente por la entrada en vigor de una ley que repercuta sobre los convenios colectivos que estén entonces vigentes, aunque la negociación colectiva descansa y se fundamente en la Constitución (art. 37.1), puesto que la mayor jerarquía de la Ley sobre el convenio deriva de la propia Constitución, como se desprende de su art. 7, que sujeta a los destinatarios del mismo, sindicatos de trabajadores y organizaciones empresariales, a lo dispuesto en la ley, debiendo recordarse, a estos efectos, la sentencia T. Co 58/1985, en la que se dijo que "...la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone... el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva". Y añade la misma resolución que "La negociación colectiva no puede entenderse excluyente e inmodificable, pues ello supondría frenar la evolución y el progreso del derecho del trabajo y convertir lo comercial en derecho necesario absoluto y en tantos necesarios como convenios hubiera. No puede aceptarse un debilitamiento de la imperatividad de la ley en favor de lo dispositivo, a menos que la propia ley así lo autorice, flexibilizando sus mandados". Así pues, la intervención del legislador en los contenidos de la negociación colectiva no comporta, de ningún modo, una vulneración del principio de autonomía colectiva, consagrado en el art. 37, 1 CE, especialmente cuando el empleador es una Administración Pública, que se rige por el principio de legalidad, el cual debe primar sobre la autonomía colectiva, a tenor con lo dispuesto en el art. 103, 1 CE, habiéndose destacado por la jurisprudencia STS 9-03-1992, citando la sentencia T. Co. 11/1981, que no es admisible que "...el derecho a la autonomía colectiva equivalga al reconocimiento "de una bolsa de absoluta y total autonomía", señalando a continuación que"... En ésta, a veces difícil convivencia normativa de ley y convenio, la jurisprudencia ha mantenido la primacía de la ley en aquellos extremos que tiene carácter inderogable, inalterable, e indisponible y, además, ha afirmado que, en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 de la Constitución, las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada. Así ha ocurrido en el supuesto que nos ocupa, en cuanto la retribución fijada en Convenio Colectivo se ha revelado inferior a la establecida por la norma estatal sobre salario mínimo interprofesional, dictada por el Gobierno en virtud de la habilitación otorgada por el citado art. 27 del Estatuto, y acorde al derecho constitucional (art. 35) de remuneración suficiente al trabajo". La jurisprudencia ha precisado, por otra parte, que en la división del trabajo entre el legislador y la negociación colectiva, es totalmente ajustado a derecho que el legislador se reserve espacios concretos, que se regularían normalmente

mediante la negociación colectiva, cuando concurren situaciones excepcionales o casos especiales, por todas STS 16-01-2008 donde se sostuvo que "...La segunda premisa normativa resulta de la aplicación conjunta de varios preceptos legales (señaladamente artículos 3.1 ET, 3.3 ET y 85.1 ET), que destacan la primacía de las disposiciones legales de derecho necesario (y de las disposiciones reglamentarias dictadas en ejercicio de habilitación legal) sobre las disposiciones de los convenios colectivos. Esta primacía de la Ley sobre el convenio colectivo, que es una exigencia lógica de la posición de este último en el sistema de fuentes como norma "reconocida" que ha de atenerse a las condiciones de la norma legal que la reconoce, se extiende en principio no sólo a las leyes de contenido laboral sino también a todas las disposiciones legales; lo dice así, literalmente, el art. 85.1 ET ("Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales"). La materia de clasificación profesional, a la que se refiere el presente caso, queda incluida dentro de la órbita del principio de primacía de la Ley sobre el convenio colectivo. Mediante el art. 22.1 ET el legislador atribuye competencia a los interlocutores sociales, pero no excluye su propia competencia para intervenir en casos especiales o excepcionales". Destacar finalmente, que la jurisprudencia, por todas, STS 22-12-2008, ha estudiado otra de las especialidades, contenidas en las Leyes de Presupuestos, que exigen como requisito constitutivo para la validez de los convenios o acuerdos colectivos suscritos por la Administraciones Públicas, so pena de nulidad de lo acordado, el informe favorable de la CECIR (Mº de Hacienda y Mº Presidencia), subrayando que "...A partir de lo anteriormente expuesto, el artículo 34 de la Ley 30/2005 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 -al igual que otras normas habituales, similares en tales leyes presupuestarias- tiene una clara finalidad garantizadora de carácter limitativo, tendente a evitar, que puedan sobrepasarse las retribuciones del personal laboral por la vía de la negociación colectiva, (las cláusulas vulneradoras del límite se sancionan con la nulidad de pleno derecho, según el transcrito artículo 46 L.G.P). Por ello, y como excepción sometida a esta específica regulación legal, el repetido artículo 34 de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2006, cobijado bajo la rúbrica "Requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario", en su ordinal 1 condiciona la determinación o modificación de condiciones retributivas del personal no funcionario (definiendo, concreta y prolijamente lo que debe entenderse por dicha determinación o modificación) a un procedimiento en el que debe constar un informe conjunto y necesariamente favorable de dos Departamentos ministeriales (en el caso concreto Ministerio de Economía y Hacienda y de Administraciones Públicas) sancionando la falta de estos acuerdos con la nulidad de pleno derecho del acuerdo, en su ordinal 4"...La primacía de la ley sobre el convenio y la incidencia de la misma sobre convenios vigentes, avalada por la doctrina constitucional y la jurisprudencia, se reconocen pacíficamente por la doctrina judicial, por todas, sentencias TSJ Madrid 30-04-2007, y sentencias TSJ Comunidad Valenciana 27-06; 21-07; 13-09-2007 y 10-02-2009....DUODÉCIMO.- La prestación de servicios de tránsito aéreo constituye un servicio público esencial de prestación al público, cuya interrupción puede ocasionar graves perjuicios sobre bienes jurídicamente protegidos, como el derecho a la libre circulación, regulado en el art. 19 CE , así como para la economía nacional, muy vinculada, como es notorio, a la industria del turismo, pudiendo afirmarse consecuentemente que la garantía de la seguridad y continuidad de servicios de tránsito

aéreo, la viabilidad económica de nuestro sistema de navegación aérea en el marco europeo, así como los requisitos impuestos por los reglamentos comunitarios sobre Cielo Único europeo, constituyen bienes constitucionalmente protegibles, que se conectan estratégicamente con los intereses nacionales. Ya hemos visto, que la Dirección General de Aviación Civil en el informe, reproducido en los hechos probados octavo y noveno, ha concluido que Aena, tanto en lo relativo a su organización, poder de dirección y jornada de trabajo, como en lo referente a los costes de navegación aérea que genera, se ha convertido en uno de los proveedores de servicios más ineficientes de nuestro entorno y no estaba en condiciones de cumplir ajustadamente ni el Reglamento Comunitario 2096/2005/CE, por el que se establecen requisitos comunes para la prestación de servicios de navegación aérea, impone a los proveedores de dichos servicios el deber de ser capaces de prestar servicios de forma segura, eficaz, continuada y sostenible económica y financieramente, debiendo ajustarse a un nivel razonable de demanda general en un espacio aéreo determinado, exigiéndose también por la norma citada que el proveedor establecerá y gestionará su organización de acuerdo con una estructura que respalde una prestación segura, eficaz y continuada de servicios, habiéndose señalado, así mismo, por Eurocontrol que la actual situación de Aena, especialmente en la relación coste-eficiencia, arroja unos resultados tan alejados de la media europea que imposibilitarían, caso de haberse mantenido como estaba, alcanzar los objetivos, establecidos por el Reglamento Comunitario 1070/2009/CE, así como los objetivos que la Comisión Europea fijará para la red de gestión del tráfico aéreo a partir de 2011, lo que provocará graves consecuencias tanto para España, cuanto para la totalidad de la red europea, no pudiendo olvidarse la enorme importancia del tráfico aéreo de nuestro país en todo el espacio aéreo europeo y mundial.... En definitiva, la imposibilidad de alcanzar los objetivos de la red europea de gestión del tránsito aéreo y por tanto el virtual incumplimiento del Reglamento (CE) núm. 550/2004, enmendado por el núm. 1070/2009, de no adoptarse de forma urgente medidas que preparen al modelo nacional para alcanzar esos objetivos europeos.....Así pues, identificadas las líneas generes en las que se encontraba el tránsito aéreo español, debe concluirse razonablemente, que la intervención del legislador no solo era obligada, sino que era imprescindible para corregir en el plazo más breve posible de tiempo una situación tan calamitosa, debiendo resaltarse, a estos efectos, que la ley 9/2010, de 14 de abril, se ha ajustado básicamente a las recomendaciones, realizadas por la Dirección General de Aviación Civil, organismo regulador y director de la política aeronáutica, promoviendo la designación de nuevos proveedores del tránsito aéreo, lo que obligaba a regular de forma urgente el régimen de derechos y obligaciones de esos prestadores de servicios de tránsito aéreo en concordancia con lo dispuesto en el Reglamento 550/2004, regulando, así mismo, los tiempos de actividad y descanso de los controladores civiles de tránsito aéreo, como requisito imprescindible para garantizar la prestación segura del tránsito aéreo y el descanso de los controladores, exigiendo necesariamente la regulación de la jornada, el número de horas extraordinarias y los tiempos de descanso, la formación del personal de tránsito aéreo y determinadas medidas transitorias, relacionadas con la restricción de la denominada licencia retribuida, el establecimiento de jornada a turnos que garantice la continuidad del servicio, así como otras medidas referidas a traslados, cambios de jornada por necesidades del servicio y procedimientos más cortos para publicar turnos y programaciones, pudiendo concluirse, por consiguiente, que no estamos propiamente ante una "ley de caso único", como denuncia USCA, sino ante una ley reguladora de la prestación de servicios del tránsito aéreo, cuyo acometimiento era inexcusable, como veremos, a continuación, para garantizar la continuidad de un

servicio, cuya esencialidad es notoria, que se había puesto precisamente en claro peligro como consecuencia de la negociación colectiva. DÉCIMO TERCERO.- Fracaso evidente de la negociación colectiva, cuya garantía institucional, contemplada en el art. 37, 1 CE, no sirve solamente para multiplicar geométricamente los derechos de un colectivo de trabajadores con gran poder de contratación, sino que debe contribuir necesariamente también a la competitividad de nuestras empresas, así como a su adaptación a los requerimientos del mercado, como no podría ser de otro modo, habiéndose predicado con el ejemplo a estos efectos en el Acuerdo para el empleo y negociación colectiva 2010, 2011 y 2012, suscrito por CEOE, CEPYME, CCOO y UGT, puesto que si la negociación colectiva provoca, como sucede en el supuesto debatido, que el proveedor civil de servicios de tránsito aéreo se convierta en uno de los proveedores más ineficientes de nuestro entorno, mientras los controladores obtienen retribuciones millonarias y disfrutan de unas condiciones de trabajo, en las que el poder de organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación de dichos servicios se "cogestiona" en el mejor de los casos y se desplaza individualmente a los propios controladores en el peor, como sucede con la disposición o no a prolongar la jornada, o a cambiar de turnos cuando lo exigen las necesidades del servicio, la negociación colectiva ha dejado de cumplir su función constitucional. En efecto, el I Convenio colectivo, cuya reposición integral se reclama por USCA, es un convenio atípico, que regula el denominado "Estatuto de los controladores de la negociación aérea", cuyo antecedente inmediato es el acuerdo, suscrito por la Administración del Estado, Aena, USCA y SECA el 21-02-1992 y contiene la regulación extremadamente pormenorizada de una relación laboral específica, cuyo denominador común consiste en que se prima siempre los intereses de los controladores aéreos y nunca el servicio público de tránsito aéreo, que resulta preterido ante cualquier colisión con los intereses de la categoría. Así, Aena pasa a compartir llamativamente con USCA, cuya finalidad esencial según el art. 4, 2, a) de sus Estatutos sociales, es fomentar y defender los intereses profesionales propios de los controladores aéreos, una parte sustancial de sus competencias sobre organización, planificación, dirección, gestión, supervisión y control de la prestación del servicio, mediante la delegación de parte de las mismas en las denominadas Comisiones Permanentes y Temporales, reguladas en el art. 5 del Estatuto, que afectan, entre otras funciones estratégicas para el aseguramiento del servicio, a la introducción y desarrollo de nuevas tecnologías y nuevos métodos de organización de la actividad y control, planes operativos y de creación, transformación o supresión de dependencias de control y estrategias nacionales e internacionales en materia de navegación aérea....Puede concluirse, por tanto, que el poder de dirección y el control de la actividad laboral, encomendado a la dirección de las empresas, por el art. 20, 1 del Estatuto de los trabajadores, se ha desplazado desde la dirección de Aena a esta Comisión Permanente, cuyas competencias alcanzan a los aspectos esenciales y estratégicos de la gestión de la empresa, lo que ha tenido influencia decisiva para producir los resultados calamitosos en el servicio, que se significaron más arriba....Dicho Estatuto, valorado en su conjunto, constituye indudablemente la mejor regulación de las condiciones de trabajo para una categoría de trabajadores, que se ha producido jamás en la historia de la negociación colectiva española, lo que no merecería reproche alguno, si la contrapartida no hubiera sido la pérdida de la viabilidad económica del sistema de tránsito aéreo, así como la garantía de continuidad y seguridad del mismo, especialmente si tenemos presente que los beneficios introducidos por el convenio se financian con dinero público, introduciendo, a título de ejemplo, derechos individuales, que permiten que el

controlador no se desplace geográficamente, aunque concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, si no lo decide voluntariamente, conforme al art. 88 del Estatuto, o tenga derecho a percibir una indemnización de cuarenta y cinco días por año con un tope de cuarenta y dos mensualidades en supuestos de extinción del contrato por causas objetivas o por despido colectivo por las mismas causas, aunque concurren motivos objetivos para dichas extinciones, conforme al art. 121 del Estatuto, no estando obligado a variar el turno, incluso cuando concurren circunstancias extraordinarias e imprevisibles y así un largo elenco de derechos que van mucho más allá de los mínimos legales y desbordan cualquier convenio colectivo conocido, en el que luce especialmente la denominada licencia especial, regulada en el art. 166 del Estatuto, que permite a los controladores de 52 o 55 años de edad, que cumplan determinados requisitos de actividad, reproducidos en el hecho probado tercero, dejar de trabajar con mantenimiento de la totalidad de sus retribuciones fijas, lo que no deja de ser significativo, si se tiene presente que la escasez de controladores aéreos es un problema endémico para el servicio....Debe admitirse, por tanto, que la intervención del legislador no solo era necesaria, sino que era imprescindible para volver a la "normalidad", es decir al cumplimiento de la ley, desplegando, a estos efectos, unas medidas transitorias en relación al actual prestador de servicios, que posibilitara una transición ordenada a la nueva organización de los proveedores civiles del servicio de tránsito aéreo, introducida por la ley. Dichas medidas inciden sobre los contenidos concretos de la negociación colectiva, que han causado la situación ya reiterada, siendo absolutamente impensable que pudieran resolverse mediante la negociación colectiva, como prueba el fracaso de la negociación del convenio después de sesenta y cinco reuniones fallidas, como no podría ser de otro modo, puesto que las instituciones, sobre las que ha intervenido el legislador, son precisamente las que fundamentan el desequilibrio contractual, que ha favorecido a los controladores en detrimento del servicio público: suspensión de la licencia retribuida; una nueva regulación de la reserva activa y la jubilación; obligación de realizar la jornada ordinaria real, mientras se regula reglamentariamente el régimen de jornada y descansos de los controladores aéreos; la determinación de las retribuciones acomodándolas a los límites de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, sin perjuicio de que se introduzca, mediante la negociación colectiva, un complemento personal transitorio; un nuevo tratamiento de los desplazamientos geográficos, así como el régimen de aprobación de turnos, permisos, vacaciones y licencias introduciendo finalmente un nuevo régimen de adaptación de los controladores a las modificaciones técnicas o tecnológicas de su puesto de trabajo. Si no se impugnara el convenio, impugnándose los acuerdos de prolongación de jornada, cuya viabilidad judicial sería mucho más clara por las razones ya expuestas, al no contar con las correspondientes autorizaciones de la CECIR, la consecuencia absoluta sería directamente el "caos aéreo", por cuanto se tendría que aplicar necesariamente la jornada de 1200 horas anuales, que es absolutamente incompetente para garantizar la seguridad y la continuidad del tráfico aéreo, debiendo concluirse, por consiguiente, que el único remedio razonable para garantizar el derecho de circulación de los ciudadanos, asegurado por el art. 19 CE, sin que se prolongara el proceso excesivamente, dada la capacidad del colectivo de alterar el tráfico aéreo con el mínimo coste, bastando, a estos efectos, con negarse a realizar sustituciones y a prolongar la jornada, no podía ser otro que la intervención del legislador. La Sala entiende finalmente que la intervención del legislador es proporcionada, aunque se hayan restringido derechos reconocidos mediante convenio colectivo estatutario, que estaba prorrogado, a tenor con lo dispuesto en el art. 4, 4, 3 del propio convenio, puesto

que el sacrificio, impuesto a los controladores, ha sido el mínimo posible para garantizar la seguridad y continuidad del servicio, cuya viabilidad se puso precisamente en peligro como consecuencia de la negociación colectiva controvertida...”.

3. Aplicando al presente procedimiento la doctrina expuesta en la Sentencia firme de la Audiencia Nacional, en materia de conflicto colectivo, el recurso debe ser desestimado, pues del relato fáctico no se desprende que la demandada haya llevado a cabo unilateralmente modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de la formación profesional del actor ni en menoscabo de su dignidad, ni que hay incurrido en falta de pago del salario, a efectos del art. 50 del ET, sin que sea aplicable al presente caso el art. 153 del Convenio Colectivo, dadas las especiales circunstancias que como se ha visto, concurren en el presente caso.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de F.S.J., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Valencia, de fecha 26-1-2011; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.330, de 19 de julio de 2011

Materia: Despido: Caducidad de la acción. Conductor al servicio de empresa demandada que ve extinguida su relación laboral. Despido disciplinario como consecuencia de incomparecencias injustificadas a su puesto de trabajo. Caducidad de la acción de despido. Plazos para la designación de abogado turno de oficio.

Juzgado: Aceptando de oficio la caducidad de la acción de despido, desestima la demanda contra la empresa demandada.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Deja sin efecto la caducidad declarada. El plazo a computar es de dos meses desde la designación del abogado de oficio. No entra a conocer sobre el fondo del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que entiende que la misma fecha de designación de letrado de turno de oficio es la de su comunicación al actor, aprecia de oficio la figura de la caducidad de la acción de despido, por lo que no entra a analizar el despido verbal que se dice producido el día 1 de octubre del 2010.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de suplicación, que con carácter previo pretende la unión a las actuaciones, por el 231 de la LPL determinados documentos con los que pretende acreditar que la notificación de la designación de abogado de turno de oficio, a los particulares que lo solicitaban, se hacía efectivo por el Colegio de Abogados de Valencia, hasta el mes de diciembre del 2010, mediante correo ordinario. Los documentos que, conforme al citado artículo de la LEC, podrían incorporarse a los autos con posterioridad a la celebración del juicio oral son aquellos que, afectando al fondo del asunto, se hallen en alguno de los casos siguientes:

- a) Ser de fecha posterior a la demanda o a la contestación o, en su caso, a la audiencia previa al juicio, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a dichos momentos procesales.
- b) Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.
- c) No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el apartado 2 del artículo 265 de la LEC, o en su caso, el anuncio al que se refiere el número 4º del apartado primero del artículo 265 de la citada norma.

Formalmente podría entenderse que al tratarse de documentos que pudo la parte aportar en juicio, debería procederse a su rechazo, pero dado que la sentencia de la instancia parece confundir fecha de designación con fecha de comunicación de la misma, a la vista del propio documento aportado por la demanda, en la que consta la designación por el turno de oficio correspondiente, es posible llegar a la misma conclusión que la que se obtendría con la admisión de los nuevos documentos, aceptando por tanto su unión a autos del certificado de fecha posterior al juicio que acredita que las designaciones de turnos de oficio se efectuaban, en la fecha que afecta al presente procedimiento, por correo ordinario. En base solo a dicha documental es posible aceptar el primero de los motivos planteados, que pretende la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia de la instancia, en el que dice que el día 19 de octubre se comunicó las designa de letrado de turno, por la alternativa propuesta, que entiende que el día 19 de octubre lo realizado fue la designación, no la comunicación, que fue diferida al efectuarse por correo ordinario. Igualmente, procede añadir que la Resolución definitiva se produjo en fecha 10 de diciembre, pues aunque no tiene una trascendencia directa deriva de documento hábil y fehaciente

SEGUNDO.- En base a las revisiones anteriores, debe admitirse igualmente la infracción del art 21.4 de la LPL en relación con los arts 103.1 de la misma norma y el 16.4 de la Ley 1/96 de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita, en relación con la figura de la caducidad, pues entiende que debe tomarse en consideración la fecha de la resolución definitiva, no de la designación provisional.

Si bien la Sala entiende que la cita de normas infringidas no es acertada, pues la figura de la caducidad no puede esperar al cumplimiento de un trámite como el de la confirmación de la atribución de un derecho, que en el caso analizado corresponde por ley al trabajador, debe estimarse que la apreciación de oficio de la caducidad en la instancia no ha cumplido con los requisitos exigibles derivados de la norma aplicable citada, el art 16 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita que establece el reinicio del cómputo de los plazos “desde la notificación al solicitante de la designación provisional de abogado”, no desde la designación, que es lo aceptado en la instancia.

Debemos mencionar que la caducidad de la acción constituye una de las causas legales que impiden un pronunciamiento sobre el fondo, siendo su cómputo una cuestión de mera legalidad ordinaria, que puede afectar a un derecho fundamental cuando a consecuencia de error o de interpretación arbitraria o irrazonable se entienda como desmesuradamente formalista (STC 88/97, RTC 88). En éste supuesto, constaba en la propia demanda que la letrada nombrada en defensa del actor había sido nombrada de oficio, por lo que debieron guardarse las cautelas necesarias para evitar que la apreciación de oficio de la caducidad, sin la previa alegación de parte alguna, conllevara la infracción de las normas que regulan la designación de abogado de oficio. Dado que no es posible acreditar en el caso concreto, cuando se produjo la recepción de dicha designación, ni su fecha, deberá entenderse que la estimación de la caducidad infringe el cómputo de los plazos e impide el acceso al proceso, por lo que debe estimarse el recurso y dejar sin efecto la caducidad declarada, devolviendo las actuaciones a la instancia a fin de que se conozca del contenido de la demanda de despido, entendiendo, como ha venido diciendo esta sala en sentencias anteriores (p.e. nº 513/00, 3234/02,...) que el plazo a computar debe ser el de dos meses, que no constan transcurridos desde la solicitud de abogado de oficio.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON D.P.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n°.UNO de los de CASTELLON, de fecha 3 de marzo del 2011; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la caducidad declarada. Devuélvase las actuaciones al juzgado de donde provienen a fin de que proceda a dictar sentencia sobre el fondo de la pretensión de despido.

Sentencia núm. 2.342, de 19 de julio de 2011

Materia: Invalidez no contributiva: prestación. Tras nuevo dictamen médico queda extinguida la prestación al no estar afectada la causante por el porcentaje de minusvalía mínimo que da derecho a la misma. Impugnación. Procedencia.

Juzgado: Desestimando la excepción de caducidad de la acción planteada y desestimando la demanda formulada, absuelve a la Conselleria demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. No queda justificada ninguna mejoría entre los dos dictámenes médicos que conlleve una modificación en el grado de minusvalía de la actora.

Ponente. Ilmo. Sr. D. Juan Luis de la Rúa Moreno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la pretensión actora, tendente a impugnar el grado de minusvalía que le fuera últimamente reconocido, razón por la que se le ha dejado sin efecto la pensión no contributiva que venía percibiendo por tal causa, se interpone, en su nombre, el presente recurso de suplicación, que se articula en dos motivos. El primero de ellos destinado a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo dedicado al examen del derecho aplicado, con fundamento respectivo en los apartados b) y c) del art.191 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Se interesa en primer término la modificación del punto tercero de la declaración fáctica para que se consigne en el último párrafo que las dolencias reflejadas “son sustancialmente las mismas que las que dieron lugar a que la resolución de fecha 22 de junio de 2004, le reconociera a la actora, un grado de minusvalía del 71% con derecho a percibir la pensión económica correspondiente...”. Se cita al efecto, la documental obrante a los folios 59, 60 y 61, consistente en dicha resolución, con el dictamen técnico facultativo siguiente: 1º.Enfermedad de aparato circulatorio por insuficiencia coronaria de etiología no filiada.- 2º Enfermedad del sistema endocrino-metabólico por diabetes mellitus, tipo I no complicada de etiología metabólica.- 3º.Trastorno de la afectividad por trastorno adaptativo de etiología no filiada. Correspondiendo por tales conceptos un grado de discapacidad de 65% y por los factores sociales complementarios un 6%, lo que totaliza un grado de discapacidad del 71 %.

La pretensión revisora merece acogida en tanto que, sustentada en documento auténtico, viene a complementar el hecho probado que se recoge en el punto primero de la referencia fáctica, delimitando de manera específica el objeto controvertido en el proceso.

TERCERO.- En el ámbito de la censura jurídica se denuncia la vulneración, por no aplicación, del art. 144.1 c) de la Ley General de la Seguridad Social, en el entendimiento de que al no haberse modificado, en todo caso agravado, el conjunto de las dolencias determinantes del grado de minusvalía, debe seguirse manteniendo el mismo porcentaje y , por lo tanto, la pensión no contributiva que, en su día, le fuera reconocida a la actora, salvo que se incurra en una situación ciertamente incongruente.

La tesis que se sostiene debe ser compartida, pues ciertamente ante la paridad plena y total en la descripción de las dolencias entre el informe de 22 de junio de 2004 y el emitido en 23 de septiembre de 2009, sin que se refleje o se haga indicación alguna acerca del por qué se puntúa con unos porcentajes inferiores en este último, cuando además se consignan otra serie de dolencias no tenidas en consideración al suscribirse el primero de ellos, se está en el caso de no poder acoger la presunción en que se fundamenta la sentencia recurrida para sostener la prevalencia de ese último de los informes. No cabe duda que la revisión del grado de minusvalía puede motivar o la pérdida de la condición de discapacitado o la obtención de un grado inferior, en los supuestos en que por mejoría las puntuaciones hayan de ser menores, pero, en todo caso, a fin de no menoscabar las situaciones reconocidas, con los consiguientes derechos de ellas dimanantes, se habrá de justificar las causas determinantes de esa mejoría, y, por ende, el nuevo porcentaje que deviene aplicable, con la posibilidad, por tanto, de poder valorar su adecuación o no a la pertinente normativa reguladora, el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre. En el supuesto de autos tal circunstancia en modo alguno ha concurrido, por lo que la contradicción no puede resolverse en sentido desfavorable para quien ya ostentaba el derecho, del que se ha visto privado, y, en su consecuencia, no cabe reconocer sino que la situación de minusvalía sigue manteniéndose en idénticos términos, con derecho a seguir percibiendo la pensión que venía disfrutando, lo que presupone que deba otorgarse viabilidad al recurso interpuesto, con revocación de la sentencia recurrida.

Vistos los artículos citados, y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a I.M.H. contra la sentencia de 16 de noviembre de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Valencia, y en su consecuencia, con revocación de la misma y dando acogida a la demanda interpuesta por la expresada contra la Conselleria de Bienestar Social, debemos dejar y dejamos sin efecto la resolución de fecha 21 de octubre de 2009, reponiendo a la indicada demandante en la percepción de la pensión que tenía reconocida de 280,28 euros desde la fecha en que le fuera dejada de abonar.

Sin costas.

.

Sentencia núm. 2.342, de 19 de julio de 2011

Materia: Invalidez no contributiva: prestación. Tras nuevo dictamen médico queda extinguida la prestación al no estar afectada la causante por el porcentaje de minusvalía mínimo que da derecho a la misma. Impugnación. Procedencia.

Juzgado: Desestimando la excepción de caducidad de la acción planteada y desestimando la demanda formulada, absuelve a la Conselleria demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. No queda justificada ninguna mejoría entre los dos dictámenes médicos que conlleve una modificación en el grado de minusvalía de la actora.

Ponente. Ilmo. Sr. D. Juan Luis de la Rúa Moreno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la pretensión actora, tendente a impugnar el grado de minusvalía que le fuera últimamente reconocido, razón por la que se le ha dejado sin efecto la pensión no contributiva que venía percibiendo por tal causa, se interpone, en su nombre, el presente recurso de suplicación, que se articula en dos motivos. El primero de ellos destinado a la revisión de los hechos declarados probados, y el segundo dedicado al examen del derecho aplicado, con fundamento respectivo en los apartados b) y c) del art.191 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Se interesa en primer término la modificación del punto tercero de la declaración fáctica para que se consigne en el último párrafo que las dolencias reflejadas “son sustancialmente las mismas que las que dieron lugar a que la resolución de fecha 22 de junio de 2004, le reconociera a la actora, un grado de minusvalía del 71% con derecho a percibir la pensión económica correspondiente...”. Se cita al efecto, la documental obrante a los folios 59, 60 y 61, consistente en dicha resolución, con el dictamen técnico facultativo siguiente: 1º.Enfermedad de aparato circulatorio por insuficiencia coronaria de etiología no filiada.- 2º Enfermedad del sistema endocrino-metabólico por diabetes mellitus, tipo I no complicada de etiología metabólica.- 3º.Trastorno de la afectividad por trastorno adaptativo de etiología no filiada. Correspondiendo por tales conceptos un grado de discapacidad de 65% y por los factores sociales complementarios un 6%, lo que totaliza un grado de discapacidad del 71 %.

La pretensión revisora merece acogida en tanto que, sustentada en documento auténtico, viene a complementar el hecho probado que se recoge en el punto primero de

la referencia fáctica, delimitando de manera específica el objeto controvertido en el proceso.

TERCERO.- En el ámbito de la censura jurídica se denuncia la vulneración, por no aplicación, del art. 144.1 c) de la Ley General de la Seguridad Social, en el entendimiento de que al no haberse modificado, en todo caso agravado, el conjunto de las dolencias determinantes del grado de minusvalía, debe seguirse manteniendo el mismo porcentaje y , por lo tanto, la pensión no contributiva que, en su día, le fuera reconocida a la actora, salvo que se incurra en una situación ciertamente incongruente.

La tesis que se sostiene debe ser compartida, pues ciertamente ante la paridad plena y total en la descripción de las dolencias entre el informe de 22 de junio de 2004 y el emitido en 23 de septiembre de 2009, sin que se refleje o se haga indicación alguna acerca del por qué se puntúa con unos porcentajes inferiores en este último, cuando además se consignan otra serie de dolencias no tenidas en consideración al suscribirse el primero de ellos, se está en el caso de no poder acoger la presunción en que se fundamenta la sentencia recurrida para sostener la prevalencia de ese último de los informes. No cabe duda que la revisión del grado de minusvalía puede motivar o la pérdida de la condición de discapacitado o la obtención de un grado inferior, en los supuestos en que por mejoría las puntuaciones hayan de ser menores, pero, en todo caso, a fin de no menoscabar las situaciones reconocidas, con los consiguientes derechos de ellas dimanantes, se habrá de justificar las causas determinantes de esa mejoría, y, por ende, el nuevo porcentaje que deviene aplicable, con la posibilidad, por tanto, de poder valorar su adecuación o no a la pertinente normativa reguladora, el Real Decreto 1971/1999 de 23 de diciembre. En el supuesto de autos tal circunstancia en modo alguno ha concurrido, por lo que la contradicción no puede resolverse en sentido desfavorable para quien ya ostentaba el derecho, del que se ha visto privado, y, en su consecuencia, no cabe reconocer sino que la situación de minusvalía sigue manteniéndose en idénticos términos, con derecho a seguir percibiendo la pensión que venía disfrutando, lo que presupone que deba otorgarse viabilidad al recurso interpuesto, con revocación de la sentencia recurrida.

Vistos los artículos citados, y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a I.M.H. contra la sentencia de 16 de noviembre de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Valencia, y en su consecuencia, con revocación de la misma y dando acogida a la demanda interpuesta por la expresada contra la Conselleria de Bienestar Social, debemos dejar y dejamos sin efecto la resolución de fecha 21 de octubre de 2009, reponiendo a la indicada demandante en la percepción de la pensión que tenía reconocida de 280,28 euros desde la fecha en que le fuera dejada de abonar.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.370, de 19 de julio de 2011

Materia: Prestación de jubilación. Trabajadora afiliada al RGSS. Solicitud prestación de jubilación anticipada. La actora tiene 62 años y ha cotizado 5.342 días. Cumplimiento de los requisitos para acceso a la prestación: Situación de alta o asimilada al alta.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a ser beneficiaria de una prestación contributiva de jubilación.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La actora no cumple con el requisito de situación de alta o asimilada al alta. No se ha inscrito como demandante de empleo en tiempo ni ha suscrito convenio especial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la sentencia que estimando la demanda de la actora, declara su derecho a pensión de jubilación contributiva, con base reguladora de 604,31€, porcentaje 50%, 0,76% coeficiente, y fecha efectos de 5-12-09. El recurso se articula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, denunciando la infracción de las siguientes normas: Art. 161.1 y 3 de la LGSS, Disposición Transitoria Tercera 1.1º y 2º de la LGSS, Art. 3 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, Art. 125 de la LGSS, Art. 36 del RD 84/1996, de 26 de enero, Art. 208 de la LGSS, Art. 29.1 del RD 2530/1970, de 20 de agosto. Sostiene la recurrente que la actora solicita la jubilación con 62 años de edad, y no cumple el requisito de hallarse en situación de alta o asimilada al alta, exigible en todos los supuestos de anticipación de la edad; que la actora fue baja en el RETA el 31-3-00, y se inscribió como demandante de empleo el 21-5-09, esto es más de 9 años después y con posterioridad a los 90 días en el cese, no habiendo suscrito Convenio Especial; que la STS de 3-6-05 se dicta en un supuesto en que se había reconocido la jubilación con un porcentaje inferior, y en el que el actor se hallaba en situación asimilada al alta pues había suscrito Convenio Especial hasta la jubilación; citando la recurrente la STS de 24-5-06, rec. 1995/2005; que el hecho de que no se exijan 6 meses de inscripción interrumpida como demandante de empleo, para la jubilación anticipada a los mutualistas anteriores al 1-1-97, no insignifica que no se exija el requisito de hallarse en situación de asimilación al alta.

2. El Tribunal Supremo en sentencia de 18-9-06, rec. 1761/05, en un supuesto en que el INSS reconoció al actor la pensión de jubilación a los 60 años de edad, con más de 40 años cotizados, tras ser despedido y suscribir Convenio especial, y lo que se discutía era el porcentaje de reducción, señaló que, “Esta Sala de lo Social del

Tribunal Supremo ya ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos parecidos sobre el alcance de la repetida Disposición Transitoria, especialmente en lo que se refiere a la exigencia de la obligación de permanecer el trabajador que cesó en la empresa por causas a él no imputables inscrito en la oficina del INEM como demandante de empleo de forma ininterrumpida hasta la jubilación, y al respecto se ha dicho que "La redacción de la repetida Transitoria Tercera procedente de la Ley 35/2002, de 12 de julio, no se contiene obligación alguna para el beneficiario de la pensión de jubilación anticipada que proviniese del sistema de mutualismo laboral de permanecer inscrito en la oficina de empleo, y menos de forma ininterrumpida como exige el INSS, a diferencia de lo que ocurre con la jubilación anticipada de los trabajadores que no pertenecieron antes del 1 de enero de 1967 al referido mutualismo laboral". (Sentencias de 03/06/2005, recurso 3054/2004, seguida de las de 13 y 25 de octubre de 2005 (recursos 3308/04 y 2321/04) y 20 de enero de 2006 (recurso 3991/04)).

Asimismo el Alto Tribunal, en Sentencia de 31-10-07, rec. 87/07, en un supuesto en que el INSS reconoció al actor pensión de jubilación a los 60 años de edad, tras haber sido prejubilado y suscribir Convenio Especial, discutiéndose la aplicación del porcentaje aplicable a la base reguladora, indicó que, "En aras a la mayor claridad expositiva, con carácter previo al examen de la infracción que se denuncia es oportuno recordar la diversidad de origen y tratamiento que en orden a la jubilación anticipada tienen las dos normas de cuya interpretación se trata.

2.- De un lado, la DT Tercera LGSS se refiere a la jubilación anticipada que debe calificarse como «histórica» y que proviene del art. 57 del antiguo Reglamento del Mutualismo Laboral [10/09/54], en el que se fijaba los 60 años como edad para poder causar pensión de jubilación, de manera que al establecerse en el nuevo sistema de la Seguridad Social una edad superior -65 años- para lucrar aquella prestación, el legislador tuvo a bien mantener la expectativa jurídica de jubilación más temprana de que gozaban los trabajadores que habían estado afiliados al Mutualismo Laboral, configurándola como «un derecho de carácter residual que no forma parte del sistema de prestaciones de la Seguridad Social establecido en el Derecho español» (así, la STS 18/10/93 -rcud 3158/92 -). Esta anticipación «histórica» del acceso a la jubilación [siempre con 60 años de edad], inicialmente fue concebida para voluntarios ceses en la vida laboral activa [DT 1.ª.9 de la OM 18/01/67; DT Segunda.6ª LGSS/74], pero en la actualidad se ofrece al beneficiario [tras la redacción dada por la Ley 35/2002, de 12/Julio] en dos versiones: a).- Jubilación anticipada por libre voluntad del beneficiario, lo que se define en términos de «tortuosa redacción que más parece describir lo contrario de lo que se pretende», en afortunada frase de la doctrina [«inequívoca manifestación de voluntad de quien pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida, decida poner fin a la misma»]; subespecie que conlleva una reducción de la pensión en el 8% por cada año o fracción que medien entre el HC y el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Y b).- Jubilación anticipada en supuestos de extinción de la relación laboral no debida a la voluntad del trabajador, entendiéndose por tal cualquiera de las previstas como situación legal de desempleo en el art. 208.1 LGSS; supuestos par los cuales se contempla una reducción de la pensión de entre el 7,5% y el 6%, en función de los años de cotización acreditados [de 31 a 40 años de cotización].

3.- Con total independencia de ello, conforme evidencia la Exposición de Motivos de la norma que la introduce en nuestro sistema, el art. 161.3 LGSS [en la

redacción proporcionada por la Ley 35/2002, de 12 /Julio, promulgada en ejecución del «Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social», suscrito el 09/04/01; y reformada por la DA Segunda de la Ley 52/2003, de 10 /Diciembre] regula la anticipación de la edad de jubilación calificable de «ordinaria» y exigente del mínimo de 61 años de edad, que impone como requisitos -entre otros- la inscripción en la Oficina de empleo durante los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud y que el cese en el trabajo «no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador», entendiéndose cumplida la exigencia -también- por cualquiera de las causas contempladas en el art. 208.1 LGSS ; en este caso, la reducción de la prestación va del 8% para 30 años de cotización al 6% con 40 años cotizados. Ahora bien, al objeto de posibilitar los planes de reestructuración empresarial instrumentados con las ofertas de jubilaciones anticipadas, el art. 161.3 LGSS exime de los requisitos antedichos [inscripción en el Oficina de empleo e involuntariedad del cese laboral], en los supuestos en que «el empresario, en virtud de obligación adquirida mediante acuerdo colectivo» hubiese satisfecho al trabajador -en los dos años precedentes al HC- una cantidad que en cómputo anual no fuese inferior a la prestación de desempleo y al importe del Convenio Especial con la Seguridad Social”.

3. En el presente supuesto, del relato fáctico se desprende que la actora, nacida el 4-2-47, acredita cotizaciones al Régimen General, anteriores a 1967: 1841 días; al Régimen General, después de 1967: 2199 días (del 25-1-67 al 31-1-73); al RETA: 1278 días (del 1-10-66 al 31-3-00). Total cotizados: 5342 días. Que la actora figura como demandante de empleo ante el Servef desde 21-5-09. Que la actora y su esposo cerraron el negocio de droguería en marzo-00, el marido estaba enfermo y la actora atendía al negocio y cuidaba del marido, lo que le llevo a cerrar. Y que el 4-12-09 solicitó jubilación anticipada, que le fue denegada “por no tener cumplidos 65 años de edad en la fecha de la solicitud para poder causar derecho a la pensión de jubilación, sin estar en alta ni en situación asimilada al alta, según art. 161.1.a) y 5 de la LGSS”. De todo lo cual debe concluirse que, para la jubilación anticipada solicitada es exigible el requisito de estar en situación de alta o asimilada al alta, y tal requisito no se cumple en el presente caso conforme al art. 125 de la LGSS, dado que la actora fue baja en el RETA el 31-3-00, y no se inscribió como demandante de empleo hasta el 21-5-09, ni suscribió Convenio especial, habiendo transcurrido el plazo de 90 días desde que fue baja en el RETA (art. 29.1 Decreto 2530/70, de 20 de agosto), por lo que el recurso deberá ser estimado, con revocación de la sentencia de instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.17 de los de Valencia, de fecha 10-12-2010, en virtud de demanda presentada a instancia de M.J.O.Y.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos al demandado de la reclamación deducida frente al mismo.

Sentencia núm. 2.401, de 20 de julio de 2011

Materia: Trabajadora afiliada al RGSS y que presta servicios como cocinera. Solicitud declaración de invalidez. Lesiones invalidantes en muñeca. Solicitud declaración de invalidez permanente absoluta para todo trabajo y subsidiariamente para trabajo habitual. Estimación. Cálculo base reguladora.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando a la actora en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. La actora tiene derecho a percibir una prestación económica correspondiente al 55% de su base reguladora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestimó las pretensiones de la demandante, tanto la principal como la subsidiaria, declarando que la misma no se hallaba en situación de incapacidad permanente absoluta ni incapacidad total para su profesión habitual de cocinera, en el Régimen General, derivada de enfermedad común, se formula recurso por parte de su representación letrada, en cuyo primer motivo, que se enmarca equivocadamente en el artículo 191 “c” de la L.P.L., se solicita la modificación del segundo hecho probado de la sentencia recurrida, para que se plasmen en él diversas conclusiones vertidas en los informes médicos que cita, ampliación a la que no se accede, por irrelevante, con independencia de la suerte que merecerá el recurso, pues ya en el aludido hecho probado se describen, aunque de forma resumida, dichas conclusiones, y en realidad están fundadas en los mismos documentos y pericias referidos en este momento concreto.

SEGUNDO.- En segundo término, en el siguiente motivo se censura a aludida resolución la infracción del artículo 136.1 de la LGSS en relación con el artículo 137.4 de la citada norma legal, entendiéndose que las dolencias de la actora le inhabilitan para las fundamentales tareas de su profesión habitual. Y el motivo debe prosperar, ateniéndonos al contenido del inalterado segundo hecho probado de la sentencia, pues las dolencias allí expuestas, dada su entidad y alcance funcional, y al afectar principalmente a la muñeca derecha, con una merma importante de la misma, inhabilitan a aquella para realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual de cocinera, en la medida que las labores propias y específicas de dicha actividad presentan exigencias o requerimientos incompatibles con dichas limitaciones, como por ejemplo el manejo constante y repetitivo de los instrumentos y utensilios de cocina, como por ejemplo ollas, sartenes, fuentes y bandejas, que dificultan y merman notablemente su capacidad de trabajo en esa actividad, por lo que en consecuencia, se estimará el recurso

y se revocará la sentencia, reconociendo a la trabajadora recurrente la prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual postulada en el citado recurso.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por doña R.R.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia de 8 de noviembre de 2010, recaída en autos sobre invalidez planteado contra el INSS, y con revocación de la citada resolución judicial, debemos declarar y declaramos a la citada trabajadora en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una prestación económica del 55% de su base reguladora.

Sentencia núm. 2.418, de 21 de julio de 2011

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS y en situación asimilada al alta en fecha del hecho causante. Solicitud de invalidez permanente. Desde el año 1994 sufre trastornos mentales, además de las dolencias físicas que padece. La última profesión del actor ha sido la de oficial de construcción (pavimentador/alicatador).

Juzgado: Desestima la demanda, confirmando la resolución administrativa y declarando que el actor no se encuentra afecto de grado de incapacidad permanente alguno, absolviendo a la Entidad Gestora demandada de las peticiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le producen una limitación funcional para el ejercicio de actividades físicas relacionadas con su actividad profesional. Declara al actor afecto de una incapacidad permanente total para ejercicio de su profesión habitual con origen en enfermedad común, concediéndole una pensión vitalicia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente interpone la parte actora recurso de suplicación. En el primer motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, se solicita la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida en los términos que pasamos a examinar:

1º.- Se interesa en primer lugar que se corrijan los datos profesionales del demandante expresados en el apartado II del hecho primero para que, en esencia, se deje constancia de que el actor en el ejercicio de su profesión habitual tiene que realizar esfuerzos físicos considerables llevando la carretilla con material, subiendo y bajando escaleras, etc. Petición que no puede prosperar, pues no se cita la prueba documental o pericial –ni ninguna otra prueba- en la que se sustenta, tal y como se exige por los artículos 194.3 y 191 b) de la LPL.

2º.- Tampoco es posible aceptar la segunda modificación que se propone, en cuanto tiene por objeto dar una nueva redacción al hecho tercero para que se transcriba el informe médico emitido por el Dr. I.A.C. que fue propuesto como perito por la parte actora. Y ello, porque como tiene declarado esta Sala de lo Social, una petición como la descrita no puede prosperar pues lo que se pretende con ella es sustituir el convencimiento alcanzado por la Magistrada de instancia en la valoración de la prueba

practicada por el propio e interesado de la parte, dado que lo que se intenta es plasmar en los hechos probados las conclusiones expuestas por el perito propuesto por la parte recurrente. Y respecto de esta cuestión hemos de recordar que en un recurso extraordinario como es el de suplicación, no cabe que la Sala realice una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, de modo que como señala el Tribunal Supremo en numerosas sentencias como las de 16 de noviembre de 1.998, 2 de noviembre de 1.999 ó 27 de marzo de 2000, los documentos o pericias sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas". Lo que no ocurre en el presente supuesto en el que simplemente se quiere dar una mayor relevancia al dictamen de parte. De modo que como ha señalado esta Sala reiteradamente, siguiendo el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestada en las sentencias de 25 marzo 1985, 15 enero 1987, 24 de junio de 1988 y 18 octubre 1989, "en caso de coexistencia de varias pruebas periciales y documentales que presenten conclusiones plurales en divergencia, tan sólo podrán mostrarse en apoyo del error invocado, aquellas pericias médicas emitidas por organismos profesionales que evidencie una mayor solvencia o relevancia científica que las que sirvieron de base al Magistrado para formar su convicción". Así pues y dado que en el presente caso la declaración fáctica que contiene la sentencia recurrida fue obtenida del informe médico de síntesis, nada se puede objetar en el marco de este recurso.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso y al amparo de la letra c) del artículo 191 LPL, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 – en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por el recurrente que las dolencias que padece y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de oficial 2º de la construcción alicatador-pavimentador.

2. 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 y en la indicada redacción, 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".

3. Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, a los que la Sala queda vinculada necesariamente, se desprende que, a diferencia de lo que se sostiene en aquella, concurren en el recurrente las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. En efecto, se deja constancia en el hecho probado tercero de la sentencia, que las dolencias que padece el actor, esencialmente, VIH en estadio 2, hepatopatía, espondiloartrosis lumbar con estenosis en L4-L5, trastorno adaptativo mixto y trastorno de la personalidad en tratamiento en la Unidad de Salud Mental, le producen una limitación funcional para la realización de actividades

con alto requerimiento físico o que conlleven a estrés mental y emocional. Siendo ello así, hay que tener en cuenta que la profesión de pulimentador/alicatador es eminentemente física y el esfuerzo que se debe realizar se prolonga a lo largo de toda la jornada laboral durante todos los días laborables. Por tanto, difícilmente se podrán desarrollar las tareas propias de tal profesión por quien, como el actor, padece “astenia y fatiga fácil” y presenta, además, un trastorno de la personalidad que viene siendo tratado en la Unidad de Salud Mental desde el año 2007. Es por ello que la Sala entiende que se le debe reconocer al demandante una incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual, lo que supone la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON P.R.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Elche de fecha 23 de septiembre de 2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, declaramos que el demandante se encuentra afecto de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual de con origen en enfermedad común y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonarle una pensión vitalicia en la cuantía del 55 por 100 de la base reguladora mensual de 901,41 euros, más las revalorizaciones, con efectos económicos desde el 8 de septiembre de 2009.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.431, de 21 de julio de 2011

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral por causas económicas. Amortización de puestos de trabajo. Impugnación. Falta de consignación de la condena por parte de la recurrente.

Juzgado: Estima la demanda de los actores condenando solidariamente a las empresas demandadas a readmitir a los trabajadores o a proceder a su correspondiente indemnización por despido improcedente.

Sala: No entra a conocer el fondo del asunto previsto en el recurso de suplicación. Al no haber consignado la condena, declara la firmeza de la sentencia de instancia y la anulación de todo lo actuado a partir del anuncio del recurso de suplicación, sin que haya lugar a devolver la consignación extemporánea que queda afecta para asegurar la ejecución de la sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la condenada C.M.C.SA, frente a la sentencia de instancia que estimando las demandas, declara la improcedencia de los despidos de los actores de fecha 8-10-10, y condena solidariamente a S.A. SL y a C.M.L. SL a readmitir a los actores o a indemnizarles en las cantidades que se indican, y en todo caso al abono de los salarios de tramitación que se especifican. En primer lugar, procede examinar la alegada por el impugnante, falta de consignación de la condena por parte de la recurrente, adjuntando copia del recurso de reposición presentado ante el Juzgado el 9-2-11 frente a la Diligencia de Ordenación de 19-1-11, por la que se tuvo por anunciado el recurso de suplicación por la recurrente, alegando en el mismo que la recurrente no ha procedido a la consignación de ninguna de las cantidades a cuyo abono ha sido condenada, conforme al art. 228 y 193.2 y 3 de la LPL.

Pues bien, del examen de los autos se deduce que la Sentencia aquí recurrida fue notificada a la recurrente el 7-1-11, quien anunció recurso de suplicación mediante escrito presentado el 14-1-11, acreditando la constitución del depósito de 150,25€; que por Diligencia de Ordenación del Juzgado de 19-1-11, se tuvo por anunciado el recurso de suplicación por C.M.L. SA, Diligencia que le fue notificada el 4-2-11; que en fecha 23-2-11 la recurrente interpuso recurso de suplicación; que en fecha 9-2-11 la parte actora interpuso recurso de reposición frente a Diligencia de Ordenación de 19-1-11 alegando la falta de consignación de la condena por la recurrente; que por Diligencia de Ordenación de 22-2-11 se acordó dar traslado del recurso de suplicación para su impugnación; que por Decreto del Juzgado de 5-4-11 se estimó el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, acordándose reponer la Diligencia de Ordenación de 19-

1-11 y conceder 2 días a C.M.L. SA para consignar la cuantía de los salarios de tramitación, relevándole de la indemnización por haber optado la otra mercantil condenada por la readmisión; dicho Decreto fue notificado a C.M.L. SA el 11-4-11, quien en fecha 13-4-11 consignó la cantidad de 20.810,79€ en concepto de salarios de tramitación.

2. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 11-11-2002, rec. 727/02, dice, "En efecto, la obligación que impone el art. 228 de la Ley de Procedimiento Laboral, a toda aquella persona que sin gozar del beneficio de pobreza, que pretenda recurrir en suplicación una sentencia que le condene al pago de una cantidad, a consignar esta, acreditándolo al tiempo de anunciar el recurso, es una obligación cuyo incumplimiento o cumplimiento defectuoso viene regulado en el art. 193.2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral disponiendo el primer número que "sí el recurrente infringiera su deber de consignar o de asegurar la cantidad objeto de condena... el órgano judicial declarará mediante auto motivado tener por no anunciado el recurso". Es pues, claro, que el incumplimiento total de la obligación de asegurar o consignar la cantidad objeto de condena acarrea, la improcedencia del recurso que ha de tenerse por no anunciado. Por el contrario "la insuficiencia de consignar la condena o de asegurarla..." ocasionara "que el Juez concederá a la parte el tiempo que considere pertinente... para la subsanación del defecto que en ningún caso será superior a 5 días." Así lo dispone el núm. 3º del art. 193. Este artículo pues en los dos números analizados, establece consecuencias distintas con respecto al incumplimiento radical de la obligación de consignar la condena, que siempre arrastra la improcedencia del recurso, del cumplimiento deficiente de la obligación que da lugar a su posible subsanación. Como en el caso de autos se incumplió por completo el deber de consignar la condena, el recurso de suplicación debió tenerse por no anunciado y no dar lugar a la subsanación del defecto. Así lo declara la sentencia de referencia al decir ... "el art. 193-2 de la L.P.L. establece que si el recurrente infringiera el deber de consignar o de asegurar la cantidad objeto de condena, el órgano judicial declarararía tener por no anunciado el recurso; esto es lo acaecido en el presente caso en donde la empresa recurrente omitió totalmente la consignación del importe de la condena limitándose a constituir el depósito, haciéndolo más tarde de forma extemporánea e incompleta; no se trata del supuesto de insuficiencia de consignación previsto en el número 3 del art. 193 en donde sí que procedía subsanar la omisión sino la falta total de consignación. En estos casos, el Tribunal Constitucional ha declarado que si bien la subsanación constituye un remedio justo para las irregularidades o defectos en el cumplimiento de las exigencias procesales, ello no puede invocarse ni procede acordarla cuando lo que se ha producido es un incumplimiento frontal y pleno de los requisitos, en consecuencia cuando, como aquí sucede, el requisito de la consignación fue incumplido en su totalidad, no puede considerarse susceptible de subsanación, no solo porque así lo viene contemplando el art. 207-2 L.P.L., sino porque así lo ha interpretado igualmente el Tribunal Constitucional, cual puede apreciarse en su sentencia 343/1993 de 22 de noviembre en la que expresamente ha considerado insubsanable la falta total de consignación argumentando que en estos supuestos en los que "hay inexistencia de actividad consignataria y no solo insuficiencia, no cabe la subsanación, ya que no puede dejarse al arbitrio de la parte la ampliación del plazo..." previsto en la LPL para recurrir. Este carácter insubsanable de la falta absoluta de consignación ha sido igualmente acogido por Auto de esta Sala de lo Social de 3 de marzo de 1997 y 11 de enero de 1999".

3. Pues bien, aplicando lo expuesto al presente caso, es claro que conforme al Art. 228 de la LPL, la recurrente al anunciar su recurso de suplicación debió consignar el importe de la condena, tanto de los salarios de tramitación como de la indemnización a que solidariamente fue condenada, pues tal como indicó únicamente combatía con su recurso su condena como responsable solidaria del despido, es decir no admitía tal responsabilidad solidaria impuesta en la sentencia, y al no efectuar la consignación de la condena dentro del plazo previsto para anunciar el recurso de suplicación, tal como exige el art. 228 de la LPL, el Juzgado debió inadmitir el recurso (art. 193 LPL), sin posibilidad de subsanación, pues no se había consignado cantidad defectuosa sino que se había omitido totalmente la consignación de la condena, sin que exima del requisito exigido por el art. 228 de la LPL el hecho de que la otra mercantil condenada, -respecto de la que la recurrente no admite su responsabilidad solidaria-, no haya recurrido la sentencia y haya optado por la readmisión de los trabajadores, razón por la que procede conocer la cuestión previa planteada en el escrito de impugnación del recurso de suplicación, en el sentido de declarar la firmeza de la sentencia de instancia y la anulación de todo lo actuado a partir del anuncio del recurso de suplicación, sin que haya lugar a devolver la consignación extemporánea que queda afecta para asegurar la ejecución de la sentencia.

Devolución del depósito para recurrir en suplicación.

FALLO

Que sin entrar a conocer del fondo del asunto planteado en el recurso de suplicación interpuesto por C.M.L. SL y resolviendo con carácter previo la cuestión planteada en el escrito de impugnación del recurso de suplicación, la estimamos, declarando la firmeza de la sentencia de Instancia de 3-1-2011, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón, anulando todo lo actuado a partir del escrito que anuncia el recurso de suplicación.

Sin costas.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir en suplicación, y quede afectada la cantidad consignada extemporáneamente de la condena para asegurar la ejecución de la sentencia.

Sentencia núm. 2.453, de 26 de julio de 2011

Materia: Trabajador en alta en el RGSS. Cuando se produce su fallecimiento se encontraba percibiendo un subsidio por incapacidad temporal. Sus hijos solicitan prestación a favor de familiares y pensión de orfandad las cuales son denegadas. Se alega falta de alta o situación asimilada al alta, sí como no haber completado el periodo mínimo de cotización. Se ha concedido a la esposa pensión de viudedad.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir la pensión de orfandad, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la parte codemandante.

Sala: Desestima el recurso del organismo demandado, señalando que el causante ha cotizado el periodo mínimo necesario para que sus hijos sean beneficiarios de la pensión de orfandad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, el Instituto Nacional de la Seguridad Social demandado formula recurso impugnado por los actores, en el que interesa que los hechos probados 4º y 6º queden con la redacción que propone, aquí por reproducida, a lo que no se accede porque además de que el segundo y en parte el primero no resulta directamente, sin necesidad conjeturar o razonamientos, de los documentos que se basa, no se evidencia que el juzgador “a quo”, en su misión de fijar los hechos probados, haya incurrido en irrefutable error por haber otorgado, tras la correspondiente valoración, mayor virtualidad a unos elementos de convicción que a otros.

SEGUNDO.- Denuncia el recurso infracción del art. 175.1 en relación con el 174.1 de la L.G.S.S., Disp. Transitoria 2ª 2 del R.D. Leg 1/94 de 20-6; O. de 22-10-1958, R.D. 2621/2956 de 24-12, art. 5.1, RD. 2064/95 de 22-12, O. de 20-7-1987; D. 2409/1976 de 23-7, O. de 24-1-1976 y sentencias que menciona, porque entiende, en resumen, que el causante, que por no tener 500 días de cotización dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento, necesitaba reunir 15 años, esto es 5.475 días cotizados, solo constan (según infirme de cotización que debe prevalecer sobre el informe de alta) 4.142 más 646 de pagas extras, un total de 4788 días, por lo que le faltan 687 días; y ni aún computando el tiempo trabajado en E.L., SA (que no procede porque la falta de cotización no se imputa a la empresa sino al causante, como representante de comercio), y en I. SL (que ni siquiera ha sido demandado (459 + 164 = 623) aún el tiempo necesario; y solicita sentencia absolutoria.

El motivo no debe prosperar por cuanto no se desvirtúan los fundamentos de la sentencia impugnada que, en base a los hechos probados, señala que existe una

sentencia firme que reconoce 15 años cotizados al causante en el procedimiento en que se reclamó la pensión de viudedad, conclusión que por razones de coherencia y seguridad jurídica debe mantenerse al tratarse de sentencia de esta propia Sala; exponiendo, además, que en el informe de vida laboral y expediente administrativo constan, al menos, 4.251 días de cotización, descontados los períodos en los que esta se duplica, a los que hay que sumar los correspondientes a pagar extraordinaria, que la entidad gestora cifra en 646 días, más el período trabajado para la empresa codemandada que no consta como cotizado, parte proporcional de pagar extraordinaria de este período, restando así unos 120 días para alcanzar la cotización requerida, pero la sentencia sobre la viudedad computa además todos los períodos de cotizaciones que constan en el informe de cotizaciones que se unió al expediente administrativo, hasta superar el mínimo de 15 años, destacando además que no consta la fecha en la que se notificó a la empresa la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de Valencia sobre el despido, aunque es evidente que la obligación de la empresa de cotizar se extendía más allá del 30-4-1987 y además se deberían añadir al menos 140 días, según acreditan los doc. 11 y 12 de la parte actora, lo que supera el límite de 15 años, si se computa el tiempo trabajado para I. SL, por lo que el causante trabajó más de 15 años y tenía derecho a que se le computaran como cotizados (incluidas las cotizaciones al RETA al no constar que no se encontrase al corriente), y ello aún sin aludir al efecto positivo de la cosa juzgada.

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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada por D^a C. y D. A.J.C.C., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.466, de 29 de julio de 2011

Materia: Reclamación de cantidad. Personal docente que ha prestado sus servicios en colegio concertado. Su contrato se extingue por reducción de unidades de Educación Secundaria Obligatoria. La actora renuncia a formar parte de la bolsa de centros en crisis y solicita indemnización. Por parte de la administración se le indemniza, pero rechaza la petición de indemnización incentivada. Aplicación del Documento sobre la reforma educativa en los centros concertados de la Comunitat Valenciana firmado por Administración, sindicatos y organizaciones empresariales más representativas.

Juzgado: Estima la demanda condenado al organismo demandado al pago de determinada cantidad en concepto de indemnización más indemnización incentivada, con la correspondiente actualización.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No es motivo justificado la denegación unilateral por parte de la Administración ni la falta de consignación presupuestaria por parte de ésta, para no acceder a la petición de la demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia la demandada formula recurso, en el que anuncia infracción del art. 3.1 C.C. en relación con el ap. 10º del acuerdo de 9-9-1996, pactado entre Administración, Patronal y Sindicatos que establece que la indemnización que legalmente corresponda "podrá ser incentivada en las cuantías que se indican", lo que, dada la diáfana literalidad del precepto, no supone una obligación de la Administración, sino una concesión de carácter voluntario atendiendo a criterios de oportunidad y política educativa y presupuestaria; y no puede obligarse a la Administración a dotar una asignación presupuestaria para hacer frente a compromisos a la que no está obligada.

El motivo no debe prosperar. El punto 10 del acuerdo de 9-9-96 dice que "los profesores afectados... podrán optar.... entre: recolocación....(c).. indemnización que legalmente corresponda, que podrá ser incentivada..."; y así como el primer "podrán" alude claramente a los profesores, el segundo "podrá" se refiere, en puridad, a la indemnización en sí, al objeto, pero no indica específicamente el sujeto al que atribuye la potestad: a la Administración, al profesor o, al acuerdo de los firmantes del pacto. Pero con independencia de esta disquisición indicativa de que el tenor literal de los términos del acuerdo no es en este punto de una claridad tan cristalina como afirma

la recurrente. Esta Sala, en sentencias resolutorias de los recursos 2528/10 y 649/11 ha dicho que aunque se entienda que la palabra "podrá" permitiría a la Administración reconocer o no una indemnización incentivada, esta posibilidad no debe utilizarse por la Administración de forma arbitraria dejando de abonarla sin más, pues el texto del Acuerdo ha sido firmado por la Administración, por las Organizaciones empresariales y por las Organizaciones sindicales, que acordaron constituirse en Comisión de Seguimiento del referido pacto, y se convino que cupiera la posibilidad del incentivo y no es suficiente una decisión caprichosa de la Administración para denegarlo, sino que debe fundar ésta en una causa razonable que la justifique y permita al interesado, si la considera injusta, impugnarla ante los Tribunales, para que estos valoren si se ajusta o no a derecho; y en el presente caso, vistos los términos de la denegación, resulta aplicable la doctrina contenida en las Sentencias de esta Sala citadas y en las de 6-6, 18-9 y 11-12-2008 que cita la de Instancia, especialmente cuando señalan que la Administración se encuentra vinculada al acuerdo mencionado y sus adendas en años sucesivos que prorrogan sus términos, pero sin afectar de modo sustancial al punto 10º de referencia. Y no es motivo suficientemente justificado para no reconocer el incentivo la falta de consignación presupuestaria, sin que se considere adecuado el planteamiento inverso: ante la ausencia de obligación, no tiene que haber asignación presupuestaria sino, al contrario, como no hay consignación presupuestaria no llega a nacer la obligación, es decir, ampararse en la legalidad presupuestaria para negar la obligación. Razones de seguridad jurídica y de igualdad ante la aplicación de la ley, conducen a llegar a las mismas conclusiones que las referidas sentencias de esta Sala, cuyos fundamentos se tienen por reproducidos.

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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de la Conselleria de educación G.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia de fecha 13 de diciembre de 2010 en virtud de demanda formulada por Dª C.V.T., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.483, de 13 de septiembre de 2011

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas económicas. La empresa presenta los resultados económicos observándose una merma de beneficios. La empresa ha puesto a disposición del actor el 60% de la indemnización correspondiente.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido del trabajador, procediendo a la readmisión del mismo o al abono de determinada cantidad, descontando la cantidad ya adelantada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda acreditado por parte de la recurrente la existencia de una situación económica negativa que dé lugar a la necesidad de amortizar el puesto de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate estimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la empresa demandada I.P- Q. S.A. planteando dos motivos de impugnación, referidos a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

En primer término se propone -amparado en lo instituido en el art.191 b) de la Ley de procedimiento laboral- la revisión del hecho probado segundo para que se añada al mismo el siguiente párrafo: *Habiéndole explicado la situación, reconociéndola, y ofrecido la documentación adicional que rechazó, además de la carta de despido, que acreditaba lo expuesto en la misma.*

Se fundamenta la adición en prueba de interrogatorio y testificales practicadas en el acto de juicio lo que supone ignorar lo previsto en el referenciado precepto procesal que alude en exclusiva como prueba idónea en el que fundar un motivo de revisión por error en la valoración de la prueba a un elemento documental o a prueba pericial por lo que aquellas resultan inhábiles a éstos concretos efectos y la revisión deberá ser en consecuencia desestimada. Además el texto ofrecido contiene una evidente predeterminación del fallo a dictar en cuanto hace referencia a la acreditación en hechos probados de la causa del despido.

Insta la parte en segundo lugar la revisión del hecho declarado probado quinto para que igualmente se adicione que el resultado final económico de explotación del año 2010 suponía una pérdida de 349.950,45 euros. Se basa la adición en el balance acompañado que consta en los folios 22 a 26 de los autos. Sin embargo, como figura en el fundamento de derecho segundo de la sentencia, el Juzgador de instancia extrajo el contenido fáctico de los documentos 252 a 267 de los autos fijando al efecto los datos

de operaciones sujetas a IVA dentro de las correspondientes autoliquidaciones del referenciado Impuesto correspondiente a los ejercicios 2009 y 2010 y estableciendo el total de bases y cuotas IVA sobre los que no se imputa en realidad un error de valoración. En relación a la pretendida adición sobre las pérdidas, es obligado señalar que las mismas no solo no figuraban relacionadas en la carta de despido sino que el reflejo aludido en el balance no resultó plenamente convincente para el órgano jurisdiccional de instancia, de ahí que correspondiendo a éste la valoración en exclusiva de la globalidad de la prueba no procederá acceder a la modificación fáctica propuesta.

Finalmente, se efectúa por la empresa un comentario respecto al contenido del hecho probado cuarto de la sentencia en cuanto refleja una comparación del resultado de explotación entre los años 2008 y 2009 que entiende resulta ser muy significativa con una disminución considerable y caída de los beneficios. Aduce que se han utilizado las declaraciones de la empresa de su base imponible por IVA durante los años 2009-2010 y no los correspondientes datos de la cifra de negocio que se refleja en la cuenta de pérdidas y ganancias que es la única que debió servir de parámetro para fijar la existencia del beneficio o de la pérdida del resultado empresarial.

El motivo deberá asimismo ser desestimado pues al margen de los comentarios y valoraciones realizadas en el citado apartado, la parte recurrente no ofrece a la sala el concreto texto a figurar en el relato tachado de erróneo limitándose a una exposición sobre lo que constituye la cifra de negocios en la empresa pero sin delimitar cual es el contenido del hecho que debe figurar frente al texto impugnado. Además lo relatado en dicho ordinal no es más que el resultado del ejercicio 2009 de la empresa que consta en el folio 304 de los autos y que arroja un resultado positivo en 2009 según figura en el folio 308 de los autos por lo que en ningún caso se evidencia la existencia de error en dicha constatación.

SEGUNDO.- El siguiente motivo, dedicado a la censura jurídica, debidamente encajado en lo previsto en el art.191 c) de la LPL plantea la infracción por inaplicación de los arts.51.1 y 53.1 a) del ET, art. 281.4 de la LEC y 105 de la LPL y aplicación indebida de los arts. 55.3 y 4 del ET. Se argumenta en el motivo que las causas económicas alegadas en la carta de despido fueron debidamente acreditadas existiendo una situación negativa en la empresa con pérdidas de 350.000 € en el año 2010 que harían razonable la decisión extintiva adoptada y tomándose en consideración el descenso del resultado de explotación, justificándose el despido no solo del actor sino de otros trabajadores dado que harían descender los gastos de personal por lo que debió declararse adecuada la amortización del puesto de trabajo por causas económicas, reprobándose la falta de reflejo fáctico del balance y del informe pericial de parte que aun reconociendo que la reducción de pedidos y facturación fue mayor en 2009 en relación con el año 2008 también ha existido en 2010 respecto a 2009, acreditándose así la disminución de la cifra de negocios y cuestionándose en definitiva el informe pericial aportado por la parte demandante por lo que ante la evidencia de los problemas económicos debió haberse declarado la procedencia del despido acordado.

Tras la reforma operada por Ley 35/2010, de 17 de septiembre, el art. 52 c) del ET remite a la definición de las causas previstas en el art.51.1 para la extinción de contrato por motivos objetivos. En éste se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución

persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo. A estos efectos, la empresa tendrá que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado.

En el caso que contempla la sentencia impugnada se da cuenta de que la empresa demandada dedicada a la actividad de almacenistas de chapas y tableros procedió al despido objetivo del actor aduciendo causas económicas con efectos del 24/11/2010 y alegando un descenso continuado de pedidos en un 40% y de facturación en un 22% en los últimos 12 meses. Figura probado que en los años 2008 y 2009 hubo un descenso en ventas de aproximadamente un 40%, según los porcentajes relacionados en el hecho probado cuarto de la sentencia, y que en el año 2010 la base imponible total por IVA en la entidad demandada fue de 3.154.951,83 € y en el año 2009 de 3.921.927,40 €.

Los datos pues reflejados en la carta de despido objetivo no hacen alusión alguna a cifras contables ni al resultado económico de la empresa con reflejo de la situación de unas pérdidas reales o previsibles, como tampoco se determina el volumen de reducción de los ingresos dentro de la actividad empresarial que alude en exclusiva al descenso de pedidos y de facturación pero sin concretar la incidencia de ellos sobre el balance general de contenido económico y en relación al estado contable de la empresa. Así, la propia mercantil recurrente viene a reconocer la existencia de una situación económica saneada en el año 2009 siendo el descenso de ventas importante respecto al año 2008 pero sin figurar los debidos elementos fácticos que evidencien que en el año 2010 – fecha del despido- también se había producido no solo un descenso de aquellas ventas sino también una situación de afectación económica por disminución del nivel de los ingresos, pues, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 29/9/2008-rcud1659/2007- deben quedar probadas y acreditadas cuando se alegue la amortización de un puesto de trabajo por causas económicas tres elementos básicos: la situación negativa de la empresa, la finalidad que se asigna a la medida extintiva adoptada y la conexión de funcionalidad entre dicha medida y la finalidad que comporta la misma. Y aunque el precepto estatutario en la redacción actual haya podido suavizar los condicionamientos legales exigibles con anterioridad no hay duda de que sigue requiriéndose la existencia de una situación económica negativa que en el supuesto que contempla la sentencia no encuentra reflejo fáctico, dado que la mercantil demandada se encuentra en una posición de saneamiento económico sin déficit detectado y sin aparecer como concurrentes las dificultades de viabilidad a las que alude el precepto, de ahí que entendamos que la solución adoptada en la instancia que atiende para justificar su decisión a la ausencia de determinación en la carta de despido de datos de contenido económico así como a la falta de la debida prueba sobre la situación económica negativa de la demandada deban merecer un pronunciamiento confirmatorio del fallo dictado con la precedente desestimación del recurso en su contra entablado.

TERCERO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de I. P-Q. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada a instancia de D. F.P.M., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como 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, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir. Se condena a la empresa recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

Sentencia núm. 2.496, de 13 de septiembre de 2011

Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios para la mercantil demandada como empleado de sala de juego. Se procede a su despido disciplinario por indisciplina y desobediencia en el trabajo: Tránsito de la buena fe y abuso de confianza. El trabajador, que había sido delegado sindical, no ostenta esa condición en el momento del despido ni consta en sus nóminas deducción de cuota sindical. No se comunica a la empresa demandada la afiliación sindical del actor. Situación de indefensión: omisión de requisito previsto en la norma convencional.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente la extinción de la relación laboral, con la obligación de readmitir al trabajador o indemnizarle y abonarle los correspondientes salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso, al quedar probada la indefensión del recurrente. Devuelve las actuaciones al juzgado de instancia para que se pronuncie sobre la legalidad de la extinción contractual, sin que la Sala pueda pronunciarse sobre el fondo del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda instada en materia de despido, declara la improcedencia del mismo, se interpone por la empresa condenada recurso de suplicación, que articula en dos motivos, el primero redactado al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, solicitando la revisión del hecho probado quinto a fin de que se suprima del mismo la frase “(declaración del demandado)”, quedando redactado del siguiente modo, “El actor que ostentó la condición de delegado de personal, no la ostenta actualmente ni en el año anterior, si bien se encuentra afiliado a sindicato. No consta que en nómina se deduzca cuota alguna (doc. nº 1 ramo de prueba de la demandada)”, alegando que cuando el Sr. E., declara conocer la condición de afiliado del trabajador se refería a la condición que el mismo ostentó hace años en la empresa, y que tal hecho no fue alegado ni en la papeleta de conciliación, ni en la demanda ni en el juicio, causando indefensión al recurrente; alegando asimismo que ni de la documental ni de la testifical, se desprende que el legal representante de la empresa conociese la situación de afiliación a un sindicato; que en los documentos 1 de la demandada, y 1 y 2 del actor, se comprueba que no existe en las nóminas aportación a cuota sindical alguna, y no se aporta documento que acredite la condición de afiliado; que la pregunta realizada por el letrado al representante de la empresa induce a confusión, grabación CD; que se ha causado

indefensión al recurrente, lo que es causa de nulidad por infracción de normas procesales y vulneración del principio de igualdad.

La revisión no se admite, pues en definitiva lo único que se pretende es extraer del relato fáctico la referencia a la prueba de la que la Magistrada ha obtenido la convicción de la afiliación sindical del actor, por lo que tal supresión resulta intrascendente, ya que en la fundamentación jurídica se razona que "...el actor no ostentaba al tiempo del despido la condición de delegado de personal, si bien estaba afiliado, circunstancia que fue reconocida y admitida por el legal representante de la empresa..."; debiéndose tener en cuenta que, por así disponerlo los artículos 191, b) y 194.3 LPL, en el recurso de suplicación la pretensión de que se revisen los hechos declarados probados por la sentencia de instancia no puede fundarse en la errónea valoración de la prueba testifical o de interrogatorio de parte (confesión judicial).

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción de las Sentencias del Tribunal Constitucional nº 118/87, 130/98 y 30/92, sostiene el recurrente que es obligatorio que en la demanda se haga constar que el actor reúne la condición de afiliado a un sindicato, a fin de causar indefensión; con cita de la STS 11-6-97, sostiene que no consta en la demanda la condición de afiliado a un sindicato, ni se amplió la demanda, ni el Sindicato X. denunció falta de audiencia previa al representante sindical, ni consta documento que acredite la afiliación sindical, ni el actor fundamentó sus pretensiones en la falta de audiencia al delegado sindical, con cita de STC 226/2000, 48/84, 70/84, 50/88 y 116/95 y STS 18-7-05, art. 85.1 y 2 LPL, art. 21.2 y 3 LPL, STC 67/99, 112/87, 151/87, 211/89, 212/89, 213/89, 196/92, 202/93, 316/93, 317/93 y 61/94; se sostiene asimismo por el recurrente que se le ha causado indefensión, al dejar imprejuzgada la cuestión de fondo, con cita SSTC 69/84, 6/86, 100/86, 124/88, 42/92 y 185/06; denunciando la infracción del art. 24.1 de la Constitución, art. 412, art.281.1 y art.286.1 LEC, art. 87.4, art.72 y art 85.1 LPL, art. 283.3, art. 240, art 241 LOPJ en relación con la nulidad cuando se prescinda de las normas esenciales del procedimiento ocasionado indefensión.

2. Del examen de la demanda se constata que el actor hizo constar en la misma que no ostenta la condición de representante de los trabajadores, sin formular alusión alguna a su posible afiliación sindical. El Art. 104 de la LPL dispone, "las demandas por despido, además de los requisitos generales previstos, deberán contener los siguientes:...d) Si el trabajador se encuentra afiliado a algún sindicato en el supuesto de que alegue la improcedencia del despido por haberse realizado éste sin la previa audiencia de los delegados sindicales si los hubiera". Por lo que, no habiéndose alegado por el actor, con anterioridad al juicio, su condición de afiliado, la omisión del requisito previsto en la norma convencional relativo a oír, previamente al despido, al delegado sindical, no puede ser causa de la declaración de improcedencia del despido, pues supone indefensión para la contraparte, debiéndose tener en cuenta que, tal como se declara probado, no consta en las nóminas la deducción de cuota sindical.

3. Las razones expuestas nos conducen a estimar el recurso y a devolver las actuaciones al Juzgado de instancia, a fin de que se pronuncie sobre la legalidad de la extinción contractual comunicada por la empresa al trabajador en cuanto a la cuestión de fondo, 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 omisión del requisito formal de audiencia previa al delgado sindical.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de R.E. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante de fecha 15-12-2010, en virtud de demanda presentada a instancia de J.L.O.V.; y revocando la sentencia recurrida ordenamos la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para que se resuelva la cuestión de fondo planteada sobre el despido disciplinario frente al que se acciona. Sin costas.

Sentencia núm. 2.521, de 14 de septiembre de 2011

Materia: Rescisión de contrato. Retraso continuado en el pago de salarios. Trabajador que presta servicios en empresa de la construcción. Por circunstancias económicas la empresa se ve abocada al retraso en el pago de salarios. Retraso continuado con perjuicios económicos para la economía del trabajador.

Juzgado: Estima la demanda declarando extinguido el contrato de trabajo que unía a la demandante, condenando a la empresa demandada al abono de determinada cantidad en concepto de extinción de contrato. Asimismo, estima parcialmente la demanda, condenando a determinada cantidad en concepto de dietas.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda constatado un retraso continuado en el pago de salarios que se prolonga durante mucho tiempo y que está ocasionando unas consecuencias negativas en la economía particular del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de la empresa M.P.O. S.L la sentencia dictada por el Juzgado de lo social número 3 de los de Castellón de la Plana el día 19-4-2.011 que estimó la demanda de extinción de contrato de trabajo fundada en el retraso continuado en el pago del salario frente a ella interpuesta por el trabajador J.C.A., condenando a la misma al pago de la indemnización de 45 días de salario por año trabajado, así como a la cantidad de 264,96 euros en concepto de dietas devengadas por los días trabajados en la localidad de Valldelinares.

2. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado por el trabajador actor, se encuentra formulado en dos motivos, encontrándose destinado el primero de ellos a la censura jurídica, y el segundo, formulado “ad cautelam”, a la revisión fáctica. Razones de método, nos han de llevar a examinar en primer lugar el segundo de los motivos para que, de este modo, quede fijado de forma definitiva el sustrato fáctico que ha de servir para describir el caso, sobre el que debe aplicarse la norma sustantiva.

3. Dicho lo anterior, y pasando pues al examen del motivo que se formula con invocación del apartado b) del art. 191 de la LPL., se ha de señalar que el recurrente pretende que el cuarto de los hechos probados quede redactado de la forma siguiente: “En el momento de presentación de la demanda el trabajador tiene satisfechas la totalidad de las dietas en un exceso a su cargo de 546,32.-€”, y el motivo se rechaza por irrelevante, ya que no se ha formulado un motivo correlativo destinado a la censura jurídica en el que partiendo de la revisión fáctica que se pretende se revise el derecho aplicado al devengo de dietas por lo que el motivo debe fracasar. En este sentido

debemos recordar que hemos dicho en la Sentencia de esta Sala de lo Social de 8 de enero de 2.008 que "obsta al éxito del recurso que el mismo no contenga motivo alguno destinado al examen del derecho aplicado por la sentencia de instancia. Ha de tenerse en cuenta que los motivos fácticos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar, después, en derecho. En síntesis, un ataque a un hecho probado sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto, apoyado en una posterior argumentación jurídica dada por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia. Debe existir una interconexión entre los motivos a que se refiere el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral (los de "hechos") y los que se articulan al amparo del mismo precepto en su letra c) (los de "derechos"), pues si ello no se realiza de la manera indicada se produce una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos "fácticos", conforme sucede en el presente caso, lo que determina, como ya se adelantó, el fracaso del motivo destinado a la revisión fáctica interesada y por ende del recurso al tener el mismo como único fundamento dicha revisión."

SEGUNDO.- 1. En el motivo que se destina a la censura jurídica se denuncia por la recurrente infracción del art. 50 E.T pues se viene a considerar que los retrasos en el pago del salario tenidos en cuenta en la instancia para operar como causa de resolución del contrato de trabajo a instancias del trabajador con derecho de éste a percibir la indemnización prevista en el art. 56 de dicho texto legal no revisten la gravedad suficiente como para poder operar como tal causa resolutoria.

2. Para resolver el motivo se ha de partir de que el art. 50 b) E.T contempla como causa de extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador, la falta de pago o el retraso en el pago de salario y al analizar esta causa la doctrina de la Sala IV del TS señala, como se ocupa de recordar la STS 10-6-2009 -rcud 2461/2008 -, que "el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24/03/92 -rcud 413/91 -; 29/12/94 -rcud 1169/94; 13/07/98 -rcud 4808/97 EDJ1998/8007; 28/09/98 -rcud 930/98 EDJ1998/25337 -; 25/01/99 -rcud 4275/97 EDJ1999/354 -; y 22/12/08 -rcud 294/08 EDJ2008/291529).En este línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado", es necesaria - exclusivamente- la concurrencia del requisito de "gravedad" en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal "gravedad" debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ETart.4.2 EDL 1995/13475 art.29.1 EDL 1995/13475, 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 (así, SSTS 25/01/99 -rcud 4275/97-; y 26/06/08 -rcud 2196/07 EDJ2008/166842 -, en obiter dicta)". Y expuesto lo anterior, y teniendo en cuenta que en el relato de hechos de la sentencia recurrida se hace constar que los retrasos en el pago del salario en el caso que hoy ocupa se han producido de forma consecutiva a lo largo de 15 meses, resultando como se señala en la fundamentación de la propia

resolución que el retraso medio en dicho periodo es ha sido de 26,7 días oscilando entre los seis y los cuarenta días, se ha de señalar que por su prolongación en el tiempo y por las potenciales consecuencias negativas que en la economía particular del trabajador han podido ocasionar dichos impagos, hemos de estimar que con arreglo a la doctrina indicada ha de estimarse la concurrencia de la causa de extinción contractual apreciada en la instancia lo que ha de llevar al decaimiento del motivo.

TERCERO.- 1. Todo lo razonado anteriormente debe llevar a la desestimación del recurso interpuesto confirmando la resolución recurrida.

2. Igualmente y con arreglo a lo señalado en el art. 202. apartados 1 y 4 de la LPL debe decretarse la pérdida del depósito constituido así como la de las cantidades consignadas para recurrir.

3. Procede condenar al recurrente al pago de las costas procesales con arreglo al art. 233.1 LPL, fijándose al efecto en 300 euros los honorarios del Letrado impugnante.

FALLO

Con DESESTIMACIÓN del recurso de suplicación interpuesto por M.P.O. S.L contra LA SENTENCIA dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de los de CASTELLÓN en sus autos 4/ 2.011 el día 19 de abril de 2.011 confirmamos LA MISMA en sus propios términos.

Se decreta la pérdida del depósito constituido y la de las cantidades consignadas para recurrir.

Se condena en costas al recurrente fijando al efecto en 300 euros los honorarios del letrado impugnante.

Sentencia núm. 2.545, de 15 de septiembre de 2011

Materia: Trabajador que presta sus servicios para empresa demandada con la categoría profesional de camarero. El actor es miembro del comité de empresa. La empresa impone una sanción de empleo y sueldo al haber efectuado dos ventas por importe de 10€ sin que haya emitido recibo ni haya registrado la misma. La empresa alega falta muy grave, trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo. Impugnación sanción.

Juzgado: Estima la demanda revocando la sanción de suspensión de empleo y sueldo impuesta al demandante.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La indefensión que alega la parte recurrente podría ser alegada también por la parte demandante en la instancia, habida cuenta de la parquedad del acervo probatorio que se aportó al juicio para justificar la imposición de la sanción de suspensión de empleo y sueldo de sesenta días.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, recaída en materia de sanción, y que dejó sin efecto la misma, se formula recurso por la empresa demandada, ceñido en exclusiva al artículo 191 “a” de la LPL, pues como quiera que se trata de sanción por falta muy grave, solo en el caso de que esta hubiera sido confirmada judicialmente se hubiera permitido el recurso sobre el fondo, ya que el artículo 115.3 de la LPL veda esta posibilidad a la empresa cuando la sanción se deja sin efecto o se degrada.

Bajo el amparo aludido se objeta a la sentencia la infracción del artículo 376 de la LEC, en relación con el artículo 24.1 de la CE, censurándose la valoración, que se tilda de arbitraria, de la prueba testifical practicada en el acto de juicio, que es de la que se sirvió dicha parte para intentar la acreditación de los hechos imputados en la carta de sanción.

Pero el motivo debe decaer. En efecto, y como bien reconoce el recurrente, la valoración de la prueba es facultad soberana del juez de la instancia, y solo cabe la posibilidad de que a través de las pruebas documentales y periciales practicadas en el plenario se modifique el relato fáctico en tanto se que demuestre de manera inequívoca el error o equivocación. En el caso que nos ocupa, y por lo dicho al principio, ciertamente solo se podría entrar a considerar lo pretendido en tanto existiera una constancia clara de que la valoración, en este caso de la prueba de testigos, es arbitraria y absurda. Pero de la lectura de la sentencia, antes al contrario, no se desprende esta consecuencia. Solamente ocurre que el resultado de la prueba es adverso a los intereses de dicha parte, y esto ninguna relación guarda con la vulneración de la tutela judicial

efectiva alegada. Que se revoque la sanción impuesta por la empresa bajo el argumento de considerar que la prueba aportada por la empresa, esto es, la declaración de un testigo, trabajador de una agencia de control, y el parte manuscrito redactado al parecer por esta persona, no es suficiente para acreditar la gravedad de las imputaciones, sobre ser facultad del juez a quo, no parece tampoco una solución descabellada desde la perspectiva de lo que supone la valoración de la prueba, máxime imputándose solo que no se constató la consumición realizada por esta persona en un ticket de caja, pues no se constató descuadre en aquella, al no constar se comprobara el dinero existente.

En definitiva, como se indica en la impugnación del recurso, la indefensión que pregonaba para sí el recurrente, bien pudiera ser alegada también por el actor, dada la parquedad del acervo probatorio que se aportó al juicio para justificar la imposición de la sanción de suspensión de empleo y sueldo de sesenta días.

Consecuentemente, se desestimará el recurso y se confirmará la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de A. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada a instancias de D. V.G.F., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y se condena al recurrente al abono de los honorarios del letrado de la parte impugnante, en la cuantía de 150 euros

Sentencia núm. 2.556, de 20 de septiembre de 2011

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de empresa del sector almacenista de alimentación. Reconocimiento por parte de la empresa que las relaciones laborales en uno de sus centros de trabajo se regulen por el convenio colectivo provincial de ese sector.

Juzgado: Estima la demanda declarando que las relaciones laborales en el centro de trabajo de la empresa demandada se deben regular por el convenio colectivo provincial. De almacenistas de alimentación

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación la empresa demandada “C.T. SL”, la sentencia que ha estimado la demanda de conflicto colectivo señalando que las relaciones laborales en el centro de trabajo que la empresa tiene en R. deben regirse por el Convenio Colectivo provincial de Valencia de Almacenistas de Alimentación.

El recurso, se impugna de contrario y contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se denuncia la infracción del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, y del art.1 del Convenio Colectivo provincial de Valencia de Almacenistas de Alimentación. Alega en resumen que la empresa no almacena el producto que ella misma produce y no distribuye ni al por mayor ni al por menor ya que su único cliente, M., la recoge en la empresa, y que las normas del convenio son de difícil aplicación en la empresa, y en concreto las que regulan las vacaciones y las categoría profesionales.

El recurso no puede prosperar. Tal y como expresa la sentencia en sus hechos probados la actividad de la empresa en el centro de R., donde no se cultiva comprende los siguientes procesos. “recepción de la materia prima; control de calidad; volcado; 1^a tría y destrío; calibrado; transporte interno; volcado, corte tallo; 2^a tría y destrío; pesado y envasado, encajado y palatizad, control de calidad post empaquetado; almacenamiento previo expedición, y expedición del producto acabado . El transporte del producto corre por cuenta del cliente. Por su parte, el art. 1 del Convenio Colectivo del que se ha hecho mérito dispone: “El presente convenio afecta a todas las empresas que tengan centros de trabajo en Valencia y Provincia, dedicadas a la actividad de Almacenistas y comercio mayorista de alimentación”.

La STS de 20 de enero de 2009 (rcud.3737/2007), subraya que *“lo determinante dentro de la múltiple realidad del objeto social escriturado- para determinar el Convenio estatal o provincial aplicable, será la actividad real preponderante, a cuyo*

efecto habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa”.

En consecuencia siendo que la empresa, en su centro de trabajo de R., tiene como actividad principal la de almacén y comercio mayorista de productos destinados a la alimentación no puede sino confirmarse la decisión adoptada por la Magistrada de Instancia que estimado de aplicación el Convenio Colectivo provincial del que tantas veces se ha hecho mérito, teniendo en cuenta además que debe prevalecer su interpretación al haber percibido de manera inmediata la voluntad de las partes, con interpretación que no es irracional, ni ilógica ni infringe las normas por las que se regulan la interpretación de los contratos.

En consecuencia la Sala comparte todos los argumentos de la razonada sentencia recurrida que procede confirmar desestimando el recurso.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de C.T. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de valencia de fecha 28 de marzo de 2011; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.561, de 20 de septiembre de 2011

Materia: Prestación por desempleo. Solicitud de prestación contributiva en su modalidad de pago único para creación de una asesoría. Creación de una sociedad mercantil siendo el marco jurídico del actor el de trabajador autónomo.

Juzgado: Desestima la demanda y confirma la resolución impugnada. No procede el pago único de la prestación. Incumplimiento de requisitos legales.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La sociedad que pretende crear el demandante no guarda ninguna de las fórmulas establecidas en la ley para optar al cobro de la prestación en su modalidad de pago único.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de J.L.B.A. la sentencia dictada el día 21 de enero de 2.011 que desestimó la demanda por él interpuesta frente al SPEE en la que pretendía se declarase su derecho a la percepción del pago único de la prestación por desempleo. No consta impugnación por parte de la entidad gestora demandada.

2. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión de los hechos declarados probados pretendiendo que, con sustento en la documental obrante a los folios 38, 47 y 67 de las actuaciones, el tercero de los hechos declarados probados quede configurado con arreglo al siguiente tenor:

“Que por el Servicio Público de Empleo Estatal en fecha 25 de septiembre de 2009 se dictó resolución por la que se denegaba la modalidad de pago interesada por considerar en síntesis que la actividad a realizar se pretende desarrollar en un marco societario de carácter mercantil.

Con anterioridad a dicha resolución el actor se dio efectivamente de alta como autónomo, concretamente el día 1 de septiembre de 2.009, lo que procedió a comunicar al SERVEEF el propio día de la resolución pero en todo caso siempre antes del conocimiento por ésta por el actor pues su notificación fue en fecha 29-9-09.”.

Y la modificación se rechaza, por cuanto si bien es cierto que de la documental señalada se deduce el alta como autónomo del actor, en modo alguno ha de inferirse con claridad que la notificación de la resolución administrativa lo fuera en fecha 29-9-09, circunstancia esta que desprende el recurrente de sus propias alegaciones en la reclamación previa.

SEGUNDO.- 1. Para el examen del segundo de los motivos que se destina a la censura jurídica, se ha de partir de que la sentencia de instancia desestimó la pretensión ejercitada por el actor en la que pretendía se le reconociese el derecho a percibir la prestación de desempleo contributivo a través de la modalidad de pago único, por considerar que no procede tal pago único cuando lo que se pretende es el desarrollo de una actividad profesional a través de una sociedad de carácter mercantil, como es una Sociedad de Responsabilidad Limitada, tal y como indicó el en su solicitud, y para ello partió de las siguientes datos, obrantes todos ellos en el inalterado relato histórico de la resolución recurrida: a) el actor tiene reconocida una prestación contributiva de desempleo de 720 días de duración (de 1-8-2.009 a 31-7-2.011) a consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo con la empresa C. S.A; b) el 17-8-2.009 el actor solicitó al SPEE el pago único de dicha prestación señalando su intención de crear una asesoría mediante la constitución de una S.L para dar servicio a todas aquellas empresas que necesiten de un asesor para resolver sus problemas con las diferentes Cías de seguro para la venta de sus productos de crédito y caución en calidad de colaborador, añadiendo que el marco jurídico sería el de trabajador autónomo en el marco de una sociedad mercantil y que el comienzo de la actividad sería cuando estuviese constituida la S.L; c) dicha solicitud fue rechazada por resolución de la entidad gestora demandada de fecha 15-9-2.009 por considerar que la actividad a desarrollar lo es en un marco societario de carácter mercantil. Partiendo de estos datos, el recurrente, discrepando de la solución propiciada en la instancia que considera, infringe lo dispuesto en el art. 1 del RD 1044/1.985 por cuanto que señala que el actor se dio de alta como autónomo para desarrollar la actividad señalada, a diferencia de lo indicado en la solicitud de pago único, argumentando que lo importante es no ya lo que se dijese en la solicitud que se pretendía hacer, sino lo que efectivamente se hace.

2. El motivo se rechazará, toda vez que para acceder al pago único y tal y como se prescribe en el art. 3 del RD 1044/1.985 de 19 de junio, debe acompañarse la documentación acreditativa del proyecto de inversión a realizar y de la actividad a desarrollar, siendo sobre la base de la misma sobre la que debe resolver la entidad gestora de la prestación por desempleo, lo que hace que para determinar la procedencia o no de la reclamación deba estarse a la alegado y justificado con la solicitud, y en nuestro caso, al respecto debemos compartir la denegación de dicho pago único, efectuada por el SPEE y ratificada en la instancia y por las razones allí esgrimidas, haciendo nuestra la doctrina que vienen manteniendo diversas Salas de lo Social a la hora de interpretar las normas del RD 1044/1.985, tras la entrada en vigor de la Ley 45/2.002, cuya D.T 4ª se ocupa de dar una nueva regulación al pago único de la prestación por desempleo, y en este sentido debemos hacer nuestro lo sostenido por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia que en S. de 24-4-2.009 (rec 1757/2.006), al interpretar el apartado 1, regla 1º de la meritada Disposición transitoria (“Primero En aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 228 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio se mantendrá lo previsto en el Real Decreto 1044/1985, de 19 de junio, por el que se establece el abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, incluidas las modificaciones incorporadas por normas posteriores, en lo que no oponga a las reglas siguientes:1ª La entidad gestora podrá abonar el valor actual del importe de la prestación por desempleo de nivel contributivo a los beneficiarios de prestaciones cuando pretendan incorporarse, de forma estable, como socios trabajadores o de trabajo en cooperativas o en sociedades laborales, siempre que no hayan mantenido un vínculo contractual previo con dichas sociedades superior a los 12 meses, o

constituirlas, o cuando dichos beneficiarios pretendan constituirse como trabajadores autónomos y se trate de personas con minusvalía igual o superior al 33 por 100.”) cuando razona que “ la Disposición Transitoria Cuarta de la referida Ley 45/2002, estableció un programa de fomento de empleo en economía social y empleo autónomo, en el que vino a concretar los supuestos que daban lugar a ese derecho de abono de la prestación de desempleo en la modalidad de pago único, introduciendo determinadas modificaciones respecto de la regulación general de la referida modalidad, contenida en el R. Decreto 1044/1985. En la mencionada Disposición Transitoria Cuarta se exigen, entre otros requisitos, que el beneficiario de la prestación pretenda incorporarse, de forma estable, como socio trabajador o de trabajo en una cooperativa o en una sociedad laboral, o bien constituirlas, o constituirse como trabajador autónomo. Por lo tanto, ya se observa de una interpretación sistemática de la normativa reguladora, que no basta cualquier constitución societaria, sino que la sociedad que se constituya ha de ser alguna de las fórmulas propias de la economía social mencionadas en la ley, esto es, ha de tratarse bien sea una cooperativa, bien una sociedad laboral, o de una actividad como trabajador autónomo. “Y resultando en nuestro caso que en la solicitud se hacía constar que la actividad a desarrollar lo sería en el marco de una sociedad de responsabilidad limitada, resulta ajustada a derecho la desestimación de la demanda.

TERCERO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino desestimar el recurso interpuesto. Sin costas, por aplicación de lo dispuesto en el art. 233.1 LPL en relación con el art. 2 d) de la Ley de asistencia jurídica gratuita.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por J.L.B.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de VALENCIA en sus autos núm. 97/10 en fecha 21-1-2.011 CONFIRMAMOS EN SUS PROPIOS TÉRMINOS LA RESOLUCIÓN RECURRIDA. Sin costas.

Sentencia núm. 2585, de 20 de septiembre de 2011

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores de empresa de transporte inscritos en los “Equipos de Guardia”. Disminución del número de operarios. Obligatoriedad de cubrir las vacantes según convenio colectivo. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando no ajustada a derecho, por vulneración del art. 35 del convenio colectivo de empresa, la decisión y práctica empresarial de mantener los equipos de guardia del área técnica con un descubierto en su plantilla de dos trabajadores.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa debe cubrir las vacantes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de la instancia, que ha estimado en su integridad la demanda, recurre la defensa de la entidad EMT, que plantea dos motivos de recurso amparados en los apartados c) y b) del artículo 191 de la LPL, en ese orden, que ésta Sala va a alterar por considerar que el análisis en primer lugar de la revisión de hechos hace más coherente legalmente el análisis de los motivos expuestos.

En cuanto a la revisión de hechos, se pretende la modificación de los hechos probados quinto, sexto, y séptimo, de la manera que se expone:

1.- Para añadir en el hecho quinto, la fecha en que la empresa fue notificada de la declaración en IPAB del trabajador F.R.V., que lo fue el 8 de enero del 2010, en base al doc. N°28, lo que entiende relevante porque es en diciembre cuando la empresa confecciona el cuadro de composición de los Equipos de Guardia, de los que no fue excluido el trabajador hasta diciembre del año siguiente.

2.- Para añadir al hecho sexto, tras la mención de haber superado el trabajador J.R.B.A. el concurso-oposición que lo declaró apto para el puesto de jefe de equipo de la Guardia, lo que sigue: “El referido proceso de concurso-oposición se inició el 8 de febrero del 2010, mediante la publicación de la convocatoria mediante Aviso n° 3 de Recursos Humanos, formalizando el Sr B. el día 10 de febrero de 2010 su solicitud para presentarse a plaza de jefe de la Guardia en dicho procedimiento de Concurso-oposición. El 29 de abril de 2010 el Sr B. fue declarado Apto y pasó a ocupar el puesto de Jefe de la Guardia con efectos económicos el 1 de mayo de 2010”, docs, 29 a 34. Se alega la misma relevancia que en el hecho anterior, es decir, que la previa inclusión del trabajador en los cuadros citados impidió su exclusión hasta el diciembre siguiente.

3.- Por último, se solicita una nueva redacción del hecho probado séptimo, con el siguiente tenor alternativo: “ De los cinco operarios que integran cada uno de los dos Equipos de Guardia, un fin de semana 3 operarios trabajan y 2 descansan, y el fin de

semana siguiente se hace al revés, 2 operarios trabajan y 3 descansan. Únicamente para los fines de semana en que trabajan solo 2 integrantes de cada equipo de Guardia pasan a trabajar en cada uno de ellos un miembro de los Equipos de Sustituciones, esto es uno en el Equipo de Guardia de mañana del sábado y del domingo, y otro en el Equipo de Guardia de tarde del sábado y domingo. El cometido del Equipo de Sustituciones es sustituir cualquier tipo de ausencia, incluidas las temporales por incapacidad temporal y vacaciones con carácter prioritario sobre el procedimiento del artículo 35. En estos supuestos de ausencias temporales en los Equipos de Guardia por incapacidad temporal y por vacaciones, éste artículo 35 dispone que de no haber disponibilidad en los equipos de Guardia, deberán cubrirse mediante voluntarios, y en defecto de los mismos, por designación por turno rotativo entre los oficiales de 1º y de 2º con antigüedad en la categoría posterior al 23 de mayo de 1990”, en base a docs. 26 a 28 consistentes en los cuadros de composición citados.

Ninguna de las anteriores revisiones es relevante para el presente recurso, pues la sentencia de instancia ya parte de que las sustituciones de F.R. eran lícitas por hallarse en situación de IT y hasta que la empresa tuvo conocimiento de la declaración de Incapacidad permanente Absoluta del mismo, y en cuanto al Sr B., señala que la empresa supo de propia mano su nombramiento y designación para otro puesto. El hecho de que los cuadros de composición de los equipos de Guardia se realicen con carácter inmediatamente previo a la anualidad en que han de aplicarse, no impide, o al menos no se demuestra la imposibilidad, de efectuar cambios en dichos cuadros, cuando determinadas plazas quedan vacantes de forma definitiva, como es el caso, pues los procesos de concurso-oposición no tienen necesariamente que resolverse en fecha anterior a la confección de dichos cuadros, como se evidencia del nombramiento y toma de posesión en la plaza de jefe del Sr B..

En cuanto a la manera en que narra el hecho siete los trabajos del fin de semana y el número de operarios que trabajan y descansan, es evidente la contradicción entre la documental citada por la EMT y el resultado de la valoración de la prueba en la instancia, que expresamente se señala que procede, en el caso del hecho siete, de la prueba testifical practicada tanto por la parte actora como la demandada. Tal mención expresa de las manifestaciones de testigos, que no han sido tachadas por la empresa, y la falta de alegaciones contra las declaraciones que han expresado que cada fin de semana existen al menos dos operarios que sustituyen, frente a lo afirmado por la empresa, que señala que ello solo se produce en fines de semana alternos, impide a ésta Sala modificar lo narrado, máxime cuando en el último inciso de la alternativa propuesta se pretende una interpretación del controvertido art 35 del Convenio, que no cabe en el relato fáctico.

Por tanto, no procede acceder a ninguna de las revisiones solicitadas.

SEGUNDO.- Entrando en el motivo amparado en el apartado c) del ya mencionado precepto procesal, se estructura en dos apartados: A) Se alega la infracción del art 35 del Convenio Colectivo regulador de la “Asistencia al Servicio en área Técnica”, y B) Igualmente, se señala cometida la infracción de los arts 20 y 5c) del Estatuto de los Trabajadores, el 38 de la C.E. y el 54 del Convenio aplicable de 1972 en relación con la cláusula Final Tercera del Convenio 2008-2011, en relación con la libertad de empresa que otorga a ésta la de determinar tanto la plantilla como su composición. Señala en definitiva la parte recurrente que si al negociar el Convenio en 2008 se hubiera querido cuantificar el número de trabajadores que integran los Equipos

de Guardia, se hubiera podido hacer, igual que se hizo para los equipos de Sustituciones de los de Guardia.

Dice el art 35 del Convenio aplicable desde 2008-2012, bajo el epígrafe referido a la “Asistencia al servicio en área técnica” lo que sigue: “Equipo Sustitución de la Guardia. El número de oficiales de mantenimiento del Equipo de Sustituciones de la Guardia pasa a ser de seis operarios, sin incremento de plantilla. Ausencia en los Equipos de Guardia. La empresa se compromete a tener cubierta la plantilla de los llamados “Equipos de Guardia. Ello no obstante, cuando por circunstancias derivadas de ausencias temporales de sus titulares (Incapacidad temporal y vacaciones), se produzcan vacantes en dichos equipos, la Empresa requerirá voluntarios/as para efectuar las suplencias, y en el caso de que no existieran, la empresa nombrará a quien debe efectuar las suplencias de forma rotativa entre todos los oficiales de 1ª y 2ª cuya antigüedad en la categoría sea posterior al 23 de mayo de 1990, con un máximo por operario/a de 10 días de trabajo al año”.

Interpreta la sentencia de instancia que si el número de integrantes de los Equipos de Guardia es de 6 operarios desde el año 2002, y en el 2008, no se cuantifican, aunque sí se hace con los miembros de los Equipos de Sustituciones, pero se señala el compromiso de la empresa de tener cubierta la plantilla existente, la conclusión debe ser que dicha plantilla es la previamente establecida, es decir, de 6 operarios en cada Equipo. Por ello, se concluye que la forma de cubrir las ausencias producidas tras la baja definitiva en la empresa de uno de dichos trabajadores y el cambio de puesto de trabajo de otro de ellos, en diciembre del 2009 notificado al mes siguiente a la empresa, y mayo del 2010, respectivamente, no debe ser la mencionada para las sustituciones temporales a que se refiere el citado art 35, que menciona vacaciones y situaciones de IT, sino la cobertura de tales vacantes.

La interpretación efectuada en la instancia, sobre el ámbito de aplicación del art 35 del Convenio debe considerarse la acertada. El compromiso asumido por la empresa de tener cubierta la plantilla se discute por ésta, por un lado, alegando que se ha producido la amortización de dichas plazas debido a la disminución del número de las reparaciones, pero ello no ha sido acreditado, resultando por el contrario constante la necesidad de remitir dos trabajadores del equipo de Sustituciones al Equipo de Guardia cada fin de semana, pues la variación en el número de reparaciones resulta mínima, pero además, y respecto a la alegación de que el texto convencional no puede limitar las facultades empresariales en orden a establecer el número de trabajadores que conformen la plantilla, es obvio que ello depende de los compromisos que haya asumido la empresa al negociar el texto convencional aplicable, que en el presente supuesto es el Convenio 2008-2012. En éste, se señala de forma inequívoca el compromiso de la empresa de mantener la plantilla de los Equipos de Guardia, y este compromiso no ha sido cumplido, pues el hecho constatado de estar desde hace más de un año cubriendo las dos vacantes producidas con la marcha de los Sres B. y R. con miembros del Equipo de Sustituciones infringe el pacto convencional, pues el art 35 solo prevé tales sustituciones para los casos allí señalados (o en su caso de análoga consideración), pero no para la cobertura de vacantes, que tiene su propio procedimiento.

Respecto a la limitación que tal texto pueda suponer al principio de libertad de empresa, aunque es cierto que el art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores, que permite que los convenios regulen materias de índole económica, laboral y sindical, lo

hace “dentro del respeto a las leyes”, no consta de que manera se produce una limitación que ha sido el resultado de una negociación global. No hay que olvidar que los convenios son pactos bilaterales que tienen una naturaleza dual, normativa y contractual y, en consecuencia, sus cláusulas deben ser interpretadas con pleno respeto al principio de autonomía colectiva, siguiendo las reglas de interpretación de las leyes y de los contratos (STS 1 de junio de 1.992). Entre esas reglas encontramos, por un lado, el artículo 3.1 del CC, que obliga a interpretar las normas según el sentido propio de sus palabras y, por otro, el artículo 1.281 del mismo cuerpo legal, de acuerdo con el cual, si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Sólo cuando las palabras sean contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. En consecuencia, cuando no hay ambigüedad en las palabras, no debe admitirse la cuestión de interpretar la voluntad. Y en el texto analizado, aunque no se refleja cual deba ser el número de miembros de los equipos de Guardia, está clara la obligación de mantener el número preexistente a la negociación, que era de seis, por lo que cualquier cambio debe tener una justificación legal, lo que aquí no acontece.

No es necesario, pues, acudir a otros criterios interpretativos subsidiarios al de literalidad, como el de la intención de los contratantes (artículo 1.282 del CC). Pero, incluso, si acudimos a esta última regla hermenéutica, prevista con carácter subsidiario para la interpretación de cláusulas oscuras, el intérprete debe juzgar la intención de todos los contratantes, y no solo la de uno de ellos, valiéndose para tal tarea de los actos de éstos coetáneos y posteriores al contrato. Y en el asunto analizado, la empresa mantuvo la plantilla preexistente hasta el momento en que dos de sus miembros cesaron en sus puestos de trabajo por razones particulares derivadas, en un caso, de una declaración de Incapacidad permanente Absoluta, y en otro, del resultado de un concurso-oposición por el que se ocupó una plaza de jefe de equipo. Por ello, no constan razones objetivas que justifiquen la amortización de tales plazas, sino una actitud de omisión en la cobertura de tales puestos de plantilla, a la que la empresa se obligó por vía convencional, al manifestar que mantendría la preexistente, lo que ha efectuado en aplicación de un mecanismo inadecuado.

Por último procede señalar que existe una nutrida doctrina jurisprudencial en cuya virtud en materia de interpretación de las cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, donde se combinan las reglas de interpretación de los contratos y las normas, debe “atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes”, cuyo criterio más objetivo debe prevalecer sobre el de la parte recurrente salvo que la interpretación del juzgador de instancia no sea “racional o lógica” (por todas, recientemente, STS de 30 de abril de 2004, RJ. 5412, y sentencias anteriores allí citadas). Recuerdo que es aplicable, dado que en la instancia se han tenido en cuenta y valorado pruebas que no son apreciables directamente por ésta sala, como las de testigos, que han tenido una importante valoración en el resultado del juicio realizado en la instancia.

En definitiva, procede el rechazo del recurso y la íntegra confirmación de la sentencia de la instancia.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir. Procede imponer las costas a la parte vencida en el recurso (art. 233.1 LPL)

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de “E.M.T. DE X. SAU”, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.DIECISIETE de los de VALENCIA, de fecha 18 de Abril del 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de D. V.M.G. y D. J.C.V., en su condición de Secretarios Generales de las Secciones Sindicales de X y XX; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como 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, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 350 euros.

Sentencia núm. 2.594, de 20 de septiembre de 2011

Materia: Reclamación de cantidad: Subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencia común. Competencia funcional.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda obligando a la empresa a abonar a la actora determinada cantidad con obligación de que la mutua codemandada anticipe el pago de la prestación, sin perjuicio de qué ésta actúe posteriormente contra la empresa y subsidiariamente contra el INSS.

Sala: Se declara de oficio la incompetencia funcional para conocer del recurso formulado. La sentencia, por razón de la cuantía, no es susceptible de ser combatida en suplicación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria parcial de la demanda planteada por la actora contra la empresa C.L. SL, La Unión de Mutuas, el INSS y la TGSS, formula el INSS recurso de suplicación al amparo del apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, recurso en cuyo concreto motivo no podemos entrar dado que la sentencia recaída no es susceptible de ser combatida en suplicación. En efecto, el fallo de la sentencia de instancia condena a que se le abone a la actora el subsidio de incapacidad temporal por el periodo comprendido entre el 1-12-2008 al 9-1-2009 y que, según liquidación efectuada por la Mutua y verificada y asumida por el juzgador de instancia asciende a 888,03 euros. Esta suma no excede de 1803 euros, umbral exigido por el art. 189 de la L.P.L. para tener acceso al recurso de suplicación. Por ello y pese a lo alegado por el INSS al comienzo de su recurso, dado que en el litigio planteado hay que estar a la cuantía del importe solicitado, pues ha quedado perfectamente liquidado, y teniendo en cuenta que no versa el litigio entablado sobre el reconocimiento o denegación de un derecho propiamente, puesto que el derecho a la prestación ya le había sido reconocido a la demandante, abonándosele hasta el 1 de diciembre de 2008 (hecho probado 2º), además que de conformidad con la doctrina de la Sala 4ª del Tribunal Supremo la incapacidad temporal es de reconocimiento automático, la sentencia de instancia no es recurrible en suplicación. El litigio trata sobre una reclamación de cantidad, siendo también constante la jurisprudencia que indica que no basta que se debata como presupuesto la declaración de un derecho dado que toda petición de condena conlleva la declaración de procedencia de ese derecho, deviniendo fundamental la cuantía, (T.S. 20-9-99, 21-9-99 y 4-2-2000 y 24-5-2002, entre otras; y T.S.J. Comunidad Valenciana de 22-10-96).

Sobre la base de todo ello ha de resolverse que el recurso no debió admitirse, por lo que la sentencia devino firme, lo que conlleva la nulidad de todas las actuaciones practicadas desde la publicación de la referida resolución judicial según señalan las sentencias del T.S. de fecha 7-2-2000 y 20-3-2000.

FALLO

Se declara de oficio la incompetencia funcional de la Sala para conocer del recurso formulado, por lo que se declara asimismo la firmeza de la sentencia nº 417-10 de fecha 18-10-2010 del Juzgado de lo Social nº 4 de Castellón y nulas las actuaciones posteriores a su publicación. Sin costas.

Sentencia núm. 2.604, de 20 de septiembre de 2011

Materia: Reclamación de cantidad. Futbolista profesional al servicio de entidad deportiva. Cesión de derechos contractuales. Fichaje por otra sociedad deportiva.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa demandada al abono de determinada cantidad en concepto de salarios devengados por dos meses, absolviendo a la demandada del resto de los pedimentos formulados de contrario.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate estimó parcialmente la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la representación letrada del demandante J.E.S.D., proponiendo al efecto DOCE motivos de impugnación. Los mismos vienen referidos el primero de los articulados a la nulidad de la sentencia, los numerados como cuarto a octavo (dado que el segundo por evidente error numérico de la parte resulta inexistente y el tercero no contiene más que el anuncio de la modificación luego interesada) van dirigidos a la revisión de hechos probados y los motivos noveno a duodécimo se encaminan a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico vertidas frente a la resolución impugnada, siendo el recurso impugnado de contrario.

Al amparo de lo previsto en el art. 191 a) de la Ley de procedimiento laboral solicita la parte recurrente la nulidad de actuaciones por infracción del art.97.2 de la LPL en relación con los arts. 218.2, 326.1 y 2, 348 y 376 de la LEC y ello en relación con el art. 24.1 de la Constitución española. Se acusa a la sentencia de incurrir en un vicio de incongruencia interna al valorar la prueba de forma arbitraria y con un alegado voluntarismo selectivo así como por no haberse razonado jurídicamente las conclusiones sobre los hechos con trascendencia fáctica y no haberse aplicado las preceptivas reglas de la sana crítica sobre la valoración de la prueba, debiendo en consecuencia reponerse las actuaciones al haberse ocasionado manifiesta indefensión al recurrente. Tras unas extensas alegaciones se reprocha a la Magistrada de instancia haber alcanzado la conclusión sobre un pacto verbal del derecho económico reclamado en relación al porcentaje por traspaso del futbolista demandante en base a prueba testifical del Sr. C. y de la Sra. K. en contra de los demás testimonios vertidos y de las demás pruebas aportadas extrayendo el recurrente sus propias conclusiones que culminan con entender que existen razones para deducir como existente una arbitrariedad e ilógica decisión en la sentencia al haberse utilizado argumentos que no tenían relación directa con la renuncia alegada, elaborándose una resolución sin evidencias directas y tergiversándose en definitiva la versión de lo acontecido que entiende debió ser favorable a la versión planteada por la parte demandante.

Como el Tribunal Constitucional viene indicando (véase por todas su sentencia de 24 de julio de 2006 que cita muchas otras), “...la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de 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, FJ 3 ; y 214/2000, de 18 de septiembre,). También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2 ; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6 31). Ello 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, FJ 2 ; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), 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). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6). En suma, el art. 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2 ; y 10/2000 de 31 de enero, FJ 2) “la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas” (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4 ; 186/2002, de 14 de octubre, FJ 5 ; 224/2003, de 15 de diciembre, FJ 4 ; y 29/2005, de 14 de febrero).

En el caso que examinamos el recurrente lo que en definitiva reprocha a la Magistrada de instancia es haber practicado una valoración arbitraria respecto a las declaraciones testificales que luego le sirvieron de sustento para la adopción de sus razonamientos y fallo, pues debió, según su criterio, haber atendido a las versiones dadas por los testigos propuestos por la propia parte actora. Pues bien, como bien sabe y conoce el letrado del recurrente la valoración de la prueba en el proceso laboral constituye una facultad privativa del Juzgador de instancia y el error patente en su

apreciación requiere de estrictos condicionamientos que a juicio de la Sala no concurren en el supuesto que nos ocupa dado que la Magistrada, razona, analiza y fundamenta el porque otorga una mayor credibilidad a las exposiciones vertidas por unos u otros de los testigos propuestos, tal y como se concreta y determina en el primer razonamiento jurídico lo que aleja toda duda o sospecha en cuanto a la arbitrariedad denunciada. La apreciación de las declaraciones testificales practicadas en el acto de juicio oral pueden ser valoradas discrecionalmente por la juzgadora “a quo” siempre que se sujete a las reglas de la sana crítica (art.376 de la LEC), como aquí ha sucedido, lo que excluye por supuesto una actuación arbitraria o inmotivada. En definitiva, la valoración de adecuación, significado, veracidad, convencimiento y consideración que provocan las manifestaciones de los testigos debe corresponder al órgano jurisdiccional, siendo una clara facultad discrecional, por lo que no existiría vulneración alguna en el hecho de que la Magistrada de instancia otorgara mayor o única credibilidad a la declaración de un testigo que a la de otro. Además en el marco laboral en el que nos encontramos el órgano judicial tiene un amplio margen de actuación en la práctica probatoria pudiendo realizar cuantas preguntas estime pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, según contempla el art.87.3 de la LPL, por lo que su actuación está lejos de un rigorismo formal sobre la concreta participación en el listado de los testigos propuestos, y sin más ajuste que el respeto a las posiciones jurídicas de las partes puede y debe solicitar cuantas aclaraciones aisladas o compartidas mediante un modo cruzado de versiones le resulten de interés efectuar en relación a los testigos que declararon en el oportuno acto de juicio lo que sin duda prioriza y refuerza el valor alcanzado respecto a las múltiples declaraciones vertidas por aquellos y las conclusiones jurisdiccionales alcanzadas careciéndose del valor de prueba hábil a efectos revisorios dentro del recurso de suplicación. Razones que nos abocan a la desestimación del primer motivo de recurso por no apreciarse vulneración a los preceptos denunciados sino por el contrario recto acomodo a sus disposiciones.

SEGUNDO.- Los motivos siguientes contenidos en el escrito de recurso van encaminados a la introducción de cinco hechos probados que numera el recurrente como decimonoveno a vigésimo tercero, situándolos a continuación del hecho probado decimoctavo que contiene la sentencia. Se postula en base a lo instituido en el art.191 b) de la Ley de procedimiento laboral la adición de los siguientes hechos probados:

“DECIMONOVENO (19).-“ El agente del actor en la fecha de la cesión definitiva y que negoció los términos y condiciones de la salida de X. CF SAD y los propios del contrato de trabajo suscrito con N.U. fue el hermano del mismo, D. S.S.”. “VIGESIMO: EL X. CF SAD y el actor no pactaron nada expresamente al respecto sobre la extinción del contrato y derechos por la cesión definitiva del actor al club N.U.”; “VIGESIMO PRIMERO: EL X. CF SAD concluyó contrato laboral con el actor Sr. C., para comenzar su prestación de servicios en la temporada 2007/08, sin que su contratación supusiera el pago de ninguna cantidad por cesión definitiva. VIGESIMO SEGUNDO: EL X. CF SAD cedió de manera definitiva al actor Sr. F. en la temporada 2007/08 al Atlético de Madrid, siendo el precio de la cesión definitiva de diecisiete millones de euros fijos más una retribución variable de seis millones de euros.”. “VIGESIMO TERCERO: EL X. CFSAD tuvo una oferta de cesión definitiva del R.M. por el Actor Sr. C.. Dicha oferta no fue aceptada por el X.. El actor amplió la extensión de su contrato con el X. y mejoró las condiciones económicas el mismo”.

Ninguna de las adiciones postuladas tendrá favorable acogida dado que las dos primeras se apoyan en datos contenidos en la propia fundamentación jurídica de la sentencia, es decir, en afirmaciones judiciales, como señala la parte recurrente, lo que permite dar a tales hechos o datos el indicado tratamiento procesal de hechos probados pese a una posible ubicación inadecuada. Los tres restantes van referidos a las condiciones pactadas con otros jugadores – Sres. C., F. o C.- que ninguna relación o trascendencia pueden tener con las habidas, en su caso, entre el demandante y el club de fútbol demandado por lo que la inclusión de tales elementos o circunstancias se revela carente de toda importancia para la solución que se adopte respecto al presente litigio.

TERCERO.- Los siguientes motivos, dedicados a la censura jurídica, debidamente encajados en lo previsto en el art.191 c) de la LPL plantean diversas vulneraciones normativas. La primera aduce la infracción por inaplicación a lo establecido en el art. 13 a) del RD 1006/85, de 26 de junio, por el que se regula la Relación laboral especial de los deportistas profesionales respecto de la necesaria aplicación del art.13 del Real Decreto 1006/85 sobre el art. 17 del Convenio colectivo de la Liga de Fútbol profesional y Asociación de futbolistas españoles que debe considerarse inaplicable, entendiéndose inexistente la falta de legitimación pasiva ad causam y la infracción de los arts. 3, 82, 83 y 85 del Estatuto de los Trabajadores, todo ello en relación con la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo y de la doctrina de los TSJ. Preceptos que son analizados de forma minuciosa y extensa por la parte recurrente bajo los subapartados a) a d) del escrito de recurso y en los que se reprocha en síntesis a la sentencia haber otorgado una aplicación preferente a lo dispuesto en el art.17 del Convenio citado y no a lo establecido en el art.13 a) del mencionado RD, y por consiguiente, haber declarado la absolución del Club demandado respecto al porcentaje por traspaso del jugador demandante efectuado entre el X. CF SAD al club inglés N.U. Football Company Limited, siendo el obligado y responsable del pago por la cesión el indicado club español dado en su caso el conflicto de normas de aplicación y la más favorable para el recurrente contenida en el precepto señalado en el RD mencionado, señalándose que en cualquier caso la responsabilidad recae en el club de origen del jugador por ser el que ha percibido los pagos del club inglés siendo pues el receptor de las cantidades cobradas por el traspaso.

Para dar respuesta al motivo se hace preciso reflejar el contenido de los textos denunciados en el recurso. Así, el art. 13 a) del RD 1006/1985 establece respecto a la extinción del contrato previsto para los deportistas profesionales que el mismo podrá extinguirse por mutuo acuerdo de las partes, y que si la extinción tiene por objeto la cesión definitiva del deportista a otro club o entidad deportiva, se estará a lo que las partes pacten sobre condiciones económicas de conclusión del contrato; en ausencia de pacto la indemnización para el deportista no podrá ser inferior al 15 por 100 bruto de la cantidad estipulada.

A su vez, el art. 17 del Convenio Colectivo para la actividad de fútbol profesional de 25/5/1998 suscrito entre la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Asociación de Futbolistas Españoles, vigente en la fecha de la relación suscrita entre partes, y aplicable a aquellos clubes adscritos a la Liga Nacional de fútbol profesional, como ocurre con la entidad demandada, prevé la extinción anticipada del contrato por cesión definitiva de un futbolista, disponiendo al efecto que durante la vigencia de un contrato, el club o sociedad anónima deportiva y el futbolista profesional podrán acordar la terminación del mismo, siempre que aquel haya concertado con otro club la

cesión definitiva de los derechos contractuales que ostenta el futbolista y siempre que éste acepte, expresamente, dicha cesión definitiva. En éste supuesto, el Convenio de cesión definitiva constará por escrito, en el que como mínimo figuren los clubes o sociedades anónimas deportivas intervinientes, el precio de la cesión, la aceptación expresa del futbolista cedido y su voluntad de dar por concluido el contrato en vigor con el club o sociedad anónima deportiva cedente. El futbolista tendrá derecho a percibir, como mínimo, el 15 por 100 del precio de dicha cesión, que deberá ser pagada por el club o sociedad anónima deportiva adquirente de los derechos, en todo caso.

Partiendo de los datos que contiene la sentencia –literalmente transcritos en los antecedentes de hecho de la presente- así como con los de dicho valor fijados en la fundamentación jurídica se desprende que el demandante suscribió un contrato con el club demandado X. CF SAD conviniéndose una duración de prestación de servicios como jugador de fútbol profesional por cinco temporadas que abarcaban desde el año 2006 a 2011 y estableciéndose en dicho contrato una cláusula que regulaba la indemnización a favor del club en caso de rescisión por voluntad del trabajador de 15 millones de euros. Consta determinado que el jugador que ya había sido traspasado en otras ocasiones a sociedades diversas con renuncia a derechos por cesión suscribió en agosto de 2007 contrato con el equipo inglés N.U. F.C.L. con una duración hasta la temporada del año 2012 pactándose una remuneración de 36.000 libras esterlinas semanales. Figura acreditado que el club inglés pagó por la cesión definitiva del jugador la suma de 9.326.425 euros abonándose al X. la cantidad de 9 millones de euros. Consta probado la existencia de unas previas negociaciones entre partes en los términos que aparecen relatadas en los hechos probados 9º y 10 de la sentencia y en los que se deja expresa constancia de la falta de disposición del club español para traspasar al jugador demandante y del interés de éste en dicha cesión ejerciendo cierta presión sobre el club, así como el deseo de conseguir un contrato con otra entidad deportiva que mejorara las condiciones mantenidas con el X., barajándose diversas opciones y manifestándose en repetidas ocasiones por F.R. entre otras cosas que “no estaba dispuesto a pagar ni comisión, ni solidaridad ni el 15% de indemnización y en otro caso no saldría el demandante del X.”.

La pretensión que en la instancia no tuvo una favorable acogida fue la interesada por el actor respecto al 15% de la suma del traspaso o cesión que ascendía a la cantidad no controvertida de 1.398.963,75 euros. En apoyo de dicha denegación la resolución de instancia aplicó de forma directa y preferente lo establecido en el art.17 del Convenio colectivo para la actividad de fútbol profesional suscrito el 25/5/1998 frente a lo dispuesto en el art. 13 a) del RD regulador de la relación laboral especial de los deportistas profesionales, y ello por ser una norma específica para los futbolistas profesionales que prestan servicios en clubes adscritos a la Liga Nacional de Fútbol Profesional –art. 1 del mismo Convenio que delimita el ámbito de aplicación- y porque en el mismo se establecía de manera expresa en el art. 46 que en todo lo no previsto se estará a lo dispuesto en el RD 1006/1985, en su defecto por el Estatuto de los Trabajadores y demás normas laborales de general aplicación, en cuanto no sean incompatibles con la naturaleza especial de la relación laboral de los deportistas profesionales.

Es cierto que en ambos preceptos se establece la indemnización para el deportista en el porcentaje del 15% por traspaso del jugador y mientras el RD habla solo de un porcentaje sobre el bruto de la cantidad estipulada lo que da pie al recurrente a

pedir respecto a quien cobró el traspaso. Conviene indicar que en el texto reglamentario tampoco se fija la entidad obligada al pago de la referenciada cantidad, pudiendo, en consecuencia, las partes determinar los términos concretos de participación en el precio del traspaso con el jugador y los correspondientes clubes o entidades deportivas. En el Convenio colectivo si que se especifica que el precio de la cesión deberá ser a cargo del club o entidad adquirente, que en éste caso al ser extranjero, no quedaría vinculado por un Convenio colectivo aplicable para los clubes españoles, lo que permitiría, a juicio del recurrente, la aplicación de lo establecido en el precepto antes aludido contenido en el RD.

Sin embargo, el propio art.13 a) alude a la normativa aplicable a la extinción por cesión definitiva del deportista reconduciéndola en primer término a lo que “las partes pacten sobre condiciones económicas de conclusión del contrato” pudiendo convenir dichas partes, tanto de forma escrita y de manera expresa, como de forma verbal, la renuncia a la indemnización prevista en sendas normas pues respecto a ello nada cabe apreciar sobre la existencia de un derecho indisponible o irrenunciable por parte del trabajador deportista, tal y como aconteció en el supuesto que contempla la sentencia de instancia, en la que se razona no solo sobre la primacía del texto convencional al regular de manera expresa y específica la extinción anticipada del contrato por cesión definitiva de los jugadores de fútbol profesional adscritos de forma concreta a la Liga Nacional de Fútbol Profesional, como es el caso del club demandado, sino que, como se analiza en dicha resolución judicial, la norma no veda ni impide la posibilidad de un pacto entre partes sobre la renuncia o alteración del indicado porcentaje que puede ser objeto de negociación expresa o verbal, tal y como se convino en los traspasos anteriores del mismo jugador en los que el mismo renunció a dicha cantidad por traspaso, como relata el hecho probado cuarto de la sentencia, y porque en definitiva también el demandante dejó de abonar al club la suma a la que se había comprometido por la rescisión unilateral de su contrato cuyas negociaciones pusieron de relieve el interés inicial del mismo y no del club en proceder a la cesión dada la manifestación clara y tajante del Sr. R. en representación de la entidad deportiva demandada de que no estaba dispuesto a pagar el 15% de indemnización al actor, y en otro caso, el mismo no saldría del club – hecho probado décimo-. De otro lado conviene matizar e indicar que no existe conflicto de normas de aplicación con preferencia de la más favorable dado que como ya señalábamos no hay duda de la previsión específica y concreta contenida en el Convenio sobre la situación fáctica que nos ocupa y en todo caso la validez de un pacto o acuerdo entre las partes sobre las condiciones de la cesión del jugador con exclusión y renuncia de la indemnización en base a la voluntad convenida al efecto sobre dicha cuantía que no olvidemos se establece por parte del RD en defecto o ausencia de pacto lo que no aconteció en el supuesto que nos ocupa en el que se convino si bien de forma verbal y no escrita dicha renuncia y en la que el propio Convenio también la contempla como posibilidad al contener el texto convencional el término “podrá” lo que asimismo ampararía una validez en términos amplios a la negociación entre partes sobre la indemnización, tanto para mantenerla, como para aumentarla como para tener capacidad de proceder a su exclusión por mutua voluntad de los sujetos intervinientes en la operación de cesión o traspaso de un jugador profesional. Razones que nos conducen a la desestimación del motivo de recurso.

CUARTO.- Se plantea un siguiente motivo de crítica jurídica vertida contra la sentencia en el que la parte denuncia la infracción de lo dispuesto en el Reglamento de

Agentes FIFA (art. 14 a), b), d), f) y 16) y las disposiciones de Reglamento de Agentes de la FA y la REEF de conformidad con el art.22.1 de la Constitución Española y en relación con el art.218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y ello en conexión con la jurisprudencia del TS y Doctrina de los TSJ.

En íntima relación con dicho motivo se articula el siguiente en el que asimismo se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 1713 del Código Civil. Se censura a la sentencia haber otorgado valor a las testificales del Sr. C. y de la Sra. A. pues la normativa expuesta impediría la doble representación del jugador, dado que ésta última era agente del N., realizándose un análisis de la prueba testifical y entendiendo que la testigo no cumplía con los preceptos y disposiciones citadas al no ser la misma un agente con representación para actuar en nombre del demandante y por lo tanto sin poder prestar consentimiento al no existir mandato expreso para renunciar en su nombre ni habilitación al respecto.

Respecto a la valoración atribuida a las declaraciones testificales ya se pronunció esta Sala al resolver el primer motivo de recurso siendo en definitiva de libre apreciación para la Juzgadora de instancia que razonó debidamente y con fundamento sobre los criterios de análisis de determinación de una mayor objetividad de unos testimonios sobre otros. En cuanto a la capacidad de la testigo cuestionada en el recurso resulta obvio que la misma, según figura en el hecho probado 5º de la sentencia, no recurrió a la firma del contrato mediante Agente del jugador recurrente sino que el mismo lo firmó “*el demandante por si mismo*” constando una previa relación de conocimiento y contacto entre la testigo Sra. A. y el hermano del demandante, siendo aquella trasmisora de las negociaciones y ofertas llevadas a cabo entre sendos clubes, de ahí que huelga todo reproche sobre la doble representación atribuida a la testigo y sin ninguna incidencia sobre el tema suscitado en el presente litigio.

QUINTO.- En el último motivo de recurso amparado en lo dispuesto en el art. 191 c) de la LPL se denuncia la infracción de lo establecido en el art.49.2 del Estatuto de los Trabajadores así como del art. 1809, 1815, 1282, 1283 y 1289 del Código Civil en relación con la jurisprudencia unificada del Tribunal Supremo y de la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia. Discrepa la representación letrada del recurrente de la solución dada por la sentencia de instancia al entender ésta que había habido un pacto verbal de renuncia entre partes, no existiendo documento alguno que finiquitara la relación laboral, por lo que de haber existido una transacción verbal también debió abarcar las cantidades reclamadas por salarios, siendo la conclusión recogida en la sentencia vulneradora de las normas denunciadas en cuanto no existió voluntad de las partes para efectuar transacción alguna ni renuncia en cuanto al derecho económico del 15% reclamado.

En efecto, la transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado. Como se señala en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia núm. 195/2010 de Aragón (Sala de lo Social, Sección 1), de 15 marzo (RS núm. 152/2010): “La transacción requiere la existencia de relaciones jurídicas entre las partes sobre las que se producen desacuerdos, dudas o incertidumbres y la intención de las partes de poner término a dicha inseguridad, ofreciendo recíprocas concesiones por los contratantes con carácter definitivo. Esta institución opera tanto

judicial como extrajudicialmente: incluso aunque el conflicto no se haya trasladado al juez. No se exige rigurosamente la amenaza de un pleito inminente sino su posibilidad. Y las recíprocas concesiones pueden conllevar renunciaciones, reconocimientos o disposiciones de derechos de los que se es titular. La finalidad de la transacción es resolver amistosamente un conflicto. Por su propia naturaleza, la transacción siempre tiene carácter recíproco: una de las partes renuncia a sus pretensiones a cambio de que la otra se comprometa a realizar una pretensión a favor suyo, de forma que ambas partes renuncian a sus pretensiones iniciales, eliminando la relación jurídica de la que es parte la controversia o modificando dicha relación. Se produce así una novación modificativa o extintiva de una relación jurídica, con mutuas concesiones entre las partes. Debe concurrir un necesario factor de onerosidad. Tiene carácter bilateral, en la medida en que impone sacrificios a ambas partes, aunque no siempre es necesario que haya una exacta equivalencia de contraprestaciones. Como quiera que en la transacción hay contraprestaciones recíprocas de ambas partes, ello supone que se permite un mayor ámbito de la autonomía de la voluntad”.

En el supuesto que contempla la sentencia recurrida cabía pues que respecto a la cuantía indemnizatoria postulada por la parte demandante y no en relación a los salarios ya devengados existiera capacidad para efectuar renuncia sobre aquella, como lo evidenciaría la existencia de renunciaciones sobre el mismo concepto en traspasos o cesiones precedentes por parte del mismo jugador profesional respecto a entidades deportivas. El hecho de que dicha renuncia no constara efectuada por escrito no invalidaría sin más datos la existencia de una voluntad acorde en tal sentido por parte del demandante pues si lo que reprocha la parte recurrente es la conclusión alcanzada por la Juzgadora de instancia sobre la renuncia verbal del demandante a los derechos de cesión traducido en el 15% de la indemnización global convenida entre los dos clubes o entidades deportivas dado que no se recogió la misma de forma expresa pero si se dedujo de forma verbal por las manifestaciones vertidas por los testigos en el acto de juicio entendemos que la misma a falta de un acreditado vicio del consentimiento debió y debe desplegar todos sus efectos. Indicar que dicha transacción se produjo en el marco de una salida deseada e instada por el propio jugador y no por el club que había manifestado su rechazo al traspaso en caso de tener que abonar dicho porcentaje, y a cambio de dicha renuncia por parte del jugador el club demandado no le reclamaba al mismo cantidad alguna por la rescisión anticipada de su contrato, concurriendo ya un cruce recíproco de contraprestaciones entre ambas partes. Finalmente debemos resaltar que para juzgar la intención de los contratantes en un pacto o acuerdo, sea el mismo verbal o escrito, debe siempre atenderse principalmente a los actos del mismo, anteriores, coetáneos y posteriores, traducidos en el presente caso a las negociaciones inter-partes expresamente aludidas en el relato fáctico de la sentencia, con especial consideración e importancia a la voluntad de los intervinientes, desplazándose, en consecuencia, hacia la Magistrada de instancia la constatación o apreciación de la misma al ser la que percibió de manera directa y en el correspondiente acto de juicio cual fue dicha voluntad dentro del análisis global de la prueba practicada en su presencia lo que le otorga un margen de valoración y apreciación amplia que ésta Sala no dispone primándose al efecto las convicciones alcanzadas a tal fin por el órgano jurisdiccional a quo, salvo que se hubiera acreditado la existencia de unas conclusiones irracionales, desorbitadas o ilógicas en el análisis que de aquella expresión de voluntad se hizo, lo que no resulta concurrente en el supuesto que analizamos. En consecuencia

procederá la desestimación del recurso con la consiguiente confirmación de la resolución impugnada.

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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. J.E.S.D. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada contra X. CLUB DE FUTBOL S.A.D., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.607, de 20 de septiembre de 2012.

Materia: Reconocimiento de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que realiza funciones de celador y de comercial de ortopedia. El actor padece una lesión lumbar que le incapacita para el ejercicio de su profesión habitual. Pago de prestación.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando que la incapacidad permanente total del demandante para el ejercicio de su profesión habitual deriva de accidente de trabajo, condenando a los demandados a pasar por esta declaración y a la mutua codemandada a abonar las prestaciones correspondientes calculadas sobre la base reguladora, en cuantía del 55% de la base reguladora., con responsabilidad subsidiaria del INSS, absolviendo a los codemandados del resto de las pretensiones formuladas de contrario.

Sala: Estima el recurso de la mutua demandada declarando que corresponde al INSS el pago de la prestación. Si en la resolución de instancia quedó probado que la incapacidad permanente total lo era para el ejercicio de su profesión habitual de celador, corresponde a éste la cobertura de los riesgos profesionales derivados de accidente de trabajo. Exime a la mutua demandada de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate estimó en parte la demanda formulada, declarando al demandante afecto de IPT para la profesión de celador de atención directa derivada de accidente de trabajo, condenando a la Mutua X. al abono de la prestación correspondiente con responsabilidad subsidiaria del INSS para el caso de insolvencia de aquella y absolviendo al resto de codemandados.

Frente a dicho fallo recurre en suplicación la referenciada Mutua demandada, proponiendo dos motivos de impugnación referidos a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

En primer término, se solicita, amparado en lo instituido en el art.191 b) de la Ley de procedimiento laboral, la revisión del hecho probado primero de la sentencia para que se adicione que la entidad responsable de las prestaciones por enfermedad común y contingencias profesionales derivadas de la prestación de servicios laborales del demandante como celador corresponde al INSS-TGSS. Fundamenta la adición en la resolución de 14/1/2009 en el que se concretan las dos profesiones desarrolladas por la parte actora obrante a los folios 8 y 9 y 32 del inicio del expediente administrativo.

En efecto de los indicados documentos se desprende el pluriempleo desarrollado por el actor con ejercicio de dos profesiones distintas, fijándose en la sentencia la entidad que cubría el riesgo derivado de accidente de trabajo y enfermedades profesionales dentro de la prestación laboral como comercial de ortopedia a cargo de la Mutua, sin concretarse la correspondiente a la profesión de celador, aunque, como quiera que en el hecho probado 14 de la sentencia sí que puede deducirse la existencia de ambas coberturas de riesgos profesionales no resulta necesaria la inclusión intentada en el recurso pues en éste ordinal se fija y delimita en su caso las entidades responsables por el desempeño de sendas profesiones por lo que no habrá lugar a la revisión pretendida en el recurso.

Insta la parte un segundo punto de revisión localizado en el hecho séptimo de la sentencia tendente a modificar la dinámica de la prestación desarrollada por el demandante en la empresa Servicios Ortopédicos Talón SL señalándose que dicho trabajo era a tiempo parcial con dos horas diarias de lunes a viernes como comercial realizando gestiones y visitas de dicha índole para la empresa. Apoya la revisión en base a que el actor no aportó prueba sobre las funciones habituales de su profesión y a falta de ello debió reflejarse las establecidas en el convenio colectivo del sector e indicándose que no era necesario relatar las mismas pues la juzgadora de instancia no entró a valorar la capacidad laboral del actor para la profesión de comercial de ortopeda.

La modificación pretendida no podrá tener favorable acogida dado que se fundamenta en la inexistencia de prueba y a los efectos que nos ocupan no cabe la alegación de prueba negativa, o, lo que es lo mismo, no puede fundamentarse la revisión bajo la simple alegación de inexistencia de prueba demostrativa del contenido de hechos declarados probados, siempre que exista un mínimo de actividad probatoria. (STS 27/3/1990). La alegación de que no existen pruebas en autos que sirvan de soporte a las afirmaciones expresadas por la Juzgadora «a quo» no puede tener efectividad alguna en un recurso de suplicación, pues la misma forma su convicción sobre los hechos acaecidos en base a las amplias facultades que a tal respecto le otorga el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, y el resultado a que llega sólo puede ser combatido mediante pruebas documentales o periciales obrantes en autos como se desprende de lo instituido en los arts. 191 y 194 de la LPL.

SEGUNDO.- El siguiente motivo dedicado a la censura jurídica, debidamente encajado en lo previsto en el art.191 c) de la LPL plantea la infracción del art.41.1,67.1, 68.2 y 3, 70 y 126 de la LGSS; art. 10 del Reglamento de colaboración de las MATEPSS y 61 del mismo Reglamento en cuanto contempla la gestión de la protección por contingencias profesionales respecto de los trabajadores de las empresas asociadas. Se imputa a la sentencia haber efectuado una condena respecto a la Mutua X. para responder de una prestación de IPT que no se corresponde con una empresa asociada a dicha entidad sino a la profesión de celador realizada para el Servicio Público de Salud de la que debió responder el INSS-TGSS.

Los preceptos señalados en el escrito de recurso aluden en efecto a la participación y gestión del sistema de seguridad social por parte de la Mutuas mediante la colaboración en el coste de las prestaciones causadas por accidentes de trabajo y respecto al personal trabajador de las empresas asociadas a tales entidades, por lo que si

en el fallo de la sentencia recurrida se determinó que la incapacidad permanente total lo era para la profesión de celador de atención directa derivada de accidente de trabajo, y la entidad recurrente solo cubría los riesgos profesionales derivados de la profesión del actor como comercial, y no aquella, resulta obvio que no debió establecerse la responsabilidad en el pago de la prestación a cargo de la Mutua recurrente sino a cargo del INSS al ser éste organismo el que cubría los riesgos derivados de accidentes de trabajo por la prestación laboral del actor desempeñada en la Agencia Valenciana de Salud en calidad de celador de atención directa al enfermo por lo que siendo ello el único motivo de reproche vertido en el recurso procederá el acogimiento del mismo en el sentido de dejar sin efecto la condena efectuada en el fallo respecto a la prestación reconocida por parte de Unión de Mutuas y siendo por el contrario responsable de su abono el INSS.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en los artículos 192 y 201 de la LPL, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la regularización del capital importe de la prestación ingresado ante la Tesorería General de la Seguridad Social por parte de la Mutua recurrente así como a la devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por X., Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº X. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón y con revocación de la misma declaramos la absolución de la entidad recurrente respecto a la prestación reconocida y de cuyo abono será responsable en exclusiva el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL-TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Devuélvase a la Mutua el importe del depósito constituido para recurrir así del capital coste de la prestación asegurada.

Sentencia núm. 2.616, de 20 de septiembre de 2011

Materia: Solicitud prestación de jubilación no contributiva. Recursos económicos de la unidad de convivencia. La actora convive con su esposo beneficiario de una pensión de jubilación y con su nieto, en régimen de familiar permanente, dictado por resolución de la Conselleria de Benestar Social.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones dirigidas en su contra. No procede la prestación. Exceso ingresos.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La situación especial de acogimiento familiar del nieto permite la aplicación de la previsión contenida en el apartado 3 del artículo 144 de la LGSS. En virtud de esta regla los recursos económicos de la unidad familiar no superan los límites legales para poder acceder a la prestación no contributiva. Corresponde la prestación.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluç Corell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la parte actora la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se pretendía el reconocimiento de la pensión de jubilación no contributiva. Se articula el recurso en base a un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en el que se denuncia la infracción por inaplicación del apartado 3 del artículo 144 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio –en adelante, LGSS-, en relación con el párrafo segundo del artículo 11.2 (aunque sin duda por error se cita el 12.2) del Real Decreto 357/1991, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la Ley 26/1990, de 20 de diciembre. Se argumenta en el recurso que aunque es cierto que la unidad de convivencia a efectos de la pensión solicitada está integrada por la solicitante, su cónyuge y un nieto de ambos, que en principio es un descendiente de segundo grado, la particular situación de éste derivada del acogimiento familiar permanente por parte de sus abuelos, le hace equiparable a un descendiente de primer grado, por lo que el límite de acumulación de recursos a tener en cuenta para ser beneficiario de la pensión solicitada, no es el contemplado en el apartado 2 del artículo 144, que es el aplicado por la sentencia recurrida, sino el establecido en el apartado 3.

2. Dispone el artículo 144.3 de la LGSS lo siguiente: “3. Cuando la convivencia, dentro de una misma unidad económica, se produzca entre el solicitante y sus descendientes o ascendientes en primer grado, los límites de acumulación de recursos serán equivalentes a dos veces y media de la cuantía que resulte de aplicar lo dispuesto en el apartado 2”. Y lo que se establece en este apartado 2 es que “*los límites de acumulación de recursos, en el supuesto de unidad económica, serán equivalentes a*

la cuantía, en cómputo anual de la pensión, más el resultado de multiplicar el setenta por ciento de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno". Como ya hemos apuntado, la cuestión debatida se centra en determinar cuál de las dos previsiones legales resulta de aplicación al presente supuesto, en el que consta que la unidad económica está integrada por la solicitante de la pensión, por su cónyuge y por el nieto de ambos, nacido en 1987 y en régimen de acogimiento familiar permanente desde 1999.

3. Planteado el debate en estos términos hay que comenzar señalando que, desde luego, no es objetable que la relación entre abuelos y nietos es de segundo grado de consanguinidad, por lo que, en principio, le sería de aplicación la previsión contenida en el apartado 2 del artículo 144 de la LGSS. Pero en el presente supuesto concurre una circunstancia particular que no puede ser ignorada so pena de provocar un trato discriminatorio injustificable. En efecto, según se relata en el hecho probado tercero de la sentencia, y consta documentado en autos, por resolución de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana de 3 de febrero de 1999 se acordó el acogimiento familiar permanente de don R.D.G. por parte de sus abuelos don M.D.R. y la hoy demandante y recurrente doña J.C.S. Pues bien, parece indiscutible que en los supuestos de adopción no habría inconveniente legal en aplicar la previsión del artículo 144.3 de la LGSS, pues estaríamos ante una descendencia de primer grado. Y aunque es cierto que el acogimiento familiar es una figura distinta a la adopción -pues a diferencia de esta (artículo 178.1 del Código Civil) no provoca la extinción de los vínculos jurídicos con la familia anterior-, también lo es que presenta rasgos comunes tanto con esta figura como con la patria potestad, por cuanto *"produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral"* (artículo 173.1 del Código Civil). Es verdad, como ya hemos dicho, que en el presente caso no ha habido adopción sino acogimiento familiar permanente del nieto por sus abuelos, pero no se puede desconocer que el artículo 175.3.1º del Código Civil prohíbe la adopción de los descendientes, por lo que hubiera sido imposible que la solicitante de la pensión adoptara a su nieto. Así pues, partiendo de todas estas consideraciones no parece razonable rechazar la pretensión de la recurrente de que se le aplique la previsión del apartado 3 del artículo 144 de la LGSS, cuando de haberse producido la adopción de don R.D.G. por un tercero tal aplicación no habría sido puesta en duda. En definitiva, que de aceptarse la tesis contraria, mantenida por el INSS y por la sentencia recurrida, se estaría haciendo en este caso de peor condición a los abuelos que tienen a su nieto en régimen de acogimiento permanente, que a una tercera persona que lo hubiera adoptado, lo que supondría una vulneración del principio de igualdad carente de cualquier justificación.

3. Procede por consiguiente estimar el recurso de suplicación, toda vez que aplicando la regla contenida en el tan citado artículo 144.3 de la LGSS resulta evidente que los ingresos de la unidad económica -tal y como se recogen en los hechos probados de la sentencia, cuya modificación no se ha solicitado por ninguna de las partes- no superan los límites de acumulación de recursos, por lo que estimamos la demanda iniciadora de las presentes actuaciones y reconocemos a la demandante el derecho a percibir la pensión de jubilación no contributiva con efectos del 1 de junio de 2009, día primero del mes siguiente al que se presentó la solicitud (artículo 15.2 del Real Decreto 357/1991)

SEGUNDO.- Sin costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA J.C.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 14 de los de Valencia, de fecha 22 de diciembre de 2010; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida y estimando la demanda presentada, declaramos el derecho de la demandante a percibir la pensión de jubilación no contributiva solicitada y condenamos a la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana a estar y pasar por esta declaración y a abonar la pensión correspondiente con las mejoras y revalorizaciones procedentes con efectos 1 de junio de 2009.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.705, de 27 de septiembre de 2011

Materia: Conflicto colectivo. Técnicos de mantenimiento al servicio de empresa demandada. Cambio estructura organizativa de la empresa. Se pasa de tres a dos unidades de gestión. Desaparición de técnicos de mantenimiento por reestructuración empresarial.

Juzgado: Estima la demanda de conflicto colectivo y declara que la empresa demandada viene obligada a mantener el número de técnicos de mantenimiento eléctrico y mecánico existentes.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa ha de mantener los puestos de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora de conflicto colectivo declaró que la empresa demandada viene obligada a mantener el número de técnicos de mantenimiento eléctrico y mecánico existente conforme al acuerdo de 15-2-2002 contenido en el Acta Núm. 526 sobre Unidades de Gestión, y consistente en cinco Técnicos Eléctricos a Turnos y cinco Técnicos Mecánicos a Turnos por cada una de las tres unidades de gestión de producción entonces existentes, y ello con el consiguiente reconocimiento de la categoría y nivel salarial correspondiente a los trabajadores que realicen las funciones atribuidas a los mismos, condenando a la empresa demandada a estar y pasar por los efectos de dicha declaración, interpone recurso de suplicación la empresa demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto solicita que se revise el ordinal tercero para el que propone la siguiente redacción: “3º.- En el año 2.008 la empresa dispuso el cambio organizativo por el cual desaparecen las Unidades de Gestión, organizándose la Producción por Departamentos y el Mantenimiento en régimen de turnos por la agrupación de Departamentos, con la potenciación de los mantenimientos de día y la creación de un Equipo de Reparaciones Eléctricas/Mecánicas (EREM), su funcionamiento se estableció mediante acuerdo con el Comité de Empresa el 2 de mayo de 2.008, comunicándose este cambio de organización en reuniones informativas celebradas el 28 de mayo de 2.008 y por escrito el 29 de mayo de 2.008”, modificación fáctica que no puede alcanzar éxito ya que en parte se ampara en prueba testifical que es inidonea a efectos revisorios, y en la documental que cita obrante a los folios 77 a 80 de los autos, pero de cuyo contenido no resulta el error del Juzgador de instancia, ya que no se desvirtúa con tales documentos lo afirmado por el hecho que se pretende modificar, ya que lo acordado en el escrito de 2 de mayo de 2008 se refiere a la constitución por la empresa de un Equipo de Reparaciones Eléctricas/Mecánicas de Planta adicional, en orden a potenciar la asistencia técnica de las instalaciones, especialmente durante las

Paradas Programadas de las mismas, en caso de averías y reparaciones urgentes, reduciendo la contratación externa y garantizando la flexibilidad que se requiere para este tipo de trabajos”, lo que no se acredita coincida o se trate de lo mismo con el cambio de la denominación de su estructura organizativa en dos Unidades de Gestión de Producción recogido en el ordinal que se pretende modificar.

También se pretende la modificación del hecho probado cuarto de la sentencia impugnada y propone el siguiente nuevo texto: “4º En cada grupo Departamental de Mantenimiento a turnos, existe un Técnico Mecánico y un Técnico Eléctrico, debido a la nueva organización del mantenimiento producida en 2008, y con el motivo de respetar las condiciones anteriores de los trabajadores que ostentaban este nivel salarial, existe un número por encima del necesitado de Técnicos. Cuando se produce una vacante, se convocan las oportunas pruebas para su provisión a través de la Comisión de la Estructura Funcional”, pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito ya que el contenido que se pretende introducir no resulta directamente sin necesidad de conjeturas, ni de hipótesis ni razonamientos de los documentos a los que alude la parte recurrente para basar su revisión fáctica.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha introducido por la sentencia impugnada el artículo 33 del Convenio Colectivo sin que se haya alegado por las partes, lo que considera ha situado a la parte recurrente en clara indefensión y ha constituido la base en la que se apoya la sentencia recurrida. Las partes no han alegado problemas en la forma de proveer las plazas de técnicos de mantenimiento, sino en el número total de técnicos que deben existir, el acta nº 526 no establece el número de Unidades de Gestión, la empresa atendiendo a necesidades de eficiencia, economía y productividad, cambia con comunicación a los afectados en 2.008 esa organización, el motivo del acta no es establecer un número total determinado, sino que número de técnicos de mantenimiento debe existir a turnos y si la organización varía, el número total lo hará según cambie la organización. Por lo que considera que se ha infringido el art. 97.2 de la LPL y el art. 218.1 de la LEC y vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la Constitución Española, así como el art. 11 del Convenio Colectivo aplicable, por el que la organización y determinación de los recursos que requieran los procesos productivos y de fabricación corresponde a la Dirección de la empresa. Añadiendo que el Plan de Desarrollo-Applicativo se refiere a la aplicación de la estructura funcional del trabajo y no al acuerdo suscrito en el acta 526 de 2002, no tiene por ello nada que ver con el tema suscitado. Por lo que interesa la revocación de la sentencia impugnada.

Respecto de la alegación que efectúa la parte recurrente relativa a que se ha aplicado por la sentencia de instancia un precepto, el art. 33 del Convenio Colectivo sin que se haya alegado por las partes, lo que considera ha situado a la parte recurrente en clara indefensión, no puede ser admitido, ya que rige en materia laboral la máxima “da mihi factum dabo tibi ius”, en base a la cual la parte aporta al proceso los hechos y el Juzgador aplica el derecho con independencia de que haya sido alegado debidamente por las partes, lo que en modo alguno produce indefensión a la parte que puede rebatir la aplicación e interpretación de la norma en el correspondiente recurso de suplicación como ha efectuado en el presente supuesto la parte recurrente.

Si bien es cierto que la dirección empresarial dispone de facultades directivas y organizativas para establecer el modo y la forma en que se ha estructurar la empresa y ello se fundamenta en el reconocimiento que de estas facultades se recoge en el art. 20.1 del Estatuto de los Trabajadores y en el presente caso en el art. 11 del Convenio Colectivo aplicable, no obstante cuando las partes, la representación de la empresa y la de los trabajadores convienen la forma en que deben regularse determinados aspectos de la organización empresarial o de su estructura productiva, que inicialmente le corresponde a la facultad empresarial, quedan sujetas al cumplimiento de lo convenido, y su modificación precisa del concurso de ambas partes. En el presente supuesto existe un acuerdo de 15-2-2002 plasmado en el acta nº 526 sobre Unidades de Gestión y que consiste en que cinco Técnicos Eléctricos a Turnos y cinco Técnicos Mecánicos a Turnos deben existir por cada una de las tres unidades de gestión de producción existentes, y si bien el año 2008 se han transformado dichas unidades, pasando a denominarse “Cabecera” la anterior de laminación y a fusionarse en “Producto acabado” las dos anteriores de acabados y recubiertos, siendo así que el art. 33 del Convenio Colectivo aplicable incorpora en su Anexo IV el contenido de un Acuerdo de 30-4-1991 suscrito entre la representación de la empresa y de los trabajadores sobre “Estructura Funcional de Trabajo”, en el que se establece que al objeto de desarrollar el “Plan de Desarrollo-Applicativo” para cada uno de los entornos o áreas (Producción, Mantenimiento y Servicios), las partes acuerdan constituir una comisión mixta que eleve a la mesa negociadora entre otras cuestiones “los aspectos específicos de los puestos de trabajo o grupos de puestos/Departamento o Servicio”, y este precepto debe entenderse que sujeta a la negociación colectiva las alteraciones o variaciones en sus circunstancias de los puestos de trabajo, y no solo en cuanto a las cualificaciones requeridas para su desempeño y condiciones de trabajo, sino también en cuanto a la dotación de personal que debe atribuirse a los distintos ámbitos o áreas identificadas en dicha Estructura Funcional. Y como afirma la sentencia de instancia es en seguimiento de esta disposición como se explica que el acta 526 de 2002 contenga un acuerdo entre la representación legal de los trabajadores y de la empresa en torno a la dotación, cualificación y condiciones laborales del personal que debe prestar los servicios d técnicos de mecánicos y eléctricos de mantenimiento a turnos, de modo que la empresa dispone de su estructura organizativa pero sujeta a negociación con la representación de los trabajadores la necesaria dotación de personal y las condiciones laborales, quedando la empresa condicionada por el acuerdo laboral reflejado en el Acta 526/2002 en orden a mantener la dotación de personal que en la misma se acordó, por lo que su variación exige renegociación entre las representaciones de la patronal y los trabajadores. Razones que llevan a confirmar la sentencia de instancia previa desestimación del recurso que se examina.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A.S. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia, de fecha 7 de abril de 2.011, en virtud de demanda formulada a instancia de COMITÉ DE EMPRESA DE A.S. SL, y en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal.

La parte recurrente abonará en concepto de honorarios de letrado a la parte recurrida la cantidad de 200 euros.

Sentencia núm. 2.725, de 30 de septiembre de 2011

Materia: Extinción de la relación laboral. Trabajadora al servicio de empresa dedicada a servicios informativos. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Cálculo abono salarios de tramitación. La trabajadora empieza a trabajar para otra empresa a los cuatro días de la extinción de esa relación laboral, pero no se fija el importe de la retribución.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido y extinguido el contrato que vinculaba a las partes. Libera a las demandadas del resto de los pedimentos formulados en la demanda de origen.

Sala: Estima el recurso de la parte actora, reconociendo el derecho a percibir determinada cantidad en concepto de salarios de tramitación, una vez realizados los descuentos correspondientes por ejercicio de nueva actividad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda en materia de extinción de contrato y despido, declaró improcedente el despido de fecha de efectos de 14 de noviembre de 2010 y extinguido el contrato de trabajo que vinculaba a las partes con fecha de efectos de la sentencia de instancia, y condenando a la empresa C.A. SL a abonar la indemnización y tres días de salarios de tramitación, absolviendo al resto de las empresas demandadas, interpone recurso de suplicación la parte actora, y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto postula una nueva redacción para el ordinal sexto con el siguiente contenido: “El 22 de junio de 2010 inició la actora una situación de baja laboral por incapacidad temporal por la contingencia de enfermedad común, no siéndole abonada la prestación correspondiente a los quince primeros días. El 12 de noviembre de 2010 fue dada de alta y *paso a situación legal de desempleo, percibiendo la prestación correspondiente hasta el 31-1-2011*, pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito, en lo coincidente con lo ya establecido en los hechos probados de la sentencia impugnada por razones obvias para evitar su repetición y en lo nuevo porque no se ampara en prueba eficaz a efectos revisorios, ya que la prueba de confesión judicial no sirve a tal fin y en cuanto a la documental obrante al folio 66 consistente en parte médico de alta de incapacidad temporal, no justifica la adición que se pretende introducir, ya que nada dice sobre la situación de desempleo.

También se postula la modificación del ordinal undécimo para que se adicione que “*El periodo se inicia el 2 de diciembre, y la demandante presta servicios desde el 1 de febrero de 2011*”, y la adición fáctica no puede alcanzar éxito, ya que, por

un lado se basa en la prueba de confesión y como ya se anticipó no es eficaz a efectos revisorios, y por otro en prueba documental de cuyo contenido no resulta directamente sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis, ni razonamientos la verdad de lo que se pretende adicionar, sin olvidar que en el documento obrante al folio 170 consistente en fotocopia de la página del periódico “El periódico de aquí”, figura como numero 0 y fecha la de 18 de noviembre de 2010.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 56.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, y artículo 110 de la Ley de Procedimiento Laboral, alegando, en síntesis, que la actora se encuentra en situación legal de desempleo hasta el 31-1-2011, por lo que desde el alta médica y hasta esa fecha le corresponde percibir los salarios de tramitación íntegramente, habiendo causado alta la actora en el RETA a fecha 1 de febrero de 2011, y nada se ha probado sobre la cuantía del salario que percibe, el salario de tramitación no tendrá que minorarse y debe revocarse la sentencia impugnada y condenarse a la empresa a pagar los salarios de tramitación hasta el 31-1-2011, o subsidiariamente teniendo en cuenta que la prestación de servicios se inicia el 1-12-2010 debe percibir hasta esa fecha salarios de tramitación.

Los inalterados hechos declarados probados revelan, en lo relativo para resolver adecuadamente el presente recurso, que en el supuesto que nos ocupa la actora fue despedida con efectos de 14 de noviembre de 2010, que la trabajadora inició su trabajo en otra empresa el día 18-11-2010, habiéndose dictado sentencia de extinción de la relación laboral con fecha 28 de febrero de 2011, y siendo así que la parte recurrente sitúa la fecha final del abono de los salarios de tramitación en 31-1-2011 o subsidiariamente en 1-12-2010, debe establecerse que los salarios de tramitación discurren desde el 14-11-2010 fecha de efectos del despido hasta el 31-1-2011, si bien en el periodo desde el 14-11-2010 a 18-11-2010 ya le han sido abonados en la sentencia impugnada, y a partir del 18 de noviembre al constar que la actora trabajó para la publicación el “Periódico de Aquí” como redactora y responsable de publicidad, y aunque no consta acreditada la retribución que percibía por tal actividad, lo que le incumbía probar a la empresa demandada, es lo cierto que se trata de una actividad por cuenta ajena y por lo tanto objeto de retribución, por lo que de los salarios de tramitación que debe abonar la empresa demandada hay que descontar el importe del salario mínimo interprofesional que salvo prueba en contrario era el mínimo que debía percibir la actora en la otra empresa, todo ello de conformidad con la interpretación correspondiente al artículo 56.1. b) del Estatuto de los Trabajadores que establece que deben abonarse los salarios de tramitación hasta que hubiera encontrado otro empleo, pero matiza si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia *y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación*, y por lo tanto es posible su descuento. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia, para establecer los salarios de tramitación en el periodo postulado.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora Doña S.M.S. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Ocho de los de Valencia, de fecha 28 de febrero de 2011, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y dejamos en parte sin efecto y en su lugar con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos que los salarios de tramitación comprenden el periodo de 14-11-2010 a 31-1-2011 a razón de 76,53 euros diarios, de los que ya se ha condenado a la empresa C.A. S.L. al abono de tres días y del mismo modo se condena a la misma al resto del periodo, si bien con el descuento de los salarios de tramitación del importe del salario mínimo interprofesional, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

Sentencia núm. 2.729, de 3 de octubre de 2011

Materia: Prestaciones: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS. El actor tiene cubierto el periodo de carencia necesario, hallándose en situación de invalidez permanente total por contingencias comunes, tras sufrir shock cerebral. Se le ha concedido una pensión del 55% de su base reguladora. Solicitud revisión grado.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de cuantas pretensiones se deducen en su contra en dicha demanda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Queda probado que el actor padece unas lesiones que le incapacitan para el ejercicio de cualquier actividad profesional. El actor tiene derecho a percibir una prestación por incapacidad permanente absoluta con carácter vitalicio y correspondiente al 100% de su base reguladora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de L.F.V. la sentencia que dictó el día 1-2-2.011 el Juzgado de lo Social número 3 de los de Alicante que resultó desestimatoria de la demanda por él interpuesta frente al INSS en la que solicitaba ser declarado afecto a situación de invalidez permanente en su grado de absoluta para todo trabajo, impugnado para ello la resolución de la entidad gestora que no accedió a revisar el grado de invalidez que previamente tenía reconocido de IPT, por entender que si bien había existido un cierto empeoramiento de la clínica padecida por el actor actualmente con relación a la que presentaba el momento del reconocimiento de la IPT, (22-1-1.999) en la actualidad mantiene una cierta capacidad laboral residual.

2. El recurso, que no ha sido impugnado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, se articula en un único motivo formulado con invocación del apartado c) del art. 191 de la LPL, en el que se denuncia, se denuncia infracción del art. 137. 5 de la LPL, ya que considera el recurrente que se encuentra impedido para la ejecución de cualquier quehacer profesional.

3. No resultando, pues controvertida la agravación que toda revisión de grado de IPT a IPA requiere por imperativo del art. 143.2 LGSS, debemos decir que la resolución del motivo nos ha de llevar a señalar que establece el art. 137.5 de la ley General de Seguridad Social en su redacción original y anterior a la Ley 24/1997 y actualmente aplicable en virtud de lo establecido en la Disposición Transitoria Quinta bis de dicha LGSS, en tanto en cuanto la Ley 24/1997 no sea objeto de desarrollo reglamentaria, se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Y resulta

importante destacar que, según declara la jurisprudencia, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, de forma que la invalidez merecerá la calificación de absoluta cuando al trabajador no le reste capacidad alguna (STS 29-9-87), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS 6-11-87), sin que puedan tomarse en consideración las circunstancias subjetivas de edad, preparación profesional y restantes de tipo económico y social que concurren, que no pueden configurar grado de incapacidad superior al que corresponda por razones objetivas de carácter médico, exclusivamente (STS 23-3-87, 14-4-88 y muchas otras), debido a que tales circunstancias pueden tomarse exclusivamente en consideración para la declaración de la invalidez total cualificada, debiéndose valorar las secuelas en sí mismas (STS 16-12-85); pues como mantiene la jurisprudencia, deberá declararse la invalidez absoluta cuando resulte una inhabilitación completa del trabajador para toda profesión u oficio, al no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo económico para concertar alguna relación de trabajo retribuida (STS 18-1 y 25-1-88), implicando no sólo la posibilidad de trasladarse al lugar de trabajo por sus propios medios y permanecer en él durante toda la jornada (STS 25-3-88) y efectuar allí cualquier tarea, sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia, en régimen de dependencia con un empresario durante toda la jornada laboral, sujetándose a un horario y con las exigencias de todo orden que comporta la integración en una empresa, dentro de un orden establecido y en interrelación con otros compañeros (STS 12-7 y 30-9-86, entre muchas otras), en tanto no es posible pensar que en el amplio campo de las actividades laborales exista alguna en la que no sean exigibles estos mínimos de capacidad y rendimiento, que son exigibles incluso en el más simple de los oficios y en la última de las categorías profesionales, y sin que sea exigible un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia por el empresario (STS 21-1-88). No se trata 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 6-2-87, 6-11-87). En consecuencia, habrá invalidez absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS 23-3-88, 12-4-88).

4. Sentado lo anterior, se ha de señalar que en el incólume relato histórico de la sentencia de instancia consta que el actor, nacido el 26-3-1.952, en el año 1.997 sufrió un shock séptico que alteró su cerebro por dejarlo sin irrigación parcialmente en la actualidad padece el siguiente cuadro clínico residual: rotura parcial del supraespinoso del hombro derecho, sacroielitis por osteomielitis quiescente, cervicalgia debida a profusiones y hernias cervicales y lumbares, fibromialgia secundaria, hernia postlaparatomía abdominal gigante, y atrofia córtico- subcortical moderada que le acarrearán las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: dolor en hombro derecho, dificultad de concentración – no pudiendo leer un documento ni seguir un discurso- lentitud global psicomotora, y problemas de memoria, no existiendo cura farmacológica y siendo previsible que vaya empeorando por la edad la atrofia y que el problema de memoria y la dificultad por la edad vaya agravándose. Y a la vista de tales premisas fácticas debemos destacar que la Sala ha de discrepar de lo razonado en la sentencia recurrida, ya que estimamos que con este cuadro secuelar,- en el que concurren tanto

deficiencias de índole físico como psíquico- se haya prácticamente anulada la capacidad del actor para llevar a cabo con los mínimos de dedicación y eficacia que le son propios y a los que arriba se ha hecho referencia, cualquier quehacer ocupacional por muy ligero o liviano que éste sea.

SEGUNDO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino estimar el recurso interpuesto con revocación de la resolución recurrida en sentido de declarar al actor afecto a situación invalidante de IPA con derecho al percibo de una pensión mensual y vitalicia del 100 por cien de la base reguladora desde la fecha el informe del EVI (2-7-2.009). Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por L.F.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de ALICANTE en sus autos núm. 1198/09 en fecha 1-2-2011 **REVOCAMOS LA MISMA**, estimando la demanda interpuesta por el recurrente frente al INSS y declarándolo afecto a situación invalidante de IPA con derecho al percibo de una pensión mensual y vitalicia del 100 por cien de la base reguladora desde la fecha el informe del EVI (2-7-2.009).

Sin costas.

Sentencia núm. 2.740, de 4 de octubre de 2011

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajador al servicio de empresa demandada que presta servicios en horario de lunes a sábado. El convenio colectivo de grandes almacenes establece un periodo de descanso de día y medio semanal real y efectivo. Descanso mínimo diario de 12 horas. Solapamiento tiempo de descanso.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a que la empresa adecue la jornada y el horario del trabajador para que pueda disfrutar de un descanso diario de al menos 12 horas. Condena a la empresa a determinada cantidad semanal en concepto de daños y perjuicios en el supuesto que la empresa incumpla con esta obligación.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La insuficiencia de hechos probados, así como la falta de concreción en la indemnización ocasionan una indefensión a la empresa demandada que le impide combatir de manera eficaz la resolución impugnada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son ocho los motivos en los que la representación letrada de la parte demandada fundamenta el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Alicante y el Auto de aclaración de la misma, por los que se declara el derecho del demandante a que la empresa demandada adecue la jornada y el horario del demandante para que el descanso semanal de día y medio no se solape con el descanso diario de 12 horas y asimismo a indemnizar al demandante por los daños y perjuicios causados en la cantidad de 39,45 euros por cada semana en que la empresa incumpla dicha obligación y ello con efectos desde el 24 de octubre de 2006, debiendo estarse a lo acordado en fecha 16 de julio de 2009 en la reunión celebrada entre la dirección de la empresa y el Comité intercentros.

En el primer motivo del recurso que se dice interponer al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), aunque en realidad es incardinable en el apartado a del indicado precepto, se solicita la nulidad de la sentencia. En este motivo se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en el artículo 97.2 de la LPL y en el artículo 24 de la Constitución.

Aduce la defensa de la recurrente que la sentencia del Juzgado ha incurrido en incongruencia omisiva al no haberse pronunciado sobre la pretensión del demandante de que se le reconozca el derecho a que su jornada laboral se distribuya en 5 días de trabajo a la semana, lo que no impide, sin embargo, la condena de la empresa demandada a que indemnice al trabajador en la cantidad de 39,45 euros por cada

semana transcurrida desde el día 24 de octubre de 2006. También imputa a la sentencia de instancia la insuficiencia de los hechos declarados probados al no reflejar los mismos los pormenores del descanso tanto semanal como diario disfrutados por el actor y por consiguiente no poder deducirse en modo alguno del relato fáctico de la sentencia del Juzgado la existencia del teórico incumplimiento del descanso por solapamiento del descanso semanal por el descanso diario.

Aunque es cierto que la sentencia del Juzgado no se pronuncia expresamente sobre la pretensión del demandante de que se le reconozca el derecho a que su jornada laboral se distribuya en cinco días de trabajo a la semana, no cabe apreciar incongruencia omisiva por ello, sino que se ha de entender que dicha pretensión ha sido desestimada tácitamente por la Magistrada de instancia al reconocer tan solo el derecho del demandante a que su descanso semanal de un día y medio no se solape con el descanso diario de 12 horas, debiendo adecuar para ello la empresa su jornada y horario de trabajo, lo que obviamente no implica que la jornada laboral del demandante tenga que ser de cinco días a la semana y es que como se razona en la STS de 25 de septiembre de 2008 no tiene porqué ser necesariamente incompatible el trabajo regular en seis días a la semana con el descanso semanal.

Desestimada la incongruencia omisiva, se ha de examinar ahora si el relato fáctico de la sentencia del Juzgado recoge los datos necesarios para resolver la cuestión controvertida y en concreto para cuantificar, en su caso, la indemnización a percibir por el demandante en el supuesto de solapamiento del descanso semanal por el descanso diario. En el hecho probado segundo se expone cual es el horario laboral del demandante y así se dice que su jornada laboral se desarrolla seis días a la semana, de lunes a sábado, en horario diario de 6'40 horas entre las 7'20 y las 14'10, descansando un día completo a la semana, habitualmente domingo. Cuando coincide el día de descanso semanal con el diario y el turno de mañana, el actor sale a las 14'10 horas y vuelve al trabajo el día siguiente al descanso semanal a las 7'27 horas. Nada se especifica sobre cuáles son las concretas semanas en que el actor ha realizado el indicado horario laboral, tampoco se indica las semanas en que el demandante ha disfrutado de vacaciones, ni aquellas en que ha estado en situación de incapacidad temporal, pese a que dicha circunstancia se alegó en el acto del juicio por la empresa demandada. La omisión de dichos datos hace inviable cuantificar la indemnización que en su caso hubiera devengado el demandante por el referido solapamiento. De hecho la sentencia del Juzgado no cuantifica dicha indemnización, lo que supone un palmario incumplimiento de lo establecido en el art. 99 de la LPL, sino que se limita a condenar a la empresa demandada a indemnizar al demandante por los daños y perjuicios causados en la cantidad de 39'45 euros por cada semana en que la empresa incumpla dicha obligación y ello con efectos desde el 24 de octubre de 2006, debiendo estarse a lo acordado en fecha 16 de julio de 2009 entre la dirección de la empresa y el Comité intercentros, es decir, realiza una especie de condena de futuro, pese a que los daños y perjuicios a cuya compensación va dirigida la indemnización a cuyo abono se condena a la empresa, se han producido, en su caso, en un período anterior a la fecha en que se dicta la sentencia, por lo que su cuantificación deviene obligada.

En definitiva la sentencia de instancia no solo carece de los datos necesarios para poder conocer cuales son las semanas en que el demandante ha visto solapado su descanso semanal por el descanso diario, sino que la misma tampoco cuantifica la indemnización a percibir por el demandante debido a dicho solapamiento, siendo insuficiente a tal efecto la condena que efectúa la resolución impugnada en el sentido de

condenar a la empresa demandada a abonar al actor en la cantidad de 39,45 euros por cada semana en que aquella ha incumplido su obligación cuando, como ya se ha dicho, ni siquiera se concreta el número de esas semanas, pese a que en la fecha de la sentencia de instancia ya había finalizado el período de tiempo en que se produjo dicho solapamiento como reconoce la propia Magistrada de instancia en el Auto de aclaración de sentencia.

La sentencia de instancia adolece por lo tanto de insuficiencia de hechos probados, cuya subsanación en fase de recurso no puede subsanarse en el presente caso a través de la revisión fáctica prevista en el apartado b del artículo 191 de la LPL ya que dado el carácter extraordinario del recurso de suplicación, la Sala no puede valorar de nuevo la práctica totalidad de la prueba practicada, correspondiendo al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción 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 Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el art. 97-2 de la Ley de Procedimiento Laboral.

La referida insuficiencia de hechos probados así como la falta de concreción de la indemnización a cuyo abono se condena a la empresa demandada, implica la inobservancia por parte de la Magistrada de instancia de las prescripciones contenidas en el art. 97-2 y en el art. 99, ambos de la LPL y ocasiona una evidente indefensión a la empresa demandada al impedirle combatir eficazmente la resolución impugnada, lo que obliga a declarar la nulidad de la sentencia recurrida, tal y como solicita la defensa de la demandada, a fin de que se dicte otra en que se reseñen los datos omitidos, haciendo uso en su caso de las diligencias para mejor proveer que se consideren procedentes, debiendo resolverse también de forma razonada y suficiente sobre la concreta cuantía de la indemnización a cuyo abono se condene, en su caso, a la empresa demandada.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa M. A.M, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Dos de los de Alicante y su provincia, de fecha 26 de febrero de 2010 y contra el Auto de aclaración de la misma, de fecha 2 de junio de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de D. R.J.V.R.; y anulamos la sentencia recurrida por insuficiencia de hechos probados y falta de concreción de la cuantía indemnizatoria a cuyo abono se condena a la empresa demandada.

Sentencia núm. 2.756, de 4 de octubre de 2011

Materia: Prestación de jubilación. Trabajador que a la edad de 62 años solicita y se le concede una jubilación parcial, con el porcentaje de pensión del 85%. A la edad de 65 años decide continuar trabajando continuando con el mismo porcentaje de pensión hasta determinada fecha. Reclamación de porcentaje adicional del 9% sobre la pensión plena de jubilación del actor. Cálculo coeficiente multiplicador.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la parte actora a la percepción de la pensión de jubilación con el porcentaje del 109% de su base reguladora, condenado a la entidad gestora al abono de la prestación.

Sala: Estima el recurso revocando el porcentaje otorgado en la instancia. Teniendo en cuenta los días trabajados por el causante de la prestación desde el día en que cumple 65 años hasta la fecha en que solicita la plena jubilación, y aplicando el coeficiente multiplicador para el cálculo de la base reguladora, se constata que no llega al tiempo necesario para disfrutar de ese porcentaje.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la sentencia que estimando la demanda, declara el derecho del actor “a la percepción de la pensión de jubilación con el porcentaje del 109% de su base reguladora desde la fecha de reconocimiento de efectos por el INSS de 3/12/09, y ello con respeto y con el límite de las cuantías máximas de la prestación establecidas legalmente, condenado a la entidad gestora al abono de la prestación y las diferencias existentes desde su fecha de efectos”. El recurso se articula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, en el que se denuncia la infracción por la sentencia del art. 3 de la Orden de 18-1-67 y Art. 163.2 de la LGSS en su redacción dada por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre. Sostiene la recurrente que la jubilación plena del actor se produce el 2-12-09, último día de trabajo, por lo que la fecha de efectos es el 3-12-09, y la legislación aplicable es la vigente a 2-12-09, es decir la Ley 40/07, y el Art. 163.2 de la LGSS se refiere al jubilado que accede a la jubilación plena desde la jubilación parcial, pues de otro modo no tendría sentido el precepto, ya que como jubilado parcial nunca se pudo obtener un porcentaje superior al 85% conforme al Art. 166 de la LGSS, y en consecuencia el porcentaje que corresponde a la pensión de jubilación plena del actor es el 100% reconocido por el INSS.

2. El art. 163.2 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 40/07 dice, “*Cuantía de la pensión....2.Cuando se acceda a la pensión de jubilación a una edad superior a los 65 años, siempre que al cumplir esta edad se hubiera reunido el periodo*

mínimo de cotización establecido en el art. 161.1.b), se reconocerá al interesado un porcentaje adicional consistente en un 2 por ciento por cada año completo transcurrido entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión. Dicho porcentaje se elevará al 3 por ciento cuando el interesado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años.

El porcentaje adicional obtenido según lo establecido en el párrafo anterior se sumará al que con carácter general corresponda al interesado de acuerdo con el apartado 1, aplicándose el porcentaje resultante a la respectiva base reguladora a efectos de determinar la cuantía de la pensión, que no podrá ser superior en ningún caso al límite establecido en el art. 47.

En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcance el indicado límite sin aplicar el porcentaje adicional o aplicándolo sólo parcialmente, el interesado tendrá derecho, además, a percibir anualmente una cantidad cuyo importe se obtendrá aplicando al importe de dicho límite vigente en cada momento el porcentaje adicional no utilizado para determinar la cuantía de la pensión, redondeado a la unidad más próxima por exceso. La citada cantidad se devengará por meses vencidos y se abonará en catorce pagas, sin que la suma de su importe y el de la pensión o pensiones que tuviera reconocidas el interesado, en cómputo anual, pueda superar la cuantía del tope máximo de la base de cotización vigente en cada momento, también en cómputo anual.

El beneficio establecido en este apartado no será de aplicación en los supuestos de jubilación parcial ni de la jubilación flexible a que se refiere el párrafo segundo del apartado 1 del art. 165”.

3. Pues bien, en el presente caso, del relato fáctico se desprende que al actor, nacido el 24-11-41, se le reconoció la jubilación parcial a los 62 años de edad, con 41 años cotizados, fecha de efectos 19-1-04 y porcentaje de pensión del 85%; el actor al cumplir los 65 años de edad siguió trabajando como jubilado parcial al 85%, hasta el 2-12-09 en que dejó de trabajar; solicitada la jubilación plena, le fue reconocida, con efectos del 3-12-09, 47 años cotizados y porcentaje pensión del 100%. De lo que se deduce que, el hecho causante de la jubilación ordinaria se produjo tras la entrada en vigor la Ley 40/07, de 4 de diciembre, y en consecuencia le es aplicable el art. 163.2 de la LGSS, en su redacción vigente tras la referida Ley 40/07; debiéndose además tener en cuenta que, tal como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 21-3-11, rec.2396/10, “La construcción legal equivalente a la ficción de cotización a tiempo completo que se contiene en el artículo 18.3 del R.D. 1131/2002 para los jubilados parcialmente con jornada reducida y con contrato de relevo suscrito con otro trabajador por la empresa (legalmente necesario cuando no se tienen los 65 años de edad) para no perjudicar las expectativas del empleado que accede a esa modalidad de jubilación y cumplir la finalidad legal de que se produzcan nuevas contrataciones, deja de tener justificación cuando el trabajador jubilado cumple los 65 años de edad y reúne los requisitos de la edad para la jubilación y periodo mínimo de cotización, lo que supone, por un lado, que ya no opere la exigencia legal de que se suscriba con un tercero el contrato de relevo, y, por otro, que no sea posible considerar al trabajador que continúa trabajando a tiempo parcial y percibiendo la jubilación parcial como cotizante por años completos cuando realmente no lo es sino en razón al tiempo trabajado, pues ello supondría, como afirma la sentencia de contraste, una elevación ficticia, sin soporte de cotización real, del

porcentaje de incremento a aplicar sobre la base reguladora sin justificación normativa. Sólo si las cotizaciones efectuadas durante la prestación de servicios a tiempo parcial suman todas ellas el tiempo de uno o más años, cabría computarlas a estos efectos, calculando el tiempo de cotización en la forma prevista en el citado artículo 3 del R.D. 1131/2002, en cuyo número 1º se dice que "Para acreditar los períodos de cotización necesarios para causar derecho a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo y maternidad, se computarán exclusivamente las cotizaciones efectuadas en función de las horas trabajadas, tanto ordinarias como complementarias, calculando su equivalencia en días teóricos de cotización. A tal fin, el número de horas efectivamente trabajadas se dividirá por cinco, equivalente diario del cómputo de mil ochocientas veintiséis horas anuales". Y en el número 2º de ese precepto se continúa diciendo que "Para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización obtenidos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior se le aplicará el coeficiente multiplicador de 1,5 resultando de ello el número de días que se considerarán acreditados para la determinación de los períodos mínimos de cotización. La fracción de día, en su caso, se asimilará a día completo". Y, en le presente caso, el actor desde que cumplió 65 años, el 24-11-06, hasta que dejó de trabajar el 2-12-09, sólo trabajó un 15% de la jornada ordinaria, por lo que cotizó conforme a la jornada trabajada, mientras percibía la jubilación parcial, cotizaciones que sumadas no completan las correspondientes a un año completo, por lo que procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Alicante, de fecha 11-2-2011, en virtud de demanda presentada a instancia de J.L.A.P.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos al demandado de la reclamación deducida frente al mismo.

Sentencia núm. 2.771, de 4 de octubre de 2011

Materia: Trabajador al servicio de empresa demandada que sufre accidente laboral. Recargo de prestaciones. Abono de indemnización por responsabilidad empresarial. Falta de medidas de seguridad e higiene en su puesto de trabajo. Relación de causalidad entre un primer accidente en 2001 y otro posterior en 2005, que ha conllevado situaciones de baja laboral.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a percibir la prestación de incapacidad permanente incrementado en un 30% a cargo de la empresa demandada, a quien se considera responsable de dicho incremento. Estima la relación de causalidad.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. No puede probarse una relación de causalidad entre el primer accidente y el segundo sufrido por el trabajador, por el que permaneció de baja en varios periodos. Respecto a este último, no se atribuyó ninguna responsabilidad a la empresa. No procede el recargo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la empresa C. S.A. la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por don R.A. y la condenó a abonarle un recargo del 30 por 100 sobre la prestación de incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual que le fue reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) con efectos 31 de enero de 2008, al considerar que tal situación invalidante trae causa del accidente de trabajo sufrido por el demandante el 29 de junio de 2001 cuando prestaba servicios como Oficial 2ª para la citada empresa dedicada a la fabricación de plásticos.

2. En el primer motivo del recurso se pretende al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), la revisión de los hechos probados tercero, cuarto y quinto de la sentencia recurrida, Antes de entrar en el examen de cada una de las citadas revisiones y a la vista de la amplia argumentación que se realiza en cada una de ellas por la recurrente, creemos conveniente recordar que de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial de la que son expresión las SSTS de 3-3-1998 y 11-12-2003 (recurso 63/2003), “la revisión de hecho –de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara”. En esta misma línea la STC 4/2006, de 16 de enero insiste en que “el error de hecho

determinante para el fallo se configura en la suplicación laboral como uno de los posibles objetos del recurso (art. 191 b) LPL. Para apreciarlo, tiene dicho la jurisprudencia, es imprescindible que se desprenda objetivamente de documentos obrantes en autos o pericias efectuadas en la instancia, sin conjeturas, hipótesis o razonamientos subjetivos, todo esto sin perjuicio de ciertos supuestos excepcionales - señaladamente, art. 231.1 LPL-. Esos requisitos conducen a una línea jurisprudencial según la cual el error debe derivarse inequívocamente de pruebas singulares y tasadas, no concurriendo otras que puedan ponerlas en contradicción”. Por consiguiente, para analizar las revisiones que se proponen en este primer motivo del recurso, únicamente hemos de constatar si se cumplen las exigencias que acabamos de señalar. Así pues, nos encontramos con lo siguiente:

1º.- En cuanto a la modificación que se propone para el hecho tercero, no es necesario añadir que por el accidente del 2005 no se impuso a la empresa ningún recargo, pues los hechos negativos no tienen porqué acceder al relato de hechos probados y lo que hubiera haber podido manifestado el demandante en el expediente administrativo, no es más que una declaración documentada que no se puede considerar como documento a los efectos revisorios.

2º.- La revisión que se propone para el hecho probado cuarto también se rechaza pues el hecho de que la empresa no tuviera conocimiento de la alteración por el INSS de la calificación de la baja de mayo de 2007, carece de incidencia para determinar si el recargo impuesto a la empresa en el año 2002 debe abarcar también la prestación de incapacidad permanente en el grado de total que le fue reconocida por resolución del INSS de 12 de junio de 2008.

3º.- También se rechaza la modificación que se propone para el hecho probado quinto por reiterativa, pues todos los datos que se pretenden introducir ya aparecen recogidos en la propia sentencia recurrida, tanto en sus hechos probados, como en su fundamentación jurídica con valor fáctico, como es de ver en el fundamento de derecho tercero en el que expresamente se dice que “El INSS denegó la aplicación del recargo por considerar que el reconocimiento de su pensión se ha efectuado por valoración de secuelas secundarias a lesión por accidente de trabajo, sin declaración de responsabilidad”.

SEGUNDO.- 1. En los dos últimos motivos del recurso y al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL, se alega la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 123 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). La cuestión debatida queda centrada en determinar si como sostiene la sentencia recurrida, se puede considerar que la declaración de incapacidad permanente total a favor del actor realizada por resolución del INSS de 12 de junio de 2008, trae causa del accidente sufrido por aquél el 29 de junio de 2001 cuando prestaba servicios para la empresa recurrente y por el que se impuso a esta el pago de un recargo del 30 por 100 de las prestaciones que entonces se le reconocieron al demandante de lesiones permanentes no invalidantes.

2. A efectos de resolver adecuadamente el recurso debemos recordar que en el periodo de tiempo que media entre junio de 2001 –fecha del primer accidente de trabajo- y junio de 2008 –en que le fue reconocida al demandante la incapacidad

permanente total- el actor sufrió tres accidentes de trabajo: a) el de junio de 2001 que le produjo la fractura de la 5ª vértebra dorsal y de la meseta tibial de la rodilla izquierda, por la que se le reconocieron unas lesiones permanentes no invalidantes y se impuso a la empresa el recargo del 30 por 100 por falta de medidas de seguridad; b) el de junio de 2005 también con fractura de tibia y peroné de pierna izquierda, por el que se le reconoció una incapacidad permanente parcial para su profesión habitual, sin declaración de responsabilidad empresarial; y c) finalmente, la baja de mayo de 2007 que si bien inicialmente se cursó como enfermedad común, fue calificada posteriormente como accidente de trabajo, iniciándose por el INSS expediente administrativo que finalizó con el reconocimiento a favor del actor de una incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual, con un cuadro residual de gonartrosis avanzada de rodilla izquierda secundaria a traumatismo con fractura de meseta tibial, patología que limita para actividades que requieran marcha, bipedestación prolongada, movimientos de flexo-extensión de la rodilla izquierda y soporte de cargas.

3. Como señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007 (rcud. 938/2006) y 26 de mayo de 2009 (rcud.2304/2008), reiterando doctrina precedente expresada, por ejemplo, en la STS de 2 de octubre de 2000 (rcud.2393/1999), los requisitos que determinan la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo son: “a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999); b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado”...subrayando además que “...del juego de los preceptos contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales “...el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”.

4. En el presente supuesto la cuestión litigiosa queda centrada, tal y como se expone en el motivo segundo del recurso, en determinar si se puede establecer una relación de causalidad entre el accidente sufrido por el trabajador el 29 de junio de 2001, a consecuencia del cual se le impuso a la empresa la obligación de abonar un recargo sobre la prestación reconocida por faltas de medidas de seguridad, y el posterior reconocimiento el 12 de junio de 2008 de una incapacidad permanente en el grado de total. Pues bien, la Sala entiende que tal relación no puede establecerse a la vista de las circunstancias concurrentes, pues aun cuando es cierto que la incapacidad permanente vino determinada por un cuadro de gonartrosis avanzada de rodilla izquierda secundaria a traumatismo con fractura de meseta tibial, hay que tener en cuenta que don R.A. sufrió dos fracturas tibiales, una en el accidente de 2001 que dio lugar a unas lesiones permanentes no invalidantes sin posteriores incidencias, y otra en el ocurrido el 15 de

junio de 2005. Y respecto de esta se nos dice en el hecho probado tercero de la sentencia recurrida que con ocasión de este último accidente el trabajador permaneció de baja en diversos periodos: así hubo una primera baja entre el 15 de junio de 2005 y el 19 de junio de 2006, seguida de otra por el mismo diagnóstico entre el 24 y el 30 de noviembre de 2006 “y en diversas ocasiones por dorsalgia y dolor de espalda”. Si a ello se añade que pocos meses más tarde, en mayo de 2007, inició la baja por dolor de espalda que finalmente determinó la iniciación del expediente administrativo y el reconocimiento de su incapacidad permanente, debemos concluir que no resulta posible atribuir al accidente del año 2001 las consecuencias lesivas por las que se le reconoció la citada incapacidad permanente, pues como hemos dicho tras el accidente sufrido en el año 2001 no consta ningún periodo de baja ni incidencia médica vinculada con aquél, hasta que en el año 2005 sufrió el segundo accidente en el que ninguna responsabilidad se atribuyó a la empresa. Por consiguiente, procede estimar el recurso, revocar la sentencia de instancia y desestimar la demanda iniciadora de las presentes actuaciones.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa C., S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Alicante, de fecha 27 de septiembre de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia de DON R.A.M.; 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. 2.777, de 4 de octubre de 2011

Materia: Rescisión de contrato. Retraso en el pago de salarios por parte de la empresa demandada. La grave situación económica que atraviesa la empresa obliga a efectuar el pago fraccionado. Incumplimiento empresarial. Gravedad de ese incumplimiento: Legitimación para recurrir a una situación extintiva de la relación laboral.

Juzgado: Estima la demanda y declara resuelto el contrato que liga a las partes, condenando a la empresa demandada al abono de determinada cantidad en concepto de rescisión del contrato.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La Sala, si bien reconoce el incumplimiento empresarial, considera que la gravedad de ese incumplimiento no es merecedora de una acción extintiva entablada por la parte demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la empresa demandada la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por don A.D., declaró resuelto el contrato de trabajo que le unía con la empresa T., S.A. y la condenó a abonarle la cantidad de 73.987,97 euros en concepto de indemnización. Considera probado la sentencia recurrida que desde el mes de julio de 2009 la empresa viene abonando las nóminas de sus trabajadores a mes vencido y en dos plazos, el primero antes del día 15 del mes siguiente al del devengo y el segundo una semana después. También se declara probado que inicialmente los salarios se abonaban el 5º día de cada mes, pero que posteriormente y con objeto de superar las dificultades económicas se llegó a un acuerdo verbal entre la representación de los trabajadores y los anteriores administradores de la sociedad para abonar los salarios por semanas y antes del final del mes vencido, si bien, se dice en la fundamentación jurídica de la sentencia, esta práctica se abandonó posteriormente por los afectados. Señala por último la resolución recurrida, que la empresa accede a la petición de anticipos que le hacen los trabajadores, sin que conste que el demandante haya solicitado ninguno y que el actor se encuentra en situación de incapacidad temporal desde el mes de septiembre de 2009 y ha pertenecido al comité de empresa. Con estos antecedentes la sentencia estima la pretensión resolutoria ejercida por el trabajador, al entender que estamos ante el supuesto contemplado en la letra b) del apartado 1 del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que considera como justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción de su contrato “*la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado*”.

2. El recurso de la empresa se interpone al amparo de un motivo único redactado por el cauce de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en el que se denuncia la infracción del artículo 50.1 b) del ET. La empresa recurrente pese

a no cuestionar el relato de hechos probados, entiende que la gravedad del incumplimiento debe ser matizada atendidas las circunstancias concurrentes y, en particular, “la actual situación económica” y hace especial hincapié en la posibilidad que tiene el trabajador de solicitar anticipos de su salario como muestra de la voluntad empresarial de minorar los perjuicios que supone para el trabajador percibir con retraso su retribución mensual.

3. Como hemos señalado el artículo 50 del ET considera como justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción indemnizada de su contrato “*la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado*”. En la interpretación de este precepto existe una abundante doctrina jurisprudencial de la que es exponente la reciente STS de 9 de diciembre de 2010 en la que se recogen los precedentes jurisprudenciales. Se dice en ella que “...salvo precedentes temporalmente lejanos en que se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario (así, SSTS 03/11/86; y 04/12/86), o en que más matizadamente se ha requerido que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente (STS 20/01/87), este Tribunal entiende que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24/03/92 -rcud 413/91 -; 29/12/94 -rcud 1169/94 -; 13/07/98 -rcud 4808/97 -; 28/09/98 -rcud 930/98 -; 25/01/99 -rcud 4275/97 -; y 22/12/08 -rcud 294/08 -). En esta línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET , partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos (así, SSTS 25/01/99 -rcud 4275/97 -; y 26/06/08 -rcud 2196/07 -, en obiter dicta)”.

4. Por tanto, lo que debemos ponderar a la vista de las circunstancias que concurren en el presente caso, es si los hechos descritos tienen la suficiente gravedad para que la acción extintiva pueda prosperar, con independencia de las causas que están en el origen de la actuación empresarial. Ciertamente el trabajador tiene derecho a la percepción puntual y documentada de su salario –art. 29.1 ET-, de ahí que, ya no el impago, sino también los retrasos en el abono de los salarios cuando no son esporádicos sino persistentes en el tiempo, se ha venido considerando como razón suficiente para que el trabajador pueda demandar la extinción indemnizada de su contrato con causa en el incumplimiento empresarial. Ahora bien, en el presente supuesto concurren circunstancias específicas que no pueden ser desconocidas y nos llevan a estimar el recurso de la empresa. Y así nos encontramos con lo siguiente: a) Que si bien es cierto que la empresa no abona los salarios a principios de mes y en un solo pago, también lo es que se declara probado que los dos pagos en que se fracciona el salario se realizan habitualmente en las mismas fechas y antes de los días 15 y 20 del mes siguiente al del

devengo. Ello supone que se elimina, o al menos se atenúa, el elemento de incertidumbre que acompaña a otras situaciones examinadas por la jurisprudencia en que los pagos parciales se iban realizando a lo largo de varios meses y en cantidades irregulares, lo que acentúa la gravedad de la conducta ante la angustia que sienten los trabajadores que en tales situaciones no pueden saber con antelación si van a cobrar y en qué momento van a hacerlo. Aquí ese elemento de incertidumbre gravemente perturbador no está presente, pues desde el mes de julio de 2009 la empresa siempre ha venido pagando los salarios en las fechas indicadas, esto es, antes de los días 15 y 20. Por tanto, estamos ante una conducta irregular, pero de menor gravedad pues el trabajador viene percibiendo su retribución puntualmente pero en dos momentos distintos y muy próximos. Como decimos, ello no significa que la actuación empresarial sea conforme a derecho, sino que no reviste la gravedad suficiente para amparar una acción como la ejercitada, sin perjuicio de otras que pueda emprender el demandante para hacer efectivo su derecho. b) Pero es que además también es relevante señalar que esta actuación empresarial se ha visto avalada, al menos durante algún periodo, por el propio órgano de representación de los trabajadores del que el actor ha formado (o forma) parte, que incluso llegó a pactar que el salario se abonara por semanas y antes del final del mes vencido –esto es, en peores condiciones que las llevadas a cabo-, con el fin de aliviar las dificultades económicas por las que estaba atravesando la empresa, cuya actividad está muy vinculada al sector de la construcción.

5. Por consiguiente considera esta Sala que el incumplimiento empresarial que se denuncia y que ha quedado acreditado, no revista la suficiente gravedad para legitimar la acción extintiva ejercitada por el trabajador, lo que nos conduce a estimar el recurso de la empresa, revocar el pronunciamiento de la sentencia de instancia y desestimar la demanda iniciadora de las presentes actuaciones.

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 empresa T., S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de los de Castellón de fecha 23 de mayo de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de DON A.D.; 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. 2.783, de 6 de octubre de 2011

Materia: Prestación por desempleo. Solicitud subsidio de desempleo por agotamiento prestación contributiva. Carencia de rentas suficientes y existencia de responsabilidades familiares.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de las pretensiones formuladas en su contra. No procede la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, reconociendo el subsidio solicitado, al haberse producido el nacimiento de un hijo dentro del plazo legal de un año a contar de la fecha de agotamiento de la prestación contributiva.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate desestimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la defensa jurídica de la parte actora, proponiendo un único motivo de impugnación referido a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico, desglosándose el mismo en dos apartados.

En el primero --amparándose en lo instituido en el art.191 c) de la Ley de procedimiento laboral-- denuncia la parte la aplicación indebida del art.215.3 apartado 1º de la LGSS. Se sostiene en el recurso que dado que el primer desempleo concedido a la actora finalizó el 29/4/2009, y su hijo nació el 14/3/2010, debió entenderse la concurrencia de cargas o responsabilidades familiares dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante, sin que la solicitante tuviera obligación de comunicar dicho nacimiento, y sosteniéndose que además dicho plazo pudo quedar interrumpido por la nueva prestación reconocida con carácter extraordinario, sin que deba además imputársele a la demandante infracción alguna, lo que conecta con la aplicación indebida del art.25.3 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, al que se alude en la sentencia, que asimismo se denuncia como vulnerado dentro del segundo apartado del recurso.

El art.215 de la LGSS regulador del colectivo de beneficiarios del subsidio por desempleo establece en su apartado 3 lo siguiente: “A efectos de determinar el requisito de carencia de rentas y, en su caso, de responsabilidades familiares, a que se refiere el apartado 1 de este artículo:

1. Los requisitos deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio establecidas en el presente artículo.

Si no se reúnen los requisitos, el trabajador sólo podrá obtener el reconocimiento de un derecho al subsidio cuando se encuentre de nuevo en alguna de las situaciones previstas en el apartado 1.1, 2, 3 y 4 de este artículo y reúna los

requisitos exigidos, salvo en el caso de que dentro del plazo de un año desde la fecha del hecho causante se acredite que se cumplen los requisitos de carencia de rentas o, en su caso, de existencia de responsabilidades familiares, en que el trabajador podrá obtener el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud sin reducción de su duración.

A estos efectos se considerará como fecha del hecho causante aquella en que se cumpla el plazo de espera de un mes, o se produzca la situación legal de desempleo, o la de agotamiento del derecho semestral; o la de finalización de la causa de suspensión”.

Dicho precepto establece y contempla una situación excepcional respecto a la existencia de cargas familiares acaecidas en el plazo de doce meses siguientes al del agotamiento de la prestación contributiva por desempleo que permitiría incluir a la ahora recurrente dado que finalizada la prestación en fecha 29/4/2009 y aunque la misma efectuara la solicitud de subsidio en fecha 9/6/2010 al habersele reconocido un desempleo extraordinario –hecho probado segundo- lo bien cierto es que el nacimiento de su hijo acaecido el día 14/3/2010 se produjo dentro del plazo referenciado lo que permitiría su inclusión como carga o responsabilidad familiar en fecha posterior a la del hecho causante pero dentro del indicado marco temporal pues si bien la regla general es la tenencia de responsabilidades familiares tanto en el momento del hecho causante como en el de la solicitud del subsidio existe la salvedad legal indicada respecto a la acreditación dentro del plazo del año del requisito en cuestión pudiendo obtenerse el subsidio que corresponda a partir del día siguiente al de su solicitud. De otro lado, la demandante, frente a lo señalado en la sentencia, no infringió lo instituido en el art. 25.3 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el orden social pues el hecho de no comunicar el nacimiento de su hijo mientras se encontraba percibiendo la prestación extraordinaria por desempleo no supuso incompatibilidad legal para seguir percibiendo la misma pues la infracción va encaminada a la falta de comunicación de bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para su percepción, y ninguna causa de suspensión o extinción se produciría por el dato constatado del nacimiento de un hijo durante el período de prestación, de ahí que no quepa imponer sanción alguna a la parte actora por la falta de conocimiento a la Entidad gestora de dicha circunstancia, sin perjuicio de hacer valer tal dato a efectos de la sostenida existencia de responsabilidades familiares. Razones que nos conducen al acogimiento del recurso declarando el derecho de la actora al percibo del subsidio interesado en cuantía y efectos reglamentarios.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. V.C.G. contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL y con revocación de la misma declaramos el derecho de la demandante al subsidio por desempleo interesado en la cuantía y efectos reglamentarios, condenando al organismo demandado al reconocimiento del indicado derecho.

Sentencia núm. 2.784, de 6 de octubre de 2011

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de empresa municipal de transportes. Cuadros de servicios de transporte (turnos).

Juzgado: Estima l demanda planteada por el sindicato de trabajadores anulando el cuadro de servicios de conductores, reiniciándose de nuevo el proceso de acuerdo con las normas establecidas colectivamente.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate estimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la empresa demandada EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTE DE X. S.A. – en abreviatura, EMT- proponiendo dos motivos de impugnación referidos a la revisión de hechos probados desglosados en seis puntos y a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico que a su vez aparecen desarrollados en tres apartados. Dicho recurso es impugnado por las dos entidades codemandantes.

Se solicita –amparándose dentro de lo instituido en el art.191 b) de la Ley de procedimiento laboral- la revisión del hecho probado segundo de la sentencia proponiendo en su lugar texto alternativo. La pretendida modificación no podrá tener favorable acogida ya que más que evidenciar la existencia de un error de valoración de la prueba lo que hace la entidad recurrente EMT es una refundición de los datos que ya figuran incorporados dentro de otros ordinales contenidos en el relato fáctico. Así pretende dejar constancia de la publicación de los Avisos 51/10 o 70/10 que aparecen ya referenciados dentro de los hechos probados siguientes al impugnado. Además respecto al contenido de éste y en lo que atañe a la información o negociación del correspondiente cuadro de servicios hay que hacer constar que la Juzgadora de instancia extrajo dichas circunstancias de una declaración testifical y por lo tanto pudo deducir sus conclusiones fácticas de prueba ajena a los abundantes elementos documentales referenciados por la empresa, debiendo señalarse que en éstos supuestos resulta legalmente válida la valoración llevada a cabo en la instancia como atributo propio del órgano jurisdiccional ya que el error en la apreciación de la prueba requiere de un documento que no aparezca contradicho por otros medios probatorios, y aquí aparecen tales elementos, al otorgarse trascendencia a la testifical practicada frente a la documental aludida en el recurso, por lo que no cabe desarticular el conjunto probatorio con la finalidad de otorgar una mayor prevalencia a un elemento de prueba sobre otro pues en el proceso laboral la valoración del acerbo probatorio en toda su amplitud únicamente viene atribuido por el art.97.2 de la LPL a la juzgadora de instancia.

En segundo término se insta la revisión del hecho probado tercero para que se sustituya la expresión cuadros de servicios por la de listados de servicios. La modificación deberá ser desestimada pues aunque de los documentos invocados tal y como se desprende de los nº 8 y 5 aportados por la propia parte actora (TUC y Comité, respectivamente) se evidencie que se trata de listados y no del cuadro definitivo lo que relata la sentencia es la asignación de determinados puestos de trabajo detallados en el listado de 18/11/2010 respecto a cuyo documento no se constata error alguno.

Interesa la representación letrada de la empresa la supresión del hecho probado quinto y la modificación del cuarto en los términos propuestos en el escrito de recurso. A lo que tampoco accederemos ya que respecto a la supresión del ordinal quinto nada se aduce en el recurso más allá de su simple petición carente de todo razonamiento, y en cuanto a la nueva propuesta de redacción del cuarto hecho probado más que acreditar la existencia de un error en la valoración del documento del que se extrae el ordinal impugnado – el aviso nº 70/10 de la entidad demandada- lo que se pretende es la inclusión del resultado de dicha oferta de puestos de trabajo nocturno siendo que tales datos resultan irrelevantes para la resolución del conflicto al no cuestionarse las solicitudes efectuadas respecto a dicho servicio sino la propia instauración del servicio en los términos implantados por la propia empresa EMT que expresamente menciona en dicho aviso la existencia de un “Nuevo Servicio Nocturno”.

Respecto al hecho probado sexto insta la recurrente su modificación introduciendo matices respecto a la denominada línea 96 y aduciéndose que el Sr. R. no hizo petición de servicio por lo que quedó “A faltas” ofreciéndose semanalmente y por orden de escalafón, y dado que aquel ocupa el segundo puesto el mismo ha seguido conduciendo en dicha línea. La revisión deberá ser desestimada dada la amplia referencia hecha en el recurso a numerosos documentos cuando los tomados en consideración por parte de la juzgadora “a quo” fueron expresamente los obrantes a los folios 19 y 20 del sindicato TUC que reflejan que el trabajador Sr. R. se encontraba adscrito como titular al puesto 96 pasando a partir de 2011 a encontrarse “a faltas”, con ofrecimiento semanal a los trabajadores por escalafón, tal y como menciona la sentencia recurrida por lo que ningún error se evidencia en dicha constatación fáctica.

Se propone la modificación del hecho probado séptimo en el que se relata que determinados puestos de trabajo ofertados en el año 2011 lo fueron dentro del turno 1º aunque la hora de inicio fuera posterior a las 11 horas haciendo una referencia expresa a la línea 41. Pues bien, dicho texto expresamente extraído del documento 2 y 3 de los aportados por el sindicato TUC no evidencia error alguno pues se constata que en efecto respecto al puesto de trabajo de la línea 41 turno 1º la hora de inicio en algunos casos es posterior a las indicadas 11 horas por lo que ningún error fáctico de valoración se ha cometido por el órgano jurisdiccional de instancia pretendiendo el recurrente introducir matices sobre el orden de los convoys o la colocación de los turnos aludiéndose a un expreso cumplimiento a la forma prevista en el art.33 del Convenio. Tales datos o no guardan relación con el contenido del ordinal impugnado o contienen elementos de valoración jurídica que son inapropiados de figurar en un relato de hechos o circunstancias por lo que rechazaremos la modificación en los términos pretendidos.

Ya finalmente insta la parte la adición de un hecho probado que numera como séptimo bis tendente a dejar constancia de que en los listados de servicios

nocturnos a petición publicados junto al Aviso n° 70/10 de Operaciones de 22/12/2010 se ofertaron los servicios nocturnos designándolos como Turno 2.

La adición postulada deberá ser rechazada pues de los documentos invocados no se desprende la indicada asignación como turno 2° sino que por el contrario en el Aviso n° 70/10 --y aludido en el hecho probado cuarto de la sentencia -- se habla de un nuevo servicio nocturno y por lo tanto sin ninguna invocación al turno 2° existente en la empresa.

SEGUNDO.- El siguiente motivo, dedicado a la censura jurídica, debidamente encajado en lo previsto en el art.191 c) de la LPL plantea tres infracciones normativas: A) Infracción del art.33 del Convenio Colectivo por el que se regula el procedimiento para la solicitud y asignación de servicios para los conductores-perceptores y se establecen los criterios que se deben respetar en dicho procedimiento. B) Infracción del art.41 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia que lo interpreta. C) Infracción de los arts. 20, 5 c) y e) del indicado Estatuto y jurisprudencia que lo interpreta.

A criterio de la empresa demandada ésta no habría vulnerado el precepto convencional señalado pues el Cuadro de Servicio se publicó trascurrido el plazo de 15 días que establece el Convenio tras información a la Comisión técnica, discrepándose de la consideración de un tercer turno respecto a los servicios nocturnos pues se corresponden con el turno 2 aunque algunos servicios sean especiales por tener una duración inferior al turno normal o de características particulares como es el correspondiente a la línea 96, entendiéndose que no se ha producido alteración por reducción de la jornada para aquellos servicios nocturnos comenzando cada año (el 1 de enero) las concretas condiciones de trabajo mediante elección con preferencia por orden de escalafón y que al no haber existido modificación sustancial de jornada ni de horario no cabría entender vulnerado el precepto estatutario, indicándose que en cualquier caso sí que hubo negociación con la representación legal de los trabajadores, sin alcanzarse acuerdo, y sosteniéndose que en todo caso las medidas adoptadas entrarían dentro del poder de dirección, gestión y de organización empresarial al estar amparadas por el “ius variandi” correspondiendo a la empresa la delimitación de la oferta de servicios según la demanda de los usuarios por lo que debe anularse y dejarse sin efecto la sentencia impugnada.

Para dar respuesta al recurso se hace preciso delimitar lo que fue objeto de expresa petición del conflicto colectivo que nos ocupa y que no era otro que la impugnación del cuadro de servicio correspondiente al año 2011 para la asignación posterior a los conductores-perceptores de sus correspondientes puestos de trabajo en base a los criterios instituidos en el art.33 del Convenio de empresa, teniendo en cuenta que ésta para dicha anualidad ha excluido de su solicitud general a las líneas nocturnas así como a la línea 96 que se corresponde con los servicios especiales para discapacitados, procediéndose respecto a aquellas a establecer una oferta de puestos pero con reducción de jornada de trabajo a 4 horas y reducción proporcional de salario, ofreciéndose la línea especial 96 “a faltas” y semanalmente --hechos probados tercero a sexto de la sentencia--.

De la lectura del indicado precepto convencional que aparece literalmente transcrito en el primer fundamento de derecho se infiere que la Juzgadora de instancia ha

efectuado una interpretación acorde a su texto dado que en el mismo se mantienen los criterios de solicitud y asignación de titularidad del puesto para la confección del cuadro de servicios, atendiendo al escalafón que se ostente en la empresa mediante ordenación de los conductores-perceptores para cada uno de los turnos existentes, mencionándose expresamente el turno 1º y el 2º que se corresponden con los servicios iniciados antes de las 11 horas o con los iniciados después de dicha franja horaria –hecho probado primero- haciéndose expresa mención a los servicios nocturnos dentro de la dinámica para la confección del cuadro de servicios, como asimismo figura la inclusión de la línea especial 96. De dicha normativa es factible deducir que tanto los servicios de las líneas nocturnas como la especial debían formar parte del procedimiento de elección sin resultar admisible la implantación del llamado por la propia empresa dentro de la circular o aviso n° 70/10 “Nuevo servicio nocturno” con implantación de una jornada reducida de trabajo de 4 horas. Y aunque es cierto que respecto a la confección final del Cuadro de Servicio al que se alude en el art. 33 in fine no se habla de negociación con la Comisión técnica sino solo de su convocatoria para su información, tal y como al parecer hizo la empresa. Sin embargo, dicha información si que se convierte en apertura obligada de un trámite de negociación –haya o no acuerdo- con los representantes legales de los trabajadores cuando las nuevas medidas implantadas de forma unilateral por la empresa EMT afectaban al propio desarrollo del servicio nocturno, y no solo a la confección del referenciado Cuadro, de ahí que la modificación del propio servicio nocturno excluido de la selección general y ofertado con unas características de reducción de jornada (como señalaba la propia empresa en el aviso) requería del estricto cumplimiento a lo dispuesto en el art.41 del ET y habiendo la demandada omitido los requisitos de forma exigidos por lo que la medida adoptada aunque tomada de forma indirecta mediante exclusión del servicio con reducción de jornada y salario se convirtió en sustancial y relevante no constituyendo la misma una postura accesoria inherente al poder de gestión considerándose por el contrario relevante la supresión del servicio nocturno dentro del turno 2º así como la realización de aquel con reducción de jornada y salario, así como la falta de ofrecimiento en titularidad y no “a faltas” del servicio especial de la línea 96 lo que comporta que no apreciemos vulnerados los preceptos denunciados en el recurso. Por todo lo expuesto, ante la desestimación del recurso interpuesto y confirmación de la sentencia recurrida no procederá hacer 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 EMT DE X. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada a instancias de TRABAJADORES POR LA UNIDAD DE CLASE y COMITÉ DE EMPRESA DE EMT DE X. S.A, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Se decreta la pérdida de las cantidades consignadas y del depósito constituido para recurrir, a los que se dará el destino legal.

Sentencia núm. 2.791, de 7 de octubre de 2011

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador afiliado al RGSS que solicita la prestación tras despido en la empresa. Cobra desempleo durante 720 días. Posteriormente solicita nueva prestación. El actor no comunica a la entidad gestora que la primera prestación se solicita tras despido improcedente. Se le condena a la revocación de prestación y a las reanudaciones posteriores. Superposición cobro de prestación por desempleo con salarios de tramitación derivados del despido improcedente. Derecho a percibir posteriores prestaciones.

Juzgado: Desestima la demanda declarando no haber lugar a la misma, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Establece el derecho del trabajador a percibir la nueva prestación por desempleo, si bien debe devolver o ajustar las cantidades percibidas en el periodo de la anterior prestación a la nueva prestación, al superponerse ésta con los salarios de tramitación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia, que aplica el art 209.5^a a) de la LGSS, en relación con la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de junio del 2009, considera que la falta de comunicación por parte del trabajador a la Entidad gestora, de la sentencia que declaraba la improcedencia de su despido, conlleva la revocación, no solo de la inicial concesión de la prestación de desempleo, sino también de las reanudaciones posteriores, pues se ha procedido a sancionarle dicho incumplimiento, no solo con las percepciones indebidamente percibidas, sino con el total de lo percibido por desempleo.

Contra dicha resolución, recurre el impugnante de la Resolución administrativa, solicitando se dicte sentencia que, conforme a la normativa y jurisprudencia aplicables, determine la cantidad que debe reintegrarse al INEM en concepto de prestación por desempleo indebidamente percibida, o se obligue al INEM a reconocerle la prestación que corresponda, y se determine la cuantía a compensar con cargo a la misma. Señala el recurrente que la sentencia de instancia no analiza las cuestiones suscitadas en su demanda, en la que expresamente se reconocía la aceptación a reintegrar la cantidad de 7.978,77 euros correspondiente al período en que cobró conjuntamente con el desempleo los salarios de tramitación, y se solicitaba alternativamente fuera compensada con la nueva prestación de desempleo conforme a la nueva fecha de extinción de la relación laboral en fecha 2.4.08.

SEGUNDO.- Debe señalarse que las alegaciones sobre falta de motivación y de congruencia de la sentencia de la instancia no pueden aceptarse, ya que la íntegra desestimación de la demanda pone de relieve la total desestimación del contenido del suplico de aquella. Cosa distinta es que el recurrente considere que la sentencia ha dejado de analizar con la concreción y detalle necesarios para dotar de claridad a la misma, las pretensiones detalladas en el suplico de la demanda, en la que efectivamente se solicitaba que se fijase el importe de lo debido reintegrar en 7.978,77 euros y/o se procediera a su compensación en la prestación cuya reanudación había sido dejada sin efecto. Lo cierto es que a la falta de claridad de la sentencia ha acompañado la de las alegaciones del recurrente que ha pretendido acreditar que había solicitado nueva prestación de desempleo y que se le había impedido tal presentación, pues tal trámite sería irrelevante caso de prosperar su recurso, pues es evidente que si se deja sin efecto la Resolución que revoca las prestaciones inicialmente concedidas, recobra plena vigencia y validez la resolución inicial que la acordó. Por ello, no se considera la existencia de las infracciones denunciadas al amparo del apartado a) del art 191 de la LPL, procediendo ésta sala a analizar directamente si la doctrina aplicada en la instancia se corresponde o no con la aplicable a un caso como el analizado.

TERCERO.- Se trata de analizar si debe considerarse indebidamente cobradas las prestaciones de desempleo correspondientes solo al período en que se produjo la superposición de éstas con el cobro de los salarios de tramitación derivados del despido de fecha 30 de junio del 08 declarado improcedente por sentencia de 14 de enero del 08, en cuantía de 7.978,77 euros, o si, debe entenderse que la revocación tanto de la inicial concesión de la prestación por desempleo (24 julio 08), como las reanudaciones posteriores posibilita reclamar la devolución de todo lo cobrado por desempleo sin posibilidad de acceder a nueva prestación, a modo de sanción.

Pues bien, la cuestión aquí suscitada ha sido objeto de una actual resolución, en unificación de doctrina, por la sentencia del Pleno del Tribunal Supremo de fecha 1 de Febrero de 2011 (rec. 4120/09) y sentencias posteriores (p.e. la STS 21.3.11, rec. 1187/10) que, superando anteriores resoluciones ha entendido que en situaciones como la aquí analizada, el SPEE debe proceder a “regularizar” la situación, y que tal mención legal lo que conlleva en que se deben considerar indebidos los períodos coincidentes con la percepción de salarios de tramitación, sin necesidad de que se proceda a solicitar nueva prestación, porque tal y como señalaba la sentencia del tribunal de suplicación a la que se refiere el recurso regularizar significa legalizar, es decir, “adecuar a derecho una situación de hecho o irregular, más solo “en la medida en que lo es, porque el período posterior (...) tenía todo el derecho a la percepción del subsidio”. Señala por ello el Tribunal Supremo en la cita literal que sigue que: “... no se trata de dos prestaciones por desempleo distintas la que se obtiene cuando se produce la situación legal de desempleo protegida-el despido-y la que será fruto de regularización cuando se conozca el título del que derivan los salarios de tramitación”, la discrepancia que pudiera apreciarse (...) ha de resolverse partiendo de la realidad de que la prestación por desempleo tiene su origen en la situación protegida (...) que es el despido, de la que no se derivan dos prestaciones diferentes sino una sola, en la que incide después un hecho la percepción de los salarios de tramitación-que exige su regularización. Por ello aunque es cierto que incumbe al trabajador la obligación de poner en conocimiento de la Entidad gestora la existencia del instrumento legal, del título en virtud de cual se declara el derecho al cobro de los salarios de tramitación, la consecuencia legal que haya de desprenderse de tal incumplimiento no debe extenderse a la devolución de prestaciones

correspondientes al periodo en el que realmente no existía la incompatibilidad porque, por un lado, ciertamente en tal periodo, a diferencia del anterior incompatible, no se produjo una percepción indebida de la prestación, sino el incumplimiento de la referida obligación legal de comunicar esa situación; y por otro, cumplida la finalidad de la norma de impedir la compatibilidad de las dos percepciones, parece desajustada con la propia regulación legal la devolución íntegra de la totalidad de la prestación, cuando, como se ha dicho, durante el percibo de la prestación en la que no incide esa incompatibilidad existía realmente la inicial situación de desempleo protegida de la que derivó aquella única prestación " (FJ 5º STS 1-2-2011, R. 4120/09)”.

La aplicación de tal doctrina al presente supuesto obliga a estimar íntegramente la pretensión del demandante, pues acreditado que la prestación por desempleo y el abono de salarios de tramitación, supuso la superposición ilegal durante el período entre el 16.7.07 hasta el 2.4.08., debe cuantificarse la cantidad a reintegrar por el actor a la entidad gestora en 7.978,77 euros. Pero, además, al dejarse sin efecto la Resolución de fecha 26 de noviembre del 2009, recobra sus efectos el derecho del actor a seguir percibiendo la prestación por desempleo, debiendo proceder la entidad gestora a regularizar su situación y en su caso a compensar las prestaciones indebidamente percibidas hasta el total de la suma declarada indebida, compensando lo indebidamente cobrado.

CUARTO.- No procede efectuar declaración de condena en costas

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por DON J.J.A.L. contra la sentencia de fecha 20 de Enero del 2011 dictada por el Juzgado de lo Social número ONCE de Valencia, en autos de desempleo seguidos con el número 614/10, dejamos sin efecto la sentencia recurrida, sustituyendo su fallo por el estimatorio de la demanda, dejando sin efecto la Resolución del ente gestor de fecha 26 de Noviembre del 2009, y limitando la obligación de reintegrar del actor a la cantidad de 7.978,77 euros, que podrá ser objeto de compensación con la nueva prestación de desempleo, dejada sin efecto, y calculada conforme a la fecha de extinción de la relación laboral de 02.04.2008, lo que deberá efectuar la entidad gestora en vía de regularización de lo acordado en fecha 24 de Julio del 2007.

Sentencia núm. 2.807, de 11 de octubre de 2011

Materia: Prestaciones a favor de familiares. El actor solicita prestación por muerte y supervivencia. Acreditación de convivencia del demandante con el padre.

Juzgado: Estima la demanda de la parte actora, declarando el derecho de ésta a la prestación a favor de familiares según base reguladora de 250,84€ y cuantía del 20% de la base reguladora, incrementada en el 52%, correspondiente a la pensión de viudedad de la madre del actor.

Sala: Estima el recurso, revocando la sentencia de instancia. En ésta se ha aplicado una norma que no procedía para reconocer la prestación reclamada. No se ha acreditado la convivencia del actor con el padre.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las entidades gestoras demandadas se formula recurso contra la sentencia de instancia, que reconoció al actor la pensión a favor de familiares en la cuantía y efectos reflejada en la parte dispositiva de la citada resolución.

El único motivo de dicho recurso, apoyado en el artículo 191 “c” de la LPL, censura la infracción del artículo 176.2 “c” del TR de la LGSS, así como del artículo 22 de la Orden de 13 de febrero de 1967, en relación con los artículos 317 y 319 de la LEC.

La discrepancia con lo resuelto en la sentencia se centra en exclusiva en el requisito de la convivencia del demandante con su padre, como causante de la pensión, pues se niega por las recurrentes que aquella tuviera lugar en los dos años anteriores a su defunción, partiendo del dato concreto, reflejado oportunamente en los hechos probados, de que el padre del demandante figuraba en el padrón municipal domiciliado desde noviembre de 2004 en la calle T., vivienda correspondiente a la hermana del actor, diferente del domicilio donde el demandante y sus padres convivían desde mucho tiempo atrás.

La resolución judicial impugnada salva este escollo a partir de diversos testigos y de las manifestaciones del propio actor, concluyendo que el cambio en el padrón municipal no comportó en realidad un cambio de domicilio efectivo, reconociendo la pensión pues no se discutió el resto de requisitos que la norma señala para lucrar dicha prestación.

Y desde ahora se adelanta que el motivo, y por añadidura el recurso, deben prosperar.

En efecto, debe considerarse que la certificación expedida en la que se pone de manifiesto que el padre del demandante estaba domiciliado en lugar diferente a donde vivía el propio recurrente es documento que hace prueba plena del hecho que

refleja en él, de ahí que no pueda desvirtuarse por unas manifestaciones de parte, ya que estamos en el caso de los señalados en el artículo 317,5º de la LEC, y tan solo cuando no sea dicho documento administrativo de los comprendidos en los apartados quinto y sexto del precepto citado antes, lo que no es el caso, se podrá contradecir o desvirtuar por otros medios de prueba la certeza de lo allí puesto de manifiesto. Como quiera que se ha aplicado en la sentencia una norma que no procedía para reconocer la prestación reclamada, al no acreditarse la convivencia del actor en los dos años procedentes al fallecimiento de su padre, procederá, como se adelantó, revocar, la sentencia y absolver a las recurrentes de las pretensiones sustentadas en su contra en la demanda.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulada por el INSS y la TGSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche de 26 de abril de 2010, recaída en autos sobre prestaciones a favor de familiares deducido por don J.S.J. con las citas recurrentes, y con revocación de la expresada sentencia, debemos absolver y absolvemos a las recurrentes de las pretensiones deducidas en su contra en la demanda.