

Sentencia núm. 2.815, de 11 de octubre de 2011

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador que presta servicio como ayudante de cocina en empresa familiar. El actor es familiar en 2º grado. Relación no matrimonial. Tras despido disciplinario solicita prestación por desempleo la cual le es denegada.

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

Sala: Estima el recurso declarando la existencia de relación laboral y tendiendo por tanto el actor derecho a la prestación por desempleo. El actor mantiene con la empresaria una relación extramatrimonial, por lo que no existe vinculación familiar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora y absolvió al SPEE, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por el Servicio Público de Empleo Estatal 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 que se revise el ordinal octavo para el que propone una nueva redacción que es sustancialmente coincidente con la asentada en la resultancia fáctica que se pretende variar, pero con introducción de nuevas valoraciones jurídicas impropias de figurar en los hechos declarados probados.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en el artículo 205,1 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 1.3 del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que la relación entre el actor y la empresaria no era matrimonial sino una relación extra matrimonial *more uxorio* y no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del art. 1.3 e) del E.T. y cita la sentencia del T.S. de 24-2-2000, ya que el mero hecho de la convivencia *more uxorio* no determina la existencia de la relación familiar, sin que pueda ser de aplicación por analogía la presunción favorable a la existencia de relaciones familiares previstas en el art. 1.3.e) del E.T., además, la Administración no puede ir contra sus propios actos ya que las actas de la Inspección de Trabajo se recoge la actividad que realizaba el actor y por tal circunstancia fue obligada la empresa a dar de alta al actor en el Régimen General como trabajador por cuenta ajena, por lo que procede estimar la demanda y revocar la sentencia impugnada.

Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que el actor se encontraba trabajando en la empresa con ocasión de la visita de la Inspección de Trabajo al centro de trabajo, habiéndose comprobado tal circunstancia, sin encontrarse

dado de alta el actor, habiéndose cursado el alta con fecha 24-1-2002; que el actor sí que se encontraba empadronado junto con la empresaria en el mismo domicilio hasta el 22-10-09, habiéndose producido el despido el 14-9-2009, y el actor realizó la declaración de la renta para el ejercicio 2008 como casado, incluyendo a la empresaria como cónyuge y declarando el domicilio del centro de trabajo. El actor está divorciado de una anterior relación, y tiene un hijo con la empresaria.

En el presente caso nos encontramos que el actor que es divorciado, tuvo una relación con la empresaria y un hijo con ésta con la que convivía en el mismo domicilio al tiempo del despido en el se encontraban ambos empadronados, existiendo entre ambos una relación de convivencia de hecho o "*more uxorio*", que no encaja dentro del tipo legal del art. 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores, pues aunque convivan trabajador y empresaria, sin embargo está ausente la condición familiar, ya que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000, (Rec. 2.117/1999) la norma estatutaria se está refiriendo cuando habla de familia a la nacida del matrimonio y no prevé la convivencia *more uxori*. Y si a ello se adiciona el hecho de que el actor efectivamente se encontraba trabajando para la empresa, hay que concluir que existía una relación laboral con derecho a la prestación por desempleo, y al no haberlo entendido de ese modo la sentencia impugnada debe ser revocada previa estimación del recurso que se examina.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor Don R.F.R. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Dos de los de Alicante, de fecha 18 de enero de 2.011, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos el derecho del actor a percibir la prestación por desempleo y al abono de las prestaciones en la cuantía y periodo que reglamentariamente le corresponda, condenando al Servicio Público de Empleo Estatal a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente.

Sentencia núm. 2.816, de 11 de octubre de 2011

Materia: Prestación de viudedad. La actora solicita la prestación tras fallecimiento del causante. La solicitud es denegada al no hallarse éste en alta o en situación asimilada al alta y no haber completado el periodo mínimo de cotización. El causante ha cotizado en el RGSS y en el REA por cuenta propia. El actor acredita en total 4.316 días cotizados. Quedan probados 700 días en descubierto y prescritos.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora al percibo de una pensión de viudedad, con arreglo a una determinada base reguladora, condenando al INSS a pasar por esta declaración y a abonar dicha prestación a partir de una determinada fecha.

Sala: Estima en parte el recurso, fijando una cuantía distinta en la base reguladora, sin perjuicio de que ésta sea complementada hasta el mínimo legal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora declaró el derecho de la demandante al percibo de la pensión de viudedad con arreglo a una base reguladora de 524,28 euros/mes condenando al INSS al abono de dicha prestación con efectos de 4-11-2008, interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en la impugnación del recurso se alega que no debe ser admitido por cuanto el recurso de admitirse no va atener consecuencias jurídicas y el propósito es deferir el pago de los atrasos de la pensión de viudedad otorgada, habiendo bastado un recurso de aclaración para resolver la cuestión planteada sin causar perjuicio alguno a la parte actora, por lo que interesa la inadmisión del recurso o de manera subsidiaria su desestimación y en ambos casos con imposición de multa y costas. Pero esta alegación no encuentra respaldo en lo actuado en los autos, ya que la Administración de la Seguridad Social ha usado los cauces que la normativa pone a su alcance interponiendo un recurso de suplicación para la defensa de sus intereses, no estando obligada a plantear preceptivamente un recurso de aclaración, y sin que conste acreditado que ello constituya una maniobra para diferir el pago de los atrasos de la pensión de viudedad otorgada, no constado probado que haya existido mala fe en la opción ejercitada y que la Ley le permite.

En el primer motivo del recurso se pretende con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto respecto del ordinal sexto que se redacte del siguiente modo: “La base reguladora de la prestación solicitada asciende a 1,04 euros/mes siendo los efectos del 4-11-2008”, variación fáctica que debe prosperar por cuanto así resulta de los concretos documentos en que se basa.

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 7.2 del Decreto 1646/1972, por lo que considera que la base reguladora de la pensión es de 1,04 euros mensuales, sin perjuicio de que se complemente hasta el mínimo legal que en el año 2009 alcanzó la cantidad de 524,28 euros mensuales, por lo que con estimación del recurso debe revocarse parcialmente la sentencia recurrida en el sentido de modificar la base reguladora por la correcta de 1,04 euros mensuales.

Motivo que debe alcanzar éxito. Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que la base reguladora de la prestación interesada asciende a 1,04 euros mensuales, y si bien atendido el importe de tal base reguladora se debe aplicar el complemento hasta el mínimo legal del año 2009 que asciende a 524,28 euros mensuales, tal como se solicita en la demanda y se establece en la sentencia impugnada, esta última cantidad que aplica la sentencia no constituye la base reguladora y siendo así que la sentencia debe establecer con claridad la cuantía de la base reguladora de la prestación a los efectos pertinentes, en evitación de futuros equívocos o inadecuadas interpretaciones, procede dejar sentada la base reguladora sin perjuicio de que se complemente hasta el mínimo legal. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar en parte la sentencia de instancia en el sentido señalado.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSS frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Seis de los de Alicante, de fecha 29 de noviembre de 2.010, dictada en virtud de demanda interpuesta por Doña L.D.F., a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar debemos declarar y declaramos que la base reguladora de la prestación de viudedad asciende a la cantidad de 1,04 euros al mes, sin perjuicio de que se complemente hasta el mínimo legal del año 2009 y las revalorizaciones que reglamentariamente procedan, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

Sentencia núm. 2.817, de 14 de octubre de 2011

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

El trabajador presta sus servicios en empresa con menos de 25 trabajadores. La empresa no tiene liquidez para abonarle el 60% de la indemnización. La empresa tiene solicitado el aplazamiento de pagos de la Seguridad Social y de la Agencia Tributaria. Procedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la procedencia del despido objetivo por causas económicas y productivas. Abono correspondiente indemnización.

Sala: Estima en parte el recurso obligando a la empresa demandada al pago de los salarios de tramitación, por incumplimiento de preaviso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia considera procedente el despido del trabajador, por las causas económicas alegadas por la empresa y que ésta acredita, y entiende asimismo acreditada la falta de liquidez de la empresa que reconoce al trabajador una indemnización de 20 días por año, que no satisface al momento del despido por iliquidez. Por ello, desestima la demanda del actor reconociendo al trabajador una indemnización por despido objetivo de 2.133 euros y condenando a la empresa al abono de 1279,80 euros, en lugar de los 822,62 euros ofrecidos por la empresa en la carta de despido, al entender que se ha producido un error excusable de la empresa.

Contra ese pronunciamiento recurre el trabajador que plantea dos motivos iniciales amparados en el apartado b) del art 191 de la LPL, en los que pretende la revisión de los hechos primero y tercero. En el primero, para rectificar el importe del salario con prorrata de pagas extras, que la sentencia calcula en 1280.06 euros, para que se calcule en 1534,41 euros. Y ello en base a la misma nómina de julio examinada por el Juzgador de la instancia, donde consta como total devengada la cantidad de 1315,42 euros al computar la media dieta, más 218,99 euros por la prorrata de pagas extras. En el segundo, para que se haga constar en el hecho tercero que al trabajador no se le ha abonado cantidad alguna por preaviso, alegando que formalmente se ha producido un despido con efectos retroactivos, pues el actor fue notificado de un despido, con posterioridad a su fecha de efectos para simular el cumplimiento de los requisitos legales. Pero ninguno de los motivos mencionados puede prosperar porque se trata de una cuestión fáctica que la parte recurrente no ha cuestionado por los procedimientos adecuados, ya que respecto al hecho primero se basa en la misma documental tenida en cuenta por la sentencia en la que consta incluida la prorrata de pagas extras en el total computado para integrar la cantidad tenida en cuenta por la sentencia, y en cuanto al hecho tercero, porque no se cita prueba alguna que pueda servir de base al recurso, dado que ninguna documental o pericial es citada como base de la revisión propuesta, ello con independencia de tener en consideración, a los efectos oportunos las consecuencias

legales derivadas de las diversas fechas que constan acreditadas. Hay que recordar en todo caso, que el recurso de suplicación no es, por su naturaleza una apelación o una segunda instancia (STC de 18-10-93) por lo que el Tribunal “ad quem” no puede valorar “ex novo” toda la prueba practicada. En consecuencia, corresponde al juzgador “a quo” la misión de fijar los hechos probados con libertad de convicción, según lo actuado y el conjunto de la prueba practicada conforme al artículo 97.2 de la Ley Procesal Laboral (S.T. Supremo 24-02-92 en unificación de doctrina), sin que, a efectos de suplicación, una prueba alcance mayor valor que otra (esta Sala, SS 27-02-91, 14-06-94, 11-07-95, 20-01-98, etc), ni cabe el intento de sustituir por el del propio recurrente el criterio fáctico del juez, más objetivo e imparcial. Por ello debemos rechazar la revisión fáctica pretendida.

SEGUNDO.- En el tercer motivo, amparado en el apartado c) del ya citado precepto procesal se alega la interpretación errónea del art. 53 del ET, pues entiende el recurrente que la empresa no ha cumplido con los requisitos formales exigidos, pues no ha abonado el preaviso, ni entregado el importe de la indemnización, ni contabilizado ésta de manera correcta, por lo que ha sido el juzgador de la instancia quien la ha fijado, procediendo no obstante al rechazo de la demanda.

De las diversas alegaciones efectuadas por el recurrente debemos centrarnos en las dos relevantes, consistentes en si la diferencia entre lo señalado como debido y lo realmente debido es excusable, y la relevancia que cabe atribuir al impago por la empresa del preaviso.

1.- Según los datos expuestos por la sentencia de instancia existiría una diferencia entre la cuantía calculada por la empresa (1371,04 euros) como importe de la indemnización debida al trabajador por el despido objetivo, y la que debió ofrecerse, que calcula en 2.133 euros. Observada tal diferencia concluye la sentencia de instancia que se trata de un error excusable por su pequeña cuantía, lo que rebate el trabajador por entender que con independencia de la cuantía, que viene determinada por la escasa antigüedad, en términos porcentuales la diferencia es superior al 50% del total de dicha indemnización, por lo que considera que no debe aceptarse tal error como excusable.

Debe señalar la sala que la indemnización por despido objetivo, al margen del posible acuerdo a que puedan llegar las partes para maximizarla, es una indemnización tasada, lo que cobra especial interés en el supuesto de un despido objetivo realizado por una empresa de menos de 25 trabajadores, pues la aplicación del art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores va a suponer la responsabilidad directa del Fogasa en el abono del 40% de dicha indemnización legal. Por ello es de legal interés determinar y comprobar los cálculos efectuados en su día en la instancia, a la vista de que el índice que ha servido de referencia al juzgador ha sido el de “50”. Y ello, porque a la vista de la antigüedad del trabajador, indiscutida en la instancia, (18 meses), el índice de referencia que debió servir de base para el cómputo de la indicada indemnización, es el de “30”. El cálculo a realizar es, por tanto, el de 42,66 euros, que es el salario/día, por dicho índice “30”, lo que lleva a la cantidad de 1.279,8 euros, es decir una cantidad incluso inferior a la fijada por la empresa en la carta de despido. De acuerdo con tales datos, es obvio que carece ya de interés el análisis de la existencia de la excusabilidad o no de un supuesto error que no consta producido. No obstante, el hecho de que la realización del cálculo de la indemnización por la sala no tiene más consecuencia que la de fijarla a los efectos de analizar el motivo planteado por el propio trabajador, lo que no puede tener un reflejo directo en la cuantía de la condena a la

empresa, que al no haber recurrido la sentencia ni haber discutido la corrección de los cálculos efectuados en la instancia no puede ahora beneficiarse de lo que sería una “reformatio in peius” en contra del propio recurrente.

2.- Se señalan también por la parte recurrente que la empresa ha pretendido simular el cumplimiento del preaviso, con el juego de fechas entre la notificación del despido y sus efectos. Y efectivamente en este concreto punto no le falta razón al recurrente, pues con independencia de que los trabajadores pudieran conocer la situación de la empresa, y sus dificultades económicas, la fecha que debe tenerse en consideración como de efectos del despido, con independencia de la fecha de la carta, es la de su notificación. Por ello debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 53.4 del ET conforme al cual, “La no concesión del preaviso no anulará la extinción, si bien el empresario, con independencia de los demás efectos que procedan, estará obligado a abonar los salarios correspondientes a dicho periodo”. Por tanto, no constando que la empresa cumpliera con la obligación legal de preavisar al trabajador con treinta días de antelación a la fecha de la extinción de su contrato de trabajo, la condena al abono de los salarios correspondientes a dicho periodo se ajusta a las previsiones legales, sin que a ello pueda oponerse que el trabajador tuviera conocimiento de que él u otros trabajadores iban a ser objeto de una extinción contractual. Por ello, en éste concreto motivo debe esta sala estimar el recurso condenando a la empresa a satisfacer al recurrente el salario del mes de preaviso, en el mismo importe fijado por la sentencia de instancia como salarial.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON V.P.C.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DOCE de los de VALENCIA, de fecha 12 de mayo del 2010; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida en el sentido de añadir a la condena a la empresa a satisfacerle 1279,80 euros, la de la cantidad de 1280,06 euros de preaviso, por lo que el importe total de la condena a satisfacer por la empresa demandada al trabajador D. V.P.C.F. es de 2487,86 euros. Se confirma el resto del pronunciamiento.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.825, de 18 de octubre de 2011

Materia: Modificación de las condiciones de trabajo. Trabajador al servicio de empresa demandada con categoría profesional de coordinador. Como consecuencia de la situación de crisis de la empresa, ésta ofrece a sus trabajadores la modificación de sus categorías profesionales o la extinción de sus contratos por causas objetivas. Todos los trabajadores menos el actor acceden a la modificación de la relación laboral. Al trabajador no conforme se le hace entrega de la extinción por causas objetivas. Impugnación del acuerdo de modificación sustancial. Nulidad del acuerdo. Aplicación del artículo 41 del ET.

Juzgado: Desestima la demanda. Procede la extinción de la relación laboral al no aceptar el trabajador la opción de modificación de las condiciones de trabajo, provocada por la situación económica de la empresa.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Existe un pacto novatorio de la empresa con los trabajadores, admitiendo éstos las nuevas condiciones, dando virtualidad al juego de la autonomía de la voluntad y provocando la exclusión de lo dispuesto en el artículo 41.3 del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la pretensión deducida en la demanda, tendente a que se declarase nulo y sin efecto el acuerdo suscrito entre ambas partes en 22 de diciembre de 2010 por el que se procedía a modificar las condiciones laborales relativas a la categoría y retribución que venían manteniendo, y, en su consecuencia, que se acordase la reposición a la situación anterior, y contra la misma se interpone, en nombre del demandante, el presente recurso de suplicación – impugnado de contrario por la patronal - aduciendo, al efecto, un doble motivo: el primero, para revisar la declaración de hechos probados; y el segundo, para denunciar el derecho aplicado, con fundamento, respectivamente, en los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- Al socaire del primero de esos motivos se interesa, con referencia al hecho probado segundo, que se intercale a continuación de donde indica “con efectos de 1.1.2010” la frase siguiente “sin mediar un preaviso de 30 días...”, alude para ello a la documental de la parte actora con números 1 y 2; y que, de igual modo, se suprima el último párrafo que expresa “ Al trabajador no conforme se le hizo entrega de carta de extinción por causas objetivas”, por considerar que es un hecho que no afecta al demandante a la vista del documento nº 4 de la parte demandada.

La pretensión revisora ha de ser rechazada en su integridad, pues, en lo que se refiere a la primera de las cuestiones, el aserto que se trata de introducir viene constatado en la propia redacción del hecho probado cuando refiere que el 22 de diciembre de 2010 se sostuvo la reunión que dio lugar a que se suscribiese el acuerdo controvertido, cuyos efectos modificativos, objeto del pacto, se remitían al 1 de enero de 2011, sin que, por lo tanto, hubieran transcurrido 30 días, de aquí que vendría a implicar una simple reiteración, todo ello sin perjuicio de que, como se razonará, tal circunstancia deviene intrascendente para incidir en el signo del fallo, conclusión ésta que abunda también para no dar acogida a la segunda de las cuestiones, teniendo además en cuenta que el reflejo fáctico que se propugna suprimir se induce como corolario natural del mismo contenido del aludido hecho probado.

TERCERO.- En el ámbito de la censura jurídica se aduce la infracción del art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores así como de los criterios establecidos, en relación con dicho artículo, en las sentencias que cita de alguno de los Tribunales Superiores de Justicia, en el entendimiento de que procede declarar la nulidad de la medida modificativa de las condiciones de trabajo del actor al haberse incumplido los requisitos formales que se contemplan en el mentado artículo.

Ante tal planteamiento la problemática que se suscita se centra en determinar sí, en función de la declaración fáctica acreditada, resulta aplicable o no al supuesto de autos el mentado artículo 41, y, en concreto, sí procede o no la observancia de los trámites a que se alude en su punto 3.

En orden a su resolución, se ha de partir señalando que en este precepto se contempla una posibilidad de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, tanto de carácter individual como colectivo, como facultad que se otorga a la dirección de la empresa, esto es, por decisión unilateral de la misma, siempre que se encuentre basada en probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y que contribuyan a lograr una mejora de la situación empresarial a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. Se trata por tanto, de un poder que la norma atribuye directamente a la parte empresarial que, por afectar a los condicionantes esenciales de la prestación de sus servicios por los trabajadores, viene sometido a una serie de garantías procedimentales de ineludible cumplimiento, que se concretan, en el caso de modificación de carácter individual, en que la decisión deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de treinta días a la fecha de su efectividad.

Pues bien, en el supuesto de autos no se infiere concurrente el presupuesto determinante de la aplicación del precepto que se reputa infringido, ya que, aún cuando la actitud de la patronal demandada venía condicionada por la situación de crisis, como se refleja en el hecho probado segundo y se reitera en el fundamento de derecho tercero haciendo mención a la testifical prestada por el presidente del comité de empresa “que afirmó la situación de crisis de la empresa”, no hizo uso de la facultad que específicamente le confería la norma en entredicho, sino que buscó una solución optativa que contase con la voluntad de los trabajadores afectados, bien mediante la suscripción de un pacto novatorio relativo a sus condiciones de trabajo o bien procediendo a la extinción de sus contratos por causas objetivas. La admisión de la primera de las propuestas da virtualidad al juego de la autonomía de la voluntad, que lógicamente provoca la exclusión de lo dispuesto en el referido artículo 41 del Estatuto

de los Trabajadores, incluso con mayor incidencia en lo que se refiere al cumplimiento de requisitos procedimentales, y al haberlo entendido así la sentencia impugnada, centrado en ese particular el objeto traído a consideración en esta vía, se impone su confirmación, con la consiguiente desestimación del recurso.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. Á.V.M. contra la sentencia de 27 de mayo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la indicada resolución.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.848, de 18 de octubre de 2011

Materia: Personal laboral fijo al servicio de la Administración. Personal docente. Reclamación de cantidad. Abono de complementos salariales: complemento de dirección.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo de la misma a la Conselleria demandada.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Se reconoce el derecho de la actora a percibir el complemento de dirección por el periodo reclamado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Alicante que desestima la reclamación de la demandante sobre abono del complemento de dirección por el período que va desde enero de 2008 a octubre de 2009, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora que articula en un único motivo aunque lo denomina primero, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

En este motivo que se introduce por el apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), aunque no se diga expresamente, se imputa a la sentencia del Juzgado la infracción por inaplicación del Acuerdo del Consell de 12-12-2008 en el que se regula el complemento de dirección cuyo abono reclama la actora. Aduce la defensa de la recurrente que en la sentencia se le reconoce que ha venido prestando sus servicios como Directora del centro Escuela Infantil R. pero no se le reconoce el abono del complemento de dirección reclamado, porque no tiene en cuenta el reconocimiento de los centros de educación infantil dentro del sistema educativo como marca la LOE, siendo a partir de ese momento cuando se inicia la nueva regulación y por lo tanto la existencia del cargo de la dirección del centro, el cual será ocupado por personal funcionario docente, entrando en vigor el sistema retributivo en esa fecha, habiendo mantenido la Administración a la actora en su cargo en la dirección del centro, en lugar de nombrar a una funcionaria docente en el puesto de dirección, como debió de hacer. Asimismo, indica que no es cierto que el puesto de trabajo que ocupa la actora no pertenezca a un centro dependiente de la Conselleria de Educación, puesto que si bien es cierto que no está incluido en las RPTS, sí que está el puesto encuadrado en un centro dependiente de la Conselleria de Educación, lo que se puede corroborar en el DOGV de 13 de mayo de 2008. Por último señala que la sentencia del TS de 10-2-10 que invoca la GVA y de la que se hace eco la sentencia impugnada no es de aplicación al presente caso ya que la misma habla de personal funcionario y laboral que ocupa el puesto con la misma denominación, mientras que la actora aunque hace funciones de directora desde 1985 no es sino a partir del 2008 cuando aparece el reconocimiento de las maestras infantiles como directoras de centro con el complemento de dirección.

Para resolver la cuestión controvertida se ha de partir del inalterado relato fáctico de la sentencia del Juzgado del que ahora interesa destacar que la demandante viene prestando servicios como personal laboral fijo en la Escuela Infantil R. de A. con la categoría profesional de maestra de educación infantil, incluida en la RPT de la Administración al servicio del Consell de la Generalitat en el Grupo de titulación B, nivel de complemento 16 y específico E013. Desde 1985 y hasta el 1 de septiembre de 2010 en que fue nombrada directora D.^a S.S.G., funcionaria en prácticas, la actora se ha ocupado de actuar cotidianamente como directora del Centro educativo, firmando y recibiendo como tal los documentos oficiales, inclusive los de Inspección educativa, de recepción de material y gestionando la cuenta del Colegio como representante del mismo. La demandante traspasó a la Sra. G. al tiempo de su toma de posesión toda la documentación que estuvo a su cargo hasta entonces.

La defensa de la parte actora fundamenta su pretensión sobre devengo del complemento de Dirección en el Acuerdo de 12 de diciembre de 2008 por el que se aprobó el incremento del complemento retributivo del personal docente relacionado con los cargos directivos que ejerzan su cargo en centros públicos dependientes de la Conselleria de Educación. Es cierto que la demandante no ha accedido a la condición de funcionario, sino que es personal laboral fijo y que por lo tanto no forma parte del Cuerpo de maestros, ahora bien también es verdad que la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo, en su art. 3 incluyó la Educación infantil dentro de las enseñanzas de régimen general del sistema educativo, y que por Acuerdo de 6 de febrero de 1995, del Gobierno valenciano, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1990 de Ordenación General del Sistema Educativo, determinó que los puestos de Maestro de Educación Infantil tendrán naturaleza docente y serán provistos por funcionarios del Cuerpo de maestros, así como que el personal destinado en estos puestos que no acceda a la condición de funcionario del cuerpo docente mencionado, por no superar las pruebas específicas, conservará la misma naturaleza jurídica de su relación de empleo, siendo éste el caso de la actora. Luego aunque la demandante no sea personal funcionario sí que es personal docente y al haber desempeñado la misma con pleno conocimiento y consentimiento de la Administración el cargo de dirección en la Escuela Infantil R. de A. durante más de veinte años, entre los que está comprendido el período al que ciñe su reclamación, tiene derecho a percibir el complemento de Dirección establecido en el susodicho Acuerdo, sin que obste a dicha conclusión que el puesto de trabajo de la actora figure en la relación de puestos de trabajo de la Administración al servicio del Consell de la Generalitat ya que ello simplemente obedece a su no integración en el cuerpo de funcionarios docentes.

Por último tan solo resta añadir que no es aplicable al presente caso, tal y como apunta la defensa de la recurrente la doctrina jurisprudencial invocada por la Administración demandada y de la que se hace eco la sentencia del Juzgado, plasmada, entre otras, en la sentencia de 10-2-2010, ya que aquí no se trata de la existencia de diferencias retributivas entre personal laboral y personal funcionario que hacen las mismas funciones y que se justifican por el distinto régimen de obligaciones y derechos que atañen a uno y otro personal, sino que se trata de la retribución de un cargo, el de Dirección de Escuela Infantil, que ha desarrollado la actora durante el período de tiempo reclamado y por el que no ha recibido ninguna remuneración.

La estimación del recurso conlleva la revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar la demanda y condenar a la Administración autonómica al abono de la

cantidad no controvertida de 10.122,60 euros en concepto de complemento de Dirección por el período que va de enero de 2008 a octubre de 2009.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^a M.E.L.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Alicante y su provincia, de fecha 23 de diciembre de 2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la Generalitat Valenciana; y, revocamos la sentencia recurrida, estimando la demanda y condenando a la Administración Autonómica a abonar a la demandante la cantidad de 10.122,60 euros en concepto de complemento de Dirección por el período que va de enero de 2008 a octubre de 2009.

Sentencia núm. 2.863, de 18 de octubre de 2011

Materia: Prestación por desempleo. Cobro indebido de la prestación. Devolución de determinada cantidad indebidamente percibida por coincidir con el cobro de salarios de tramitación.

Juzgado: Estima en parte la demanda, dejando sin efecto la resolución impugnada que determinó un cobro indebido de determinada cantidad, estableciendo que la cantidad indebidamente percibida es inferior, limitando a tal cuantía la cantidad a devolver en virtud del expediente seguido.

Sala: Estima el recurso, determinando una nueva cantidad a reintegrar en concepto de cobro indebido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de doña M.T.A. la sentencia de instancia que si bien estimó parcialmente su demanda, la condenó a abonar al Servicio Público de Empleo Estatal la cantidad de 5.545,5 euros en concepto de prestación por desempleo indebidamente percibida. Lo que se cuestiona en el recurso no es la obligación de la demandante de proceder a la devolución del importe de la prestación, en la medida en que se solapa con los salarios de tramitación percibidos como consecuencia de la declaración de improcedencia de su despido, sino únicamente la cuantía de la cantidad a devolver, que la demandante fija en 4.490,33 euros, por ser es la coincidente con el periodo en que se percibieron salarios de tramitación.

2. Así pues, en el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que al relato fáctico de la sentencia se adicione un hecho probado nuevo en el que se diga que la tramitación del despido se extendió desde el 25/01/2008 hasta el 04/07/2008 –lo que ya se deduce el hecho probado segundo-, que hacen un total de 162 días durante los cuales la actora percibió del INEM la cantidad de 4.490,33 euros abonada de la siguiente manera: desde el 28/01/2008 hasta el 30/04/2008, 3.288,2 euros abonados el 10/05/2008; desde el 01/05/2008 hasta el 31/05/2008, 1060,71 euros abonados el 10 de junio de 2008; desde el 01/06/2008 hasta el 04/06/2008, 141,62 euros abonados el 10 de julio de 2008. Petición a la que se accede pues así resulta de los documentos invocados por el recurrente, que son las comunicaciones de abono emitidas por la entidad bancaria en la que se efectuaban los pagos de la prestación, sin que por el SPEE se haya opuesto objeción alguna ni a esta modificación fáctica, ni a la petición deducida en el recurso, dado que no fue impugnado por aquél.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo del recurso es una mera consecuencia del anterior, pues por el apartado c) del artículo 191 de la LPL se denuncia la infracción del artículo 209.5.a) 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 los artículos 24.2 y 47.a) 1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, por el que

se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Lo que se sostiene en este motivo es que la obligación de reintegro solo alcanza a las cantidades percibidas indebidamente que, en el presente caso, ascienden a 4.490,33 euros y no a los 5.545,5 euros a que fue condenada en la sentencia, pues durante el periodo comprendido entre el 5 de junio y el 5 de julio de 2008 no se percibió prestación al haber sido sancionada la demandante con la suspensión durante un mes.

2. El motivo debe ser estimado dada la ausencia de oposición del SPEE y a la vista de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, con la modificación introducida a instancia de la recurrente. En efecto, de acuerdo con esta modificación queda acreditado que durante el periodo coincidente con los salarios de tramitación la actora percibió en concepto de prestación por desempleo la cantidad total de 4.490,33 euros, pues tal y como recoge la propia sentencia recurrida en su hecho probado tercero, por resolución de 10 de septiembre de 2009 se sancionó a la demandante con la suspensión de la prestación reconocida por el periodo de un mes con efectos de 5 de junio de 2008, sin que conste que en este periodo se percibiera la prestación. Así pues, procede estimar el recurso en el sentido de fijar la cantidad en 4.490,33 euros la cantidad que la demandante debe reintegrar.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA M.T.A.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.10 de los de Valencia de fecha 18 de febrero de 2011; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de fijar en 4.490,33 euros la cantidad que la demandante debe reintegrar en concepto de prestación de desempleo indebidamente percibida al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, en lugar de los 5.545,5 euros establecidos en la sentencia recurrida.

Sin costas

Sentencia núm. 2.884, de 18 de octubre de 2011

Materia: Prestación de viudedad. La demandante se encuentra divorciada del causante de la prestación, habiéndose fijado un convenio regulador. El INSS deniega la prestación alegando que a fecha del fallecimiento no se tenía derecho a la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Civil, en relación con el art. 174.2 de la LGSS y D.T. 18 de la LGSS.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la demandante a percibir la pensión de viudedad a cargo del INSS en los términos y porcentajes legalmente establecidos, con pago de las cantidades no abonadas desde la solicitud de dicha pensión y los intereses y recargos legales que corresponda.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. En el momento del fallecimiento del causante no estaba establecida ninguna pensión compensatoria a favor de la viuda. Tampoco puede la demandante acogerse al beneficio de la DT 18 de la LGSS, ya que en los supuestos de separación judicial o divorcio sin pensión compensatoria, se exige que éste se haya producido con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007. No procede la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia que se combate estimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la representación letrada de la Seguridad Social en nombre del INSS. Se plantea un único motivo de recurso amparado en lo dispuesto en el art.191 c) de la LPL denunciándose en el mismo la infracción del art. 174.2 primer párrafo de la LGSS. Se argumenta en el motivo que la pensión de viudedad del cónyuge en casos de separación o divorcio quedaría condicionada a la existencia de pensión compensatoria y aquí en la sentencia de divorcio de 2/6/2008 no se estableció la referenciada pensión por lo que en el momento del hecho causante no se reunían los requisitos exigidos legalmente.

Indica el precepto denunciado 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 este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de

viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

De la lectura literal del precepto se desprende que la asignación de pensión de viudedad en casos de divorcio se condiciona 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, 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, pues disuelto el matrimonio por sentencia de 2/6/2008 nada se estableció a favor de la demandante sobre dicha pensión compensatoria. Tampoco podría aplicarse las previsiones contenidas en la D.T. 18ª de la LGSS introducida por la LPGE para el año 2010 dado que dicha norma transitoria sobre la pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio sin pensión compensatoria exige expresamente que *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.*

Requisito que no concurriría en el supuesto que contempla la resolución de instancia dado que la sentencia de divorcio tuvo lugar el 2/6/2008, y la referenciada Ley entró en vigor el 1/1/2008, acaeciendo pues la disolución del vínculo por divorcio en fecha posterior a la de la indicada entrada en vigor. Derivado de la normativa expuesta procederá el acogimiento del recurso planteado, la revocación de la sentencia recurrida con la consiguiente desestimación de la demanda.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social número SEIS de Valencia en virtud de demanda presentada a instancia de Dª C.H.R. contra Instituto Nacional de la Seguridad Social en reclamación por viudedad y en consecuencia, con revocación de la misma, debemos absolver a la entidad gestora de las pretensiones deducidas en la demanda.

Sentencia núm. 2.891, de 20 de octubre de 2011

Materia: Impugnación de alta médica. Trabajador afiliado al RGSS, de profesión conserje, que causa baja por incapacidad temporal. Se le extiende parte de alta, siguiendo experimentando las mismas dolencias que conllevaron a la situación de IT.

Juzgado: Estima la demanda dejando sin efecto el alta médica y declarando el derecho del actor a continuar en situación de incapacidad temporal hasta que se produzca su alta médica por curación o su pase a la situación de invalidez permanente., condenando a los organismos demandados a pasar por esta declaración y al pago de las prestaciones económicas que procedan sobre base reguladora que venía hasta la fecha del alta médica percibiendo.

Sala: Estima en parte el recurso en el sentido de no reconocer al actor una situación de invalidez permanente ya que éste no ha agotado el periodo de 18 meses de incapacidad temporal, sin que la IT se haya extinguido. Reconoce el derecho del actor a permanecer en situación de IT.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda, “deja sin efecto el alta médica con fecha 04-08-2009 expedida el día 28-07-2009, y declara el derecho del actor a continuar en situación de incapacidad temporal hasta que se produzca su alta médica por curación o su pase a la situación de invalidez permanente; condenando al Organismo demandado a estar y pasar por esta declaración y al pago de las prestaciones económicas que procedan sobre base reguladora que venía hasta la fecha del alta médica percibiendo”, se interpone recurso de suplicación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, que articula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, en el que denuncia la infracción del art. 131-bis, en relación con el art. 128.1.a), ambos de la LGSS. Sostiene el recurrente que las dolencias que padece el actor configuran un proceso definitivamente instaurado, no susceptible de tratamiento curativo, sin perjuicio del paliativo o rehabilitador, sin posibilidad objetiva de recuperación, constituyendo secuelas definitivas, pudiendo el actor promover expediente de incapacidad permanente, con cita de sentencias de TSJ que no conforman jurisprudencia (art. 1.6 CC), asimismo alega que, caso de dejar sin efecto el alta médica, la situación de incapacidad temporal se mantiene hasta que concurra causa legal de extinción, como es el trascurso de 18 meses.

2. El Art. 128. 1-a) de la LGSS, en su redacción vigente al tiempo del alta medica impugnada, decía: “1. 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 exclusivos efectos de la prestación económica por incapacidad temporal. 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 aquella 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”.

3. Del relato de hechos probados contenido en la sentencia de instancia se desprende que el actor, cuya profesión es la de conserje de edificios, inició proceso de incapacidad temporal el 13-2-08 prorrogada hasta el 15-5-09, siendo extendido parte de alta médica por el INSS el 4-8-09, asimismo se declara probado que al actor se le practicó Artrodesis L4-S1 en febrero de 2005 por hernia discal L4/L5 y L5/S1, y presenta mala bipedestación mantenida, forzamientos, sobrecarga articular lumbosacra, dolor cronificado. De lo que debe concluirse que, a la fecha del alta médica impugnada, el 4-8-2009, el actor no había agotado el periodo de 18 meses de incapacidad temporal, y el estado de sus dolencias le impedía trabajar, necesitando asistencia sanitaria, por lo que el recurso, en cuanto al alta médica, deberá ser desestimado, si bien la situación de incapacidad temporal derivada de la revocación del alta médica impugnada se extinguirá cuando concurra causa legal, tal como alega el recurrente, lo que lleva a la estimación parcial del recurso.

FALLO

Estimamos en parte 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. 3 de los de Castellón, de fecha 24-1-2011; en virtud de demanda presentada a instancia de J.S.F.; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia en el sentido que la situación de incapacidad temporal se extinguirá cuando concurra causa legal, confirmando en el resto sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.900, de 24 de octubre de 2011

Materia: Reconocimiento de derecho: abono de prestación económica de incapacidad temporal derivada de riesgo para la lactancia natural. Auxiliar de vuelo que tras baja por nacimiento de hijo disfruta de sus vacaciones. Una vez finalizados inicia baja por enfermedad común, sin haberse reincorporado a la empresa. La actora solicita un puesto alternativo de trabajo en tierra, careciéndose del mismo. La actora solicita a la mutua demandada y al INSS prestación por riesgo de lactancia. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda declarando no haber lugar a la prestación solicitada.

Sala: Desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia. Existe una incompatibilidad entre la profesión de la actora y el mantenimiento de la situación legal de lactancia, situación objetiva que no entra en el campo de aplicación de la norma. No existe un riesgo sino una imposibilidad material.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia, que rechaza tanto las excepciones procesales alegadas en juicio por las demandadas, como las pretensiones contenidas en la propia demanda, es recurrida por la trabajadora, que plantea su recurso a través de dos motivos amparados respectivamente, en los apartados a) y c) del artículo 191 de la LPL.

Pretende, en primer lugar, la nulidad de la sentencia de la instancia, a la que tacha de incongruente, por haber dejado de resolver en el fallo la pretensión principal de la demanda que no es otra que el reconocimiento de la prestación de riesgo durante la lactancia natural, con vulneración de lo dispuesto en el artículo 218 de la LEC y 24 de la CE. Entiende dicha parte que la sentencia de instancia ha obviado entrar en el fondo de la pretensión, pues establece como único argumento desestimatorio la situación de incapacidad temporal de la solicitante. Con cita de la doctrina emanada del TS en sentencia de 9 de junio del 2008 pretende que se estime incongruente el razonamiento expuesto, pues la situación de IT solo se plasmaría, una vez reconocida la prestación, como período en que la prestación por riesgo no podría compatibilizarse con la otorgada por incapacidad temporal.

La argumentación alegada por la parte recurrente se centra en el entendimiento de que en la instancia ha dejado de resolverse sobre el contenido de la demanda, limitándose a señalar que la situación de IT en la que se encontraba la lactante impedía valorar un riesgo inexistente en tal situación. Sin embargo, la sentencia de instancia además de señalar que los riesgos a los que alude en el hecho probado séptimo no están evaluados, señala también que la trabajadora no ha acreditado que esté

efectuando la lactancia natural de su hijo recién nacido. Por tanto, dicha resolución no ha dejado de pronunciarse sobre la cuestión de fondo, si bien lo ha hecho de forma sucinta, lo que nos lleva a rechazar la nulidad pretendida, ya que la motivación contenida en la sentencia de la instancia debe considerarse suficiente a los efectos del derecho de defensa.

SEGUNDO.- El segundo de los motivos, con el amparo del apartado c) del ya citado precepto procesal, cita como infringidos los arts 135 bis y 135 ter de la LGSS, según L.O.3/2007, artículo 26.4 de la LPRL y artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Pues bien debe señalarse que el art. 26.4 de la LPRL establece que, lo dispuesto en este artículo para riesgo de embarazo, será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo y así lo certifique el médico que, en el Régimen de Seguridad Social aplicable, asista facultativamente a la trabajadora. La Disposición Adicional 12.2 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introdujo un cuarto apartado que dispone:

"Lo dispuesto en los números 1 y 2 de este artículo será también de aplicación durante el período de lactancia natural, si las condiciones de trabajo pudieran influir negativamente en la salud de la mujer o del hijo [...]". Por citar los preceptos más concretos de aplicación, el art. 135 bis de la Ley General de la Seguridad Social, también introducido por la Ley Orgánica 3/2007 (Disposición Adicional 18.10), estableció: "A los efectos de la prestación económica por riesgo durante la lactancia natural, se considera situación protegida el período de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados".

A la vista de los preceptos anteriores la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia del 18 de marzo del 2011(rec. 2389/11) partiendo de que la situación protegida en el supuesto de lactancia natural es particularmente compleja, señala que la situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato que a su vez requiere: 1) la constatación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo; 2) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo; y 3) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a un "puesto o función diferente y compatible con su estado, aplicando los principios propios de la movilidad funcional, o incluso a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría". Es en la acreditación de la situación de riesgo donde se producen las mayores dificultades, pues es necesario acreditarlo, por lo que la norma acude a lo dispuesto en los arts 14 y siguientes de la LPRL, así como en el 16, con la exigencia de que tal evaluación ha de tener una especial proyección en el caso de maternidad o lactancia natural. Señala el nº 1 del citado precepto que: La evaluación de los riesgos a que se refiere el art 16 de esta ley deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente (el número 4 lo extiende a la lactancia natural), a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del feto, en cualquier

actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad o la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos”. Por tanto, señala el TS, la evaluación de riesgos, en relación con la lactancia, debe ser específico, debiendo alcanzar la determinación de la naturaleza, grado y duración de las exposiciones.

TERCERO.- Dicho esto, debe señalarse que la actora, que tuvo un hijo el día 24 de junio del 2010, ha permanecido en situación de baja por tal motivo, más vacaciones, hasta el día 15 de diciembre del 2010, a partir del cual se encuentra de baja por IT por enfermedad común, habiendo durado el período posterior a su maternidad hasta la baja por enfermedad común, cinco meses y 20 días, sin que se halla reincorporado a su actividad laboral desde el parto. En el caso concreto, no aparece que en el puesto de trabajo de la actora de TCP se haya evaluado el riesgo de lactancia, ni conste especificado el grado, naturaleza del riesgo o tiempo de exposición que adquiere la naturaleza de peligroso. Se trata de un puesto de trabajo que obliga a estancias fuera del domicilio de una semana o varios días, constando que en los vuelos interoceánicos no disponen de refrigeración por nevera ni lugar donde realizar la extracción de leche materna, ni posibilidad de congelarla. Por tanto, con independencia del posible riesgo, aún no evaluado respecto al puesto de trabajo de TCP de la actora, es el mismo puesto de trabajo el que impide su compatibilización con la lactancia natural. Y así lo señala la propia trabajadora en su demanda cuando hace hincapié, más que en los supuestos riesgos ambientales en las condiciones de trabajo, pues dice: “... si bien estos trabajos no suponen en sí mismos un mayor riesgo para la lactancia, no obstante, las propias condiciones del trabajo (vuelos interoceánicos), dificultan la lactancia a causa de los horarios de trabajo”, y que “los vuelos interoceánicos no solo dificultan la lactancia a causa de los horarios sino que más bien la impiden, debido a que en no pocas ocasiones dichas líneas obligan a pernoctar fuera de casa”.

A la vista de lo anterior pueden determinarse como elementos a tener en cuenta los que siguen:

1.- No existe evaluación de riesgos en el puesto de trabajo de la actora que especifique el riesgo derivado para la lactancia natural.

2.- Más que una situación de riesgo, existe una dificultad, difícilmente superable, de compatibilizar las funciones del puesto de trabajo de la actora con el mantenimiento de la lactancia natural por período superior a cinco meses y medio.

3.- No hay constancia de que la actora haya mantenido la situación de lactancia natural a partir de la fecha de baja por IT.

Por tanto, además de la falta de evaluación del posible riesgo existente, y de acreditación de la propia situación de lactancia a la fecha de aplicación de la suspensión del contrato, lo que aparece en el supuesto de hecho concreto es una situación de incompatibilidad de la concreta profesión de la actora con el mantenimiento de la situación de lactancia natural hasta los nueve meses pretendidos, dado que la actora debe realizar largos viajes que la mantienen alejada de su domicilio hasta una semana,

por lo que biológicamente se hace en extremo dificultosa, sino imposible, la lactancia natural a partir del sexto mes. Por tanto, no puede afirmarse de forma concreta que estemos ante el supuesto contemplado en la norma, sino en una situación objetiva diferente que no entra en el campo de aplicación contemplado. Debe señalarse que el derecho a mantener una situación de lactancia por tiempo de hasta nueve meses, al margen de las recomendaciones de la OMS y de la AEP señaladas por la recurrente (que establecen el plazo de seis meses), no es un derecho ilimitado, sino condicionado a las posibilidades propias de las circunstancias objetivas y subjetivas de cada trabajadora, y no constando la evaluación de existencia de un riesgo concreto y determinado, sino más bien la imposibilidad de compatibilizar las funciones del puesto de trabajo con la lactancia natural, debemos mantener el pronunciamiento dictado en la instancia, si bien revisando su fundamentación en el sentido antes indicado.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA C.V.M.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DOCE de los de VALENCIA, de fecha 24 de Enero del 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.915, de 25 de octubre de 2011

Materia: Prestación de invalidez: Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. Responsabilidad en el pago de la prestación.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la actora afecta de una situación de invalidez permanente total derivada de enfermedad profesional. Condena a la mutua patronal y al INSS al pago de una pensión vitalicia más los incrementos que correspondan, responsabilidad compartida al 50% por ambas codemandadas.

Sala: Estima el recuso del organismo codemandado en la sentencia, declarando que la responsabilidad en el pago de la prestación corresponde únicamente a la mutua codemandada. No se ha producido una situación de agravación por lesión, por lo que no es posible el reparto de responsabilidades que hace la sentencia de primera instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, dando acogida a la pretensión deducida en la demanda, que impugnaba la resolución de reconocimiento de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional, declara que la demandante Sra. E.M. se encuentra afecta a una situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de cocinera, derivada de enfermedad profesional, con derecho a la percepción de la prestación legalmente pertinente, correspondiendo su abono en un porcentaje del 50% a la Mutua demandada X. y en el otro 50% al INSS, con la reglamentaria participación de la TGSS, y frente a la misma se interpone por la representación letrada de los indicados Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social el presente recurso de suplicación, en el que al efecto se aduce un doble motivo: el primero, para revisar la declaración de hechos probados; y el segundo, para denunciar el derecho aplicado, con fundamento, respectivamente, en los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral.

SEGUNDO.- En el ámbito del primero de los motivos, se interesa la modificación del hecho probado quinto para que se introduzca después de donde dice “eritematosa en izquierda” la expresión de que es “patología derivada de enfermedad profesional”, y, de igual manera, en su final después de “...depresivo-ansioso.”, se indique que es “patología derivada de enfermedad común”. Se apoya en el informe médico obrante a los folios 43 a 49 de los autos, que fuera ratificado, mediante pericial médica en el acto del juicio.

La pretensión revisora debe ser acogida ya no sólo porque así se deriva de los elementos probatorios a que se alude como fundamento del motivo, sino incluso

porque el matiz diferencial que se propugna añadir implícitamente viene reconocido en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida para conformar el reparto de responsabilidades que se determina en su parte dispositiva.

TERCERO.- En lo que se refiere al examen de la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, a que se contrae el segundo de los motivos, se denuncia la vulneración del art. 137.4, en relación con los arts. 116, 117 y 126 de la Ley General de la Seguridad Social y de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 28-10-2002, 24-3-2009 y 5-10-1999, en el entendimiento de que la contingencia que ha dado lugar a la incapacidad permanente, cuyo inicial reconocimiento se efectúa en la sentencia recurrida, ha sido la enfermedad profesional, por lo que la responsabilidad en el pago de la prestación habrá de recaer exclusivamente en la Mutua codemandada, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pueda corresponder al INSS.

La tesis que se sustenta debe ser compartida en atención al criterio que ha venido manteniendo esta Sala de conformidad con la dirección establecida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En tal sentido, baste citar la sentencia de 3 de febrero de 2011, en la que, contemplando un supuesto similar, se decía: “Ciertamente existe una constante doctrina jurisprudencial que contempla el reparto o la distribución de responsabilidades entre el INSS y la mutua, o entre mutuas, según los casos, en los supuestos de revisión por agravación del grado de incapacidad permanente previamente reconocido. Pero esta no es la situación que ahora estamos enjuiciando, pues aunque es cierto que fue en el año... sufrió el accidente de trabajo, es la resolución del INSS que ahora se combate la que por vez primera le reconoció una incapacidad permanente. Por tanto, no estamos ante un supuesto de revisión por agravación, en el que el reparto de responsabilidades se justifica cuando la inicial incapacidad permanente a cargo de una entidad –el INSS o la mutua- se ve agravada posteriormente por dolencias que tienen su origen en una contingencia diferente, sino ante el supuesto más común de calificación inicial de la incapacidad permanente. Y en tales casos no es posible el reparto de responsabilidades que hace la sentencia recurrida, sino que lo que hay que hacer es calificar la contingencia que ha provocado esta primera declaración de incapacidad permanente, para, acto seguido, atribuir la responsabilidad en el pago de la prestación a la entidad correspondiente en los términos previstos en el artículo 126 de la LGSS. Y, a tal efecto, habrá que atender a la primera secuela que, por sí misma, sea determinante de la incapacidad permanente. De modo que si tal secuela deriva de accidente de trabajo estaremos ante una contingencia profesional, con la consiguiente responsabilidad de la mutua, y, en caso contrario, ante una contingencia común con responsabilidad del INSS.”

La aplicación al presente supuesto conduce a la estimación del recurso, pues como se desprende de lo razonado en el apartado quinto del fundamento de derecho de la sentencia recurrida en relación con la propia determinación establecida en su parte dispositiva, las secuelas invalidantes de la actora derivan directamente de la patología relativa a la enfermedad profesional, y no de las patologías degenerativas de la columna que también padece. Por tanto, dado que ha quedado acreditado que la patología invalidante, motivadora también de la incapacidad temporal a que se halló afecta la actora trae causa de la mencionada enfermedad profesional, la responsabilidad en el pago de la prestación debe recaer exclusivamente en la mutua X. que cubría dicho

riesgo. Por consiguiente, procede estimar el recurso interpuesto con revocación de la sentencia en cuanto a este particular, manteniendo el resto del pronunciamiento.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha 26 de enero de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Alicante, y, en su consecuencia, con revocación parcial de la misma debemos declarar y declaramos que corresponde el abono de la prestación que le ha sido reconocida a la actora, por su situación de incapacidad total para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional, exclusivamente a la Mutua X., sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS para el caso de insolvencia de dicha Mutua, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la citada resolución.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.918, de 25 de octubre de 2011

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que se ve afectado por un ERE de extinción y no de suspensión, viendo extinguida su relación laboral. Se indemniza al actor si bien se solicita por parte de éste una indemnización superior. Base reguladora para el cálculo de las indemnizaciones.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la demandada al pago de determinada cantidad, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al Fondo de Garantía Salarial.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. El actor ha sido objeto de un ERE de extinción, no siéndole aplicable la firma del acuerdo previo del ERE de suspensión aplicado a otros trabajadores.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación de la empresa, frente a la sentencia que le condena a abonar al actor la cantidad de 5.145,74€, en concepto de diferencia indemnización derivada de la extinción de su contrato en virtud de autorización acordada en expediente de regulación de empleo. En el primer motivo, redactado al amparo de la letra b) del Art. 191 de la LPL, interesa la revisión del hecho probado segundo, proponiendo como texto alternativo: “El actor prestaba sus servicios en la planta Novelda 4-CAM 4, que se vio afectado por el ERE 61/09 de fecha 12 de agosto de 2009, por el cual se extinguió su contrato de trabajo con fecha 25 de agosto de 2009. Por tal extinción, la empresa abonó al actor una indemnización de 24.734,26€, a razón de 20 días de salario por año de servicio con el límite de 12 mensualidades como se desprende de la resolución del ERE de extinción 61/09”, basándose en los folios 285 a 289, 376, 422 a 442, 461 a 470, 515 y 516.

De la documental en que se apoya el recurrente se desprende la fecha de la resolución del ERE 61/09 y la fecha de baja del actor en la empresa, por lo que respecto a tales dichos se admite la revisión; no así en cuanto al módulo de días de salario calculados para la indemnización, por no desprenderse directamente de la documental en que se apoya, si bien dado que el impugnante admite que no se discute que el cálculo debe hacerse sobre 20 días por año de servicio, procede la supresión de la frase “a razón de 30 días de salario por año de servicio”, del hecho impugnado.

2. En el segundo motivo, con igual amparo procesal, solicita la revisión el hecho probado quinto, proponiendo el siguiente texto, “El actor fue objeto de una movilidad funcional siendo adscrito a otro puesto de trabajo del mismo centro, pasando el 2 de marzo de la sección de taller, con funciones de almacenaje de tablas donde realizaba habitualmente horas extras y mediante sistema a destajo, a la de mantenimiento, con tareas de limpieza, en la que cobraba el salario convenio, sin

realizar horas extras, de 48,40 € con prorrata pues en comité de empresa impuso a la empresa, como condición para la firma del acuerdo previo al ERE 13/09, que no se trabajaron horas extraordinarias. Otros trabajadores a los que se les aplicó la suspensión de contrato únicamente dejaban de trabajar uno o dos días a la semana, según la planta que se tratara, cobrando el desempleo a promedio diario y trabajando el resto del tiempo en sus turnos y jornadas habituales. El trabajo propio del actor se dejó de hacer durante el ERE (testifical SR. M. y P. y folios 66 a 282 y 507 a 512), basándose en el folio 67.

El recurrente pretende suprimir del hecho impugnado que el traslado del actor fue debido a la cláusula 6º del acuerdo de 18-2-09, conclusión a la que llega la Magistrada, pero siendo que estamos ante un recurso de naturaleza extraordinaria, en el que 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, no cabe acceder a la revisión postulada.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción del art. 14.1 del reglamento del procedimiento de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos. Sostiene la recurrente que el actor no fue afectado por el ERE 13/09 por lo que no le resulta de aplicación el acuerdo de 18-2-09, no siendo equiparable la suspensión de jornada que sufrieron algunos trabajadores con la movilidad funcional del actor, quien no sufrió alteración o reducción de jornada; que la finalidad de la cláusula quinta, referida en el hecho probado cuarto, fue tomar el salario de 2008 para el cálculo de las indemnizaciones de aquellos trabajadores que, habiendo sido reducida su jornada durante 2009 por aplicación del ERE 13/09, vean extinguida su relación laboral antes de marzo-08; por lo que al actor se le ha calculado la indemnización conforme al salario anula inmediatamente anterior al momento del despido y no en virtud del percibido en 2008.

De la relación de hechos probados contenida en la sentencia, con la revisión admitida, se desprende que el actor no fue incluido en el listado de trabajadores afectados por el ERE de suspensión de contratos de trabajo nº 13/09, previamente al cual se suscribieron los acuerdos de 18-2-09, cuyas cláusulas 5º y 6º se transcriben al hecho probado cuarto, por lo que el hecho de que al actor, el 2 de marzo, se le cambiase de puesto de trabajo, no implica que resultase afectado por el referido ERE, pues su contrato de trabajo no se vio suspendido, ya que tal era la medida autorizada en la resolución del ERE, lo que lleva a concluir que habiendo sido incluido el actor en el ERE de extinción nº 61/09 aprobado por resolución de 12-8-09, a tal resolución y a sus acuerdos previos, de los que se da cuenta en el hecho probado octavo, habrá de estarse, y en los mismos se establece, folio 521, que la indemnización se calculará conforme al salario de los 12 meses inmediatamente anteriores a la fecha de extinción del contrato, en el caso del actor el contrato se extinguió el 25-8-09, razón por la que no cabe aplicar lo acordado en el acuerdo previo al ERE de suspensión nº 13/09, pues el actor no fue incluido en el listado de trabajadores afectados a quienes si les afecta la antedicha cláusula quinta, dado que a partir de febrero-09 sus contratos fueron objeto de suspensiones. Procediendo, en atención a lo expuesto, estimar el recurso, y revocar la sentencia de 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 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 L. y A.M. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de los de Alicante, de fecha 17-11-2010, en virtud de demanda presentada a instancia de C.B.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.

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.

Sentencia núm. 2.945, de 26 de octubre de 2011

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Trabajadora que presta servicios como camarera. Determinación del empresario. Caducidad de la acción de despido. Vulneración derecho a la tutela judicial efectiva.

Juzgado: Estimando las excepciones de caducidad y falta de legitimación pasiva alegada por la demandada, desestima la demanda, procediendo a la absolución de la demandada con todos los pronunciamientos favorables.

Sala: Estima el recurso anulando la sentencia de instancia y posteriores pronunciamientos. Considera no ajustado a derecho la medida adoptada por la jueza de instancia al tiempo que señala error en el cómputo de la caducidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Disconforme con el fallo dictado por la magistrada de instancia que desestima la demanda de despido al apreciar caducidad de la acción y falta de legitimación pasiva, se alza la representación letrada de la actora interponiendo el recurso de suplicación articulado en dos motivos de impugnación, ambos formulados con adecuado encaje procesal, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- En el primero de dichos motivos, solicita la recurrente la reposición de los autos al estado en que se encontraban al momento de haberse producido la infracción de normas o garantías de procedimiento que denuncia y que, en su opinión, le han provocado indefensión. Alega como precepto presuntamente infringido, el artículo 103.2 de la Ley de Procedimiento Laboral (en lo sucesivo, LPL).

La cuestión debatida consiste en dilucidar si la no aplicación del citado precepto, y la consiguiente estimación de la excepción de caducidad de la acción de despido, por parte de la juzgadora “a quo” es ajustada a Derecho o, por el contrario, se ha infringido alguna garantía procedimental causando indefensión a la demandante. Para abordar esta tarea debemos partir del inalterado relato fáctico de la sentencia recurrida. Del mismo, los hechos más relevantes para la resolución de este primer motivo de impugnación son: a) que la actora, el día 18 de agosto de 2.010, presentó demanda de conciliación por despido frente a Cafetería P.O. Al acto preprocesal compareció como mandatario verbal del demandado, D. A.E.A. (hecho probado segundo); b) El día 27 de septiembre de 2.010, la demandante presentó demanda por despido frente a D. A.E.A., titular de Cafetería P.O. (hecho probado tercero); c) Requerida por el órgano judicial, la actora presentó escrito de aclaración, el día 26 de octubre de 2.010, indicando que la demanda por despido se dirige frente a la mercantil E.A., S.L. y frente a D. A.E.A., que fue la persona que la contrató (hecho probado cuarto).

Partiendo de tales hechos, la juzgadora argumenta (fundamento jurídico segundo) que *“la actora, a pesar de conocer el nombre de la empresa, al haber prestado sus servicios para la demandada E.A., S.L. desde el 10.12.04 a 9.4.06, en lugar de demandar a la misma, optó por hacerlo frente al nombre comercial”* y, en consecuencia, *“no resultaría de aplicación lo dispuesto en el art. 103 de la LPL,(...), que sólo prevé el supuesto de que se acredite en juicio que el demandante carecía de elementos para conocer quién era su empresario al formular la demanda inicial; pero en el caso de autos, lo conocía con anterioridad por haber prestado sus servicios”* (sic.). Por ello, concluye que habiéndose producido el despido el 8 de agosto de 2.010 y la demanda se formuló *“por primera vez frente a la mercantil E.A., S.L, el 26.10.10, (...) no procede más que tener por caducada la acción por exceso del plazo del art. 59.3 del ET”*.

El artículo 103.2 de la LPL recoge una regla tradicional en nuestro ordenamiento jurídico-laboral, conforme a la cual *“si se promoviese demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiera atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase en el juicio que lo era un tercero, el trabajador podrá promover nueva demanda contra éste, sin que comience el cómputo del plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario”*. Se trata, por tanto, de una medida protectora de los derechos del trabajador cuya finalidad es garantizar a todo operario que el acceso al proceso, y la impugnación del despido, *“no quedará sin efecto por la dificultad en determinar la persona que ostenta la cualidad de empresario, conforme a la multiplicidad de formas y figuras que puede adoptar en la vida real la prestación de trabajo”* (STSJ de Cataluña de 26 de febrero de 1993). Este objetivo pretende alcanzarse concediendo al trabajador la posibilidad de plantear una nueva demanda contra el verdadero empresario, contando para ello con un nuevo plazo íntegro de veinte días, cuyo dies a quo, no será la fecha de efectividad del despido, sino la del día en que se conozca la verdadera identidad del empleador (por todas, STS (Social) de 6 de octubre de 1.987 y de esta Sala de 6 de octubre de 1.992). Estamos pues ante un supuesto de interrupción del cómputo del plazo para impugnar el despido, habida cuenta que presentada la primera demanda ante el órgano judicial, el plazo se interrumpe definitivamente y el planteamiento de una nueva reclamación judicial contará con un nuevo plazo (STS de 1 de diciembre de 1986).

Para que entre en juego la regla analizada, el error padecido por el trabajador debe acreditarse *“en el juicio”*. El principal problema que plantea este requisito, consiste en averiguar qué debe entenderse por el término *“juicio”*. Tradicionalmente, la doctrina judicial venía entendiendo que la medida garantista contenida en el artículo 103.2 de la LPL, sólo resultaba aplicable cuando el error se descubriera y acreditase en el acto del juicio. Por el contrario, actualmente, la doctrina jurisprudencial (STS de 6 de octubre de 1.987) –por cierto como refleja el nuevo artículo 103.2 de la Ley 36/2.011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social– sostiene que el término *“juicio”* no debe ser interpretado en sentido estricto, sino como sinónimo de proceso, comprendiendo, tanto los actos preprocesales como los actos posteriores a la celebración del juicio. Esta doctrina sería suficiente para rechazar el argumento expuesto por la magistrada de instancia en la sentencia recurrida pero es que, en el supuesto que nos ocupa, la cuestión controvertida no debe ser la aplicación o no del artículo 103.2 de la LPL, pues la demandante presentó la demanda por despido dentro del plazo que, a tal efecto, indican los artículos 59.3 del ET y 103.1 de la LPL, siendo requerida por la secretaria judicial para que subsanase la demanda, aclarando

frente quién iba dirigida, si frente a una persona física o jurídica, carga procesal con la que cumplió la actora, identificando como demandados a D. A.E.A. y a la mercantil E.A., S.L.

En este sentido, debe recordarse la obligación que impone al órgano judicial el artículo 81 de la LPL no debe limitarse a comprobar que el escrito de demanda contiene los datos exigidos por los artículos 80 y 104 de la LPL, sino que debe extenderse a la correcta constitución de la relación jurídico-procesal, toda vez que constituye una materia de orden público procesal. En consecuencia, la secretaria judicial cumplió con dicha obligación y la demandante con la suya, dentro del plazo de los cuatro días que se le habían concedido.

Hemos de concluir, por tanto, que la estimación de la excepción de caducidad por parte de la magistrada de instancia resulta lesiva para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del demandante por haberse apreciado con un razonamiento falto de justificación, entendiéndose por tal, conforme a la doctrina del Tribunal constitucional, aquel que por su excesivo formalismo o rigor, revela una clara desproporción entre los fines preservados por las condiciones legales de admisión, y los intereses que resultan sacrificados (por todas, SSTC 101/1.993 y 228/1.999), amén de que se ha incurrido en un cómputo erróneo del plazo de caducidad, toda vez que en el momento en que se presentó la demanda ante el órgano judicial, dentro del plazo legalmente establecido, éste quedó interrumpido y se concedió a la actora un nuevo plazo para subsanar la demanda, que también resulta lesivo para el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva pues ha impedido la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto (por todas, STC 217/2.000).

Por todo lo expuesto, y sin necesidad de entrar en el examen del resto del recurso, procede declarar no sólo la nulidad de la sentencia recurrida sino también la de todas las actuaciones posteriores, con devolución de los autos al Juzgado de origen, a fin de que por la magistrada de instancia se proceda a dictar nueva sentencia -con total libertad de criterio- calificando el despido de la demandante.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Dña. M.R.M.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de los de Alicante, de fecha 10 de enero de 2.011, en el procedimiento sobre despido seguido a su instancia, y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la sentencia recurrida a fin de que se dicte otra en la que se califique el despido de la recurrente.

Sentencia núm. 2.979, de 27 de octubre de 2011

Materia: Solicitud de prestación de jubilación SOVI. Denegación por no reunir periodo mínimo de cotización ni haber estado afiliada al retiro obrero. Aplicación DA 44 de la Ley 3/2007. Reconocimiento periodos de cotización asimilados por parto.

Juzgado: Desestima la demanda declarando no haber lugar a la misma, absolviendo a los demandados de las pretensiones contenidas en la demanda.

Sala: Estima el recurso, reconociendo el cómputo de cotizaciones por parto, lo que permite a la demandante alcanzar los días necesarios para poder acceder a la pensión solicitada.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Carmen López Carbonell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó su pretensión interpone la parte actora recurso de suplicación invocando dos motivos al amparo procesal de los apartados b y c del artículo 191 de la Ley de procedimiento Laboral.

En el primer motivo del recurso la parte solicita la modificación del hecho probado cuarto, solicitando la adición de un nuevo día de cotización y el computo al alza de los días correspondientes a las pagas extraordinarias en los términos literales que constan en el escrito de formalización y que se tiene por reproducidos a efectos de la presente.

Debemos rechazar este primer motivo en cuanto que la propuesta no encuentra apoyo en el contenido objetivo de los documentos aportados sino que parte de una interpretación conjunta del material probatorio aportado, con la que trata de sustituir los razonamientos sobre valoración de prueba y argumentación jurídica que llevan a la juzgadora a declarar acreditados los días de cotización y a realizar el computo de los mismos. (STS 11/1272003 recurso 63/2003).

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso la actora denuncia la infracción de lo dispuesto en la Disposición Adicional 44^a de la Ley General de la Seguridad Social, introducida por la Disposición Adicional 18^a.23 de la Ley 3/2007 de Igualdad efectiva entre mujeres y hombres. Y concluye que aun partiendo de los hechos declarados probados a la cuantía de días cotizados reconocidos por la sentencia deben añadirse los 112 días correspondientes a cada uno de los partos acontecidos con posterioridad al 1 de enero de 1967, con lo cual alcanzaría los 1834 días de cotización lo que daría lugar al reconocimiento de la prestación reclamada (DT 7^a de la LGSS).

2. La cuestión planteada pues no es otra que la aplicación a la presente de los criterios interpretativos que de la Disposición adicional cuadragésima cuarta, sobre periodos de cotización asimilados por parto, introdujo la Ley 3/2007 de 22 de marzo y que establece que *“A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de*

incapacidad permanente de cualquier régimen de la Seguridad Social, se computarán, a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido, si el parto fuera múltiple, salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o, si el parto fuese múltiple, durante el tiempo que corresponda” Hay que recordar que la cuestión planteada fue parcialmente abordada por la STS de 7/12/2010 en la que se resolvió que la citada normativa resultaba aplicable al régimen de pensiones SOVI, si bien el citado pronunciamiento se refiere al cómputo de cotizaciones por nacimientos producidos en el periodo de devengo de los derechos de dicho régimen, esto es con anterioridad al 1 de enero de 1967. La Sala IV no se ha pronunciado sobre si deben computarse igualmente a efectos del cálculo de los días cotizados para el acceso a la pensión SOVI, los partos acontecidos con posterioridad al 1 de enero de 1967. La cuestión aquí suscitada ha dado lugar a resoluciones distintas, en cuanto que algunos Tribunales Superiores apoyados en los argumentos “obiter dicta” de dicha resolución han aplicado las cotizaciones ficticias para el cálculo de la pensión SOVI con independencia de la fecha de nacimiento de los hijos (TSJ de la Comunidad de Madrid, ST 25/02/2011, TSJ de Canarias -las Palmas- ST 28/04/2010 entre otros) mientras que otros han limitado la inclusión en el cómputo, a aquellos que se produjeron con anterioridad a la extinción del régimen histórico.

3. Esta Sala ya se pronunció sobre la cuestión en la ST de 21/12/2010, recurso 1446/2010, admitiendo el cómputo de las cotizaciones ficticias por partos posteriores al 1 de enero de 1967, por lo que por razones de seguridad jurídica y en tanto el Tribunal Supremo no entre a resolver de forma directa la cuestión planteada en unificación de doctrina, debemos mantener el criterio inicial, dar por reproducida la argumentación jurídica expuesta en la resolución de referencia y computar los partos acontecidos con posterioridad a 1967 como cotizaciones ficticias a efectos de la declaración del derecho de la actora a acceder a la pensión SOVI.

4. Conforme a esta interpretación debe estimarse el presente recurso de suplicación al entender que la interpretación que hace la Magistrada de instancia del precepto en cuestión no es acorde a la doctrina mantenida por esta Sala. Y en consecuencia debemos revocar la sentencia de instancia y adicionar a las cotizaciones ya reconocidas en la misma 112 días por cada uno de los partos posteriores a 1967. Lo que le permite alcanzar los 1.800 días y acceder a la pensión de jubilación solicitada.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de L.E.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social ONCE de los de VALENCIA de fecha 3/2/2011 y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y DECLARAMOS A LA ACTORA BENEFICIARIA DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN SOVI EN LA CUANTÍA QUE LEGALMENTE LE CORRESPONDA Y CON EFECTOS DE 1 DE MARZO DE 2010.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.989, de 28 de octubre de 2011

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador técnico de iluminación y sonido al que se declara en situación de incapacidad permanente total para ejercicio de su actividad derivada de accidente de trabajo. Solicitud revisión grado: incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común. Cuadro clínico. Trastorno ansioso depresivo y somático.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la mutua y organismo codemandado de las peticiones formuladas en su contra. No procede la incapacidad absoluta.

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de una situación de incapacidad permanente absoluta para el ejercicio de cualquier actividad. Condena al INSS al abono de la cuantía que exceda de la prestación que ya viene percibiendo por incapacidad total.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestima la pretensión inicial del pleito tendente a serle reconocido al demandante, -declarado en su día afecto a una situación de incapacidad total para su profesión habitual a consecuencia de accidente de trabajo- por vía de revisión agravatoria, el grado de incapacidad absoluta para todo trabajo u oficio derivado de enfermedad común, y contra la misma se interpone en su nombre el presente recurso de suplicación, impugnado de contrario por el Instituto demandado, que, fundamentado en los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, propugna tanto la revisión de los hechos declarados probados como el examen del derecho sustantivo aplicado .

SEGUNDO.- En primer término se propugna la modificación del punto sexto de la declaración de hechos probados, en los términos que al efecto redacta, para que se adecue el mismo a las previsiones que se contienen en el informe médico expedido por el psiquiatra Dr. H. aportado a su instancia como documento nº 4, y también obrante al folio 113 del expediente administrativo, con el diagnóstico de “trastorno depresivo mayor”, y básicamente a las que se derivan, de un lado, del informe emitido por el PREVI a instancia de las Unidades Médicas del EVI de fecha 17-11 2008, obrante a los folios 16 a 28 del expediente administrativo, en donde consta que el actor padece una depresión clínica severa, con abundante sintomatología relacionada con la ansiedad, inestabilidad emocional así como una sintomatología importante relacionada con psicosis paranoide y con esquizofrenia, por lo se concluía observando que el paciente debía someterse a una evaluación mas exhaustiva; y, de otra parte, del informe suscrito por el Servicio de Psiquiatría del Hospital X., de fecha 1 de junio de 2010, obrante como documento nº 1 del ramo de su prueba, que patentiza, después haber sido sometido el actor a terapia electroconvulsiva que no ha podido

contener la evolución de su enfermedad, el diagnóstico de trastorno bipolar, episodio actual mixto CIE 10; F 31.6, que implica una puntuación de 25 en la EEAG del DSM IV, con dificultades en su capacidad de atención y concentración, así como para relacionarse con terceros y para tomar decisiones y asumir objetivos.

La pretensión revisora debe ser acogida, pues aunque cuando pudiera suscitarse dudas en torno a la evaluación clínica definitiva del actor al tiempo de emitirse el correspondiente dictamen por el Equipo de Valoración de Incapacidades, a raíz del informe emitido a su instancia por el PREVI, es lo cierto que las mismas aparecían ya despejadas en el momento del juicio en virtud de la asistencia que le fuera prestada por el Servicio de Psiquiatría del Hospital X. de la Seguridad Social en donde ya se define claramente la dolencia motivadora de la enfermedad, el trastorno bipolar, y sus graves consecuencias, por lo que se evidencia el error judicial en torno a la determinación de la situación patológica a que se encuentra afecto el demandante.

TERCERO.- En el motivo dedicado a la censura jurídica se denuncia la vulneración de los arts. 143 y 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, así como de la doctrina jurisprudencial interpretativa de los mismos que al efecto cita, todo ello en el entendimiento de que debiendo estarse a la valoración del estado físico que el demandante presenta a la fecha del juicio oral, su situación se inscribe en el grado de invalidez absoluta postulado en el escrito de demanda.

La tesis que se sustenta debe ser compartida, pues como ha venido reiterando esta Sala, siguiendo la jurisprudencia establecida en vía de unificación de doctrina, el principio de legalidad condiciona que el grado de invalidez se haya de determinar en función del verdadero estado físico y psíquico que presente el demandante al tiempo de la celebración del juicio oral, por lo que deviene perfectamente lícito atender a dolencias que hayan pasado inadvertidas o que no presentaren signos manifiestos de su consolidación al ser objeto del pertinente reconocimiento por los organismos médicos competentes, razón por la que se ha dado acogida a la anterior revisión fáctica, y, por lo tanto, la valoración jurídica habrá de efectuarse atendiendo al específico cuadro patológico que se tiene por acreditado, esto es, el trastorno bipolar con episodio actual mixto que le provoca al actor depresiones severas, con ansiedad e inestabilidad emocional, dificultad en su capacidad de atención y concentración, así como para relacionarse con terceros y para tomar decisiones y asumir objetivos.

Sentado ello es evidente que se está en presencia de unos desequilibrios psicopatológicos de carácter sustancialmente graves lo que presupone que su situación se inscriba, conforme a la doctrina jurisprudencial, en el ámbito de la incapacidad absoluta para todo trabajo 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), esto es, concurriendo las condiciones mínimas de continuidad, dedicación y eficacia que devienen admisibles en cualquier tipo de trabajo (STS 6-2-87, 6-11-87). En su consecuencia, debe concluirse con la estimación del recurso y la consiguiente revocación de la sentencia recurrida y todo ello sin haber tenido en consideración la resolución que ha sido aportada con el escrito de interposición del recurso ya que se refiere a un expediente tramitado con posterioridad.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.

FALLO

Estimar el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. F.P.I. contra la sentencia de fecha 23 de marzo de 2011 dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Valencia y con revocación de la misma, se estima la demanda interpuesta por el expresado contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y, la Mutua X., y, en su consecuencia, se declara que el indicado actor se encuentra afecto a una situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo derivada de enfermedad común, confluyente con una incapacidad permanente total por accidente de trabajo, con derecho a percibir la prestación correspondiente del cien por cien de la base reguladora de 1.063,15 euros mensuales y efectos desde el 29 de enero de 2009, más las revalorizaciones y mejoras que procedan, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a su abono en la cuantía que exceda de la prestación que ya viene percibiendo por la incapacidad total derivada del accidente de trabajo.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.997, de 2 de noviembre de 2011

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como peón agrícola. A partir de determinada fecha inicia IT por contingencias comunes. Bajas temporales. Posteriormente, la actora solicita proceso de incapacidad permanente absoluta o total para ejercicio de profesión habitual.

Juzgado: Desestimando la demanda principal y estimando la subsidiaria, declara a la actora afecto de una invalidez permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Se establece una pensión vitalicia equivalente al 55% de su base reguladora.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Del cuadro de dolencias que padece la actora, no se extraen elementos suficientes para determinar que la actora pueda estar afectada de lesiones invalidantes para el ejercicio de su profesión habitual. Las algias que padece la actora tampoco son merecedoras de una situación de invalidez total, si bien pueden darse situaciones invalidantes temporales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la resolución dictada en la instancia se formula recurso de suplicación por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social planteando un único motivo en el que, al amparo de lo instituido en el art.191 c) de la norma adjetiva laboral, denuncia la infracción del art. 136.1 en relación con el art. 137.1 b) y 137.4 de la L.G.S.S. Se sostiene en el recurso que la demandante no se encontraría afectada de incapacidad permanente en el grado de total reconocido pues el mismo depende no de la suma de secuelas sino de la gravedad de las limitaciones funcionales por lo que a efectos de valoración de su capacidad laboral la actora no presentaba impedimento suficiente para el desempeño de sus cometidos profesionales.

En relación al grado de incapacidad permanente total reconocido también es oportuno señalar que de acuerdo con lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 25/3/2009 –rec.3402/2007- el sistema de calificación que continúa vigente es la de atender a una estimación aproximada en términos de una apreciación sensible de la repercusión de las lesiones en la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual. Esta, a su vez, no se define ni en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba (sentencia de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003\3311)), ni en atención a la delimitación formal del grupo profesional (sentencia de 28 de febrero de 2005 (RJ 2005\5296)), sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional (sentencias de 17 de enero de 1989 (RJ 1989\259), 23 de febrero de 2006 (RJ 2006\2093) y 10 de junio de 2008 (RJ 2008\5153)).

Atendiendo a ello debe tomarse en consideración las limitaciones que aparecen en la demandante en directa relación con las funciones propias de su profesión de peón agrícola por cuenta ajena en un almacén con análisis del binomio lesiones-funciones. La sentencia da cuenta en el hecho probado quinto del cuadro de dolencias que la demandante presenta: trastorno ansioso depresivo, osteoporosis, osteopenia, lumbalgia, cervicalgia y fibromialgia. En el hecho probado tercero se relatan las limitaciones orgánicas y funcionales que sufre la parte actora a efectos de un proceso de IT, siendo éstas las siguientes: marcha autónoma no claudicante, movilidad general conservada y no álgica, movilidad de columna y extremidades conservada.

Con tales limitaciones y ante la ausencia de otras deficiencias orgánicas derivadas de la patología que sufre la demandante dado que no consta la existencia de afectación de limitación de movilidad respecto a los arcos de la columna ni extremidades o los puntos de dolor en el caso de la fibromialgia como tampoco el nivel de afectación concreta del trastorno ansioso depresivo estimamos que con el cuadro de dolencias residuales descritas en el inalterado hecho probado quinto de la sentencia no existen elementos suficientes para determinar la existencia de un impedimento para el ejercicio de las tareas fundamentales de la profesión habitual de peón agrícola pues la dificultad en la ejecución de alguna de las funciones propias de dicha profesión no implica el impedimento que se requiere para resultar acreedora de la pensión interesada. Las algias derivadas de su patología y aludidas en la fundamentación jurídica de la sentencia pueden requerir bajas temporales de incapacidad ante un brote agudo de sus manifestaciones pero tampoco alcanzan entidad suficiente para hacerle acreedora del grado de incapacidad reconocido en la instancia y que requieren de la existencia de una discapacidad completa para el desarrollo de las fundamentales tareas propias de la profesión.

En consecuencia procederá la estimación del recurso interpuesto contra la sentencia de instancia, su consiguiente revocación, y la desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante, de fecha 19 de octubre de 2010, en virtud de demanda presentada contra D^a J.G.H. y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolviendo al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de la que reclamación de la que ha sido objeto.

Sentencia núm. 3.008, de 8 de noviembre de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como personal docente en centro concertado. Revisión puesto de trabajo. Abono complemento personal transitorio. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1.- Frente a la sentencia que desestima la demanda en materia de reclamación de cantidad, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora, siendo debidamente impugnado de contrario por la Consellería de Educación. El recurso se articula en un único motivo, donde con adecuado amparo procesal se denuncia la infracción de los arts. 3.1.c) y 5.2.f) del Estatuto de los Trabajadores, en relación al art. 7.1 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de los actos propios. En esencia, estima la parte recurrente que no se produjo la desaparición del complemento laboral transitorio, como se desprende de los documentos 11, 12 y 13 del ramo de prueba de la Conselleria demandada y que la Conselleria vino a reconocer la particular condición del trabajador al abonarle un salario equivalente al de profesor de la FP primero, a través del complemento personal (desde septiembre de 1998 hasta diciembre de 2003) y después mediante su consideración como Profesor Licenciado (desde enero de 2004 hasta agosto de 2008). Entiende que la percepción de las retribuciones como profesor licenciado no se debió a un error de la administración, no pudiendo ir la Administración contra sus propios actos, sino al respeto de los derechos adquiridos por el trabajador. En definitiva, se considera que éste habría consolidado el derecho a ver completada su retribución en las diferencias que puedan existir entre su salario como profesor de primer ciclo-diplomado y el correspondiente a un profesor de segundo ciclo/FP por ser ésta su categoría inicial. Además señala que la decisión unilateral de la Conselleria de modificar la retribución del trabajador resulta contraria a derecho y discriminatoria al comparar la situación del recurrente con la de otro trabajador del mismo nivel educativo que tenga la titulación de licenciado pero que esté desempeñando el mismo puesto de trabajo.

2.- Para la resolución de este motivo debe partirse del relato fáctico de la sentencia impugnada, el cual no ha sido combatido por la parte actora. Por lo que aquí interesa cabe destacar: A) El actor es Diplomado en Magisterio y prestó servicios como profesor de Formación Profesional, Primer Grado y desde el 1-9-2008 presta servicios como profesor de la ESO primer ciclo (Hecho segundo). B) El actor percibió un complemento laboral transitorio desde septiembre de 1998 hasta diciembre de 2003 al amparo del Documento sobre la implantación de la Reforma Educativa en los centros concertados de la Comunidad Valenciana (hechos tercero y cuarto). C) En enero de 2004 pasa a percibir los complementos retributivos de Licenciado en ESO1 (hecho cuarto). D) En la nómina de noviembre de 2008, con efectos retributivos de septiembre

del mismo año el actor vuelve a tener las retribuciones de un Diplomado en ESO1 (hecho cuarto).

3.- Por consiguiente, desde diciembre de 2003 el trabajador dejó de cobrar el complemento laboral transitorio. Este complemento se establecía para los profesores que con la implantación de la LOGSE pasaran al primer ciclo de la ESO, posibilitando mantener las retribuciones que antes tenían conforme al puesto que desempeñaban. Dejó de percibir el mencionado complemento en 2003, pues éste se establecía con carácter temporal y hasta que se alcanzara la homologación de colectivos. Así se desprende de los documentos 10 y 20 del Expediente Administrativo, cuadro de homologación módulos ESO1 y ESO2, en relación con el Anexo I de la Ley de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2003, consta que en dicho año se produce finalmente dicha igualdad entre ambos módulos, y de dicha equiparación solo es posible concluir la desaparición del complemento litigioso. Sin que los documentos citados por el recurrente en su recurso contradigan esta conclusión y la continuidad del mencionado complemento en el caso del trabajador, pues lo cierto es que en el documento 11 constan unas tablas salariales sin referencia específica a este complemento, y en los documentos 12 y 13, consistentes en circulares de la Consellería de Educación para los cursos 2006/2007 y 2007/2008, hay una referencia precisamente al hecho de que el complemento personal transitorio poseía carácter temporal hasta que su cuantía quede compensada totalmente en el salario correspondiente a su categoría profesional y nivel retributivo, teniendo carácter absorbible.

4.- La circunstancia de que con posterioridad al cese del pago de este complemento, percibiera otro complemento personal pero como licenciado, con lo que se produjo el efecto de que indirectamente mantuvo la retribución que tenía antes, no supone que el trabajador adquiriera una condición más beneficiosa de origen contractual regulada en el art. 3.1.c) del ET. Es bien sabido que para que exista una condición más beneficiosa es necesario que ésta sea fruto de la voluntad deliberada de establecerla, bien mediante acuerdo bilateral entre empresario y trabajador, bien mediante decisión unilateral del empresario que es aceptada tácitamente por el trabajador (STS 9-11-1989, 30-6-1993, Rec. 1961/1992 y 20-12-1993, Recud. 443/1993). Y a este respecto, no basta la repetición o mera persistencia en el tiempo del disfrute de la concesión, sino que es necesario que dicha actuación persistente descubra la voluntad empresarial de introducir un beneficio que incremente lo dispuesto en la ley o el convenio (STS de 3-11-1992, Rec. 2275/1991, 8-7-1996, Recud. 2831/1995 y 24-9-2004, Recud. 119/03). En el caso de autos, del hecho de que el trabajador mantuviese la percepción de un complemento como licenciado no puede derivarse en el derecho a mantener un complemento que ya se había extinguido, máxime cuando dicha percepción respondía al pago delegado de la Consellería de un complemento como licenciado que no le correspondía. El hecho de que con efectos de septiembre de 2008, se le cambió el importe del complemento personal pues era diplomado, no supone que la Administración vaya contra sus propios actos, sino simplemente una regularización y adecuación de su retribución convencional a la titulación del trabajador. En este sentido, difícilmente puede aplicarse el artículo 3.1.c) del ET cuando existe un acuerdo en la enseñanza concertada que establece: “1º la cantidad consignada como complemento retributivo de la Comunidad Valenciana de primer ciclo de ESO en la cuantía de 498,04 euros, sería aplicable exclusivamente a los profesores que estén en posesión del título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o cualquier otra titulación, legalmente reconocida, que les permita impartir la docencia en el segundo ciclo de ESO. El resto del personal docente del primer ciclo de ESO,

seguirá percibiendo el complemento retributivo de la CV en cuantía de 339,61euros”. Sin que esta distinta retribución en función de la titulación de los trabajadores resulte en absoluto discriminatoria. Razones todas ellas que abonan la desestimación del recurso interpuesto.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de S.M.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de Valencia, de fecha de 28 de enero de 2011, en virtud de demanda presentada a su instancia, y en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 3.009, de 8 de noviembre de 2011

Materia: Reintegro de gastos médicos. Ciudadano extranjero que es atendido en centro sanitario y posteriormente remitido por el facultativo a centro de rehabilitación para intervención quirúrgica. La intervención ha generado una serie de gastos que han sido solicitados a la Conselleria demandada, la cual los ha venido denegando por incumplimiento de Acuerdo y falta de formulario que da derecho a asistencia sanitaria en España. Cobertura de gasto sanitario. Reclamación ante jurisdicción contencioso-administrativa y posteriormente ante jurisdicción laboral.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la Conselleria demandada al abono de determina cantidad en concepto de reintegro de gastos médicos.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No queda probado el requisito de existencia vital que da derecho a acudir a la asistencia privada y cobrar posteriormente por los servicios prestados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia que estima la demanda en materia de reintegro de gastos sanitarios, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la Conselleria de Sanidad demandada, siendo debidamente impugnado de contrario. El recurso se estructura en dos motivos, el primero dirigido a la revisión de los hechos declarados probados y el segundo al examen de las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia.

2.- Con adecuado amparo procesal se insta la revisión del hecho probado segundo, solicitando quede redactado en el siguiente sentido: “Que desde el referido Hospital Clínico Universitario, dada la naturaleza de las lesiones que reclamaban intervención quirúrgica consistente en la reconstrucción de los dedos 2º, 3º y 4º de la mano derecha lesionados por sierra radial-mano de tupi, y después de lavar la herida, administrar vacuna antitetánica y medicación, se ordenó por indicación expresa del médico especialista que atendió ese día al lesionado (de identidad ilegible en el parte de urgencia), el traslado del citado Sr. V. al Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante, en el que en cumplimiento de tal mandato fue ingresado permaneciendo en la habitación hasta las 12,10 horas del día 19-11-2002, en el que fue dado de alta hospitalaria. Que en fecha 14/12/2002, fue ingresado e intervenido quirúrgicamente con microcirugía hasta el día 16/1/2003, en que fue dado de alta hospitalaria”. Estas adiciones se solicitan sobre la base de documental aportada de contrario, en primer lugar, el documento obrante en los folios 12, en el que consta escrito del Centro de Rehabilitación y Recuperación de Levante de fecha de 23/12/2003, dirigido a la Generalidad Valenciana sobre que lo que se practicó al lesionado Sr. C. era una

reconstrucción de los dedos. En segundo lugar, el documento obrante en el folio núm. 7, documento 3 del ramo de prueba de la parte actora, consistente en certificado del Administrador del Centro de Rehabilitación y Recuperación de Levante, de fecha 12-3-2003, donde consta que permaneció ingresado hasta el día 19-11-2002. Y, en tercer lugar, se cita documento obrante en el folio 9 de autos, donde consta acreditado el ingreso del lesionado en fecha 14-12-02 y el alta el 16-1-2003. Considera la parte recurrente que estas adiciones son relevantes para determinar que estamos ante una intervención quirúrgica programada y no ante una urgencia de carácter vital que se requiere para atender los gastos causados. Insiste la parte recurrente que esta parte instó la suspensión del acto del juicio por carecer de expediente administrativo y que la prueba la tenía la parte actora, sin que constara cuando se intervino al paciente ni ningún dato médico sobre el mismo, ni de la intervención, ni siquiera la entrada por urgencias.

2.- Se opone la parte impugnante a esta modificación por tres motivos, a saber: primero, el entender que los cambios resultan de una valoración subjetiva de la prueba. Segundo por considerar superfluas las modificaciones para la variación del sentido del fallo, así se señala por ejemplo que el hecho de la reconstrucción de los dedos 2º, 3º y 4º de la mano derecha lesionados por sierra radial-mano de Tupi, ya constan en el hecho probado primero. Y, tercero, por reputarlos inciertos, al considerar que de los documentos 3, 4 y 6 que acompañaron a la demanda no consta que existiera una intervención quirúrgica programada con microcirugía del 14-12-02 al 16-1-03, sino que el alta hospitalaria tras la intervención quirúrgica de urgencia fue el 19-11-02, siguiendo tratamiento ambulatorio del 14-12-02 al 16-01-2003.

3.- La Sala entiende que la revisión fáctica instada ha de prosperar en parte por desprenderse de la documental aportada por la parte actora y ser trascendente para alterar el fallo en el sentido de afectar a la discusión sobre si los gastos ocasionados derivaron de una urgencia vital. De un lado, la referencia a la reconstrucción de los dedos 2º, 3º y 4º de la mano derecha lesionados por sierra radial-mano de tupi se desprende de la documental citada en el folio 12 de autos y coincide con el diagnóstico que consta en el hecho probado primero. En cuanto a la segunda adición consistente en que “permaneciendo en la habitación hasta las 12,10 horas del día 19-11-2002, en el que fue dado de alta hospitalaria”; también se desprende en el documento número 3 de la parte actora, obrante en el folio 7 de autos, donde el Administrador del Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante certifica literalmente que: “el paciente D. C.V. fue ingresado por Urgencias el día 15-11-02, permaneciendo en la habitación hasta las 12’10 horas del día 19-11-2002, en que fue dado de alta hospitalaria, posteriormente volvió de visita el día 14-12-02”. Respecto a la tercera modificación donde se pretende señalar que “en fecha 14/12/2002, fue ingresado e intervenido quirúrgicamente con microcirugía hasta el día 16/1/2003, en que fue dado de alta hospitalaria”, lo cierto es que en la documental obrante en autos en concepto de radiología existe una anotación sobre el ingreso del Sr. C.V. el 14-12-2002 y el alta el 16-1-2003, pero de ello no se desprende la fecha en la que se realizó la intervención quirúrgica, por lo que no puede hacerse constar dicho extremo. De este modo, el hecho probado segundo ha de quedar redactado como sigue: “Que desde el referido Hospital Clínico Universitario, dada la naturaleza de las lesiones que reclamaban intervención quirúrgica consistente en la reconstrucción de los dedos segundo, tercero y cuarto de la mano derecha lesionados por sierra radial-MANO DE TUPI, y después de lavar la herida, administrar vacuna antitetánica y medicación, se ordenó por indicación expresa del médico especialista que atendió al lesionado (de identidad ilegible en el parte de urgencia), el traslado del Sr. V.

al Centro de Recuperación y Rehabilitación X., en el que en cumplimiento de tal mandato fue ingresado permaneciendo en la habitación hasta las 12'10 horas del día 19/11/2002, en el que fue dado de alta hospitalaria. Que en fecha 14/12/2002 fue ingresado y el 16/1/2003 fue dado de alta en proceso ambulatorio”.

4.- Se solicita por la parte recurrente una segunda revisión fáctica, sobre la base de documento obrante en folio núm. 13 de autos, en el sentido de que se relate que el organismo coordinador al que se han reclamado los gastos sí constan sus datos en el documento número 7 aportado por la actora.

5.- Dicha revisión no ha de prosperar por cuanto la parte recurrente no fundamenta debidamente la relevancia de esta modificación para alterar el fallo, y de la documental citada no se desprende la concurrencia de los datos necesarios, sino simplemente que el organismo coordinador italiano rechaza pagar los gastos ocasionados.

SEGUNDO.- 1.- En el segundo motivo de recurso y con adecuado amparo procesal, se denuncia en primer lugar, la infracción del art. 416 de la LEC en cuanto a la falta de legitimación pasiva de la Generalidad Valenciana y falta de litisconsorcio pasivo de la empresa italiana “Arca Montaggi di Berlin Gianluca”. El primero se fundamentaría en que al tratarse de una asistencia sanitaria a un trabajador no español, de nacionalidad desconocida, que según aduce la parte recurrente se encontraría trabajando para una empresa italiana y con una cobertura de asistencia sanitaria en Italia, por lo que sería la empresa o la aseguradora italiana la responsable, debiendo ser parte en el proceso. Se argumenta que sólo cuando al Centro de Rehabilitación y Recuperación de X. le resultan infructuosos sus intentos de cobrar de la empresa y la aseguradora italiana, se dirige contra la Conselleria de Sanidad. En segundo lugar, denuncia la parte recurrente la infracción del decreto 26/2000, de 22 de febrero, del Gobierno Valenciano que regula la prestación de asistencia sanitaria a todo residente temporal o no en la Comunidad Valenciana. Se aduce, en esencia, que la asistencia sanitaria se le presta al accidentado en el Hospital Clínico pero que para la reconstrucción de la mano se le remite a un centro especializado y de carácter privado, por lo que los gastos ocasionados no deben recaer sobre la Generalitat, sino con quien tenga cubiertas las contingencias laborales. Se señala también que la propia sentencia menciona que la causa de la lesión tampoco ha sido establecida haciendo referencia literalmente a que “probablemente laboral por el tipo de lesión, aunque se insiste, tal hecho queda por determinar de modo exhaustivo”, entendiéndose que toda la documentación relativa a este hecho queda en poder del Centro privado, habiendo solicitado la parte actora la aportación de tal documentación.

2.- Por su parte, el impugnante se opone a la estimación de las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de litisconsorcio pasivo necesario por los mismos motivos esgrimidos por la magistrada “a quo” para desestimar estas pretensiones. Asimismo, considera no se ha producido una aplicación indebida del Decreto 26/2000, de 22 de febrero, del Gobierno Valenciano, por cuanto desde la asistencia sanitaria pública en la Comunidad Valenciana se remitió a un centro sanitario privado, el Centro de Recuperación y Rehabilitación de Levante, la curación de las lesiones, por lo que procedería que la Conselleria de Sanidad reintegrase dichos gastos procediendo en su caso, reclamación frente a quien correspondiese.

3.- Para la resolución del motivo y en concreto la primera alegación de falta de apreciación en la resolución impugnada de la falta de legitimación pasiva, ha de partirse del marco normativo en punto a la cobertura sanitaria de extranjeros y el reintegro de gastos por utilización de servicios sanitarios ajenos dentro del territorio nacional. En este sentido, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declaró el derecho a la protección de la salud y la atención sanitaria a todos los ciudadanos españoles y extranjeros residentes, así como a los extranjeros no residentes en la forma determinada por las leyes y convenios internacionales. Ciertamente la LO 4/2000, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España, en su art. 12.2, reconoce el derecho a la “asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica”. De esta disposición, interesa reseñar dos datos que son clave en la resolución del caso enjuiciado, el primero es el reconocimiento de este derecho en casos de urgencia por accidente, cualquiera que sea la causa; el segundo, es que este derecho se ciñe a la asistencia sanitaria pública. En igual sentido, y en coherencia con el diseño legal, el Decreto 26/2000, de 22 de febrero, del Gobierno Valenciano insiste en la asistencia sanitaria de urgencia en caso de accidente y en el carácter público de la asistencia en todo su articulado. Así, citando solamente los preceptos que tienen o pueden tener una relación directa con el caso aquí enjuiciado cabe reseñar que en su artículo 1 se establece: “La asistencia sanitaria pública valenciana a los extranjeros que se encuentren en la Comunidad Valenciana se reconocerá en la forma que se expresa en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social”. En el artículo 2.2 se prevé que “Los extranjeros no empadronados que se encuentren en la Comunidad Valenciana tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. No obstante lo anterior, la Conselleria de Sanidad ampliará la cobertura sanitaria para este colectivo, cuando carezca de recursos económicos, a las condiciones señaladas en el apartado 2.1, mientras normalizan su situación administrativa”.

4.- Por consiguiente de la normativa mencionada se deriva el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, en caso de accidentes de extranjeros, que como aquí ocurre no consta su nacionalidad. Derecho que en este caso, se le proporcionó como consta en el hecho probado primero cuando fue atendido en el servicio de urgencias del Hospital Clínico Universitario de Valencia por presentar heridas y fracturas. En cuanto al hecho de que las lesiones reclamaban intervención quirúrgica, y que se ordenó el traslado por indicación expresa del médico especialista que atendió ese día al lesionado al Hospital privado, lo cierto es que la Sala no comparte la interpretación de la magistrada “a quo” de que el extranjero fue remitido “incondicionada e imperativamente” por un facultativo de la Sanidad pública, que lo remite a la privada. Y ello por cuanto la lectura del parte de asistencia –cuyo contenido se da por reproducido en el hecho probado quinto- evidencia las actuaciones practicadas para la asistencia de urgencia (se le lavó y vendó la herida y se le administró la vacuna antitetánica y medicación), y al final del parte sólo consta en cuanto al “destino” de paciente se marca el apartado de “traslado” y luego una anotación manuscrita de “Centro de Rehabilitación de Levante”. De esta referencia no se deriva un mandato imperativo para el centro privado de asistir a éste de forma gratuita, ni mucho menos puede colegirse que a raíz de esta indicación, la Conselleria de Sanidad deba reintegrar

los gastos derivados de la completa curación de la mano. En este sentido, la Sala no puede compartir el razonamiento de la juzgadora “a quo” de que habiendo elegido el médico del servicio de salud público un centro privado, y habiendo practicado éste último la asistencia hasta el alta, deba asumir el reintegro de los gastos el mandatario en virtud de los arts. 1727 a 1729 del C.c. Y ello porque sencillamente en este caso no existe un contrato de mandato entre la Sanidad pública y la privada, en virtud del que se obligue el segundo a prestar servicios por cuenta o encargo de otro (art. 1709 C.c.), ni consta en los hechos probados ningún concierto específico con la Administración Sanitaria, sin que pueda derivarse este contrato de una simple referencia en un parte de urgencias, que podía responder a motivos diversos, por ejemplo de recomendación para el tratamiento ulterior a la asistencia de urgencia. Pero la interpretación antedicha no sólo deriva de la elucidación del documento en cuestión, sino de la aplicación de la normativa que regula el derecho a la asistencia sanitaria a extranjeros.

5.- En relación con esta última afirmación, ha de traerse a colación la regulación sobre la utilización de servicios sanitarios ajenos dentro del territorio nacional. Según el art. 102.3 de la LGSS de 1974, si el beneficiario del derecho a la asistencia sanitaria utiliza servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, esto es, servicios ajenos, no serán abonados dichos gastos por parte del Servicio Público de Salud, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen. La única previsión reglamentaria al respecto es el art. 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece: “La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”. Por consiguiente, para el reintegro de los gastos sanitarios, producidos por la utilización de servicios ajenos al Sistema Nacional de Salud, se requiere una situación de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital. Ha de aclararse que ello no contradice la regulación de la asistencia sanitaria pública en la Comunidad a los extranjeros reglamentada en el Decreto 26/2000, de 22 de febrero, del Gobierno Valenciano, en casos de urgencia por accidente, que no demanda que ésta sea vital, pero sí que se exigiría para poder solicitar el reintegro de gastos prestados en servicios de asistencia sanitaria privada.

6.- En definitiva el reintegro de gastos por asistencia privada requiere según interpretación de la jurisprudencia, que se pueda justificar la existencia de urgencia vital, por la que no resulte posible acudir a los servicios públicos(STS 22-11-1990 [RJ 1990, 8598] y STS 23-5-2000, Recud. 2181/99). Se da la circunstancia de que en este caso dicha urgencia vital no ha sido probada por la parte interesada, esto es, la parte actora. En este sentido, ha de señalarse que si bien es cierto que esta parte como razona la juzgadora “a quo”, en el fundamento de derecho segundo, el Hospital privado “no ha querido o en su caso, no ha podido involucrar” a los terceros (el lesionado, y en caso de existir, su empleadora), ello no es óbice para que la parte actora pruebe el carácter de urgencia vital del tratamiento dispensado. Por tanto, aunque no concurriría una situación

de litisconsorcio pasivo necesario pues no existe constancia de si se trataba de un accidente de trabajo, sino que lo que se reclama en este pleito es el reintegro de unos gastos de asistencia sanitaria, no por el accidentado, sino por el Centro privado, es pues esta parte, la que decide contra quién interpone la reclamación de los gastos ocasionados, pero lo cierto es que tampoco puede luego achacarse a los servicios públicos la falta de prueba sobre las bases necesarias para pedir el reintegro, ya que los servicios públicos se limitaron a prestar la asistencia sanitaria de urgencia a la que la ley les obligaba. Respecto a la misma ha de recordarse que según se prevé en el art. 5.2 del Decreto 26/2000, de 22 de febrero, del Gobierno Valenciano, “Para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia, dada la inmediatez y la duración temporal de este derecho, no se establece ningún procedimiento para su reconocimiento, salvo los documentos asistenciales establecidos por cada centro, que permitan el seguimiento médico de la enfermedad o accidente”. Por consiguiente, la falta de acreditación de la nacionalidad del paciente, de la existencia de accidente de trabajo no es achacable al servicio público que prestó la asistencia sanitaria de urgencia requerida. La ulterior derivación del paciente al centro privado, respecto al que no consta la causa, no hace automáticamente responsable al servicio público, pues ha de señalarse que según ha establecido la jurisprudencia, no constituye una situación de urgencia vital a los efectos de solicitar el reintegro de los gastos médicos por utilización de servicios ajenos, el tratamiento experimental o técnicamente más avanzado en una clínica privada no autorizado por el Servicio Público de Salud ni dispensado por el sistema (SSTS 25-3-2004, Recud. 1737/2003 y 17-7-2007, Recud. 557/06). Ha de señalarse que en el caso de autos no consta aquí dicha autorización, sin que pueda entenderse como tal la anotación manuscrita en el parte de asistencia por urgencia realizada por el facultativo público que atendió al accidentado, del nombre de la Entidad privada, quizá con una sugerencia concreta de un hospital privado especializado en la reconstrucción del tipo de lesiones.

7.- Finalmente, ha de tenerse en cuenta que el hecho de que se haya intentado infructuosamente por la Conselleria el reintegro de unos gastos que no han sido abonados por particular ni por el organismo coordinador italiano (hecho probado quinto) no permite derivar los mismos al Servicio Sanitario Público. Ni tampoco es atendible el argumento de que obviamente el centro privado no sea una “institución del Estado Español” legitimada para pedir un reintegro a un organismo público italiano, pues en caso de confirmarse la nacionalidad comunitaria del accidentado, la aplicación tanto del Reglamento 1408/71, previa la concurrencia de los presupuestos regulados, como del art. 36 del Reglamento 883/2004, de 29 de abril, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social de los Estados de la UE, conducirían ambos inexorablemente a que este reintegro se da únicamente entre entidades públicas. Razones todas ellas que conducen a la estimación del motivo, y por ende, del recurso.

FALLO

Estimar el recurso interpuesto por la representación letrada de la Conselleria de Sanitat, contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Valencia de fecha de 16 de febrero de 2011, en materia de reintegro de gastos médicos, revocando la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sentencia núm. 3.016, de 8 de noviembre de 2011

Materia: Reclamación de cantidad. Empresa que por causas económicas, organizativas y productivas cierra el centro de trabajo, ubicando al trabajador en taller de otra localidad. Reclamación de cantidades en concepto de gastos de desplazamiento y abono de dieta en compensación por no poder acudir a comer a su casa.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando solidariamente a las empresas demandadas a abonar al actor determinada cantidad en concepto de gastos de desplazamiento motivados por traslado del centro de trabajo. Desestima la petición de media dieta.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La juez reconoce los gastos de desplazamiento pero no el devengo de la media dieta solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la demanda presentada en materia de reconocimiento de cantidades salariales, formula recurso de suplicación la parte actora al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL, que ha sido impugnado de contrario. La recurrente alega que se ha vulnerado el art. 12 del Convenio Colectivo para el sector de la Industria Metalúrgica de la provincia de Castellón (CCT 1322), especialmente en su apartado a), en relación con la Disposición Final Novena del mismo. Indica que la sentencia ha aceptado el traslado del trabajador y las cantidades que en concepto de desplazamiento vienen recogidas en el mismo, en el periodo concretado. No obstante la sentencia niega las cantidades solicitadas en concepto de media dieta, lo que la recurrente entiende incongruente pues “existe una evidente incongruencia al considerar probado el traslado y la distancia y no considerar probada la necesidad del abono de la media dieta” (sic). El verse obligado el trabajador a realizar el trabajo en localidad distinta y más lejana, imposibilita el acudir a su domicilio a realizar la comida.

Pues bien, ante todo hay que indicar que el objeto del recurso ha quedado centrado en el derecho del actor al percibo o no de la media dieta que pide, ya que, como la parte recurrente precisa, se aquieta respecto al resto de pedimentos no aceptados en sentencia.

Ciñéndonos al devengo o no de la media dieta, debemos acudir a lo dispuesto en el art. 12 del Convenio colectivo de aplicación, el cual se refiere al supuesto de “todos los trabajadores que por necesidad de la industria y por orden de la empresa, tengan que efectuar viajes o desplazamientos a poblaciones distantes a las que radique la empresa o taller disfrutarán de las compensaciones que se determinan en el presente artículo:”, regulándose a continuación varios supuestos entre los que están el de dietas completas y

medias dietas. De la dicción literal del precepto constatamos que falla el presupuesto de hecho para que entre en juego ya que el actor no pide la media dieta porque tenga que hacer viajes o desplazamientos a poblaciones distantes a las que radique la empresa, sino porque la empresa cerró el centro de trabajo sito en la localidad de Villarreal (donde vive) trasladando al actor y al resto de trabajadores al taller sito en la localidad de Onda. Ahora bien, la juez ya ha dado lugar a unos gastos de desplazamiento (en aplicación de la D.A. 9ª del convenio) por el mayor gasto adicional que el citado traslado reporta al trabajador. Y lo que no es posible otorgar es una cantidad por acudir al propio centro de trabajo, al menos como dieta, pues no es posible su encuadre en tal concepto. No se trata de una interpretación rigorista sino que, como reiteradamente ha dicho esta Sala, con las dietas se persigue la reparación de los gastos de manutención y hospedaje que se producen cuando el operario tiene que desplazarse fuera del centro habitual de trabajo. Ha de entenderse que existe cuando por orden de la empresa el trabajador ha de ir, provisional o eventualmente durante cualquier período de tiempo a población o lugar distinto de aquél en que habitualmente presta sus servicios. En el caso del actor sus servicios los presta actualmente en el centro de trabajo de Onda, por lo que el hecho de desplazarse a comer a su domicilio habitual en Villareal (desplazamiento que como tal tampoco ha acreditado) no genera el derecho al percibo de media dieta, todo lo cual nos lleva a la desestimación del recurso interpuesto y a la confirmación de la sentencia de instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON J.F.F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de CASTELLÓN, de fecha 9 de noviembre de 2010; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.029, de 8 de noviembre de 2011.

Materia: Recargo de prestaciones. Trabajadora que sufre acoso laboral por parte de un compañero en el centro de trabajo en que presta su actividad laboral. La actora sufre un accidente de trabajo (lesiones psíquicas) y reclama indemnización por falta de medidas de seguridad. La empresa no conoce la situación de la actora hasta determinado momento a partir del cual toma todas las medias necesarias para evitar el acoso. El trabajador acosador es despedido si bien no se le puede impedir acceder al centro de trabajo para realizar funciones sindicales.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra y que han dado origen a las presentes actuaciones, confirmando la resolución administrativa impugnada. No existe conducta pasiva por parte del empleador.

Sala: Desestima el recurso y confirma la resolución recurrida. La empresa no ha incumplido las normas de seguridad para evitar el presunto acoso sufrido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la Sentencia de instancia emitida por el Juzgado de lo Social nº 7 de Alicante, de 28 de enero de 2011, dictada en autos nº 49/2011, en la que se estimó procedente no imponer recargo de prestaciones alguno a la empresa ONCE, confirmándose su no responsabilidad en el accidente de trabajo reconocida por la Resolución del INSS de 11 de diciembre de 2009, se alza en suplicación D. P.F.M.H., en representación de D^a S.C.M., reclamando tanto la revocación de la Resolución previa del INSS de fecha de 11 de diciembre de 2009 como la revocación de la sentencia recurrida y la consiguiente declaración de la existencia de responsabilidad empresarial a cargo de la ORGANIZACIÓN DE CIEGOS DE ESPAÑA (ONCE) y la declaración igualmente del derecho a la percepción por parte de la trabajadora del recargo de prestaciones en el importe del CINCUENTA POR CIENTO.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 191.b) LPL propone el recurrente, en primer lugar, la introducción al final del Hecho Probado Cuarto de la sentencia, del relato que hace referencia al tenor literal del Acuerdo del Pleno del Consell, adoptado en la reunión de 31 de julio de 2009, a la vista del documento Dos del ramo de la prueba, del siguiente tenor: “La confirmación de la sanción tipificada como falta muy grave es como consecuencia de que la empresa no ha articulado el protocolo de acoso, limitándose a hablar con el Sr. A. para que dejara en paz a S. ni ha tomado ninguna medida para que cesara el comportamiento del Sr. A. hacia la Sra. C. (así se recoge en el Antecedente de Hecho VII-página 4 de la citada resolución) y si bien la empresa alega solo el conocimiento puntual de algunas situaciones de acoso, la ONCE aun teniendo

conocimiento de la situación, no adoptó las medidas necesarias para dar por finalizada la situación, lo cual implica que la empresa, aunque fuere por omisión, sí permitía la situación. Quedando igualmente acreditado, que la empresa se ha limitado a hablar con el Sr. A., a fin de que cesara en sus comportamientos con Dña S., como igualmente se desprende del Antecedente VIII de la citada resolución, por ello queda acreditado que la ONCE aun teniendo conocimiento de la situación, no adoptó las medidas necesarias para dar por finalizada la situación, lo cual implica la empresa que aún por omisión permitiera la situación”.

En segundo lugar propone igualmente el recurrente, al amparo también del art. 191.b) LPL, introducir el siguiente texto, al final del Hecho probado quinto de la sentencia y a la vista del documento 26 del ramo de la prueba, documento que es reproducción de parte de la carta de despido del Sr. A.: “La dirección de la ONCE, admitiendo la certeza y conocimiento de los hechos, al ser así recogidos en el correspondiente expediente sancionador así como en la carta de despido, que damos en este punto por reproducidos por economía procesal, procede a despedir al Sr. A.”.

Por basarse en las mismas razones de inadmisión se va a dar contestación única a las dos pretensiones aducidas por el recurrente, cuya inclusión no puede aceptarse. La razón de ello estriba en el hecho de que, como es incluso reconocido por el recurrente en su escrito, el contenido de ambos documentos ya ha sido recogido parcialmente en la sentencia de instancia pues se trata de documentos públicos obrantes en autos transcritos de modo literal, expresamente reconocidos por ambas partes y, además, se trata de documentos que se han llevado en lo fundamental al relato fáctico de la sentencia, por lo que ya el juez ha debido tenerlos en cuenta. Pero, además, hay que tener en cuenta que la revisión de hechos probados es instrumental a la impugnación jurídica de la sentencia por lo que, para poder ser apreciada, debe ser capaz, junto con el motivo de fondo, de incidir en el fallo variando su sentido, lo que aquí no ocurre porque la controversia sobre la que versa el presente recurso radica en si la empresa ha incumplido o no las normas de seguridad e higiene en el trabajo para evitar el presunto acoso sufrido.

TERCERO.- Al amparo del art. 191 c) LPL estima el recurrente vulnerados por parte de la sentencia de instancia los siguientes preceptos: el art. 123 LGSS, donde se regula el recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, el art. 4º del ET, en relación con el art. 19 del ET, en los que se recoge el derecho a la salud y el derecho a la dignidad personal del trabajador, así como la obligación de garantizar y proteger la salud, los artículos 14 y 15 de la Ley de 31/1995, de 8 de noviembre, por la que se regula la prevención de riesgos laborales, en cuanto reconoce ésta el derecho de protección eficaz y el deber general de prevención e igualmente, entiende el recurrente, que ha sido vulnerada la doctrina del Tribunal Supremo emanada en materia de recargo de prestaciones.

En concreto, entiende el recurrente que la sentencia de instancia incurre en contradicción porque en un primer momento manifiesta textualmente: “Pero a partir de la Ley 3/95 ha de concluirse que solamente ha de excluirse la responsabilidad del empresario cuando la producción del siniestro sea imprevisible y no haya incumplimiento por parte de aquel de sus obligaciones en materia de seguridad social, disponiendo el artículo 14 de la mencionada Ley que el empresario realizará la

prevención de los riesgos laborales mediante la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección y seguridad de los trabajadores”

Y posteriormente manifiesta que el actor no ha realizado identificación de la concreta infracción empresarial de las normas de prevención, contrariamente a la actual corriente jurisprudencial, ya enumerada, de la no necesidad de infracción de norma de prevención tasada o regulada de manera concreta y la preeminencia del deber general de protección de los trabajadores como deuda de prevención.

Cierto es que el párrafo al que alude el recurrente, reiterado hasta dos veces a lo largo de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia aparece de forma aislada y poco argumentado en relación con el resto del texto que se inserta en la sentencia, pero la lectura de ese párrafo aislado de la sentencia de instancia no puede privar de razón al resto del pronunciamiento que elabora el juez a quo, en el que éste entra a valorar el comportamiento de la empresa frente a la “presunta” situación de acoso laboral en la que denuncia encontrarse la trabajadora, tras cuyo enjuiciamiento concluye que no resulta exigible a la empresa el pago del recargo de prestaciones, conclusión que fue la misma a la que llegó el INSS en su Resolución de 11 de diciembre de 2008.

Y es que lo que claramente se contiene en la sentencia es que no se ha concretado la intervención directa de la ONCE en la producción del accidente y no han sido delimitadas las medidas indeterminadas que se supone no ha cumplido la empresa. Y ello es lo que se dirime en este supuesto, aunque a la luz de las características diferenciadas que tiene la resolución de un supuesto como el que nos encontramos entre manos, ya que el accidente que tiene lugar es un accidente que -sólo a los efectos de la aplicación del mentado recargo- podríamos calificar de atípico, puesto que surge a raíz de una lesión especial que afecta a la vertiente psíquica de la trabajadora y, por tanto, no aparece de forma clara evidente y súbita, tal como suelen hacerlo la mayor parte de los accidentes de trabajo, y tras cuyo acaecimiento se solicita el pago a la empresa del mentado recargo. Además, se trata de una lesión cuya prevención resulta mucho más difícil de llevar a efecto por parte de la empresa por su mismo carácter psicológico y porque afecta a aspectos que pueden no ser visibles o susceptibles de comprobación técnica clara.

Así las cosas, debemos traer a colación que la controversia que se analiza en la sentencia recurrida pretende conseguir la revocación de la Resolución del INSS de fecha de 11 de diciembre de 2009, Resolución en la que se concluye el expediente de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad, del que se desprende que no existe responsabilidad empresarial por el accidente de trabajo cuya fecha se fija el 25 de abril de 2008, y donde no se considera que la empresa deba abonar recargo alguno por incumplimiento de las medidas de seguridad haciendo suyo el mentado Organismo el contenido del Dictamen EVI 2/12/09 en donde se considera no probado que las presiones o las críticas padecidas por la trabajadora hubieran podido evitarse a través de la aplicación de las medidas preventivas y, por tanto, se concluye que no se aprecia que el AT tenga su causa en la falta de medidas de seguridad no dispuestas para evitar ese riesgo por parte de la empresa.

Por tanto, el objeto de la controversia es poder concluir, o no, si la empresa ha incumplido las normas de seguridad e higiene en el trabajo de tal forma que hubiera

tal actuación podido evitar el presunto acoso sufrido. Y no resulta controvertido, en cambio la existencia o la mayor o menor graduación de la sanción que se puede imponer a la empresa en su actuación frente a la “presunta” situación de acoso laboral que padece la trabajadora. Por eso, junto a la Resolución que es objeto de tratamiento existen otras Resoluciones que, si bien son traídas al acto del juicio como elementos probatorios no tienen la finalidad de discernir sobre las mismas circunstancias. Así, junto a este expediente y tras la denuncia a la Inspección de Trabajo en base al Informe médico de fecha de 29 de abril de 2008 que concluye en el Informe de la Inspección de Trabajo se señala que existe acoso por la especial negligencia de la empresa ONCE con el tratamiento de la situación padecida por la trabajadora, los hechos se califican como muy graves y se levanta Acta de Infracción provisional, tras la cual la Resolución de 20 de febrero de 2009 propone una primera sanción calificada como muy grave a la empresa. Tras un nuevo Informe de la Inspección de Trabajo y tras la presentación de las alegaciones por parte de la empresa la Resolución de la Inspección de Trabajo de 7 de agosto de 2009 se confirma la falta como muy grave, pero en grado mínimo. Además, la misma trabajadora solicita la declaración de que la incapacidad temporal tiene origen en accidente de trabajo y la Resolución de 27 de febrero de 2009 concluye la existencia de indicios suficientes y razonables para estimar la existencia de acoso y, por tanto, para determinar que el origen de la incapacidad temporal de la actora es el accidente de trabajo. Y además, también durante este período se abre expediente disciplinario al trabajador causante del acoso a la trabajadora recurrente, tras el cual fue despedido en fecha de 20/02/09; aunque después, tras acuerdo de las partes, el despido se considerara procedente y se le abonara finalmente al trabajador indemnización en cuantía de 190.000 euros, tal como queda relatado en los Hechos probados.

Existe pues un comportamiento de la empresa y de un trabajador “presunto acosador” que son los que son objeto de tratamiento en las diferentes Resoluciones administrativas en el sentido antedicho, pero la mera existencia de tales Resoluciones no pueden proporcionar automáticamente la convicción de que la actuación de la empresa es susceptible, también, de hacer ver un comportamiento negligente de pura tolerancia que determine automáticamente la aplicación del recargo económico. Y es precisamente el objeto del procedimiento el esclarecer la intervención o no de la empresa en la motivación de la enfermedad origen del accidente de trabajo. Y ello es lo que lleva a cabo la sentencia a lo largo de sus Fundamentos Jurídicos.

Y es que, para que opere el mentado recargo, según ha venido declarado la doctrina (STSJ País Vasco de 8 de mayo de 2007 (AS 2008, 157), en un supuesto similar al aquí debatido) hay que tener en cuenta que:

“El empresario tiene contraída con sus trabajadores una deuda de seguridad por el único hecho de que éstos presten servicios bajo su ámbito organizativo, al tener que dispensarles una protección eficaz en la materia a fin de que hagan efectivo el derecho que, al respecto, les reconoce nuestro ordenamiento jurídico, derivado del que tienen a conservar su integridad física, reconocido en los arts. 4-2-d y 19-1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) (ET) y art. 14-1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (RCL 1995, 3053) (LPRL). Obligación que le exige, específicamente, cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales (art. 14-3 LPRL) y, con carácter más general, adoptar cuantas medidas sean necesarias para la protección de seguridad y la salud de los trabajadores (art. 14-2 LPRL), previendo a tal fin las distracciones o imprudencias no temerarias que

podiera cometer el trabajador (art. 15-4 LPRL). Éstos, por su parte, no están exentos de deberes en esta materia, pues han de observar las medidas legales y reglamentarias de seguridad (art. 19-2 ET [RCL 1995, 997]). De ahí que también la normativa sobre prevención de riesgos laborales les imponga determinadas obligaciones. No obstante, su trasgresión no exonera al empresario de cumplir con su deber en esta materia (art. 14-4 LPRL). Medidas que forman parte del conjunto de las previstas por nuestro legislador para dar cumplimiento al deber que nuestra Constitución le impone en orden a velar por la seguridad e higiene en el trabajo (art. 40-2). Deuda de seguridad a cargo del empresario, para cuya efectividad, en el marco de esas medidas, nuestro ordenamiento jurídico configura diversos medios, uno de los cuales es el previsto en el art. 123-1 LGSS (RCL 1994, 1825) , por el que se establece un recargo en todas las prestaciones económicas de seguridad social derivadas de un accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuya producción, o en la de sus efectos dañosos, haya sido elemento decisivo, único o compartidamente con otras causas, el incumplimiento de una medida de seguridad exigible al empresario. Prestación a cargo directo de éste, en cuantía comprendida entre un 30% y un 50% de incremento, del que no le exonera la trasgresión por el trabajador de su respectivo deber al efecto, siempre y cuando la conducta de éste no traiga consigo la ruptura del nexo causal entre incumplimiento empresarial y accidente o daño sufrido. Dicho de otra forma y reiterando lo que esta Sala ha afirmado anteriormente (sentencia de 4 de julio de 2006, rec. 800/06 [PROV 2007, 101017] , con cita de otras muchas), lo esencial para que entre en juego la responsabilidad empresarial prevista en dicho precepto no radica en analizar si el trabajador lesionado por razón del trabajo, otro distinto o incluso un tercero ajeno a la empresa han contribuido a la producción del resultado dañoso con una actuación negligente o dolosa, sino que consiste en determinar si el empresario ha infringido alguna concreta norma de seguridad y ésta, de haberse cumplido, lo hubiera evitado o minorado. Distinto sería si éste hubiera sido igual aunque se hubiese adoptado la concreta medida de seguridad vulnerada, porque es sólo entonces cuando deja de darse el siempre imprescindible -a estos efectos- nexo causal entre esa infracción y el daño sufrido por el trabajador lesionado, determinando la ausencia de la responsabilidad empresarial tipificada en el art. 123-1 LGSS.

De ahí que puedan resumirse en tres los requisitos precisos para que proceda la responsabilidad empresarial que analizamos: a) que un trabajador sufra lesiones en un accidente de trabajo o por enfermedad profesional; b) que el empresario haya incumplido alguna norma de seguridad; c) que ese incumplimiento haya sido elemento decisivo en la producción de la lesión. Hay, no obstante, alguna excepción: si el accidente se lo causa el trabajador a propósito o resulta decisiva una conducta suya constitutiva de imprudencia temeraria, ya que en ambos casos no hay responsabilidad del empresario por falta de medidas de seguridad, incluso aunque hubiese incumplimiento preventivo suyo causal, radicando la razón de la salvedad en que en estos casos no hay, legalmente, accidente de trabajo (art. 115-4-b LGSS); igualmente, y por igual razón, cuando medie culpa civil o criminal del empresario, de un compañero del accidentado o de un tercero, siempre que la conducta de éstas no guarde relación alguna con el trabajo (art. 115-5-b LGSS)”.

Debe partirse, pues, del hecho de que una cosa es que haya relación causal entre la lesión sufrida y el trato recibido en la empresa; otra, que éste sea indebido y merecedora, por ello, de una sanción, como la que impone en este supuesto la Inspección de Trabajo y una tercera, que dicho trato debiera haberse prevenido para

evitar ese tipo de lesión. Trayendo todo ello al supuesto debatido, debe analizarse si la lesión constituye un accidente de trabajo, y si el incumplimiento del empleador es el que genera la imposición del recargo. La calificación de la lesión como accidente de trabajo únicamente incide en el recargo por falta de medidas de seguridad en cuanto que sin accidente de trabajo no cabe imponerlo, constituyendo el primero de los requisitos de éste, pero éste existe como tal, y así lo demuestra el que haya sido calificada la incapacidad temporal de la trabajadora derivada de accidente de trabajo por Resolución de fecha de 27 de febrero de 2009, atribuyendo a contingencias profesionales lo que es una patología psíquica generada por razón del trabajo. La segunda de estas cuestiones es que, para la imposición del recargo, no es relevante cualquier incumplimiento empresarial de sus deberes laborales con el trabajador accidentado sino únicamente uno destinado a prevenir los accidentes de trabajo, incumplimiento que en este caso se traduciría en la falta de medidas que impidieran la lesión psíquica sufrida por la trabajadora.

Por ello, una cosa es que haya o no relación de causalidad entre el alegado acoso moral en el trabajo y la enfermedad que constituye el accidente de trabajo y otra cosa muy diferente es que la actitud de la empresa ante el conocimiento de los hechos denunciados por su empleada sea la responsable de no haber evitado el acoso laboral origen de su accidente de trabajo por incumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales. De modo que la atribución de responsabilidad a la empresa precisa que exista nexo causal adecuado entre el siniestro del que trae causa el resultado lesivo para la vida o integridad psíquica de los trabajadores y la conducta pasiva del empleador, y en este caso en concreto donde la prevención del riesgo se refiere a un riesgo como es el riesgo por acoso moral debe atenderse al hecho de que no podría resultar posible imponer ese recargo por falta de medidas de seguridad a no ser que tal riesgo hubiera podido ser de alguna forma previsto, ya que no puede ser exigible a la empresa el establecimiento de unas medidas preventivas sobre un riesgo cuando se carece de dato o indicio alguno de que ese daño concreto –menos visible que otros daños físicos o técnicos- pueda llegar a producirse. Y así, aunque con carácter general el riesgo de acoso laboral debe cubrirse siempre a través de los diferentes medios a disposición del empleado, también lo es que en esta concreta situación ha quedado acreditado que la empresa es consciente de la existencia del citado riesgo de acoso moral cuando se hace pública la baja de la trabajadora el 24 de abril de 2008, fecha de la primera comunicación por parte de la trabajadora de una presunta situación de acoso en el trabajo al servicio de salud de la ONCE, aspecto confirmado por el hecho de que, aunque se había atendido en numerosas ocasiones en los servicios médicos de la ONCE en numerosos reconocimientos y consultas nunca ésta le comentó al médico ningún episodio de acoso laboral previo. Y es a partir de entonces cuando la empresa ONCE lleva a cabo diferentes actuaciones para impedir el contacto o la relación directa profesional entre la trabajadora y el presunto acosador, actuación que se ve de alguna forma parcialmente impedida por la condición de representante sindical del trabajador acusado como responsable del acoso de la trabajadora, lo que impidió en un momento dado que la empresa pudiera acometer ciertas medidas pues no pudo llegar a impedir totalmente el acceso al centro del representante Incluso el trabajador es finalmente despedido en atención al análisis de su comportamiento con la trabajadora víctima de acoso.

A la vista pues, de las actuaciones que lleva a cabo la empresa no cabe identificar la concreta infracción de la empresa, es decir, no resulta identificada la

acción (u omisión en este caso), dado que existe una actuación positiva que solamente puede exigírsele a la empresa en este supuesto desde el momento en que pudiera ser mínimamente conocedor de esta posible lesión psíquica es decir, desde que se hace patente por parte de los servicios médicos y no puede, en cambio, concluirse que la empresa hubiera actuado por omisión antes de ser conocedora pues se trataba de lesiones que no podían preverse, máxime cuando tal lesión procede de la actuación de un tercero cuya actuación no puede llegar a ser conocida en todo momento y además cuando ha resultado acreditado que la trabajadora desarrolla funciones de inspección de los vendedores de cupones y el presunto acosador desempeñaba funciones de representación y defensa de los vendedores, razón por la que pudieran resultar frecuentes quejas y discusiones entre ambos.

En el presente litigio lo que se cuestiona es la adopción por parte de la ONCE de medidas de seguridad conducentes a la evitación del accidente de trabajo sufrido y respecto de esta pretensión es claro que la ONCE no pudo adoptar medida preventiva alguna antes de tener conocimiento de la denuncia del hecho determinante del accidente, adoptando tras ella toda serie de medidas destinadas a la protección de la recurrente. Debe concluirse, pues, que el comportamiento de la empresa evidencia que ni ésta toleró la situación ni actuó con pasividad y permisividad frente a ciertos comportamientos que fueron los que dieron lugar a la lesión psíquica de la trabajadora, dado que actuó frente a los mismos desde el momento en que esta lesión fue comunicada a la empresa a través de sus propios servicios médicos, por lo que no pudo ser su falta de actuación la que generó los mentados daños, por tanto, al no quedar constancia dicha relación de causa-efecto entre pasividad y lesión no cabe la imposición del recargo de prestaciones.

Procede, por tanto, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la trabajadora S.C.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de los de Alicante, de fecha 28-1-2011, y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.046, de 10 de noviembre de 2011

Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios como operario de instalaciones deportivas. La empresa comunica al trabajador expediente sancionador en el que se le imputa habitual estado de embriaguez. Además, la empresa tiene conocimiento que ha sido multado en estado de embriaguez conduciendo el vehículo de la empresa. Posteriormente, se le notifica carta de despido alegando infracciones por causas muy graves. Improcedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda, declarando procedente el despido objeto del enjuiciamiento, convalidando la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso, revocando la sentencia de instancia. Las conductas del actor no pueden ser calificadas como faltas muy graves. Además, no queda probado que con la ingestión de bebidas alcohólicas durante el almuerzo, haya mermado el rendimiento laboral del trabajador. Declara la improcedencia del despido, obligando a la empresa, en el plazo de cinco días, a readmitir al trabajador o al abono de determinada cantidad en concepto de indemnización más el abono de los salarios de tramitación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada del trabajador la sentencia de instancia que desestimó su demanda y declaró la procedencia de su despido disciplinario fundado, esencialmente, en haber sido condenado en proceso penal como autor de un delito de conducción alcohólica e ingerir de forma habitual bebidas alcohólicas durante su jornada de trabajo, afectando dicho consumo al desarrollo de sus funciones.

2. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) que se modifique el hecho probado tercero de la sentencia para que se le dé la redacción que propone y que se tiene por reproducida. El motivo no puede prosperar por las siguientes razones: a) porque la referencia que contiene la sentencia a la carta de 29 de noviembre de 2010 permite a la Sala examinarla en su integridad sin sujetarse al resumen que se pueda haber hecho de ella en la sentencia; b) porque más allá de una reflexión genérica, no se concreta en qué medida la redacción alternativa que se propone puede tener influencia en el fallo; y c) porque en definitiva, y a diferencia de lo que se dice en el motivo no hay ningún texto resaltado en negrita que sirva para identificar la redacción alternativa que se pretende introducir por el recurrente.

SEGUNDO.- 1. Se formulan a continuación tres motivos por el apartado c) del artículo 191 de la LPL, siendo el último de ellos subsidiario de los anteriores. Lo que se denuncia en el primero es la infracción de los artículos 11.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 90.1 de la LPL, en relación con los artículos 18.1 de la Constitución Española (CE) y 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores (ET). Sostiene el recurrente que se debe declarar la nulidad de su despido “por cuanto los hechos en los que se basa constituyen una toma de conocimientos intrusiva realizada mediante procedimiento que supone la violación del derecho a la intimidad del demandante”, pues los hechos que se le imputan “están extraídos de las diligencias o atestado policial, cedido a instancia de la empleadora o tercero no autorizado...”, por lo que se entiende que “acreditada la ilicitud de tal toma de datos, obtenida con vulneración del derecho fundamental a su intimidad, no deberían haber sido admitidas al proceso las actuaciones penales”.

2. El motivo no puede prosperar pues no hay ninguna evidencia de que alguna de las pruebas practicadas en el acto del juicio se hayan obtenido ilícitamente, ni de que se haya menoscabado el derecho fundamental a la intimidad personal del trabajador protegido por el artículo 18.1 de la CE. En efecto, las diligencias penales seguidas contra don D.J.R. obran en autos a requerimiento del órgano judicial que ha enjuiciado su despido y no cabe ninguna duda acerca de la legalidad de tal solicitud. Pero es que además hay que tener en cuenta otros dos datos de interés como son los siguientes: a) por un lado que la empresa, como propietaria del vehículo que conducía el actor cuando fue sometido a la prueba de alcoholemia, era conocedora de los hechos y tenía un interés legítimo en conocer las circunstancias en que se había producido aquellos; y b) de otro lado también hay que recordar que la resolución del Juzgado de lo Social por la que se solicitaba la prueba documental controvertida no fue impugnada en su día en tiempo y forma, pues la diligencia de ordenación de 10 de marzo de 2011 por la que se admitía la prueba solicitada, se le notificó a la parte actora el 16 de marzo sin que esta interpusiera recurso alguno hasta el 6 de abril de 2011, fecha en que se celebró el juicio, y en la que ya había transcurrido con creces el plazo de cinco días que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 185 de la LPL tenía para interponer recurso de reposición.

TERCERO.- 1. En el siguiente motivo del recurso se alega que la sentencia impugnada infringe el principio de legalidad y tipicidad de las faltas y sanciones consagrado en los artículos 25 de la CE, 58.1 del ET y 94.2 a) y 96.1 b) de la Ley 7/2007, en relación con el artículo 20 del convenio colectivo de trabajo para el Personal Laboral del Ayuntamiento de P. y el artículo 7 del Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado. Entiende el recurrente que a diferencia de lo que sostiene la sentencia recurrida, las conductas imputadas se encuentran tipificadas en el artículo 7.1 apartados c) y/o ñ) i) del Real Decreto 33/1986, que regula el Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado al que se remite el artículo 20 del convenio colectivo de aplicación.

2. Para resolver adecuadamente la cuestión controvertida debemos comenzar recordando que dos son las conductas imputadas al demandante en la carta de despido: 1) el haber sido condenado penalmente por un delito contra la seguridad del tráfico por conducir un vehículo de la empresa con una tasa de alcoholemia de 0,60 ml

de alcohol por litro de sangre; y 2) ingerir de forma habitual bebidas alcohólicas durante la jornada de trabajo afectando dicho consumo al desarrollo de sus funciones. En relación con estas conductas la sentencia de instancia considera acreditada la primera de ellas, y en respecto de la segunda se declara probado en el hecho séptimo que “el actor ha sido visto por sus compañeros ingiriendo bebidas alcohólicas durante almuerzos y cenas que realiza dentro de la jornada laboral, así como presentando olor a alcohol”. Pues bien, lo primero que debemos señalar a la vista de estos hechos es que ni existe imputación de embriaguez habitual por parte de la empresa, ni del relato de hechos probados de la resolución recurrida se puede dar acreditada esta causa de despido, pues es evidente que la embriaguez no es identificable con el simple hecho de ingerir alcohol durante los almuerzos y cenas, ni la habitualidad se deriva de la circunstancia de haber sido condenado una vez por conducir un vehículo bajo los efectos del alcohol. Por consiguiente la Sala no puede compartir el razonamiento que hace la sentencia recurrida en su fundamento de derecho segundo sobre la embriaguez habitual del actor para justificar la declaración de procedencia de su despido.

3. Por el contrario, consideramos razonables y acertados los argumentos que se exponen en este motivo tercero del recurso para combatir tal declaración de procedencia. En efecto, hemos visto que el artículo 20 del convenio colectivo de aplicación en la empresa demandada se remite en cuanto al régimen disciplinario a lo dispuesto en el título VII del Estatuto Básico del Empleado Público, así como al Reglamento Disciplinario de los Funcionarios de la Administración General del Estado aprobado por Real Decreto 33/1986. Pues bien, las dos conductas imputadas al demandante en la carta de despido encajarían, en todo caso, entre las faltas graves descritas en los apartados c) e i) del artículo 7 del citado reglamento, pues en el primero de ellos se sanciona como tal falta grave “c) Las conductas constitutivas de delito doloso relacionadas con el servicio o que causen daño a la Administración o a los administrados”; y en el segundo “i) La falta de rendimiento que afecte al normal funcionamiento de los servicios y no constituya falta muy grave”. Así pues, es evidente que la condena penal impuesta al actor se puede encuadrar sin dificultad alguna en el apartado c), y aunque la segunda de las conductas imputadas –ingerir bebidas alcohólicas durante los almuerzos y las cenas- es más discutible que pueda ser encuadrada en la letra i), pues en ningún lugar se da por probado que afectara a su rendimiento laboral, lo que está fuera de toda duda es que ese simple hecho si no va acompañado de ninguna otra circunstancia no es suficiente para justificar el despido disciplinario del actor, pues como hemos señalado con reiteración siguiendo una copiosa doctrina judicial, el enjuiciamiento del despido (y en general de las sanciones), debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción cometida y la sanción a imponer, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (SSTS 28 febrero y 6 abril 1990 y 16 mayo 1991). Desde estas premisas se ha construido la bien conocida interpretación jurisprudencial sobre la graduación de las faltas y sanciones laborales, explícita en el artículo 58.1 del ET, que exige la presencia de incumplimientos laborales graves para producir el despido disciplinario del trabajador, de acuerdo con un razonable criterio de proporcionalidad.

4. Las razones expuestas nos conducen a estimar el tercer motivo del recurso –lo que hace innecesario el examen del cuarto que se formuló con carácter subsidiario-, pues se sancionan como muy graves conductas que, en todo caso, solo se pueden calificar de graves, quebrantando con ello los principios de tipicidad y

proporcionalidad en la imposición de las sanciones. Procede, por consiguiente, declarar la improcedencia del despido de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del ET, con las consecuencias previstas en el artículo 56.1 del mismo texto legal, en los términos que se expresan en la parte dispositiva de la presente resolución.

CUARTO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON D.J.R.T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Valencia de fecha 11 de abril de 2011, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa G.S.P., S.L.; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores o le indemnice en la cantidad de 14.214 euros, debiendo abonarle en cualquier caso los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución en la cuantía diaria de 68,91 euros.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.068, de 10 de noviembre de 2011

Materia: Reclamación de cantidad: Indemnización. Trabajador que sufre accidente de trabajo y que causa una situación de incapacidad temporal. Como consecuencia de este accidente se le declara en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. La empresa tiene suscrita una póliza de indemnización con la mutualidad codemandada.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la empresa y mutua codemandadas a que abonen al trabajador determinada cantidad, más los intereses legales a computar al 10% de su montante.

Sala: Estima parcialmente el recurso declarando que corresponde a la empresa codemandada y no a la mutua el abono de la diferencia entre la cantidad percibida y la que le corresponde, más los intereses legales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización como mejora voluntaria consecuencia del reconocimiento de una incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo, se formula el presente recurso de suplicación por la representación de X. Seguros Generales, sin impugnación de contrario.

2. En un primer motivo de recurso, con apoyo procesal en el art. 191 a) Ley procedimiento laboral, se denuncia la infracción de los artículos 326 y 319 Ley enjuiciamiento civil y del art. 24 Constitución española. En esencia, el recurrente discrepa de la sentencia de instancia cuando declara que ha habido una “impugnación implícita” del documento por el que el recurrente considera que se ha acreditado que el actor percibió 23.000 euros. De acuerdo con los arts. 326 y 319 Ley enjuiciamiento civil los documentos privados no impugnados hacen prueba plena en el proceso; en caso de ser impugnados permiten al que lo presente pedir cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto. Con la decisión del Juez de instancia se le ha impedido el acceso a proponer y practicar la prueba tendente a acreditar la veracidad de tales documentos. Por todo ello, considera que se le ha causado indefensión y solicita reponer los autos al que estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido las citadas normas y garantías del procedimiento.

3. Conforme reitera esta Sala de lo Social –por todas, recientemente resolviendo el recurso 944/2011- de acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial manifestada, entre otras, en las SSTS de 13 marzo 1990 , 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia, las pautas para analizar la nulidad de actuaciones solicitada son las siguientes:

a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003 que "la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada"; b) ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; f) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones; y g) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

4. Aplicando esta doctrina al caso traído ahora a nuestra consideración, el motivo no puede prosperar en atención a los dos argumentos siguientes: a) de conformidad con el art. 82.2 Ley procedimiento laboral, en la cédula de citación al acto del juicio se advierte a las partes de que "han de concurrir al juicio con todos los medios de prueba de que intenten valerse"; igualmente, del art. 90 de la Ley ritual se desprende que las partes pueden valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley, y que pueden solicitar, con cierta antelación a la fecha del juicio, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en el mismo, requieran diligencias de citación o requerimiento. En definitiva, conocidos los términos de la demanda por el ahora recurrente, éste pudo y debió acudir al acto del juicio con todos los medios de prueba existentes para acreditar el pago de lo que se le reclamaba; b) por otro parte, a través de los otros dos motivos de impugnación del recurso, el recurrente puede combatir lo que alega sin necesidad de que por esta Sala se retrotraigan las actuaciones, habida cuenta que podemos resolver correctamente la controversia planteada. Así las cosas, se impone la desestimación de este primer motivo de recurso.

SEGUNDO.- 1. En un segundo motivo de recurso, con amparo procesal en el art. 191 b) Ley procedimiento laboral, interesa la supresión de parte del hecho probado quinto y la adición de dos nuevos hechos probados, para los que, de aceptarse, propone los ordinales sexto y séptimo.

2. Del hecho probado quinto, pretende, por un lado, sustituir la expresión "procede abonar" por "corresponde abonar", y, por otro, suprimir la expresión "quienes nada le han abonado por tal concepto". En esencia, considera que constituyen afirmaciones predeterminantes del fallo. Además, aduce documental con la cual considera que está acreditado que sí que ha abonado 23.000 euros. A juicio de esta Sala, entendemos que las referidas expresiones son predeterminantes del fallo, por tanto, procedemos a su sustitución y supresión, respectivamente.

3. Propone un sexto hecho probado con el siguiente texto: "C. servicios generales de albañilería, S.L. a fecha del accidente del actor tenía suscrita con X. la póliza de accidente colectivos núm. 055-9880026129, que aseguraba la cifra de 23.000 euros para el riesgo de incapacidad permanente de sus trabajadores". Por un lado, aduce documental que fija la fecha del accidente el 22-08-2007 (folios 51, 55 y 57 de los autos, correspondientes con parte de accidente de trabajo, parte de comunicación de

accidente personales a X. y dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades), por otro, póliza de seguros suscrita entre C. y X. (folios 29, 30 y 31 y 58, 59 y 60). Desprendiéndose lo pretendido claramente y sin necesidad de conjeturas por nuestra parte de la documental aducida, procede la estimación de este nuevo hecho probado.

4. Por último, se propone un séptimo hecho probado con la siguiente redacción: “En virtud de la póliza suscrita y vigente al momento del accidente, las garantías y coberturas contratadas por C. servicios generales de albañilería, S.L., X., mediante transferencia bancaria a la cuenta del actor, la núm. 2077-0013-95-1102760500, de la entidad de crédito Bancaja, en fecha 29-04-09, indemnizó al actor en la cuantía de 23.000 euros, firmando el Sr. S., el correspondiente finiquito, mediante el cual reconocía recibir de X.F., S.A. la cantidad de 23.000 euros en concepto de indemnización por la situación de incapacidad permanente total derivada del accidente sufrido el 22-08-07, valorada por los organismos competentes y según resolución de fecha 06-11-08. Declarando que con el percibo de dicha cantidad se consideraba totalmente indemnizado de acuerdo con lo establecido en las condiciones generales y particulares de la póliza, renunciando expresamente a cuantas acciones se derivasen contra X.F., S.A., en relación con el contrato de seguro y el accidente”. Se aduce los folios 61, 26 y 27, 62 y 63 de los autos correspondientes con la orden de pago, detalle de la orden de pago, cuenta bancaria del actor y finiquito firmado por el actor. Estimamos en parte la revisión en el sentido de dejar constancia de la existencia de los datos objetivos que derivan de la documental aducida, esto es, que en autos existen unos documentos en los que consta, en esencia, que hubo una orden de pago por importe de 23.000 euros, un detalle de dicha orden de pago, fotocopia de la primera hoja de una libreta de ahorro de la que es titular el actor y un documento, denominado finiquito, firmado por el actor. Sin embargo, la aceptación sin más del texto, conforme está redactado, no puede asumirse por cuanto supondría predeterminedar el fallo, habida cuenta que lo que se discute en este pleito es si la Compañía de Seguros ha abonado o no la referida cantidad al actor. La aceptación o no de si con esos datos objetivos que derivan de la documental alegada el recurrente acredita o no el pago de lo pretendido es algo que, en su caso, corresponde resolver en los siguientes motivos de recurso.

TERCERO.- 1.- En los motivos tercero, cuarto y quinto, con amparo procesal en el art. 191 c) Ley procedimiento laboral, se denuncia la infracción de los siguientes preceptos: a) arts. 1.156, 1.157 y ss. Código Civil; art. 18 Ley Contrato de Seguro; arts. 326, 319 y 217 Ley enjuiciamiento civil; y 24 Constitución española; b) arts. 1.255, 1.281 y 1.283 Código Civil; arts. 1 y 11 Ley Contrato de Seguro; art. 196 Ley general Seguridad Social; la jurisprudencia recogida en las sentencia Tribunal Supremo 13-05-2004, Rec. 2070/2003, 10-06-1985 y 19-10-1987; c) arts. 1.255, 1.265 y 1.281 Código Civil, así como la jurisprudencia sobre finiquito.

En esencia, el recurrente aduce los siguientes argumentos, con base en la narración de hechos probados revisada de conformidad con la documental aportada: a) que está acreditado que la Compañía de Seguros X. abonó al actor la cantidad de 23.000 euros en concepto de indemnización por su declaración de incapacidad permanente total, por lo que condenarla a pagar de nuevos 25.000 euros supondría, entre otras cosas, un enriquecimiento injusto del actor; b) que la póliza que la empresa codemandada tenía suscrito con la compañía de seguros a la fecha del accidente de trabajo del actor únicamente cubría 23.000 euros por el riesgo de incapacidad profesional total. Por tanto,

de la diferencia de 2.000 euros hasta los 25.000 euros reclamados en ningún caso podría resultar obligada; c) Por último, que con la firma del finiquito que firmó el actor se dio por saldado y finiquitado respecto de la compañía de seguros.

2.- De la narración de hechos probados, tras la revisión aceptada, esta Sala destaca lo siguiente: a) el actor ha prestado servicios para C. en el período 17-07-2006 a 30-06-2008, fecha en que fue despedido por causas objetivas, mediante contrato temporal a jornada completa por obra o servicio determinado; b) el 22-08-07 inició situación de incapacidad temporal derivada del accidente de trabajo sufrido ese mismo día, consistente en caída por el hueco del ascensor desde una altura aproximada de 9 metros; finalmente ha sido declarado en situación de Incapacidad permanente total derivada de Accidente de Trabajo, con fecha de efectos 14-11-2008; b) el convenio colectivo de aplicación es el provincial de empresas de construcción y obras públicas, cuyo art. 35 establece que, en caso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, corresponde abonar al trabajador afectado la cantidad de 25.000 euros; c) C. servicios generales de albañilería, S.L. a fecha del accidente del actor tenía suscrita con X. la póliza de accidente colectivos núm. 055-9880026129, que aseguraba la cifra de 23.000 euros para el riesgo de incapacidad permanente de sus trabajadores; d) en autos consta la siguiente documental: a') orden de pago de X. de 23.000 euros en favor del actor, mediante la forma de pago de transferencia, de fecha 29-04-09 (folios 26 y 61 de los autos; b') detalle de la orden de pago de los 23.000 euros, con referencia al pago por transferencia a la cuenta: 2077-0013-95-1102760500 (folio 27 de los autos); c') fotocopia de la libreta de ahorro del actor con número de cuenta 2077-0013-95-1102760500 (folio 62 de los autos); d') documento por el que el actor con su firma declara haber percibido la cantidad de 23.000 en concepto de indemnización por su situación de incapacidad permanente total, de fecha 28-04-2008 (folio 63 de los autos).

3.- El objeto del recurso se circunscribe a determinar si, habida cuenta que el actor tiene derecho a percibir la cantidad de 25.000 euros en concepto de indemnización por su declaración en situación de incapacidad permanente total, la compañía de seguros X. abonó o no al actor la cantidad de 23.000 euros. En caso de que concluyéramos que sí, quedaría por concretar quién sería responsable del abono de la diferencia entre lo percibido y lo que debió percibir.

Sobre la primera cuestión, la sentencia de instancia declara que “a pesar de haberse aportado a la causa principio de prueba no atribuye al mismo fuerza de convicción bastante, habida cuenta que la demandada no propuso prueba de su interrogatorio en orden a que reconociera ser de su puño y letra la firma y rúbrica en aquel escrito estampadas, ni se acompañó a tal documento resguardo de transferencia a cuenta libreta del actor que se alegara haber hecho medios de prueba que de haberse esgrimido hubieren despejado toda duda del proveyente a aquel efecto, y cuenta habida de la impugnación implícita que del mismo hiciera el letrado del demandante al oponerse a tal afirmación, al ratificarse en los términos de su demanda procede la estimación de la demanda con condena de la mercantil demandada y solidariamente de la aseguradora demanda X.”.

Para resolver esta cuestión es necesario, en primer lugar, volver a reiterar la documental existente en autos, procedente tanto del actor como de la Compañía de Seguros X., en concreto: a) orden de pago de X. de 23.000 euros en favor del actor, mediante la forma de pago de transferencia, de fecha 29-04-09 (folios 26 y 61 de los

autos; b) detalle de la orden de pago de los 23.000 euros, con referencia al pago por transferencia a la cuenta: 2077-0013-95-1102760500 (folio 27 de los autos); c) fotocopia de la libreta de ahorro del actor con número de cuenta 2077-0013-95-1102760500 (folio 62 de los autos); d) documento por el que el actor con su firma declara haber percibido la cantidad de 23.000 en concepto de indemnización por su situación de incapacidad permanente total, de fecha 28-04-2008 (folio 63 de los autos).

Como se indicó en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, de acuerdo con los arts. 326 y 319 Ley enjuiciamiento civil los documentos privados no impugnados hacen prueba plena en el proceso; en caso de ser impugnados permiten al que lo presente pedir cotejo pericial de letras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto.

En el presente caso, no consta ni en el acta del juicio (folios 14 y 15 de los autos) ni en la vista oral (CD de los autos en folio 123) que la parte actora impugnara los documentos presentados por X. ni, por supuesto, tampoco consta la impugnación de los documentos aportados por el propio actor. Esta Sala de lo Social no puede compartir la conclusión alcanzada en instancia de que hubo una implícita impugnación de la referida documental. Así las cosas, no constando impugnación y haciendo los referidos documentos prueba plena en el proceso, concluimos que la codemandada compañía de seguros X. abonó al actor y éste percibió la cantidad de 23.000 euros en concepto de indemnización por su situación de incapacidad permanente total.

4.- Ahora bien, comoquiera que, de conformidad con el convenio colectivo aplicable, el actor tenía derecho a percibir 25.000 euros y no se ha acreditado el abono de la diferencia entre dichas cantidades, queda por dilucidar quién es el responsable del abono de dicha diferencia.

Al respecto cabe recordar la jurisprudencia general del Tribunal Supremo sobre el momento del hecho causante en los supuestos de mejoras voluntarias. De conformidad con la STS 21-09-2009, Rec. 3475/2008 “como recuerda nuestra sentencia de 30 abril 2007 (recurso 618/2006) transcrita en parte en la sentencia recurrida, que recoge a su vez anteriores pronunciamiento de esta Sala, como los de la STS de 19 de enero de 2.004 (recurso 2807/2002), 28 de abril de 2.004 (recurso 2346/03), 23 de enero del mismo año, (recurso 3356/03) y 24 de mayo de 2.006 (recurso 210/05), entre otras, es cierto que esta Sala, desde la conocida sentencia del Pleno de 1 de febrero de 2.000, dictada en el recurso 646/2000, sobre la cobertura del reaseguro y, luego, de forma específica, en otras sentencias posteriores sobre las mejoras voluntarias en el marco de la Seguridad Social complementaria (sentencias de 18 de abril de 2000, 29 de mayo de 2000, 20 de julio de 2000, 21 de septiembre de 2000, 25 de junio de 2001, 4 de octubre de 2001, 16 de junio de 2002 y 24 de marzo de 2003, entre otras), ha precisado que el momento relevante en orden al establecimiento de la cobertura de los accidentes de trabajo es aquél en que se produce el accidente y no el momento en que tiene lugar el reconocimiento administrativo o judicial de la situación protegida o el tránsito de una situación protegida a otra en aquellos supuestos en que de la misma contingencia determinante pueden derivar varias situaciones de este carácter, como sucede con el paso de la incapacidad temporal a la permanente.

Pues bien, si el momento relevante en orden al establecimiento de la cobertura del accidente de trabajo es aquél en que se produce el accidente de trabajo,

habida cuenta que en ese momento la empresa codemandada sólo tenía cubierto por la póliza un importe de 23.000 euros, es claro, que la compañía de seguros X. no puede ser la responsable del abono de la discutida diferencia y, en consecuencia será la empresa codemandada C. Servicios Generales de Albañilería, S.L. la única responsable del abono de la diferencia entre cantidad percibida y lo que debió percibir de conformidad con el convenio colectivo.

4.- Por todo lo razonado, habiéndose infringido los preceptos denunciados, se impone la estimación del recurso con la consiguiente revocación parcial de la sentencia de instancia en los términos siguientes: se reduce la condena a C: Servicios Generales de Albañilería, S.L. a que abone al actor la cantidad de 2.000 euros, más los intereses legales a computar al 10% de su montante, absolviendo a la compañía X. Seguros Generales de todos los pedimentos que se formularon en su contra. Esta Sala de lo Social quiere dejar constancia de que comoquiera que no se ha combatido la condena al 10% del principal, dicha condena debe confirmarse, sin que por nuestra parte, en fase de recurso, podamos revocarla.

CUARTO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201.2 y 3 de la Ley procedimiento laboral procede declarar la devolución de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, una vez firme la sentencia, así como la devolución de la totalidad del depósito.

2. De acuerdo con lo previsto en el art. 233.1 Ley procedimiento laboral no procede imponer costas.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de X. Seguros Generales frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número seis de los de Valencia, de fecha 30 de julio de 2010, recaída en autos promovidos por D. L.S.G. sobre cantidad, la revocamos parcialmente y en su lugar con desestimación parcial de la demanda interpuesta, debemos declarar y declaramos que condenamos a C. Servicios Generales de Albañilería, S.L. a que abone al actor la cantidad de 2.000 euros, más los intereses legales a computar al 10% de su montante, absolviendo a la compañía X. Seguros Generales de todos los pedimentos que se formularon en su contra.

Sentencia núm. 3.077, de 10 de noviembre de 2011

Materia. Prestación por desempleo: Devolución de percepciones indebidas. La actora es socia de una cooperativa agrícola en la que figura como propietario su marido. Sin embargo, en las declaraciones sobre la renta aparecen unos rendimientos a favor de ésta. La actora ha cobrado prestación y subsidio por desempleo. Consideración de relación laboral y derecho a las prestaciones.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de las pretensiones efectuadas en su contra, confirmando la resolución impugnada. La actora ha de devolver las cantidades indebidamente percibidas, ya que hay relación laboral por cuenta propia, sin que exista derecho al subsidio percibido.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Anula las resoluciones impugnadas dejándolas sin efecto. La actora no ha de devolver cantidad alguna. No existe incompatibilidad entre las prestaciones percibidas y los ingresos de la trabajadora, ya que no existe una relación laboral por cuenta propia de ésta.

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 representación letrada de la parte demandante, 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 sexto de la sentencia para que se especifique el número de socia de la parte actora y se delimite que los rendimientos agrícolas por actividades agrícolas lo fueron en estimación objetiva por la venta de frutos en diferentes días y durante determinados períodos según las facturas que constan en autos –folios 54 a 64 y 88 a 94- así como que las declaraciones de IRPF aludidas en dicho ordinal se realizaron de forma conjunta.

La modificación interesada no podrá tener favorable acogida dado que el número concreto de socio por parte de la actora carece de toda relevancia y la constatación de los rendimientos por actividades agrícolas, ganaderas y forestales correspondiente a todo el año 2007 y 2008 -y no a una parte del mismo, como se pretende en el recurso- tanto en su calidad de ingreso íntegro como rendimiento base ya aparecen debidamente constatados en la sentencia con apoyo en las propias declaraciones del IRPF suministradas por la parte actora, figurando un desglose separado de los rendimientos obtenidos tanto por ésta como por su esposo por lo que no quedando evidenciado la existencia de error en la valoración de la prueba mencionada procederá la desestimación del primer motivo de recurso.

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 de lo establecido en el art.221.1 de la LGSS que contempla la incompatibilidad de la prestación o subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado. Se argumenta en el motivo que no ha quedado probado que la actora realizara actividad por cuenta propia o ajena y que además los frutos obtenidos por el rendimiento de la finca se corresponden con ventas anteriores a la reanudación de la prestación al abarcar desde febrero 07 a mayo 07, en cuyo período la demandante se encontraba de alta en el RETA, señalando que la cooperativa agrícola ha efectuado pagos por entrada de fruta durante solo 17 días del año 2008, reprochándose a la juzgadora haber hecho valoraciones subjetivas sobre la condición de socia de cooperativa de la demandante, extralimitándose, cuando lo único que se discutió en vía administrativa era la realización o no de actividad laboral que entiende debió probar la entidad demandada, y computándose los rendimientos netos en ningún caso justificarían la capacidad para ser considerados medio de vida de la recurrente, siendo su marido el que se encargaba del mantenimiento de los frutales, por lo que no realizando la demandante actividad laboral por cuenta propia o ajena debió declararse procedente la prestación por desempleo.

Es cierto que el art. 221 de la LGSS prevé la incompatibilidad tanto de la prestación contributiva como del subsidio por desempleo en aquellos casos que se pruebe la existencia de un trabajo por cuenta ajena a tiempo completo o por cuenta propia, sin que en éste último supuesto se exija la concurrencia de una ejecución concreta o determinada de un tiempo dedicado a la actividad o de la obtención de determinados resultados económicos. Así, lo ha entendido la sentencia del Tribunal Supremo de 1/2/2005 –rcud 5864/2003- cuando establece que el recurso había de ser estimado conforme reiterada jurisprudencia de esta Sala –entre otras, la sentencia aportada para comparación de 29 de enero de 2003 (RJ 2003\3043) y la que en ella se cita de 30 de abril de 2001 (RJ 2001\5128) – en cuanto se declara incompatible la prestación por desempleo con un trabajo por cuenta propia, con independencia del resultado lucrativo del negocio. Afirmándose con rotundidad que el art. 221.1 LGSS debe ser interpretado como determinante de la total y absoluta incompatibilidad entre las prestaciones por desempleo y un trabajo por cuenta propia con independencia de los ingresos que el mismo reporte al interesado.

Y traemos a colación dicho criterio por cuanto se insiste mucho en el recurso en la consideración de los escasos rendimientos que la explotación agraria había generado a efectos de renta fiscal en el patrimonio de la actora cuando el montante de ello carecería de toda trascendencia pues lo relevante no atendería a un potencial resultado económico sino al propio y precedente desarrollo de un trabajo por cuenta propia, de tal forma que solo cabría hablar de incompatibilidad si existe dicha actividad real y efectiva. Pues bien, del relato histórico que contiene la sentencia no es posible apreciar como constatada la existencia de aquella actividad dado que ni en los hechos probados ni en la propia fundamentación jurídica se desprende dicha aseveración o imprescindible constatación sino que más bien se alude a que no se ha acreditado por la parte actora que no se realizara una determinada actividad productiva, es decir, no se da por probada la ejecución de un trabajo por cuenta propia sino que se determina que no existe constancia de su no realización. No debemos olvidar que nos encontramos ante un procedimiento sancionador con extinción de prestación y subsidio y devolución de lo

percibido en cuantía de 11.280,62 € alegándose por el organismo demandado no haber solicitado la baja en la percepción, tal y como se refleja en el hecho probado tercero de la sentencia- e imputándose a la demandante haber realizado actividad laboral por cuenta propia, extrayéndose la misma de las declaraciones del IRPF años 2007/2008 que evidenciarían la existencia de unos rendimientos obtenidos por actividades agrícolas y que son reflejo de la venta a una cooperativa agrícola de los frutos de la explotación agraria cuya titularidad es privativa del marido de la actora aunque ésta al ser socia de aquella pero no propietaria del terreno también aportara los productos del campo a la cooperativa, generando con ello un reparto según los frutos obtenidos y el precio fijado por aquella con desglose de los rendimientos oportunos entre el marido de la actora y ella misma –hecho probado sexto de la sentencia-.

Con tales premisas fácticas entiende ésta Sala que la realización de actividad por cuenta propia deducida de los rendimientos derivados de la indicada aportación de frutos a la cooperativa por parte de la actora no justificarían sin más datos o elementos la existencia de un trabajo o actividad efectiva dado que la simple consideración de socia de una cooperativa agrícola por parte de la demandante no acreditaría la ejecución de una actividad por cuenta propia siendo aquella una simple deducción extraída no de la real acreditación de actividad sino de unos rendimientos declarados que no evidenciarían un trabajo por cuenta propia que es lo único reprobado en la resolución administrativa objeto de impugnación y sobre cuyo contenido debe pronunciarse tanto la sentencia de instancia como esta misma Sala. El propio Tribunal Supremo ha venido igualmente atendiendo a un criterio real y no formal para delimitar la existencia de actividad señalándose en sentencia de 20/3/2000 (Rec. 4457/98) que: «El artículo 221.1 de la LGSS establece que "la prestación o subsidio de desempleo será incompatible con el trabajo por cuenta propia...". A "sensu contrario" si el trabajador no realiza actividades por cuenta propia ni por cuenta ajena no existe incompatibilidad (...). El hecho de que haya seguido abonando el Impuesto de Actividades Económicas, que grava el ejercicio de actividades profesionales o artísticas no presupone, necesariamente la realización de un trabajo productivo, y la incompatibilidad viene establecida con la prestación de servicios y no con el pago del referido impuesto». Igualmente se declara la inexistencia de incompatibilidad en sentencia de 12/7/2004 respecto a un abogado colegiado pero sin constancia de desarrollo efectivo de actividad profesional.

En definitiva, la falta de acreditación de ejecución de un trabajo por cuenta propia reprobado a la demandante y no determinado en la instancia justifica el acogimiento de la demanda formulada con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia y lógica previa estimación del motivo de recurso entablado, no siendo ya necesario el análisis del siguiente planteado de forma subsidiaria al anterior.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. M.C.D.P. contra SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL y con revocación de la misma y acogiendo la demanda presentada por el recurrente contra él en materia de extinción de prestación por desempleo y reintegro de prestaciones indebidas. Declaramos la nulidad de las resoluciones impugnadas de fecha 3/6/2009 y 17/11/2009 anulándose las mismas y dejándose por tanto sin efecto alguno, condenando al Servicio Público de Empleo Estatal a estar y pasar por ésta declaración.

Sentencia núm. 3.107, de 15 de noviembre de 2011

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora que presta sus servicios como vigilante de seguridad. Se produce una subrogación de empresas en la prestación del servicio de seguridad. La empresa en la que trabaja la actora se subroga en la contrata con el INSS, pero se le notifica a la actora una reducción de la jornada laboral y salario por razones técnicas y administrativas. La empresa ha superado las horas de trabajo a nivel provincial, si bien se ha producido una reorganización en los centros de trabajo. Incluso ha procedido a nuevas contrataciones. Derecho a seguir manteniendo la misma jornada y salario.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando el derecho de la actora a mantener la jornada de trabajo que venía realizando con anterioridad a la reducción impuesta y al pago de las diferencias que resulten de la mencionada reducción.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La trabajadora tiene derecho a seguir manteniendo la misma jornada laboral y salario que con anterioridad a la subrogación empresarial. No queda acreditada la imposibilidad de que la actora pueda completar su jornada en otros centros de la contrata como hacía anteriormente, habida cuenta que la empresa ha incrementado sus horas de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa condenada G. S.S. SA, frente a la sentencia que estimando en parte la demanda, declara “el derecho de la actora a mantener la jornada de trabajo que venía realizando con anterioridad a la reducción impuesta por G. S.S. SA, el día 01-01-11, que debe dejarse sin efecto; condenando, a la citada demandada, a estar y pasar por dicha declaración y al pago de las diferencias que resulten de la mencionada reducción. Absolviendo a la codemandada P. CÍA DE SEGURIDAD SA”. En el primer motivo del recurso, redactado al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, se solicita, en primer lugar, que se elimine del hecho probado primero la frase, “completando dicho horario en otros centros de trabajo pertenecientes a la contrata del INSS, a los que, también, acudía a suplir a otros compañeros, según las necesidades de la empresa”, basándose en el documento 1 (folios 33 a 35), y 2 (folios 43 a 45).

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, y en el presente caso, del pliego de cláusula administrativas y prescripciones técnicas, no se evidencia que el Juzgador de instancia haya incurrido en error en la valoración de la prueba, pues el texto que pretende eliminar se refiere al periodo trabajado para P. Cia de Seguridad SA, y del mismo no se deduce directamente que fuese imposible completar horario en otro centro de trabajo perteneciente a la contrata del INSS.

2. En segundo lugar, interesa el recurrente la adición al hecho probado segundo, del siguiente párrafo, “Con motivo de la reducción operada por el concurso de las horas de la contrata en el centro de trabajo de la Dirección Provincial del INSS en la calle Churruca nº 3 de Alicante, la actora ha pasado a realizar una jornada mensual de 143 horas”.

La revisión no se admite, pues el recurrente no indica prueba en que apoya su pretensión, y de entenderse que se basa en la documental antes citada, no procedería acceder a la revisión por las mismas razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la inaplicación del art. 14 apartado a) y c.1) y c.2) del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, y la aplicación indebida del art. 41.1 y 3 del ET. Sostiene el recurrente que la empresa entrante por concurso público tramitado previamente, se adjudica un servicio en el que se ha producido una reducción del número de horas a realizar por los trabajadores, por reducción de costes y gastos de la Administración, por lo que un día termina el servicio la empresa saliente y al siguiente comienza la entrante, sin tiempo material para cumplir las formalidades del art. 41 del ET que exige un preaviso de 30 días imposible de cumplir, P. terminó su relación el 31-12-10 y G. S.S. SA lo comenzó el 1-1-11, y además el trabajador podría resolver indemnizadamente el contrato; que los centros de trabajo están en distintas poblaciones y en su mayoría en horario de mañana; que la recurrente comunicó a la actora y a P. la reducción de jornada entendiéndolo que el resto de jornada que venía desempeñando debería ir a cargo de P., pues la obligación de la entrante afecta solo al ámbito de la contrata que se le adjudica, con cita de Sentencia nº 1081/99 de esta Sala, rec. 667/98.

2. El artículo 14 del Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad, en lo que aquí interesa, dice, “Artículo 14. Subrogación de servicios.

Dadas las especiales características y circunstancias de la actividad, que exigen la movilidad de los trabajadores de unos a otros puestos de trabajo, este artículo tiene como finalidad garantizar la estabilidad en el empleo de los trabajadores de este sector, aunque no la estabilidad en el puesto de trabajo, con clara diferenciación entre subrogación de servicios comprendidos en la letra A y de transporte de fondos comprendidos en la letra B, en base a la siguiente Normativa:

A) Servicios de vigilancia, sistemas de seguridad, transporte de explosivos, protección personal y guardería particular de campo:

Cuando una empresa cese en la adjudicación de los servicios contratados de un cliente, público o privado, por rescisión, por cualquier causa del contrato de

arrendamiento de servicios, la nueva empresa adjudicataria está, en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, y/o categoría laboral, siempre que se acredite una antigüedad real mínima, de los trabajadores afectados en el servicio objeto de subrogación, de siete meses inmediatamente anteriores a la fecha en que la subrogación se produzca, incluyéndose en dicho período de permanencia las ausencias reglamentarias del trabajador del servicio subrogado establecidas en los Arts. 45, 46 y 50 de este Convenio Colectivo, las situaciones de Incapacidad Temporal y suspensiones disciplinarias, cualquiera que sea su causa, excluyéndose expresamente las excedencias reguladas en el Arts. 48, salvo los trabajadores que hayan sido contratados por obra o servicio determinado.

Asimismo procederá la subrogación, cuando la antigüedad en la empresa y en el servicio coincida, aunque aquella sea inferior a siete meses.

Igualmente procederá la subrogación cuando exista un cambio en la titularidad de las instalaciones donde se presta el servicio.

B) Servicios de Transporte de Fondos (Manipulado de efectivo, cajeros automáticos, transporte y distribución):...

C) Obligaciones de las empresas cesante y adjudicataria, comunes para A) y B):

C.1) Adjudicataria cesante: La Empresa cesante en el servicio:

1. Deberá notificar al personal afectado la resolución del contrato de arrendamiento de servicios, así como el nombre de la nueva adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento formal de una y otra circunstancia.

2. Deberá poner a disposición de la nueva adjudicataria, con antelación mínima de tres días hábiles a que ésta dé comienzo a la prestación del servicio, o en igual plazo desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, si éste fuera posterior, la documentación que más adelante se relaciona...

3. Deberá atender, como único y exclusivo obligado:...

4. Tendrá la facultad de quedarse con todos, o parte, de los trabajadores afectados por la subrogación.

5. Responderá de las consecuencias derivadas de la falsedad o inexactitud manifiesta que la información facilitada puedan producir a la empresa adjudicataria, todo ello sin perjuicio de la reversión a la misma de los trabajadores indebidamente subrogados.

C.2) Nueva adjudicataria: La Empresa adjudicataria del servicio:

1. Deberá respetar al trabajador todos los derechos laborales que tuviese reconocidos en su anterior empresa, incluida la antigüedad, siempre que éstos provengan de pactos o acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento, junto con la documentación pertinente, o que el trabajador pueda demostrar.

2. No desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese o redujese el mismo, por un período no superior a doce meses, si la empresa cesante o los trabajadores, cuyos contratos de trabajo se hubiesen resuelto, o no, por motivo de esta suspensión o reducción, probasen, dentro de los treinta días siguientes a la terminación del plazo citado, que el servicio se hubiese reiniciado o ampliado por ésta o por otra empresa.

D) Subrogación de los representantes de los trabajadores....”.

3. En el presente caso, consta en el hecho probado segundo que la empresa recurrente, ahora adjudicataria de la contrata, comunicó a la actora mediante escrito de 1-1-11, obrante al folio 59, que “como consecuencia de la adjudicación del servicio de seguridad para la que prestaba sus servicios en el Instituto Nacional de la Seguridad Social, sito en la C/ Churruca, 26 de Alicante, a partir del próximo 1 de enero de 2011, el trabajador abajo firmante quedará subrogado con la modificación de su jornada por razones técnicas y organizativas, motivada por la reducción de horas que tenemos contratadas con nuestro cliente (INSS)...”, y consta asimismo probado que la actora con al anterior empresa adjudicataria, prestaba servicios en la citada sede de la C/ Churruca 26, “en jornada de 7,30 horas/día, completando dicho horario en otros centros de trabajo pertenecientes a la contrata del INSS, a los que, también, acudía a suplir a otros compañeros, según las necesidades de la empresa”, y que la contrata que el INSS ha adjudicado a la recurrente, “no solo ha mantenido el número total de horas de trabajo a nivel provincial que tenía con anterioridad, sino que lo ha superado; aunque produciéndose una reorganización de centros de trabajo, a nivel local y provincial, que han provocado la aparición de algunos nuevos junto con la reducción, o desaparición, de otros... Dicha peculiar situación, que ha supuesto la reducción de 1 hora diaria en el centro de la C/ Churruca, 26, ha motivado que G. S.S. haya procedido a reajustar los centros y puestos de trabajo, acudiendo, incluso, a nuevas contrataciones”. De todo lo cual debe concluirse que la reducción del servicio en la sede de la C/Churruca no justifica la reducción de la jornada de la actora, pues esta ya venía completando horario en otros centros, y el total del servicio ahora adjudicado a la recurrente es superior al que tenía adjudicado al anterior empresa, razón por la que incluso se han realizado nuevas contrataciones, de manera que no constando acreditada la imposibilidad de que la actora continué completando su jornada en otros centros de la contrata, como hacía anteriormente, el recurso deberá ser desestimado.

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

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de G.S.S. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.6 de los de Alicante, de fecha 28-3-2011, en virtud de demanda presentada a instancia de M.C.P.G.; 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 a cada Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

Sentencia núm. 3.131, de 15 de noviembre de 2011

Materia: Prestación de maternidad. Trabajadora que presta sus servicios para empresa con la categoría profesional de aparadora sin haber sido dada de alta en Seguridad Social. La actora es despedida verbalmente siendo el despido declarado improcedente y extinguida la relación laboral según sentencia. La actora formula denuncia ante la Inspección de Trabajo por falta de alta y cotización. Posteriormente, solicita prestación por maternidad, la cual es denegada al no encontrarse en alta o situación asimilada a la misma.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir la prestación por maternidad sobre el 100% de la base reguladora y duración de 16 semanas, condenando a la empresa demandada al abono sin perjuicio del anticipo esta cantidad por parte del INSS.

Sala: Estima el recurso del organismo demandado, estableciendo que no hay obligación por parte del INSS al anticipo de la prestación, puesto que en el momento del hecho causante la actora no estaba en situación de alta. Corresponde a la empresa demandada la responsabilidad directa de la prestación ya que nunca dio de alta a la trabajadora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Alicante que estima la demanda y reconoce a la demandante el derecho a la prestación de maternidad, condenando a la empresa R.S., S.L. a su abono sin perjuicio del anticipo del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con el derecho de repetición frente a la empresa codemandada, interpone recurso de suplicación el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que fundamenta en un único motivo formulado al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y que no ha sido impugnado de contrario, conforme ya se refirió en los antecedentes de hecho.

En el único motivo del recurso destinado a la censura jurídica se denuncia la infracción del art. 126 de la vigente Ley General de la Seguridad Social en relación con los artículos 94 y 96.2 y 3 de la Ley General de la Seguridad Social de 1966 así como la doctrina del Tribunal Supremo (entre otras, SS 22-04-1994 Rj 1994/3271, 6-6-1995 RJ 1995/4765). Aduce el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que no cabe condenar al Instituto Nacional de la Seguridad Social al anticipo de la prestación de maternidad reconocida a la demandante cuando en la fecha del hecho causante, (el 17-8-2009, día del parto) la misma no se encontraba de alta en la empresa incumplidora no lo había estado nunca desde que empezó su relación laboral el 15-10-2008 y cita al respecto la sentencia dictada por esta Sala el 24-1-2011 que resuelve el recurso de suplicación núm. 1580/2010 que estimó el recurso del INSS en un caso igual al ahora contemplado. También señala la recurrente que además en el presente caso la denuncia de la trabajadora a la Inspección sobre el incumplimiento empresarial se produce

después del hecho causante, el 26-10-2009, por lo que la retroacción de efectos de la actuación inspectora no puede ser anterior al 26-10-2009, según ordena el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de los trabajadores en la Seguridad Social, art. 35.1.2º del RD 84/1996 de 26 de enero.

Para resolver la cuestión controvertida interesa destacar del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia que la demandante que ha prestado servicios para la empresa demandada desde el 15-10-08 sin haber sido dada de alta en Seguridad Social, fue despedida verbalmente en fecha 12-3-09, siendo declarado improcedente dicho despido y extinguida la relación laboral por sentencia de 30-9-09. En fecha 4-11-09 la actora solicitó la prestación por maternidad al haber dado a luz a su hija en fecha 17-8-09, que se le deniega por no encontrarse de alta ni en situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante. La actora formuló denuncia en fecha 26-10-2009 ante la Inspección de Trabajo frente a la empresa demandada, extendiéndose actas de liquidación de cuotas del Régimen General de la Seguridad Social por falta de alta y cotización durante toda la relación laboral.

De los anteriores datos se desprende que en la fecha en que se produjo el hecho causante de la prestación de maternidad la demandante no se encontraba dada de alta en el Régimen General de la Seguridad Social como trabajadora de la empresa codemandada y, por lo tanto, como se dijo en la sentencia de esta Sala referenciada por el recurrente, “resulta ajustada a derecho la sentencia impugnada que declaró la responsabilidad directa de la empresa demandada para el pago de la prestación de maternidad, pero no procede declarar la obligación del INSS de anticipar la prestación, por cuanto si la trabajadora no está en alta, la responsabilidad del pago del subsidio recae directa y exclusivamente sobre la empresa, sin obligación de anticipo por la aseguradora o responsabilidad subsidiaria del INSS, por lo que procede absolver al INSS, porque es reiterada la doctrina jurisprudencial, por todas las sentencias más antiguas del Tribunal Supremo de 22-4-1994, 3-11-1994, 13-12-1995 y 4 de junio de 2000, y las más recientes de 20-11-06, 19-1-07, 20-2-07 y 22-02-07, que establecen que en las contingencias comunes si el trabajador no esta en situación de alta o asimilada no hay obligación de anticipo del INSS, quedando la entidad gestora exenta de toda responsabilidad. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar en parte la sentencia de instancia, absolviendo al Instituto demandado.”

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al presente caso determina también la estimación del recurso y la revocación parcial de la resolución impugnada a fin de absolver a la Entidad Gestora de los pedimentos deducidos en su contra.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del INSS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cuatro de los de Alicante y su provincia, de fecha 23 de febrero de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de D.^a C.B.S. contra la empresa R.S., S.L. y contra el recurrente; y revocamos parcialmente la sentencia recurrida, absolviendo a la Entidad Gestora de los pedimentos deducidos en su contra, con el mantenimiento de los demás pronunciamientos contenidos en la sentencia de instancia.

Sentencia núm. 3.140, de 15 de noviembre de 2011

Materia: Extinción de la relación laboral: despido improcedente. La actora presta servicios por cuenta de la demandada dedicada a la actividad de la limpieza. En determinada fecha recibe informe de vida laboral en el que consta que la empresa había cursado su baja. La actora acude a la empresa para pedir explicaciones y es despedida verbalmente en presencia de un testigo.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido, condenando a readmitir al trabajador o a indemnizarle en la cuantía especificada, más el abono de los salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de las actuaciones al no haber sido posible notificar correctamente a la empresa demandada la citación a juicio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la empresa C.M.S., se formula recurso de suplicación que es impugnado por la parte actora, frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda de despido formulado por la actora Doña A.N.O. contra la empresa demandada declaró la improcedencia del despido de fecha 18-08-2010, condenando al demandado a la readmisión de la trabajadora o al abono de la indemnización, con opción a favor del empresario y al abono de los salarios de tramitación, en la cuantía que indica, y en el único motivo del recurso de suplicación formulado por la empresa se interesa la nulidad de las actuaciones desde el momento anterior a celebrarse el juicio y se denuncia infracción de los artículos 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 57 y 59 de la Ley de Procedimiento Laboral y el art. 24.1 de la Constitución, derecho a la tutela judicial efectiva, alegando que la parte recurrente no ha sido citada a juicio, y la notificación de la sentencia ha sido la primera comunicación que tuvo la empresa sobre el presente procedimiento, ya que las notificaciones se han realizado en domicilios erróneos pese a que se tenían los domicilios correctos, así la primera notificación se efectuó en la calle Buenavista de A. en lugar de la calle Buenos Aires que era la correcta y tras ser devuelto el certificado se obtuvo del padrón su domicilio en Valencia Avda. Primero de Mayo, nº 66-4-7 y se le citó en la Avd. Primado Reig nº 66-4-7 de Valencia, que resultó negativa.

El contenido de los autos pone de manifiesto que el escrito de demanda se dirige frente a la empresa demandada con el domicilio de la localidad de A. calle Buenavista nº 2-3, y la primera citación que es remitida a este domicilio es devuelta por desconocido, y tras obtener del padrón el domicilio de Valencia sito en la Avenida Primero de Mayo, nº 66-4-7 se le cita en la localidad de Valencia, pero en la Avenida Primado Reig, nº 66-4-7, que resulta negativa, habiéndose remitido al BOP citación “ad cautelam”. Se celebra el juicio el día 10 de noviembre de 2010 con la incomparecencia

de la empresa y se dicta sentencia el día 12 de noviembre de 2010 que se intenta notificar a la empresa en el domicilio de la Avenida Primero de Mayo 66-7 de Valencia, devuelta por “ausente reparto”, se intenta de nuevo y es recibida por la empresa.

En el presente supuesto si bien es cierto que en la demanda y en las nóminas aparece como domicilio de la empresa el de la localidad de A. en la calle Buenavista 2-3, no es menos cierto que también se cita como domicilio de la empresa en algún contrato de trabajo y en las comunicaciones del INSS (TGSS) el de la calle Buenos Aires 2-3 de la localidad de A., según la documental aportada por la parte actora al acto del juicio, habiéndose intentado sólo la citación en el domicilio de la calle Buenavista de A., que resultó negativo, y tras obtener del padrón el domicilio de la localidad de Valencia Avenida Primero de Mayo, 66-4-7 se le cita por error en la Avenida Primado Reig 66-4-7 de Valencia que resulta negativa, por lo que correspondiendo al órgano judicial agotar todas las posibilidades y medios de notificación antes de la celebración del juicio, que se celebró sin la citación de la empresa, efectuada tan solo por edictos, siendo la citación edictal un “ultimo recurso”, un método supletorio y excepcional que debe ir, por tanto, precedido de una actuación diligente de los órganos judiciales para citar, emplazar o notificar por otras vías que ofrecen mas garantía, como de modo reiterado señala la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y la última citación antes del juicio efectuada en domicilio equivocado a pesar de constar el correcto, no ha permitido la adecuada citación de la empresa demandada habiéndose celebrado el juicio sin su comparecencia, lo que le ha causado indefensión por lo que debe declararse la nulidad de lo actuado desde el momento anterior a la citación a juicio para que por el Juzgado se señale nueva fecha y hora y se cite en forma a las partes para asistir al mismo, singularmente a la empresa recurrente.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa C.M.S., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 17 de los de Valencia, de fecha 12 de noviembre de 2010, dictada en virtud de demanda interpuesta por Doña A.N.O., a que se contrae el presente rollo, debemos declarar y declaramos la nulidad de todo lo actuado en la instancia desde el momento anterior a la celebración del Juicio a fin de que se señale nueva fecha y hora y se cite en forma a las partes para asistir al mismo, singularmente a la empresa recurrente en el domicilio adecuado.

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

Sentencia núm. 3.150, de 17 de noviembre de 2011

Materia: Conflicto colectivo. Derecho a disfrute de licencia retribuida por enfermedad grave u hospitalización de parientes. Derecho a disfrutar de esos días de manera no consecutiva en días laborables. Permiso establecido en convenio colectivo de empresa.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de los trabajadores a solicitar la licencia retribuida en caso de enfermedad grave u hospitalización de parientes, pudiendo solicitar los días de manera no consecutiva.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación letrada de la empresa demandada la sentencia de instancia que estimando la demanda, declara que “la interpretación del art. 27 C del Convenio Colectivo de empresa es que los trabajadores tienen derecho a solicitar la licencia retribuida por “enfermedad grave, u hospitalización” de los parientes establecidos en dicho artículo, en cualquier momento en que subsista la situación de enfermedad grave u hospitalización y que los mismos pueden ser solicitados de forma no consecutiva, pudiéndose disfrutar los mismos cuando se solicite de manera no consecutiva únicamente si subsiste la situación de hospitalización”. El recurso se articula en dos motivos, el primero redactado al amparo de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, para interesar la declaración de inadecuación de procedimiento, en relación con los Art. 151 y ss de la LPL y Art. 27.1.c) y 27.3) del Convenio Colectivo de S.L.B.I.I. SL años 2007-2010 (BOP 2-7-07). Sostiene el recurrente que la demanda debió tramitarse bajo la modalidad de impugnación de convenio colectivo (Art. 161 y ss LPL) y no como conflicto colectivo, pues la actora no pretende una interpretación de precepto convencional sino la impugnación de sus apartados pretendiendo su no aplicación o eliminación, asimismo alega el recurrente que la utilización de licencia retribuida debe ser inmediata al hecho causante, con cita de sentencia TCT 29-8-83, que la licencia se utilizara en los días inmediatos al hecho que al justifica, y que si el trabajador no presta servicios esos días naturales no tiene derecho a compensación, pues sólo excepcionalmente el convenio dispone que caso de enfermedad grave u hospitalización el trabajador puede utilizar los días no necesariamente de forma consecutiva al hecho causante, siempre que se mantenga la enfermedad/hospitalización del pariente y que el disfrute no suponga utilizar más días laborales de los que hubiese utilizado consecutivamente, con cita de STS de 11-6-97, 10-5-95, 2-4-98.

La demanda rectora de las presentes actuaciones solicita en su suplico, “que los días de disfrute de los permisos retribuidos que se contemplan en el Art. 27.1.c) y para los supuestos en ellos recogidos, han de ser considerados dentro de los días laborables, sin que la utilización de estos deban coincidir con el hecho causante y el siguiente, sino mientras o durante se mantenga la existencia de la situación origen del

permiso”, de lo que se evidencia que la pretensión actora no se ampara en que la norma convencional suponga una vulneración de la legalidad vigente ni en que lesione gravemente intereses de terceros, supuesto en que la acción adecuada sería la de impugnación del convenio colectivo (art. 161 y ss LPL), sino que lo planteado por la parte actora es la interpretación que debe darse al precepto convencional cuando afecte a intereses generales, supuesto en que la acción será la del conflicto colectivo (Art. 151 y ss LPL), lo que lleva a desestimar el motivo.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 27.1.c) y 27.3 del Convenio Colectivo de S.L.B.I.I. SL, centro de trabajo en el Verger, años 2007-2010 (BOPA 2-7-07), en relación con el Art 37.3.b) del ET y Art. 37.1 de la CE, Art. 82.3 del ET, Art. 3.1, 1281 y 1282 de CC. Sostiene el recurrente que conforme dispone el convenio la utilización de licencia retribuida debe ser de forma inmediata al hecho que la motiva (la enfermedad/hospitalización), en los días naturales inmediatos al hecho y no en los laborables que el trabajador considere, y que si el trabajador no presta servicios en los días inmediatos naturales no tiene derecho a compensación, sólo excepcionalmente en caso de enfermedad grave u hospitalización se podrá utilizar de manera no consecutiva al hecho causante (ingreso hospitalario) pero debiéndose mantener la enfermedad /hospitalización en el momento del disfrute y que ello no suponga utilizar más días laborables de los que hubiese utilizado de forma consecutiva, con cita de STS 13-6-00; asimismo alega el recurrente que hecho causante es la fecha del ingreso hospitalario.

2. Tal como consta al hecho probado primero, el Art. 27.1.c) y 23.3 del “Convenio Colectivo de la Empresa S.L.B.I.I. SLU, centro de trabajo de El Verger”, dice, “Artículo 27. Licencias, Permisos y Excedencias.

c) Por accidente o enfermedad grave intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, hospitalización o fallecimiento del cónyuge, hijos, padres, nietos, abuelos y hermanos de uno u otro cónyuge, así como cónyuge del hermano/a del trabajador/a: dos días, ampliables en dos más en el caso de obligado desplazamiento, que en el caso de hospitalización requerirá un plazo superior a 48 horas para poder tener un permiso retribuido de 4 días.

La duración del permiso será de dos días cuando el trabajador tenga que ir a poblaciones no más lejanas de Denia, Gandía o similar, y de cuatro días cuando deba ir a poblaciones más lejanas.

En cuanto a las fechas de utilización de los permisos retribuidos por razón de enfermedad grave u hospitalización, los mismos podrán ser empleados por el trabajador, de forma no necesariamente consecutiva a la situación que da lugar al mismo, siempre que se mantenga y se acredite por éste, la situación de enfermedad u hospitalización que los motive, y sin que esto conlleve la utilización de más días laborales de los que hubiese empleado de haber sido de forma consecutiva.

3. Las licencias sólo se concederán en las fechas en que acontezcan los hechos que las motiven, y se utilizarán en los días naturales inmediatos a ocurrir el hecho que las motiva. En consecuencia, de producirse durante el disfrute de las vacaciones, fiestas o durante una situación de suspensión del contrato, no se efectuará ningún tipo de compensación posterior”.

3. El fallo de la sentencia recurrida declara “el derecho de los trabajadores a solicitar la licencia retribuida por “enfermedad grave, u hospitalización” de los parientes establecidos en dicho artículo, en cualquier momento en que subsista la situación de enfermedad grave u hospitalización y que los mismos pueden ser solicitados de forma no consecutiva, pudiéndose disfrutar los mismos cuando se solicite de manera no consecutiva únicamente si subsiste la situación de hospitalización”. Pues bien, tal interpretación se estima razonable, pues en caso de enfermedad grave u hospitalización la norma convencional ya dispone el empleo de “permiso retribuido” de forma no necesariamente consecutiva, siempre que se mantenga dicha situación, y en cuanto a que ello no conlleve la utilización de más días laborables de los que hubiese empleado de haberse disfrutado de forma consecutiva, debe entenderse en el sentido de que tal empleo no consecutivo será en días laborables, pues pretender que por aplicación del apartado tres del precepto, que se refiere a “las licencias”, el “permiso retribuido” en días no consecutivos solo será en días laborables cuando tales sean los días inmediatos a la situación de enfermedad u hospitalización, supone dejar vacío de contenido la prevista posibilidad del uso referido permiso retribuido en días no consecutivos. Procediendo en atención a lo expuesto desestimar el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de S.L.B. I.I. SLU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Benidorm, de fecha 11-3-2011; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 3.155, de 18 de noviembre de 2011

Materia: Reclamación de cantidad. Diferencias en el abono de las horas extraordinarias. Cuantificación hora extraordinaria. Trabajador operario al servicio de Ente ferroviario.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la empresa demandada al pago de determinada cantidad, más los intereses del 10%.

Sala: Estima parcialmente el recurso revocando los intereses por mora pero confirmando el derecho del trabajador al abono de las diferencias económicas de las horas extraordinarias tal y como se solicitó en primera instancia.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María del Carmen López Carbonell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En el presente recurso interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social uno de los de Valencia en la que se estima la demanda sobre diferencias económicas por el concepto de las horas extraordinarias correspondientes a los ejercicios 2007, 2008 y 2009, se alegan por la representación letrada del Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF) siete motivos de suplicación habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

2. En el primer motivo formulado al amparo de lo dispuesto en el apartado b del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). Se solicita la modificación del relato fáctico de la sentencia mediante la adición de un nuevo hecho probado (sexto) cuyo texto literal consta en autos y se da por reproducido a efectos de la presente. Con su propuesta pretende la parte incorporar a la resolución el contenido del documento dos que ella misma emite e incorpora a autos y en el que se certifica por la empleadora que el valor de la hora extraordinaria reclamado por el actor es superior al incremento del 2% previsto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para los años 2007, 2008 y 2009.

Se trata por lo tanto de un documento de parte cuyo contenido ha sido debidamente valorado por el juzgador sin que partiendo de los criterios de interpretación jurisprudencial mantenidos entre otras en la STS 11/12/2003, recurso 63/2003, proceda acceder a la adición pretendida, al entender que el documento de referencia no reviste la virtualidad necesaria a efectos de la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia.

SEGUNDO.- 1. En los motivos segundo a séptimo la parte denuncia la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia con amparo procesal en el apartado c del artículo 191 de la LPL, citando entre otras la STS 11/12/2008, STS 11/06/2008, recurso 55/05, artículo 97 de la LPL artículo 20 y Disposición Adicional 1^a 1 de la Ley 39/2003 de 17 de noviembre, artículo 1 del Real Decreto 2395/2004 de 30

de diciembre, artículo 74 de la ley General presupuestaria para el año 1988. Y STS 15 de Marzo de 2005.

2. Las cuestiones que suscita en definitiva giran en torno a las ya planteadas en la instancia en relación a la acción ejercitada de reclamación de cantidad. Así frente a la sentencia de instancia que reconoce el derecho del trabajador a percibir la cuantía derivada de la diferencia entre el valor de la hora extraordinaria abonada y el valor de la hora ordinaria como tope mínimo de remuneración de las primeras, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 35 del ET, la recurrente solicita la revocación de dicho pronunciamiento argumentando entre otras razones la falta de acción individual para alterar el contenido de la norma convencional, la inadecuación del proceso seguido, y en definitiva la imposibilidad de cuantificación de la horas extraordinarias por encima de los límites presupuestarios establecidos para cada una de las anualidades.

3. La cuestión aquí suscitada sin embargo ya ha sido abordada en todas sus dimensiones por esta Sala, concretamente en las sentencias de 16/06/2011 dictada en el recurso de Suplicación 286/2011 y 17/06/2011, recurso 1902/2011 en las que ya se aplican criterios mantenidos en sentencias anteriores en las que se resolvieron de forma directa las cuestiones procesales y sustantivas aquí planteadas. Establece la citada resolución que “habiéndose quedado sin efecto la sentencia de la Audiencia nacional sobre conflicto colectivo en virtud de la dictada por el Tribunal Supremo (TST 11/12/2008) que entendió que la vía de conflicto no era la adecuada para fijar el valor de las horas extraordinarias, no existe valor de cosa juzgada, y por lo tanto no excluye el ejercicio de las acciones individuales de reclamación de cantidad por diferencias en el abono de las mismas” Hay que añadir además que en ambos casos las citadas sentencias (la de la AN y la del TS) declinaron resolver sobre la legalidad del pacto del convenio colectivo sobre el valor de las horas extraordinarias, por lo que resulta evidente que tal cuestión quedó imprejuzgada.

Por lo tanto, tal como resuelve la sentencia recurrida también en aquella ocasión se desestimó la alegación de inadecuación de procedimiento y ello según cita textual de la sentencia de referencia “con amparo en la doctrina derivada de la STS 11/12/2008 en cuanto la misma se está pronunciando sobre las acciones colectivas de impugnación de convenio y conflicto colectivo, pero no excluye en ningún caso el ejercicio de acciones individuales de reclamación de cantidad respecto del valor de las horas extras cuya remuneración es inferior a la hora ordinaria, habiendo resuelto el Alto Tribunal esta cuestión entre otras en la sentencia de 21/02/2007, recurso 33/2006 en relación al convenio de seguridad.

En cuanto a la denuncia la infracción de la jurisprudencia con referencia a la norma presupuestaria y a la concreta regulación del sector ferroviario en el que sostiene la imposibilidad de retribución por encima de los límites pactados en las tablas del convenio colectivo aplicable y al margen de las limitaciones presupuestarias. Mantenemos el criterio que ya expone la sentencia de instancia y que es el criterio jurídico interpretativo sostenido ya entre otras en la sentencia 1559/2010 dictada por esta Sala el 25/05/2010 en el recurso de suplicación 2490/2009, en la que se establecía que “el artículo. 35.1 del ET señala que la cuantía de la hora extraordinaria que se fijó (en convenio o contrato) "en ningún caso" podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, es decir, ni por disposición expresa, ni por la coincidencia de circunstancias, especialmente económicas, que puedan concurrir; y así, ha señalado el Tribunal Supremo que la norma legal del artículo. 35-1 del ET sobre el precio mínimo de la hora

extraordinaria es una norma de derecho necesario absoluto, siendo, por tanto indisponibles para la negociación colectiva los derechos que confiere, no sólo por razones de jerarquía normativa, sino también por criterios lógicos (no retribuir en menos el trabajo extraordinario) (STS 1-2-07, 21-2-07...)” La citada sentencia se hace ya eco de la Jurisprudencia recogida con anterioridad y en relación a esta misma cuestión por la STS 21/02/2007, recurso 33/2006 que resolviendo cuestión similar a la aquí tratada referente en aquel caso a la retribución de las horas extraordinarias de los vigilantes de seguridad que “La remisión del artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores a la hora ordinaria, para hallar el valor de la hora extraordinaria, debe entenderse referida no sólo al salario base, sino a la remuneración total que percibe el trabajador por la prestación de sus servicios incluidas por tanto las pagas extraordinarias y los complementos retributivos, sean fijos o variables, salariales o extrasalariales. La retribución de las horas extras se conecta con el salario ordinario y no sólo con un componente del mismo (el salario base) y por tanto con todos los conceptos salariales que integran el salario ordinario. Carácter de derecho necesario del precepto que no puede ser desconocido por la voluntad negociadora individual o colectiva. Nulidad de la cláusula convenio que establecía el citado valor en relación al salario base”.

4. Añadir a todos estos argumentos que tal como ya ha venido estableciendo alguna otra Sala en esta misma cuestión que “No cabe olvidar que el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores , cuando establece que la cuantía que se fije en convenio colectivo o, en su defecto, pacto individual, para el abono de las horas extraordinarias, "en ningún caso podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria", no solamente lo hace en beneficio del concreto trabajador que realiza horas extraordinarias, sino también como parte de una política laboral integrada en la Ley (procedente en este caso de la reforma laboral de 1994 a través de la Ley 11/1994), que intenta reducir el número de horas extraordinarias en nuestra economía como forma de reparto del empleo y fomento de la contratación y también para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, puesto que la materia de jornada (regulada por la Directiva 2000/34 / CE y anteriormente por la 93/104 /CE) aparece estrechamente vinculada a la protección de la salud laboral. Las políticas de limitación de la jornada efectiva tienen, por tanto, un doble efecto, más allá de los intereses individuales del trabajador afectado, en el marco de la seguridad y salud de los trabajadores y de la política de empleo. No puede desconocerse por ello el carácter central en dicha política de la relativa a la limitación de la realización de horas extraordinarias, una de cuyas piezas clave es la regulación de la retribución de las mismas. El artículo 35.1 contiene por ello una norma mínima e indisponible por pacto individual o colectivo.” (TSJCL 3/02/2010)

5. Del relato fáctico de la sentencia recurrida que resulta inalterado y vinculante para este Tribunal resulta que la empresa demandada retribuyó las horas extraordinarias realizadas por el trabajador durante los periodos reclamados en cuantía inferior a la hora ordinaria, y por lo tanto a tenor de lo expuesto hasta el momento no puede prosperar el recurso de suplicación planteado pues como se ha venido exponiendo el carácter de norma mínima de derecho necesario del artículo 35.1 del ET debe prevalecer sobre cualquier norma convencional con independencia de los argumentos sobre limitación presupuestaria alegados por la recurrente. Recordando a tal efecto que tal como recuerdan entre otras la STSJ Castilla y León 3/02/2010, recurso 2167/09 “la limitación establecida en la Leyes de Presupuestos sobre subida de la masa salarial no son aplicables cuando infringen la norma de derecho imperativo establecida en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores”.

6. En el último motivo del recurso se denuncia la vulneración de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala de lo Social del TS de 15 de marzo de 2005, 15 de junio de 1999, 7 de junio y 21 de diciembre de 1984 y en otras posteriores según la cual el recargo por mora solo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir conste de un modo pacífico e in controvertido, lo que no acontece en el presente caso en que existe una oposición empresarial fundada razonablemente en argumentos controvertidos y discutidos, estando pendiente de casación algunos de los pronunciamientos mantenidos por esta Sala.

Se ha de acoger la denuncia jurídica expuesta al ser cierto que el devengo de las cantidades reclamadas en no es pacífico y la oposición a dicha pretensión deducida por la demandada no se puede juzgar carente de toda lógica, ni exenta de un mínimo razonamiento lo que excluye la concurrencia del requisito de morosidad y determina la supresión de la condena al abono de los indicados intereses, respetando así el principio básico que ha mantenido la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de que sólo procede el pago de intereses cuando se trata de reclamaciones de deudas no controvertidas, o sea de cantidades vencidas y líquidas – SSTS 15-6-99 (Recurso-1938/98), 15-3-05 (Recurso – 4460/03) o 15-11-05 (Recurso. –1197/04).

Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la estimación parcial del recurso y la revocación de la resolución impugnada en el sentido de suprimir la condena al abono de intereses por mora que la misma contiene.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa ADIF, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social uno de los de Valencia y su provincia, de 14/02/2011, en virtud de demanda presentada a instancia de P.S.V.F. y, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de dejar sin efecto la condena al abono de los intereses por mora, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma.

Sentencia núm. 3.177, de 22 de noviembre de 2011

**Materia: Despido: Trabajadora dedicada al sector de la hostelería
Nulidad de sentencia. Denegación a la parte demandante
de un medio de prueba propuesto. Inadmisión judicial:
Situación de indefensión de la parte recurrente.
Estimación.**

**Juzgado: Desestima la demanda de despido declarando la
improcedencia del despido acordado por la empresa
demandada, declarando extinguida en dicha fecha la
relación laboral con la actora y sin devengo de salarios de
tramitación.**

**Sala: Estima el recurso demacrando la nulidad de la sentencia,
reponiendo las actuaciones al momento de la fase probatoria del
juicio a fin de que se practique la audición de la grabación
reclamada por la actora.**

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la trabajadora demandante la sentencia de instancia que, desestimando la demanda de despido presentada, declaró la improcedencia del despido acordado y reconocido por la empresa demandada con efectos al 15 de marzo de 2011, sin haber lugar a la indemnización postulada y al devengo de salarios de tramitación, por no haber quedado acreditado el salario mensual propugnado. Se articula el recurso en un único motivo al amparo de la letra a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que se solicita se declare la nulidad de la sentencia recurrida y que se repongan los autos al momento de celebración del acto del juicio, pues fue en dicho momento procesal cuando le fue denegada a la parte demandante la práctica de un medio de prueba propuesto, consistente en la audición de la grabación de una conversación sostenida entre la actora y el representante y titular único de la patronal demandada sobre los hechos constitutivos del objeto del proceso, con el fin de acreditar el verdadero salario percibido y la real jornada de trabajo que efectuaba la primera. Entiende la recurrente que con la actuación judicial que se denuncia, se han infringido los artículos 87 y 90 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con los arts. 299.1 y 382 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y se ha vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución Española.

2. Planteada la cuestión en los términos indicados, es necesario recordar la doctrina constitucional sobre la materia expresada, entre otras, en la STC.165/2001, de 16 de julio, citada por la STC.121/2004, 12 de julio. En ellas se razona lo siguiente:

"a) Este derecho fundamental, que opera en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado, no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada en virtud de la cual las partes estén facultadas para

exigir cualesquiera pruebas que tengan a bien proponer, sino que atribuye solo el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes (SSTC 168/1991, de 19 de julio; 211/1991, de 11 de noviembre; 233/1992, de 14 de diciembre; 351/1993, de 29 de noviembre; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/1996, de 15 de enero; 116/1997, de 23 de junio; 190/1997, de 10 de noviembre; 198/1997, de 24 de noviembre; 205/1998, de 26 de octubre; 232/1998, de 1 de diciembre; 96/2000, de 10 de abril, FJ 2), entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el "thema decidendi" (STC 26/2000, de 31 de enero, FJ 2).

b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987, de 30 de septiembre; 212/1990, de 20 de diciembre; 87/1992, de 8 de junio; 94/1992, de 11 de junio; 1/1996; 190/1997; 52/1998, de 3 de marzo, FJ 2), siendo sólo admisibles los medios de prueba autorizados por el ordenamiento (SSTC 101/1989, de 5 de junio; 233/1992, de 14 de diciembre; 89/1995, de 6 de junio; 131/1995; 164/1996, de 28 de octubre; 189/1996, de 25 de noviembre; 89/1997, de 10 de noviembre; 190/1997; 96/2000, FJ 2).

d) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea "decisiva en términos de defensa" (SSTC 1/1996, de 15 de enero, FJ 2; 219/1998, de 17 de diciembre, FJ 3; 101/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 26/2000, FJ 2; 45/2000, FJ 2). A tal efecto, hemos señalado que la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente relevante, lejos de poder ser emprendida por este Tribunal mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la carga de la argumentación recae sobre los solicitantes de amparo. (SSTC 1/1996, de 15 de enero; 164/1996, de 28 de octubre; 218/1997, de 4 de diciembre; 45/2000, FJ 2)."

3. Pues bien, aplicando esta doctrina constitucional al supuesto enjuiciado, la solución no puede ser otra que la estimación del motivo y con él del recurso. En efecto, consta en las actuaciones, concretamente en el folio 65 que recoge el acta del juicio celebrado en el Juzgado de lo Social de instancia, en concordancia con la grabación que se efectuara del juicio, que en el trámite procesal de la proposición de prueba, la parte demandante propuso, entre otras, -como ya había anunciado en su escrito de demanda- la audición de la grabación de una conversación entre la actora y el representante y titular único de la entidad demandada, y que la Juez que en ese momento presidía el acto del juicio inadmitió, sin más, tal prueba por no considerarla lícita, sin que, al efecto, se adujese razón alguna, haciéndose constar en ese momento por la parte proponente su protesta ante tal inadmisión. Siendo estos los hechos, es evidente que la denegación de la prueba por parte de la Juez de instancia no fue ajustada a derecho, por contravenir las disposiciones legales sobre la materia y, finalmente, causó indefensión a la parte hoy recurrente. Dispone el artículo 90.1 LPL, que "Las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en la ley, admitiéndose como tales los medios mecánicos de reproducción de la palabra, de la imagen y del sonido, salvo que se hubieren obtenido directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas". En esta misma línea se pronuncia el artículo 299 en sus apartados 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto reconoce como un medio de prueba autónomo "los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen", así como cualquier

otro medio no expresamente previsto cuando a través de él "pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes". Lo que en el presente caso la trabajadora trataba de acreditar con la prueba propuesta, eran, precisamente, los hechos en los que se basaba su demanda, a saber, que la percepción salarial real no se correspondía con las cantidades reflejadas en las nóminas. Por tanto, no cabe duda que el medio de prueba propuesto, consistente en la grabación de una conversación entre empleador y empleada, era, al menos en principio, idóneo y pertinente pues podía llegar a resultar de particular relevancia para formar la convicción judicial sobre los hechos debatidos. De modo que la inadmisión de ese medio de prueba, oportunamente propuesto, causó indefensión a la parte actora, sobre todo cuando no aparece justificada la razón alegada para su rechazo, todo ello sin perjuicio de que su fuerza probatoria pudiera ser posteriormente puesta en entredicho, y, en todo caso, el deber ser apreciada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de conformidad con lo establecido en el artículo 382.3 LEC.

4. En definitiva, procede concluir dando acogida al recurso y, por ende, decretando la nulidad de la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al momento de la fase probatoria del juicio a fin de que se practique la propuesta por la parte actora consistente en la audición de la grabación interesada.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación.

FALLO

Declarar la nulidad de la sentencia dictada el 19 de julio de 2011 por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Alicante, a que se contrae el presente rollo, y, en su consecuencia, reponer las actuaciones al momento de la fase probatoria del juicio a fin de que se practique la prueba interesada por la parte actora consistente en la audición de la grabación que fuera propuesta, todo ello sin perjuicio de que su fuerza probatoria pueda ser posteriormente puesta en entredicho, y, en todo caso, de que su apreciación responda a las reglas de la sana crítica. Devuélvanse los autos para que, por dicho Juzgado, se proceda a su adecuado cumplimiento.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.206, de 22 de noviembre de 2011

Materia: Rescisión de contrato. Trabajador que presta servicios para empresa demandada y que ha sufrido insultos en el ejercicio de sus funciones. Retraso continuado en el abono del salario: comportamiento continuado y persistente por parte de la empresa. Solicitud de extinción de la relación laboral a instancia del trabajador. Aplicación arts. 50.1 y 50.2 del ET. Estimación

Juzgado: Con estimación de la excepción de modificación sustancial de la demanda y con desestimación de la misma contra la empresa demandada, absuelve a ésta de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso, revocando la sentencia de instancia. El trabajador tiene derecho a extinguir su relación laboral con la empresa, debiéndole ésta abonar una indemnización correspondiente a 45 días de salario por año trabajado, atendiendo al salario probado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia desestimó la demanda en la que se instaba la declaración de extinción de la relación laboral que ligaba al actor con la empresa demandada C.M. SL, pronunciamiento desestimatorio que es recurrido en suplicación por la parte actora al amparo de los apartados b) y c) del art. 191 de la L.P.L., habiendo presentado escrito de impugnación la parte demandada.

Con carácter previo a entrar en el estudio de los motivos dedicados a la revisión fáctica, debemos pronunciamos sobre los documentos aportados junto con el escrito del recurso, y así, admitimos la incorporación de aquellos que son de fecha posterior al juicio (una gran parte de los presentados son de fecha anterior), de conformidad con lo dispuesto en el art. 231 de la LPL y ante la posibilidad de que contengan elementos de juicio necesarios para evitar la vulneración de un derecho fundamental, todo lo cual es independiente de la concreta valoración de los mismos.

SEGUNDO.- Analizando ya la extensa revisión fáctica propuesta, diremos lo siguiente:

1.-Se interesa una nueva redacción para el hecho probado 3º para que conste básicamente que D. A.P., encargado de la mercantil y padre de los administradores de la empresa, se dirigió de forma alterada e irrespetuosa al actor para manifestarle que había colocado mal el suelo, gritando insultos (esto es una mierda, no tienes ni puta idea, te tengo que hacer la vida imposible, chulo de mierda, etc...), causando el trabajador baja médica el 4-5-10 y detallando el tema de la sanción impuesta. Damos por reproducido a efectos expositivos el tenor literal del texto propuesto pero no admitimos su incorporación a los autos ya que, por un lado reitera lo ya recogido por el juzgador de instancia y por otro, en cuanto a las adiciones propiamente dichas, hay que indicar que

las mismas se sustentan en la prueba testifical, vehículo inhábil en suplicación para la revisión fáctica.

2.-Respecto del hecho probado 5º se pide una redacción más amplia para el tema de la sanción, siendo suficiente el texto redactado por el juez y, además, que conste que las faltas que se le imputan no han sido acreditadas y que se sancionan días que con posterioridad se han considerado en situación de IT, lo que desestimamos dado que en el hecho probado 4º ya consta la anulación del alta extendida el 20-8-2010 indicándose expresamente “por lo que continuaba en situación de incapacidad temporal”.

3.-La revisión del hecho 6º tiene por objeto incorporar las manifestaciones que el actor vertió en la denuncia penal (con los precisos términos insultantes que refiere), lo que no se admite pues la misma constituye un documento de parte sin la debida fuerza revisoria. También se pretende incorporar una parte más extensa del informe médico forense, lo que tampoco procede ya que el juez es competente para extractar aquellos aspectos que considere más relevantes, no constatándose en esta sede omisión trascendente.

4.- Por lo que atañe al hecho 7º que literalmente establece “El trabajador no ha percibido el importe de la prestación por incapacidad temporal cuyo pago correspondía a la empresa demandada en las mensualidades de noviembre y diciembre de 2.010 y en la mensualidad de enero de 2.011 correspondiente a 20 días”, la recurrente interesa una redacción en la que además de hacer constar los impagos anteriores, con la cifra de deuda, se añada el complemento de IT de septiembre 2010 por importe de 333,30 € brutos y el montante total de prestaciones impagadas. No se accede ya que el complemento de IT de septiembre 2010 no se hizo constar en la demanda y no puede introducirse en juicio ante la indefensión que puede provocar en la parte demandada. El resto de la redacción no podemos admitirla ya que, por un lado es reiterativa, y por otro, no tenemos constancia documental y plena certeza de que la empresa se dedujera la IT del recurrente en los boletines de cotización.

5.- En cuanto al hecho 8º se solicita una redacción en la que, básicamente quiere que se haga constar que el demandante al no recibir la prestación de IT, aunque era pago delegado y la empresa se lo deducía, solicitó el pago directo a la mutua, quien contactó con la empresa que se comprometió a realizar el pago delegado, pero siguió incumpliendo su obligación y el 21-01-2011 se volvió a solicitar pago directo a la mutua, la cual desde esa fecha ha pagado. Los datos básicos y trascendentes ya vienen recogidos por el juzgador, por lo que no acogemos el nuevo texto. Reiteramos que no tenemos constancia documental de la deducción en los boletines de cotización. En cuanto a que si no se hubiera solicitado pago directo a la mutua los adeudos serían de más mensualidades, es una hipótesis de futuro que no podemos incorporar al factum, no existiendo documental de la que se desprenda directamente.

6.-Se pide asimismo la revisión del hecho probado 9º en los términos que obran al recurso y que aceptamos por contar con apoyo documental suficiente, constituido por el extracto bancario aportado como documento nº 6 y por las nóminas aportadas como documento nº 4, y desprenderse directamente de los mismos. Por ello la redacción queda del siguiente modo: “Que la empresa C.M. SL abonaba el salario a los cinco días siguientes del mes posterior, pero C.M. SL empezó a retrasarse en el pago de la IT de mi representado, desde su reincorporación después del despido improcedente en

mayo de 2010, mayo se pagó en 10/06/2010, junio de 2010 se abonó 16/07/010, julio de 2010 se abonó 10/09/2010, agosto de 2010 se abonó 20/10/2010, septiembre de 2010 se abonó en 9/11/2010, octubre de 2010 se abonó en 10/12/2010 y noviembre, diciembre de 2010 y enero de 2011, están pendientes de pago.” No admitimos la redacción del párrafo 2º del texto propuesto ya que incorpora preceptos jurídicos, lo que es impropio de figurar en un relato de hechos. Si se admite el cuadro del importe relativo a cada mensualidad: mayo-10...707,1; jun-10...1237,1; jul-10...1150,92; agos-10...1150,92; sep-10...813,91; oct-10...862,04. La fecha de pago es la que ya se ha hecho constar y en cuanto a la numeración de días de retraso no es necesario recogerlo, como tampoco poner cual es el retraso medio, ni cuantificar el total del adeudo, razones (además de porque pone septiembre 2010) por las que el último párrafo no se acepta.

7.-Se pide se amplíe el hecho probado 10º con una serie de circunstancias relativas a los trabajos que tuvo que hacer el trabajador tras reincorporarse tras el alta médica, lo que no se admite por basarse en prueba testifical. Los extremos relativos a la impugnación del alta de 2-6-2011 y la solicitud de expedición de baja médica por recaída en 21-6-2011 no se discuten y resulta intrascendente recogerlos en el factum.

8.-Por último, se solicita una ampliación de los hechos mediante la adición del 10º bis 1º, 10º bis 2º, 10º bis 3º y 10º bis 4º, incorporándose las redacciones que constan para cada uno de ellos y que damos por reproducidas a los efectos expositivos. No damos lugar a la incorporación de los mismos ya que, se están basando en documental relativa a todo un conjunto de hechos y sucesos acontecidos con posterioridad al acto del juicio, documental que, pese a haber sido admitida no puede surtir los efectos pretendidos por el recurrente ya que ha estado sustraída del juicio y en consecuencia de la oralidad, intermediación y contradicción que el acto de la vista tiene.

Por último indicar que esta Sala no puede solicitar la práctica de una diligencia final, como se interesa, ya que su competencia en cuanto a la prueba es revisora (art. 191 b y 194 LPL).

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL la recurrente denuncia la infracción del art. 85.1 de la LPL dado que se amplió la demanda en el acto del juicio alegando el impago de parte de la prestación de IT correspondiente a septiembre de 2010, concretamente en cuanto al complemento de IT que establece el art. 37 del Convenio de la Construcción, sin que ello constituya una modificación sustancial de la demanda sino la subsanación de un error material.

Pues bien, con independencia de que la denuncia de normas procesales debe encauzarse al amparo del apartado a) del art. 191 de la LPL, reiteramos lo ya dicho al tratar de la revisión fáctica, y es que dado que el complemento-mejora de IT de septiembre 2010 no se hizo constar en la demanda, no puede solicitarse en juicio ante la indefensión que puede provocar en la parte demandada, pues se trata de un concepto (una mejora) frente al que, en principio, no viene preparado para efectuar las correspondientes alegaciones. Por ello, no vamos a tener en cuenta el mismo, tal y como efectuó el juez a quo.

CUARTO.- Al amparo del apartado c) de la LPL la parte recurrente denuncia la infracción del art. 50.1.a) y c) del ET al existir un grave incumplimiento de los deberes de la empresa que no respeta el derecho que al trabajador le reconoce el art. 4.2.d) del mismo texto así, como el art. 15 de la CE relativo a su integridad, obviando

las obligaciones que le atribuyen los arts. 14 y siguientes de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. El trabajador ha sido objeto de una situación injustificada de persecución laboral, de acoso, con insultos hacia su persona y con descalificaciones públicas, lo que ha quedado debidamente acreditado, habiendo ocurrido hechos con posterioridad al acto del juicio, el 30-6-2011, que deben ser referenciados, que le provocaron un ataque de ansiedad, por lo que se le expidió la baja el 4-7-2011 sin efectos económicos. Se ha llevado a cabo la violación de derechos fundamentales (art. 15 y 18 de la CE) y el empresario no ha probado la existencia de un motivo razonable de la actuación empresarial.

Pues bien, para la solución del caso sometido a nuestro enjuiciamiento hemos de partir del relato fáctico resultante de la sentencia de instancia, al que esta Sala está vinculada, así como de lo recogido con tal valor en la fundamentación jurídica de la misma, desprendiéndose de todo ello que no se ha acreditado un incumplimiento contractual por parte de la demandada que pueda ser calificado como un acoso laboral. El uso de la facultad sancionadora por la empresa no es por sí indicativo de una conducta de mobbing, ni siquiera si la sanción es totalmente revocada, pues nos estamos moviendo en el terreno de las facultades disciplinarias del empresario. Por los hechos sancionados de 3-5-2010 se estimó parcialmente la demanda, autorizando el juez a la empresa a sancionar por falta leve. Y lo mismo cabe decir de la sanción por impuntualidad o inasistencia, que se basó en un sustento fáctico constatable, bien que posteriormente, por la anulación de un alta médica, dichas faltas queden justificadas. Por otra parte es de importancia destacar que el trabajador desde su reincorporación a su puesto de trabajo, solo trabaja el 3 de mayo, ya que el 4 de mayo inició un proceso de incapacidad temporal que finalizó por alta el 20 de agosto, reincorporándose por poco tiempo ya que dicha alta fue impugnada y posteriormente anulada. Falta pues el elemento de reiteración en el tiempo, sin que podamos valorar acontecimientos acaecidos con posterioridad al acto del juicio. Esta Sala es consciente de la dificultad de probar una conducta de acoso, pero en el caso de autos al sustentarse básicamente la prueba de tal conducta en la testifical de la esposa del trabajador, la valoración del juez de instancia es determinante siempre que tal prueba haya sido valorada por el juzgador a quo de modo razonado y razonable, como aquí ha sucedido, de tal modo que la convicción por él alcanzada en la apreciación de tal prueba no puede ser modificada por el Tribunal ad quem, que no puede superponer su propia valoración. Respecto de la documental consistente en el informe médico-forense recogido extractadamente al hecho probado 6º, la existencia de signos ansioso-depresivos no determina necesariamente la concurrencia de mobbing, ya que los problemas laborales comunes originan frecuentemente reacciones de tipo clínico-psicológico.

Recordemos (Sentencia de esta Sala recaída en Rec. 120-08) que “la situación de mobbing implica dirigirse contra el trabajador con ánimo de “victimizarlo” “como sublimación de la perversión, mezquindad y bajeza del sujeto activo en su tendencia a afrentar la dignidad del sujeto pasivo, cuya “victimización”, de una manera u otra, con una amplia posibilidad de manifestación, se busca, hasta producir la sensación de que es inútil o indeseable, intentando degradarle, en su expresión más antijurídica, ruín, mezquina y baja, a una supuesta dimensión de cosa, abiertamente incompatible con lo más elemental de lo que es derecho y en caso alguno compatible con él, que nace, en su expresión esencial, de la dignidad humana (artículo 10 de la Constitución Española) ...”. Y en relación con lo expuesto, para apreciar tal conducta necesitamos una reiteración en el tiempo y entidad de ciertos comportamientos con la que no contamos. Es evidente que existe una mala relación entre las partes, y que no se

constatan desavenencias entre las mismas desde que el actor entró a trabajar en la empresa (5-3-07) hasta que fue objeto de despido objetivo el 31-3-2010. Frente a la extinción el actor presentó papeleta de conciliación, y celebrado el acto el 30 de abril de 2.010 concluyó con avenencia, debiendo reincorporarse el trabajador el día 3 de mayo de 2.010. Ha sido a partir de la reincorporación cuando han surgido los problemas y conflictos, siendo el actor el único trabajador por cuenta ajena que tiene la empresa (así lo dice la impugnante en su escrito, precisando, además del encargado y administrador), lo que le coloca en una difícil situación. Pero que el concepto de acoso no puede ser objeto de una interpretación amplia y no puede ser confundido con una situación de conflicto en las relaciones entre empresario y trabajador, conflicto importante que es lo se aprecia en las relaciones inter partes y que no es suficiente para, en base al mismo, dar lugar a la extinción indemnizada.

QUINTO.-El último motivo de recurso, formulado asimismo al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL, denuncia la infracción por la sentencia de instancia del art. 50.1.b) y 50.1.c) del ET, por falta de pago del salario y retrasos continuados, art. 35.1 de la CE, así como remuneración puntual del salario, art. 4 f) del ET, y cita de diversas sentencias al respecto. Se indica que en el caso de autos, el retraso en el pago de salarios ha sido reiterado desde mayo 2010, con un retraso medio de mayo a octubre 2010 de 28,5 días, y con adeudo de parte de septiembre, de noviembre y diciembre 2010 y enero de 2011, y que si bien no se adeudan más mensualidades es porque el trabajador ha solicitado el pago directo de la IT a la mutua ante el impago de la empresa del pago delegado, bien que ésta dejaba de pagar a la Seguridad Social el importe de la IT.

Pues bien, tal y como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 25-1-99: “Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, cabe entender que una interpretación conjunta de los apartados b) y c) del art. 50.1 ET exige para que prospere la causa resolutoria a instancia del trabajador basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado» es necesaria la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y que a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no 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). En consecuencia, concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no sea un mero retraso esporádico, sino un comportamiento continuado y persistente, por lo que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos. También, por ello, cuando exista una situación de impago de salarios como comportamiento empresarial continuado y persistente concurre el requisito de la gravedad de la conducta empresarial que justifica la extinción contractual a instancia del trabajador «ex» art. 50.1 b) ET, con independencia a estos fines de que tal retraso no esporádico sea debido al arbitrio injustificado del empresario o derive de una imposibilidad total o parcial debida a circunstancias económicas imputables o no a aquél. En efecto, pues si tal situación de crisis económica concurre impidiéndole cumplir con su obligación de pago puntual de salarios la norma estatutaria le posibilita el acudir a las formas de modificación de las condiciones de trabajo, suspensión o extinción «ex» arts. 41, 47, 51 ó 52 c) ET, pero no puede obtener por su propia autoridad y contra la voluntad de los trabajadores afectados una quita o aplazamiento en el pago de sus obligaciones salariales, por lo que de no acudir a tales figuras y persistir en su continuado incumplimiento existe justa causa para la extinción contractual «ex» art. 50.1 b) ET a instancia de los trabajadores afectados”.

Del relato fáctico resultante, y concretamente del hecho probado 9º, se desprende que desde que el actor se reincorporó a la empresa, ésta o bien le ha pagado con retraso, o bien no le ha pagado la correspondiente prestación de IT a la que la empresa está obligada en virtud del mecanismo del pago delegado. Y así, partiendo de una dinámica de abono de la mensualidad vencida correspondiente, en los cinco primeros días del siguiente mes, resulta que mayo 2010 lo cobró el trabajador con 5 días de retraso; junio con 11, aumentando el lapso de atraso en julio y agosto a 36 y 45 días de retraso, y septiembre y octubre con la también importante cifra de 35 días de retraso. Nos encontramos ante un retraso continuado en el tiempo, reiterado, grave y persistente, que desemboca, además, con el adeudo de las mensualidades de noviembre y diciembre de 2010 y de 20 días de enero, ya que a partir del día 21 de este mes, y ante la solicitud del actor por lo insostenible de la situación, la mutua Unión de Mutuas asumió el pago directo de la prestación económica. Piénsese en el notorio perjuicio que para la estabilidad y disponibilidad económica del trabajador ha supuesto la conducta de la empresa.

Así las cosas, debemos indicar que una situación de crisis económica no exime al empresario de su obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2.f) y 29.1 del ET, debiendo acudir la empresa para paliar los efectos de la crisis, a las medidas que contempla el ordenamiento jurídico, sin que el trabajador tenga por qué soportar un retraso continuado en el pago del salario. Como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en anteriores resoluciones (sentencia entre otras de 15-2-2007: “Y es que la naturaleza onerosa y conmutativa del contrato de trabajo (artículos 1.1 y 8.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y la especial naturaleza de la prestación salarial que en general tiende a subvenir las necesidades más elementales de los trabajadores (artículo 35.1 de la Constitución), explica que el legislador haya establecido como una de las causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción de su contrato de trabajo la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, pues de otra forma el contrato dejaría de ser conmutativo y oneroso aproximándose a una especie de contrato de cooperación, donde el trabajador asumiría siquiera parcialmente los riesgos de la empresa, lo que se compagina mal con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico en la materia”. En el caso de autos el empleador ha incurrido en la causa de extinción del contrato de trabajo tipificada en el art. 50.1.b) del ET puesto que ha incumplido de forma grave y reiterada sus obligaciones salariales entre las que se encuentra el pago delegado de la incapacidad temporal, obligación derivada ex lege del contrato de trabajo y sin que a ello se oponga que la cobertura de la incapacidad temporal forme parte de la acción protectora de la Seguridad Social, pues “en todo caso de trata de obligaciones legales de prestación impuestas por la Ley General de la Seguridad Social al empresario a favor del trabajador, que constituyen el efecto reflejo del contrato de trabajo”.

La estimación del recurso dará lugar a la revocación de la sentencia recurrida para acoger la pretensión ejercitada declarando extinguido el contrato de trabajo, con derecho a la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio (art. 50.2 ET), y partiendo de la fecha de 5-3-2007 (antigüedad recogida en el hecho probado 1º) y llegando a la fecha de esta sentencia, día en que se decreta la extinción, así como atendiendo al salario probado de 1.550,98 euros mensuales incluida la prorrata de pagas extraordinarias. Los anteriores parámetros dan lugar a una indemnización a favor del trabajador que asciende (salvo error u omisión) a 10.899’35 euros.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. R.G.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón y su provincia el día 30 de junio de 2011, en proceso sobre extinción de contrato seguido por el mencionado recurrente contra C.M. SL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar extinguido, a instancia del trabajador, el contrato de trabajo que le unía con C.M. SL, a quien condenamos a estar y pasar por esta declaración y a que abone en concepto de indemnización a D. R.G.L. la cantidad de 10.899'35 euros.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.211, de 22 de noviembre de 2011

Materia: Prestación de viudedad. Solicitud de prestación tras fallecimiento del excónyuge de la actora. En la sentencia de divorcio de 2006 (3 años antes del fallecimiento del causante) no se fija pensión compensatoria alguna. Reconocimiento de la pensión. Jurisprudencia Tribunal Supremo.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad, reconociendo a la actora una prestación en cuantía del 52% de la base reguladora reglamentaria, prestación a la que se aplicará el 93,60% de prorrata.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La actora cumple con los requisitos establecidos en la legislación laboral aplicable.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Al amparo de lo establecido en el art. 191. C LPL alega la parte recurrente infracción del art. 174.2 LGSS, así como el primer párrafo de la DF tercera de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2010, ley 26/2009 de 23 de Diciembre en relación con la D. Transitoria 18 de la LGSS. Argumenta que la resolución denegatoria de la pensión de viudedad, de fecha 14/07/2009 fue justa porque la legislación vigente en aquel momento impedía el acceso a la pensión de viudedad a los separados o divorciados sin pensión compensatoria. Refiere también que el actor no aclaró la demanda hasta el acto de juicio, en Febrero de 2011, momento en que solicitó la pensión al amparo de la DT 18^a LGSS. Con relación a la segunda argumentación, no puede servir para hacer que prospere el recurso porque los hechos alegados son esencialmente los mismos. La norma en cuestión ha servido para solventar legislativamente los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales sobre la materia por lo que hubiera tenido que ser aplicada en todo caso, aunque no hubiera sido alegada por la parte. Con relación a la primera argumentación la cuestión ha sido ya resuelta por la STS de 21 de Diciembre de 2010 (rec. 1245/2010). En ella se planteaba un supuesto esencialmente idéntico al que ahora es objeto del presente recurso. Su tenor literal establecía lo siguiente:

“Y el problema planteado debe resolverse con la aplicación de las modificaciones introducidas en la LGSS por la Disposición Final Tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, que no se refiere a la cuestión debatida única y exclusivamente en su apartado 10 -en los términos que ya conocemos y que la sentencia recurrida hace valer para excluir su aplicación a fallecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 2010 - sino también en su apartado Catorce, que añade una nueva Disposición transitoria decimoctava a la LGSS, titulada "Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008", que es precisamente la norma que

hay que aplicar a nuestro caso, puesto que el divorcio tuvo lugar el 26 de diciembre de 2006. Y dicha norma dice así: "El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley , cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además 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".

Por medio de esta sentencia el TS reconoce el derecho a esta pensión de viudedad pese a la falta de vigencia, en el momento del hecho causante, de la norma legitimadora de la pensión solicitada. Dado que la concurrencia de los requisitos establecidos para el acceso a la pensión por parte del ex cónyuge superviviente en este caso no han sido cuestionados (tiempo entre separación o divorcio y fallecimiento, tiempo mínimo de duración del matrimonio, hijos comunes -o edad del beneficiario-, el motivo debe ser desestimado.

SEGUNDO. Al amparo de lo establecido en el art. 191. C LPL alega la parte recurrente infracción del primer párrafo de la DF tercera de la Ley General Presupuestaria para 2010, Ley 26/2009, en relación con el art. 2.1 del Código Civil. Argumenta que los efectos de la norma presupuestaria son desde el 1 de Enero de 2010, por lo que no resulta legítimo aplicarlos a momentos anteriores. Pero el motivo no puede prosperar porque en la STS de 21 de Diciembre de 2010, más arriba reproducida parcialmente, se resolvió definitivamente la cuestión reconociéndose el derecho a la pensión respecto a situaciones generadas con anterioridad a la vigencia de la norma general presupuestaria, siempre que concurrieran los requisitos específicos para ello. Procede, por ello, la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm de fecha 30 de Marzo de 2011; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida

Sentencia núm. 3.243, de 24 de noviembre de 2011

Materia: Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la actividad de taller concesionario de vehículos industriales. La empresa traslada a los trabajadores mediante un servicio de furgoneta propio. Por razones organizativas, a partir de una determinada fecha, deja de prestar ese servicio, siendo los trabajadores los que deben acudir a su centro de trabajo por su propio medio. Se compensa a los trabajadores en su nómina con un “plus de distancia”.
Reclamación de derecho: Reposición del servicio de furgoneta a los demandantes.

Juzgado: Estima la demanda estableciendo la obligación de la empresa de reponer el servicio de transporte.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La empresa puede optar por facilitar el servicio de transporte o por abonar el plus de distancia. No existe una obligación de vinculación en la prestación del servicio de transporte. Facultades de dirección y organización reconocidas a la empresa. Art. 20 del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Recurre la empresa demandada la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada y ratificada en el acto del juicio por cuatro de los siete trabajadores que inicialmente la interpusieron y la condenó a “reponer el servicio de furgoneta a los demandantes en las mismas condiciones en que se venía efectuando hasta el 31-12-2009”.

Sostiene la sentencia recurrida que el servicio de furgoneta suprimido por la empresa el 1 de enero de 2010 constituye una condición más beneficiosa que no puede ser suprimida unilateralmente por la empresa salvo por el cauce del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y que tampoco puede ser sustituido este servicio por el abono de un plus distancia dado que es una posibilidad que no se contempla ni en el convenio colectivo de la Industria del Metal ni en la Orden de 10 de febrero de 1958 a la que se remite aquél.

Frente a esta decisión judicial interpone la empresa el presente recurso de suplicación que fundamenta en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en el que se denuncia una “interpretación estricta y rigorista del artículo 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores así como del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores”. Se asienta el recurso sobre cuatro argumentos expresados bajo las letras a) a d) que pasamos a examinar.

2. Se dice, en primer lugar en la letra a), que no se trata de una decisión empresarial adoptada única y exclusivamente por su propia voluntad, sino que fue la

rotura del motor de la furgoneta lo que ha dado lugar a que los trabajadores no puedan seguir disfrutando del servicio como se venía haciendo hasta ese momento. Argumento que, evidentemente, no puede ser compartido. Por un lado, nada consta en los hechos probados de que la baja de la furgoneta se debiera a la circunstancia expuesta por la recurrente –la rotura del motor-, pero es que aún cuando ello fuera así, lo que no ofrece ninguna duda es que la decisión de suprimir el servicio fue adoptada de forma exclusiva por la empresa. De modo que lo que se podrá valorar es si las circunstancias que la llevaron a adoptar tal decisión tiene suficiente entidad para justificarla jurídicamente, pero lo que es innegable es que se trata de una decisión adoptada por la empresa de forma unilateral.

3. Tampoco el argumento desarrollado en el apartado b) del motivo puede ser acogido, pues aun cuando se admitiera que estamos ante un hecho sobrevenido –aunque ya hemos dicho que nada consta acerca de la rotura del motor-, ello no exime a la empresa de seguir los trámites del artículo 41 del ET, sobre todo cuando la medida adoptada no era de carácter temporal -esto es, hasta que se reparara el motor o se sustituyera la furgoneta-, sino definitivo.

4. Mayor enjundia presenta el apartado c) del motivo, en el que se alega que la empresa ha compensado los perjuicios que se les ha podido causar a los trabajadores con la supresión del servicio de furgoneta, mediante el abono del plus distancia contemplado en el artículo 22 del convenio colectivo de la Industria del Metal.

Lo que dispone este precepto es que el plus distancia se abonará según la Orden de 10 de febrero de 1958 (BOE de 17 de febrero de 1958), si bien que con determinadas salvedades relativas a la cuantía de la percepción –apartado a) y a la fijación del kilometraje –apartados b) y c)-. Pues bien, en el artículo 6º de la citada Orden de 10 de febrero de 1958 se contemplan, a su vez, tres supuestos en los que las empresas quedan exentas de la obligación de abonar el plus de distancia. Concretamente en el apartado b) se exime de esta obligación a las empresas “que faciliten a su personal medios mecánicos de transporte suficientes y adecuados desde el interior de la población o desde lugares situados a menos de dos kilómetros del límite del casco de la misma”. Así pues, de la regulación reglamentaria expuesta se desprende que las empresas podían optar entre abonar el plus de distancia o sustituirlo por alguna de las medidas contempladas en el artículo 6º, entre las que se encuentra, como hemos dicho, la de facilitar a su personal medios mecánicos de transporte. Por tanto, si la condición más beneficiosa se define como una ventaja o beneficio social que supera a los establecidos en fuentes legales o convencionales y que se incorpora al nexo contractual -SSTS de 11 de marzo de 1998 (recurso 2616/1997) a su vez citada por las sentencias de 20 de mayo de 2002 (recurso 1235/2001), 28 de abril de 2005 (recurso 72/2004) y 21 de noviembre de 2006 (recurso 3936/2005)-, debemos concluir que no estamos ante esta figura jurídica pues, como hemos visto, es una norma reglamentaria la que ofrece a la empresa la posibilidad de optar entre abonar el plus o facilitar el servicio de transporte. Se estaría en presencia de una condición más beneficiosa si la empresa además de facilitar el transporte, abonara el plus de distancia, pero no cuando lo que hace es decantarse por una de las opciones que le ofrece la norma. En definitiva, no se trata de una ventaja social que supere los mínimos legales y/o convencionales, sino que es una previsión normativa la que permite al empresario adoptar una u otra solución en función de sus intereses. De modo que el hecho de que en un momento dado la empresa demandada –o su antecesora- se decantara por facilitar a sus trabajadores un transporte para llevarlos al centro de trabajo y para devolverlos a sus domicilios, no significa que

tal medida le vincule para el futuro hasta el punto de impedirle sustituir el transporte por el abono del plus de distancia, cuando lo estime conveniente en el marco de las facultades de dirección y organización de su actividad que le reconoce el artículo 20 del ET.

Por consiguiente, al no haberlo entendido así la sentencia de instancia, procede estimar el recurso y con desestimación de la demanda, absolver a la empresa de la pretensión ejercitada frente a ella.

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 R.A.Q. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.14 de los de Valencia de fecha 29 de marzo de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de DON J.L.E.C. y OTROS DOS; 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. 3.255, de 25 de noviembre de 2011

Materia: Declaración de relación laboral ordinaria. Visita efectuada por la Inspección de Trabajo. Trabajadora que presta servicios como empleada de hogar en domicilio particular: relación laboral especial. En este domicilio el propietario tiene acogidas a varias personas con discapacidad. Existencia de relación laboral entre los codemandados, propietario de la vivienda y trabajadora. La trabajadora se encarga del cuidado de las personas discapacitadas.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados de contrario.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda probada la relación laboral ordinaria de las partes codemandadas en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se introduce el único motivo del recurso de suplicación formulado por la Inspección de Trabajo contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Diecisiete de los de Valencia que desestima la demanda sobre declaración de relación laboral común entre los codemandados, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, como ya se refirió en los antecedentes de hecho.

En el único motivo del recurso se imputa a la sentencia del Juzgado la infracción de los artículos 1, 8 y 9 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) y de los artículos 1255 y 1281 del Código Civil, así como de los arts. 1.2 del RD 1424/1985 de 1 de agosto y 1.1 del RDL 1/1995 de 24 de marzo, en cuanto definen la naturaleza laboral de los contratos.

Dichas infracciones se habrían producido al considerar la Magistrada de instancia que la prestación de servicios realizada por la Sra. D. en el domicilio del Sr. N. podría ser una relación laboral especial de empleada del hogar pero no una relación laboral ordinaria entiende la Inspección de Trabajo y que según ésta se deduce de la presunción de certeza que tienen las Actas levantadas por los funcionarios actuantes, así como de la presunción de laboralidad dimanante del art. 8 de la LET. En apoyo de su razonamiento alude el Abogado del Estado a lo manifestado por la propia Sra. D. en la visita que se realizó al centro de trabajo que a su juicio es un centro de atención a personas con discapacidad las cuales abonan al Sr. N. una contraprestación económica variable. Por último, cita el recurrente diversas sentencias del Tribunal Supremo de las que solo reseña la fecha, sin indicar la doctrina que contienen y que habría sido vulnerada por la resolución recurrida y transcribe una sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Navarra que versa sobre la relación laboral especial del Servicio del Hogar Familiar en la que se precisan los requisitos y caracteres de dicha relación que según el Abogado del Estado no concurren en el presente caso.

Del inalterado relato fáctico de la sentencia del Juzgado y de las afirmaciones de hecho contenidas en su fundamentación jurídica se desprende que la prestación de servicios que realiza la codemandada E.D.B. en el domicilio donde vive el codemandado S.N.B. se destinan principalmente a la atención de D. J.J.A.T. que se desplaza en silla de ruedas y al que levanta, viste, le prepara el desayuno, arregla su habitación y que le ha dado de alta en Seguridad Social. También es cierto que la codemandada Sra. D. si le sobra tiempo después de atender al Sr. A. arregla el resto de habitaciones del indicado domicilio, hace la colada y en ocasiones prepara la comida, pero dichos trabajos tal y como apunta la Magistrada de instancia serían encuadrables en la relación laboral especial de empleada de hogar y no en una relación laboral ordinaria y es que no ha quedado acreditado que el codemandado Sr. N. se dedique a la actividad de centro de asistencia a personas discapacitadas, sino que el mismo convive en su domicilio familiar además de con su mujer que tiene reconocida la situación de incapacidad permanente absoluta, con un hijo de su mujer, con otro hijo de ambos, con otro hijo del Sr. N. y con otras tres personas, entre ellas, el Sr. A.T., que están discapacitadas y a las que ayuda, acompañándoles al médico, haciendo dichas personas aportaciones económicas para sufragar sus gastos de alimentación, así como los derivados del arrendamiento y otros gastos de la casa en la que todos viven. Sin que el hecho de que sea el demandado Sr. N. el que abone a la Sra. D. la remuneración semanal de 160 euros en 2009 y 165 euros en 2010 baste para considerarlo como empresario de aquella en calidad de titular de un centro de atención a personas discapacitadas, pues la indicada remuneración viene a retribuir principalmente los servicios que la Sra. D. dispensa al Sr. A. el cual a su vez pagaba al Sr. N. como el resto de personas que con él conviven y con las que no guarda relación familiar, una cantidad mensual variable que podía alcanzar los 575 euros mensuales o más y con la que venían a contribuir a los gastos de su manutención y a los gastos de la vivienda. En definitiva, la prestación de servicios realizada por la Sra. D. en el domicilio donde conviven junto con el codemandado Sr. N. la familia de este y otra serie de personas, sería incardinable en la relación laboral especial de empleada de hogar (artículo 1 del Real Decreto 1.424/85 de 1º de agosto), pero no sería una relación laboral ordinaria ya que dichos servicios se limitan respecto al Sr. N. a la realización de algunas tareas domésticas, siendo aquél el titular del hogar familiar, al ser el que concertó el contrato de arrendamiento de la vivienda con D. R.S.T., teniendo que recordar que los servicios prestados por la Sra. D. para el Sr. A. si que son encuadrables en una relación laboral ordinaria pero como tal ya esta reconocida por el Sr. A. que ha dado de alta a la Sra. D. en la Seguridad Social. En definitiva esta Sala comparte la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia respecto a la naturaleza de la relación existente entre los codemandados lo que lleva a desestimar la demanda que pretende la declaración de relación laboral ordinaria respecto a la prestación de servicios de la Sra. D. en relación con el Sr. N., lo que determina la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Inspección de Trabajo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Diecisiete de los de Valencia y su provincia, de fecha 11 de marzo de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra D. S.N.B. y D.^a E.D.B.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 3.300, de 29 de noviembre de 2011

Materia: Declaración d invalidez. Solicitud revisión grado. Las lesiones que padece la actora le incapacitan para el ejercicio de cualquier actividad profesional.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la actora afecta de incapacidad permanente absoluta para toda clase de trabajo.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Las lesiones que padece la trabajadora no le incapacitan para realizar actividades livianas y sedentarias, que no conlleven la realización de esfuerzos físicos. No procede otorgar la invalidez absoluta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia y su auto de aclaración, que estimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente absoluta, interpone la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social –en adelante, INSS- recurso de suplicación, y en un primer motivo redactado al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, interesa la revisión del hecho probado cuarto, a fin de que, en base a los folios 15 a 20, 69, 70, 25 y 79, y por constituir la última frase una predeterminación del fallo, quede redactado del siguiente modo, “El cuadro clínico que presenta la actora es: Cardiopatía Isquémica crónica, SAOS grave que fue tratado con CPAP, durmiendo bien, pero en ocasiones nota ahogo. Asma Bronquial. Espirometría; restricción ligera. Disnea II/IV. Artrosis poliarticular. Gonartrosis bilateral. Espondiloartrosis vertebral dorso-lumbar. Espondilolistesis L4-L5, Lumbalgia Crónica, Diabetes Mellitus tipo 2. Hipertensión arterial, Obesidad e Insuficiencia Venosa MMII, teniendo como limitaciones según el propio E.V.I. “limitación para la realización de moderados esfuerzos y que impliquen riesgo físico”, y para la realización de esfuerzos físicos y/o esfuerzos violentos según informes de la sanidad pública.”

La revisión no se admite, en cuanto a las dolencias, pues el Magistrado de instancia ha obtenido su convicción de la valoración de los distintos informes médicos, y pericial médica, por lo que no cabe entender que haya existido error alguno en la valoración de la prueba; procediendo suprimir del hecho impugnado la frase, “estando con dicha patología imposibilitada para el desarrollo de cualquier trabajo conforme a las exigencias mínimas de dedicación, eficacia y rendimiento”, por constituir una conclusión jurídica que predetermina el fallo de la sentencia.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de al LPL, se denuncia la infracción del Art. 137.4 de la LGSS. Se sostiene en síntesis por la recurrente, que las dolencias que presenta la parte actora no le incapacitan para el ejercicio de toda profesión u oficio.

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 137.5 del mismo texto legal señala que, "se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio".

Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia se desprende que en la parte actora no concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente absoluta, pues las dolencias reflejadas en el hecho probado cuarto de la sentencia, con la revisión parcialmente admitida, son: Cardiopatía isquémica crónica. SAOS severo. Asma bronquial. Artrosis poliartricular. Gonartrosis bilateral. Espondiloartrosis vertebral dorso-lumbar. Espondilolistesis L4-L5. Lumbalgia crónica. Diabetes Mellitus tipo 2. Hipertensión arterial. Obesidad e insuficiencia venosa MMII. Limitaciones para la realización de moderados esfuerzos y actividades que impliquen riesgo físico. Siendo ello así no se puede concluir que la demandante se encuentre impedida para el ejercicio de profesiones que, siendo livianas y sedentarias, no conlleven la realización de esfuerzos ni impliquen riesgo físico, por lo que no puede estimarse que la actora presente incapacidad para el desempeño de todo tipo de profesión u oficio de los existentes en el mercado laboral. Por ello, procede estimar el recurso y revocar la resolución impugnada.

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.6 de los de Valencia, de fecha 21-3-2011, en virtud de demanda presentada a instancia de A.M.P.; y, con revocación de la sentencia de instancia, desestimamos la demanda y absolvemos al demandado.

Sentencia núm. 3.396, de 13 de diciembre de 2011

Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios en empresa dedicada a la actividad de fabricación de componentes expositores de cerámica. Declaración de despido por causas objetivas ante la necesidad de amortizar su puesto de trabajo por notable descenso en la producción. La empresa ha absorbido a otras empresas y ha contratado a dos trabajadores con contrato indefinido. Actividad mercantil indefinida.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido del trabajador demandante, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral. No existe una razonable conexión entre la causa de la amortización, la medida propuesta y el fin pretendido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación letrada de la parte actora la sentencia de instancia que, desestimando la demanda, declaró el despido del trabajador procedente por entender ajustada a derecho la extinción del contrato de trabajo del mismo, extinción que la empresa fundaba en causas objetivas de carácter económico y productivas, entendiendo la juez a quo probadas sólo las primeras.

En el primer motivo del recurso, redactado al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, se solicita la modificación del hecho probado primero, último párrafo de la sentencia recurrida, que dice: “La actividad de la mercantil es la “fabricación de otros muebles” (cuenta de cotización, folio 97)”, para que quede redactado de la siguiente manera: “la actividad principal de la empresa es el arrendamiento de locales industriales (folio 28, folio 43, folio 51, folio 67, folio 234 –folio 1 de 19, modificación objeto social- de los autos)”. Damos lugar a la modificación interesada ya que la misma se deriva directamente y sin ningún tipo de duda de los documentos invocados, constando en el contrato de trabajo del actor que la actividad de la empresa es el “alquiler de locales industriales” y sobre todo en los documentos mercantiles, revestidos de la fe pública del registro mercantil, apareciendo en la escritura de modificación estatutaria y fusión por absorción que el objeto social de la empresa es la compra y venta y alquiler de inmuebles, excluido el arrendamiento financiero, gestión de participaciones y valores, así como la promoción, construcción, restauración y conservación de inmuebles urbanos en general.

Respecto del hecho probado 3º se solicita la corrección de un error, ya que las pérdidas del ejercicio 2008 fueron de 551.439,35 euros y no 730.914,98 euros, corrección que admitimos por quedar la primera cifra puesta de manifiesto de forma clara por el documento relativo al Impuesto de Sociedades del año 2008. En relación

con este mismo hecho se pide la adición de un párrafo 2º en base a la documental que cita y que aceptamos por tener el debido respaldo documental y constituir una adición trascendente, si bien la aceptación es parcial ya que excluimos del hecho las valoraciones subjetivas, que son impropias de figurar en un factum. Por ello, el texto queda del siguiente tenor: “En el año 2008 hay ingresos por arrendamientos (actividad de la empresa) por importe de 154.608,96 euros (folio 58 de los autos), que desaparece en el año 2009 y siguientes. En el año 2009 hay unos “ingresos accesorios” de 162.171,73 euros (folio 74), y en el año 2010 y por el mismo concepto de 236.534,71 euros (folio 87). Los ingresos corrientes en todos los años son prácticamente inexistentes. En el año 2008 y anteriores hay una partida de cifra de negocios de 328.651,69 euros (folio 58), que después desaparece. En el año 2008 el gasto de personal asciende a la cantidad de 58.128,12 euros (folio 58), que en el año 2009 es igual (folio 74), y que se eleva a 119.359,33 euros en el año 2010 (folio 87)”.

Y lo mismo sucede respecto a la modificación interesada del hecho probado 5º, a la que también damos lugar, por dimanar directamente de los documentos invocados, si bien la admitimos en parte, al eliminar de la misma las valoraciones y consideraciones de carácter subjetivo, quedando el texto así: “Que fruto de la fusión por absorción realizada por la mercantil M.P. S.L., de las empresas que se reseñan en el hecho declarado probado cuarto, el activo de la demandada pasa de 15.727.428,47 euros del año 2009 (folio 71 de los autos) a los 26.606.160,42 euros en el año 2010, con lo cual la situación de la empresa pasa de unos fondos propios de 823.463,14 euros en el año 2009 a 4.537.115,11 euros, pero se asumen las pérdidas de las empresas absorbidas que ascienden a 3.252.616,92 euros (folio 183)”. Téngase en cuenta además, que las cuentas anuales presentadas al Registro Mercantil por la propia empresa son un documento no controvertido ni discutido, precisamente porque es la propia mercantil la que las confecciona y presenta a una Oficina Pública, con lo que ha de estar a lo en ellas fijado. Por ello, aunque tales cuentas no se incorporen en su totalidad al relato fáctico, pueden ser tenidas en consideración.

Finalmente damos lugar a la adición interesada de un nuevo hecho probado 5º bis por resultar de los solos documentos invocados y tener trascendencia para la solución del litigio: “Con fecha 1 de enero de 2011, la empresa procedió a la contratación de dos trabajadores, como trabajadoras indefinidas (código 100), Dª A.M.T.J. y Dª Á.A.L. (folio 96, 131 a 137 de los autos)”.

SEGUNDO.- La recurrente formula un segundo motivo al amparo del apartado c) de la L.P.L. denunciando la infracción por aplicación errónea de lo establecido en el art. 52 c) en relación con el art. 51.1 del ET, en su redacción dada por la Ley 35/2010. Se alega por la recurrente que si bien es cierto que la empresa acredita la existencia de una situación económica negativa, lo bien cierto es que la operativa financiera que se desprende de la documentación económica no ha quedado en ningún momento justificada, ni se da la razonabilidad de la medida, actuando M.P. S.L., como una empresa ficticia, aparente o instrumental.

Pues bien, del relato fáctico resultante constatamos que nos encontramos ante una empresa cuyo objeto social es la compraventa y el alquiler de inmuebles, excluido el arrendamiento financiero, gestión de participaciones y valores, así como la promoción, construcción, restauración y conservación de inmuebles urbanos en general, apareciendo únicamente en el código de cuenta de cotización que la actividad es la de “fabricación de otros muebles”, por lo que deberemos estar a la documentación del

Registro Mercantil, máxime cuando ninguna prueba ha recaído sobre qué muebles fabrica M.P. SL. Esto significa que nos encontramos ante una actividad no definida y ante unas cifras que resultan extrañas y llamativas ya que (y partiendo del dato de pérdidas en 2008 de 551.439,35 euros y en 2009 de 635.700,91 euros) el importe neto de la cifra de negocio (ventas o actos determinantes de ingresos) ascendió en 2008 a 328.651,69 €, lo que es poca cantidad teniendo en cuenta el objeto empresarial y el volumen numérico en el que se mueve, pero además, pasa a 1.466,33 € en 2009, suma irrisoria, y a 3.272,97 € en 2010, lo que cuanto menos constituyen indicios de la existencia de ingresos mínimos para equilibrar el balance y satisfacer los gastos de los dos empleados. De la adición al hecho 3º (Impuesto de Sociedades, que es documento no controvertido ni discutido, precisamente porque es la propia mercantil la que lo confecciona) se constatan unos “ingresos por arrendamientos” (actividad de la empresa según el registro) en 2008 llamativamente bajos, 154.608,96 euros, que desaparecen en los años siguientes, que se sustituyen por unos “ingresos accesorios” de 162.171,73 euros en 2009 y 23.653,71 euros en 2010, sin que conste explicación de tal acontecer y de contabilizar de una u otra manera. Nos encontramos ante una empresa que no ha acreditado fabricar nada, que por el concepto arrendamientos en 2008 tiene unos ingresos extrañamente bajos y que luego en 2009 desaparecen pues surgen unos llamados “ingresos accesorios”. Téngase en cuenta el importante volumen de pérdidas que hace que no guarde relación los ingresos del ejercicio con los teóricos gastos del mismo ejercicio, pues el resultado es igual a ingresos menos gastos, por lo que debe haber adecuación entre estos parámetros, adecuación que no existe en el caso de autos. Resulta asimismo llamativo que los gastos de personal se incrementen en más del doble entre 2009 (58.128,12 €) y el año 2010 (119.359,33 €), sin haberse incrementado la plantilla ni los salarios de los dos únicos trabajadores, y sobre todo teniendo en cuenta que se invoca una difícil situación económica. Por otra parte, en el año 2010 la mercantil M.P. SL., procede a la fusión por absorción de las empresas que se reseñan en el hecho declarado probado cuarto, y el activo de la demandada pasa de 15.727.428,47 euros del año 2009 a los 26.606.160,42 euros en el año 2010, lo que la hace en principio más fuerte, pues la situación de la empresa pasa de unos fondos propios de 823.463,14 euros en el año 2009 a 4.537.115,11 euros, pero no hay que olvidar que con la fusión se asumen las pérdidas de las empresas absorbidas que ascienden a 3.252.616,92 euros, de ahí que la cifra de pérdidas de M.P. SL., en 2010 sea de 2.799.558,87 €. Además de ello, choca con la medida extintiva tomada el que en 1-1-2011 se haya contratado a dos personas como trabajadoras indefinidas, resultando contradictorio que se quiera minorar la partida de costes de personal despidiendo a un trabajador pero habiendo contratado en un tiempo próximo a dos más, y no de manera puntual pues los contratos son indefinidos. Se alega en el escrito de impugnación que ello es consecuencia de la fusión, lo cual no es una explicación plausible ya que no se sostiene, sin más, que sea la sociedad absorbente la que prescindiera de su personal en pro del de las absorbidas.

TERCERO.- El art. 52.c) del ET, en la redacción vigente dada por la Ley 35/2010, establece que el contrato de trabajo podrá extinguirse cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo. Causas, económicas, técnicas, organizativas o de producción, que se definen legalmente en el art. 51.1 señalando que 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, añadiéndose que 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. Por lo tanto, no basta con la enumeración de pérdidas, que en nuestro caso, y con las puntualizaciones efectuadas quedan recogidas en el relato fáctico, sino que la empresa debe acreditar que de ellas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva, lo que no ha hecho ya que, por un lado nos encontramos con unos números que en gran parte se hallan fuera de la lógica y normal acontecer económico-empresarial y por otro, vista la evolución de los números está claro que la extinción del contrato del actor no contribuye a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma, ni económicamente por el ahorro que ha de suponer su salida, sobre todo ante las dos nuevas contrataciones efectuadas, ni mediante una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda. En resumen, todavía después de la última reforma, no basta con probar la existencia de pérdidas que acrediten la situación económica negativa, sino que además el juzgador debe realizar un juicio de razonabilidad sobre "la conexión entre la situación desfavorable existente en la empresa y los despidos acordados (...) y la adecuación o proporcionabilidad de estos para conseguir la superación de aquella" para comprobar si la contribución de la medida es "directa y adecuada al objetivo que se persigue (...) y no meramente ocasional, tangencial o remota". Resumiendo, debe se debe juzgar si existe o no una razonable conexión entre la causa de la amortización, la medida propuesta y el fin pretendido. Y el juicio de razonabilidad sobre la decisión extintiva no ha prosperado, lo que nos lleva a la estimación del recurso formulado previa revocación de la sentencia de instancia, debiendo ser calificado el despido, de fecha de efectos 19-5-2011, como improcedente y dar lugar a las consecuencias del art. 56.1 del ET, teniendo presente que la indemnización a la que tiene derecho la actora, a tenor de los parámetros de cálculo del hecho probado 1º, antigüedad de 2-1-2006 y salario bruto con prorrata de pagas extras de 2.264,63 € supone el establecimiento de la cifra indemnizatoria a abonar (salvo error u omisión) de 18.147,18 €.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. J.C.R.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Castellón el día 28 de julio de 2011 en proceso sobre despido seguido a instancia de dicha recurrente contra la empresa M.P. S.L., y con revocación de dicha sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar improcedente el despido del actor de 19-5-2011, condenando a M.P. S.L. a que a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada, mediante escrito o comparecencia, readmita a la parte actora en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abone una indemnización de 18.147,18 euros, con percibo de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente a razón de 74,45 euros diarios, sin perjuicio de la eventual detracción, si se hubiere recibido cantidad alguna en concepto de indemnización por despido objetivo; y sin perjuicio asimismo de la eventual deducción de lo cobrado en otro empleo en ese período y de la reclamación al Estado de los correspondientes al exceso de los sesenta días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda por despido y la de la presente sentencia.

Sentencia núm. 3.404, de 13 de diciembre de 2011

Materia: Subsidio de maternidad. Trabajadora que presta servicio para Ente ferroviario y que ha disfrutado de una reducción de jornada con motivo de nacimiento de hijo. Al nacer la segunda hija solicita prestación por maternidad la cual le es reconocida. Determinación base reguladora: Diferencias. Impugnación resolución administrativa.

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

Sala: Estima el recurso, reconociendo que se eleve la base reguladora de la actora, para el cálculo de la prestación de maternidad, a la que le hubiera correspondido en el supuesto de estar prestando sus servicios en jornada completa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Recurre la parte actora la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución administrativa que fijó la base reguladora de la prestación de maternidad reconocida a la demandante en la cantidad de 70,78 euros, que se corresponde con el 60% de la jornada y salario que venía realizando al tiempo del parto. La sentencia recurrida funda su fallo desestimatorio en dos sentencias dictadas por las Salas de lo Social de Madrid, de 13 de marzo de 2007, y de Cataluña, de 1 de junio de 2007. Pero hay que advertir que tales sentencias resolvían supuestos de hecho anteriores a la publicación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, que, como seguidamente veremos, modificó la redacción del artículo 180 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-.

2. Se interpone el recurso al amparo de un motivo único redactado por el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en el que se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 180, apartados 1 y 3 de la LGSS en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2007, en relación con el artículo 133 bis y ter del mismo texto legal, 37.5 del Estatuto de los Trabajadores y 41 de la Constitución Española (CE). Se argumenta por la recurrente que siendo que la base reguladora (sic) utilizada para el cálculo de la prestación de maternidad fue la del mes de marzo de 2009, en que la actora disfrutaba de una reducción de jornada por guarda legal del artículo 37.5 ET en una proporción del 40%, la base reguladora deberá elevarse a lo que hubiera correspondido de ser una jornada completa.

3. El apartado 3 del artículo 180 de la LGSS, en la redacción dada por la disposición adicional 18.12 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, dispone lo siguiente: “3. Las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de menor previsto en el art. 37.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la

jornada de trabajo, a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1. Dicho incremento vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos de reducción de jornada contemplados en el mencionado artículo”. Este precepto se debe poner en conexión con el artículo 2.2 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre y el apartado 5 de la Disposición adicional 11ª de la Ley Orgánica 3/2007 relativos a la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras y a la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Se trata de un derecho individual de reducción de jornada para la guarda legal y cuidado de un menor de ocho años, que es protegido con una cotización real del 100% para el cálculo de la base reguladora para determinadas prestaciones como es la de maternidad y paternidad. Ello quiere decir que desde el momento en que inició la reducción de jornada el 5 de mayo del 2008 hasta dos años después, las cotizaciones realizadas a tiempo parcial se computan al 100 por 100. La base de cotización tenida en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la incapacidad temporal y desde ella de la maternidad, están dentro del período de dos años referido, al ser la de marzo de 2009. Esta base de cotización era la correspondiente al trabajo a tiempo parcial que la trabajadora venía realizando desde meses antes por reducción de jornada. Por tanto ha de elevarse al 100 por 100, tal y como pretende la recurrente y como así han resuelto, entre otras, las sentencias de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 5 de mayo de 2010 (rs.948/2009) y de Madrid 23 de junio de 2010 (rs.696/2010). Lo que nos lleva a la estimación del recurso.

4. Dado que la demanda también se dirigía contra la empresa Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana y puesto que en el recurso nada se argumenta acerca de la responsabilidad de la citada empresa, procede absolverla.

SEGUNDO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA B.S.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de Alicante de fecha 17 de noviembre de 2010; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda, declaramos el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad en la cantidad de 105,54 euros diarios con efectos de 4 de abril de 2009, condenando al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por esta declaración y abonar la prestación en la referida cuantía, así como a regularizar y pagar las diferencias dejadas de percibir.

Absolvemos a la empresa F.G.V. de la reclamación formulada contra ella.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.410, de 13 de diciembre de 2011

Materia: Conflicto colectivo. El conflicto afecta a la totalidad de los trabajadores, los cuales se rigen por el convenio colectivo e la industria del metal. Reclamación del “plus de distancia”, en lugar de utilizar el servicio de transporte ofrecido por la empresa.. La empresa pone a disposición de los trabajadores un servicio de transporte que es rechazado por el Comité de Empresa. Adecuación de este servicio. Consideración de servicio social: no existe obligación de negociar con el comité. El servicio no es utilizado por los trabajadores. Pérdida del plus de distancia. Procedencia.

Juzgado: Desestimando la excepción de falta de legitimación activa formulada por la empresa demandada, desestima la demanda formulada por los miembros del comité de empresa, absolviendo a la empresa de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La no utilización de este servicio por parte de los trabajadores impide conocer si el servicio diseñado por la empresa cumple con las mínimas garantías.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada del comité de empresa de E.R.S., S.L.L. la sentencia de instancia que desestimó la demanda de conflicto colectivo por la que se pretendía que se declarara “no adecuado el medio de transporte ofrecido por la empresa para el desplazamiento de los trabajadores al centro de trabajo y se continúe teniendo derecho a percibir individualmente el plus de distancia establecido en el convenio colectivo”.

El recurso se interpone al amparo de un motivo único redactado por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en el que se denuncia la infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 2 de la Orden Ministerial de 10 de febrero de 1958, en relación con lo dispuesto en el artículo 22 del convenio colectivo de Industria del Metal de la provincia de Valencia. Lo que se argumenta en el escrito de recurso es que el medio de transporte facilitado por la empresa para desplazar a sus trabajadores hasta el centro de trabajo no es adecuado ni suficiente.

2. Lo que dispone el artículo 22 del convenio colectivo de la Industria del Metal de la provincia de Valencia, es que el plus distancia se abonará según la Orden de 10 de febrero de 1958 (BOE de 17 de febrero de 1958), si bien que con determinadas salvedades relativas a la cuantía de la percepción –apartado a) y a la fijación del kilometraje –apartados b) y c)-. Por su parte el artículo 2 de la citada Orden define el

plus de distancia como la cantidad que percibe “el trabajador por los recorridos que tenga que hacer a pie o en medios de transporte no facilitados por la Empresa para acudir al trabajo, por hallarse el centro laboral u obra en que debe prestarlo a más de dos kilómetros del límite del caso de la población de su residencia”. Y, frente a esta regla general, se contemplan en el artículo 6 tres supuestos en los que las empresas quedan exentas de la obligación de abonar el plus de distancia. Concretamente en el apartado b) se exime de esta obligación a las empresas “que faciliten a su personal medios mecánicos de transporte suficientes y adecuados desde el interior de la población o desde lugares situados a menos de dos kilómetros del límite del casco de la misma”.

3. En el supuesto ahora enjuiciado consta que la empresa demandada, que venía abonando el plus de distancia a sus trabajadores, decidió en el mes de febrero del presente año establecer un servicio de transporte para trasladarlos hasta el centro de trabajo que se encuentra a más de dos kilómetros del Puerto de Sagunto, lo que comportó la supresión del citado plus. Como ya hemos expuesto en el apartado 1 de esta resolución, el comité de empresa entiende que no son suficientes y adecuados los medios de transporte facilitados por la empresa, pero más allá de esta afirmación no existe en los hechos probados de la sentencia, a los que esta Sala queda vinculada para la resolución del recurso, ningún dato objetivo que la avale. Lo que se formula en el recurso son una serie de hipótesis sobre la imposibilidad de que con el servicio instaurado se pueda trasladar a veinte trabajadores o sobre las posibles incomodidades de quienes sean designados para conducir los vehículos, que carecen de cualquier demostración, puesto que desde que el servicio se puso en marcha el 1 de febrero de 2011, no ha sido utilizado por ninguno de los trabajadores, siguiendo las indicaciones del comité de empresa. Por tanto, difícilmente se podrá saber si el servicio diseñado por la empresa cumple con las mínimas garantías si los trabajadores no se avienen a utilizarlo y utilizan tal conducta como un medio de presión para que la empresa desista de su empeño y continúe abonando el plus de distancia que venía satisfaciendo hasta el citado día. Obviamente no se pone en duda la posibilidad que tienen los trabajadores de utilizar los medios de presión que tenga por convenientes, dentro de la legalidad, para defender sus derechos y mejorar sus condiciones laborales, pero ello no conduce necesariamente a la estimación de la pretensión ejercitada en este procedimiento, pues, como hemos visto, la empresa no ha hecho sino utilizar una de las posibles medidas que la legislación –por remisión del convenio colectivo- pone a su disposición sustituyen el abono del plus de distancia por la facilitación de medios de transporte, sobre todo cuando la propia dirección de la empresa ha manifestado su disposición a corregir las deficiencias que pudieran observarse en la utilización del servicio.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de COMITÉ DE EMPRESA DE E.R.S. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 13 de los de Valencia de fecha 18 de julio de 2011; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.430, de 15 de diciembre de 2011

Materia: Tutela de los derechos fundamentales. Personal vigilante de seguridad. Delegado de personal. Conflictividad en la relación laboral. El actor recibe diversas sanciones por parte de la empresa por incumplimiento laboral. Traslado del trabajador a otro centro de trabajo. Vulneración derechos fundamentales: atentado al honor y libertad sindical. El actor ha sido dado de baja por trastornos de ansiedad.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Del relato de los hechos no existen indicios de la vulneración alegada por la parte demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del actor, frente a la sentencia que desestimó su demanda instada en materia de Tutela de Derechos Fundamentales. El recurso se formula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, denunciando la vulneración de los art. 15, 18 y 28 de la Constitución, alegando que las decisiones empresariales atentan la honor, la dignidad y la libertad sindical, debiendo efectuar paradas en apeaderos sin servicios ni agua, trasladándolo a Madrid, asimismo denuncia vulneración del art. 1103 y art. 1902 del CC, por daño psíquico, postulando 40.000€ por daño a la salud mental, por trato vejatorio desmesurado, cuantificando el descrédito en 20.000€, valorando la ansiedad en 20.000€, con cita del art. 180.1 de la LPL, y art. 15 de la L.O. Libertad Sindical, y sentencia de esta Sala de 10-11-98.

2. De la relación de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, a la que esta Sala queda vinculada, se desprende que efectivamente existe conflictividad en la relación laboral, que ha motivado varios procedimientos judiciales, como la reclamación de kilometraje, las sanciones impuestas, el intento de acuerdo para extinguir la relación laboral en octubre/10, y el traslado a Madrid en abril/11, sin que sea objeto del presente procedimiento las cuestiones de legalidad ordinaria propias de las acciones planteadas por el actor frente a las decisiones empresariales, ya que el proceso de tutela de derechos fundamentales que se regula en los arts. 175 y siguientes de la LPL, queda circunscrito al conocimiento de la lesión del derecho fundamental, sin posibilidad de acumular acciones de otra naturaleza ni alegar como fundamento de la pretensión razones de “legalidad ordinaria”, lo que si es posible cuando se ejercita acción en el proceso ordinario. Y así, en el presente caso, la Sala estima ajustada a derecho la sentencia impugnada, pues en las paradas en apeaderos sin servicios ni agua, se permite llevar botellas de agua, aunque no neveras que rompan la uniformidad, y se permite romper gráfico para acudir a un bar cuando sea preciso, y tales paradas no las

realiza únicamente el actor, en cuanto al traslado a Madrid no constituye en si un atentado al honor ni a la libertad sindical, sino que se trata de una cuestión a dilucidar en procedimiento de legalidad ordinaria, y respecto a la baja médica por ansiedad, tampoco implica por si un atentado a la integridad física, por lo que, en atención a lo dispuesto en el art. 179.2 de la LPL que establece que en el acto de juicio, “una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical (o de cualquier otro derecho fundamental, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio, en virtud de lo dispuesto en el art. 181), corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”, no cabe concluir que del relato fáctico se desprenda la existencia de indicios de la vulneración alegada. Procediendo, en atención a lo expuesto, desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de F.J.G.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Alicante, de fecha 4-7-2011; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 3.440, de 15 de diciembre de 2011

Materia: Despido. Profesional auxiliar administrativa al servicio de las demandadas. Sucesivos contratos temporales con ETT, por acumulación de tareas en la empresa codemandada. Posteriormente se despide a la trabajadora sin concederle indemnización alguna. Responsabilidad de la ETT codemandada.

Juzgado: Desestimando las excepciones de caducidad de la acción y falta de legitimación pasiva alegadas y estimando la demanda declara improcedente el despido de la actora. Absuelve al codemandado FOGASA, sin perjuicio de la responsabilidad sustitutoria que pudiera corresponderle.

Sala: Estima el recurso de suplicación interpuesto por la ETT codemandada, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ángel Blasco Pellicer.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que declaró improcedente el despido de D^a M.I.M.S., condenando solidariamente a las mercantiles A., SA y P.P. SA y, también, a R.E. ETT SA, recurre la representación letrada de esta última a los exclusivos efectos de solicitar sentencia revocatoria de esta Sala que absuelva a la indicada Empresa de Trabajo Temporal de los pronunciamientos condenatorios que le afectan. Articula su Recurso de Suplicación en tres motivos, amparados todos ellos en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral. En el primero de ellos alega infracción del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores por desestimación indebida de la excepción de caducidad formulada en la instancia.

El motivo debe desestimarse. En efecto, el cese de la trabajadora que comunicó la mercantil P.P. SA se produjo el 29 de octubre de 2010, la papeleta de conciliación se presentó el 18 de noviembre de 2010, habiéndose celebrado el acto de conciliación el 2 de diciembre de 2010 al que siguió la presentación de la demanda rectora de las presentes actuaciones. El cómputo de las correspondientes fechas determina con claridad que la acción no estaba caducada en el momento de presentación de la demanda. Alega R. ETT que la fecha de finalización de su última relación con la actora fue el 24 de marzo de 2009, esto es, más de año y medio antes de que la actora interpusiese su demanda. Pero, como bien afirma la sentencia combatida, el cese que se impugna no es el de 24 de marzo de 2009, sino el producido el 29 de octubre de 2010 y respecto de éste resulta clara la no caducidad de la acción, por lo que el motivo debe desestimarse.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso, la Empresa de Trabajo Temporal R. denuncia la desestimación indebida de la excepción, formulada en la

instancia, de falta de legitimación pasiva y señala como infringida la doctrina jurisprudencial que cita, en especial la STS de 4 de julio de 2006.

La legitimación deriva de la especial situación de la parte litigante con respecto a la relación jurídico material llevada al proceso. Se ostenta la legitimación pasiva cuando quien ha sido demandado es pasivamente titular de dicha relación o, dicho de otro modo, cuando en función de la posición que ocupa en una determinada situación jurídica, cabe exigirle el contenido de la pretensión interpuesta, en tanto que titular del deber cuyo cumplimiento con aquélla se pide. La legitimación pasiva necesaria, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial (STS de 11 de marzo de 1996), se halla presidida por la regla de carácter general de que deben demandarse a todas las personas a quienes directamente puedan afectar los pronunciamientos recaídos en la sentencia que corone el proceso, sobre la o las pretensiones deducidas, y ello con eficacia de cosa juzgada; regla ésta que es congruente con el principio procesal esencial de que nadie debe ser condenado sin ser oído.

Pero del relato fáctico de la sentencia recurrida no se desprende, a criterio de la Sala, la necesidad de que la actora demandara a las empresas de trabajo temporal que a lo largo de la sucesión de contratos temporales intervinieron contratando a la trabajadora y poniéndola a disposición de las empresas demandadas, si se tiene en cuenta que el último contrato de puesta a disposición se celebró y concluyó con una antelación de más de dieciocho meses al cese definitivo de la actora en las mercantiles codemandadas. En efecto, una cosa es que la contratación a través de empresas de trabajo temporal pueda ser tenida en cuenta, como ha hecho la sentencia combatida, para establecer que el encadenamiento de diferentes contratos temporales revele una unidad esencial del vínculo contractual que imponga la consideración de la trabajadora como fija de plantilla, con abstracción de los diferentes finiquitos suscritos a la finalización de cada contrato temporal; y, otra, diferente, es que, sin ningún tipo de sustento jurídico ni argumentación, se condene solidariamente a una empresa de trabajo temporal que realizó algún contrato de puesta a disposición durante la referida cadena. Como razona la STS de 4 de julio de 2006, si un trabajador cesó en su relación laboral con la ETT en una fecha determinada y, posteriormente, fue contratada directamente por la empresa que, bastante tiempo después, produjo su cese, resulta obvia consecuencia que desde que terminó el contrato de puesta a disposición la cualidad empresarial de la ETT respecto del trabajador desapareció, lo que conduce a situar la cuestión litigiosa en la determinación de la falta de legitimación pasiva. Esto es lo que ocurre en el presente caso en el que la cualidad de empleadora de R. desapareció en marzo de 2009, fecha a partir de la cual fue contratada la demandante, directamente, por una de las mercantiles codemandadas que fue quien la cesó en octubre de 2010.

Procede, en consecuencia, la estimación del recurso en lo que se refiere a la condena a R.E. ETT, SA., manteniéndose el resto de pronunciamientos no combatidos, lo que hace innecesario, además, el examen del último de los motivos del recurso.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 201 de la Ley de Procedimiento Laboral se decreta la devolución a la recurrente, una vez firme la sentencia, del depósito y suma consignada para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de R.E. ETT, S.A. contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número Tres de los de Alicante de fecha 14 de febrero de 2011; y, en consecuencia, absolvemos a R.E. ETT, S.A de los pedimentos deducidos en su contra, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 3.489, de 20 de diciembre de 2011

Materia: Declaración de invalidez. Falta de reclamación previa. Trabajadora afiliada al RGSS que desempeña sus funciones como peón de la industria cerámica. A partir de determinada fecha solicita declaración de incapacidad permanente por limitaciones orgánicas y funcionales. En años anteriores la actora había causado varias bajas por incapacidad temporal. Procedencia.

Juzgado: Estimando la excepción de falta de reclamación previa, absuelve a los demandados en la instancia de las pretensiones deducidas en su contra por la demandante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, anulando la misma y declarando la nulidad de las actuaciones desde el momento de la vista inclusive, a fin de que teniendo por subsanada la falta de reclamación previa sea señalada nueva fecha para la celebración del acto del juicio. No entra a conocer el fondo el asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por C.A.L. la sentencia dictada el día 10 de marzo de 2.011 por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Castellón que resolviendo el proceso incoado en virtud de demanda por ella entablada frente al INSS y la TGSS apreció la excepción de falta de reclamación previa esgrimida por los demandados y absolvió a estos en la instancia.

2. En la resolución recurrida se dejó imprejuizado el fondo de la acción ejercitada encaminada al reconocimiento del derecho de la actora a obtener las prestaciones de seguridad social correspondientes a la situación invalidante de IPT, partiendo de los hechos siguientes: a la actora se le denegó el reconocimiento de la pretendida situación invalidante por resolución del Director Provincial del INSS de Castellón, resolución esta contra la que no se interpuso reclamación previa hasta el 8-3-2.011, un día antes de la celebración del juicio. A la vista de los mismos, y haciendo referencia al carácter de presupuesto procesal de carácter subsanable de la reclamación previa, y aún admitiendo la posibilidad de que su formulación extemporánea no resulte un obstáculo infranqueable que impida un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, lo cierto es que ha de cumplir con la finalidad que le es propia y que no es otra que el demandado tenga un cabal conocimiento de la pretensión ejercitada con anterioridad al juicio, lo que en el caso que se examina, dada la proximidad temporal entre reclamación y juicio, resulta imposible, por lo que, a juicio del Magistrado a quo, como ya se ha dicho, debía acogerse la excepción y dictarse un fallo absolutorio en la instancia.

3. El recurso contra la resolución de instancia se encuentra articulado en una “cuestión previa” en la que se denuncia infracción del art. 71.2 LPL y en un motivo, en

el que con cita del apartado c) del art. 191 LPL, se denuncia infracción del art. 137.4 de la LGSS. En la denominada cuestión previa, con cita de abundante doctrina del TC y del TS, así como de resoluciones de esta Sala, se viene a denunciar lo incorrecto que resulta la absolución en la instancia que se ha efectuado en la sentencia ante la constatación de que la reclamación previa se efectuó únicamente un día con anterioridad a la vista. Y siendo la expuesta, la forma en que se plantea de la cuestión debemos indicar, que no obstante omitirse la cita del apartado a) del art. 191 LPL, la denominada "cuestión previa" ha de ser tratada por la Sala como un motivo formulado con arreglo a dicho cauce procesal, pues lo que es claro que lo que se está denunciando, sin necesidad de convertir a la Sala en constructora del recurso de la parte, es una infracción determinante de indefensión, desde el momento en que se impide a la parte obtener en la instancia una resolución fundada en derecho sobre el fondo del asunto suscitado.

4. Sentado lo anterior, hemos de partir de la doctrina que a la que se hace referencia tanto en la resolución de instancia, como en el recurso, y que recogíamos en nuestra Sentencia de 14-7-2009 resolutoria del Recurso 3236/2.008 en la que exponíamos que " El art. 71 de la Ley de Procedimiento Laboral dice que: "1. Será requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad Gestora o Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente; 2. La reclamación previa deberá interponerse ante el órgano que dictó la resolución, en el plazo de 30 días desde la notificación de la misma, si es expresa o desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo...". La doctrina del Tribunal Constitucional (por todas, sentencias 112/1997, de 3 de junio EDJ1997/2626 y 12/2003, de 28 de enero EDJ2003/1378 , y las numerosas que en ellas se citan), ha señalado que " El trámite preprocesal que en el procedimiento laboral constituye la reclamación previa ante la Administración tiene por finalidad la de facilitar a aquélla el conocimiento anticipado de la pretensión deducida en su contra, permitiendo así la emisión de una nueva declaración de voluntad que, en su caso, evite el proceso al resolver el conflicto surgido con el demandante. Según ha manifestado de forma reiterada este Tribunal, la obligatoriedad legalmente establecida de su presentación no vulnera el derecho a la tutela judicial de la parte actora, por no constituir un impedimento u obstáculo irrazonable de acceso al proceso". En ese mismo sentido, el Tribunal Supremo (sentencia de 24 de marzo de 2004) indica que "La reclamación previa, evidente privilegio de la administración, que obstaculiza y demora el libre acceso jurisdiccional responde a la finalidad de ofrecer al ente público privilegiado un anticipado conocimiento de la pretensión que el interesado haya decidido interponer frente al mismo. Por decirlo en expresión del Tribunal Constitucional (STC 60/1989, de 16 de marzo; 217/1991 de 14 de noviembre; 70/1992, de 11 de mayo de 29 de noviembre) la reclamación previa «tiene como objetivos fundamentales, por un lado, poner en conocimiento del organismo correspondiente el contenido y los fundamentos de la pretensión, y, por otro, darle la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando el uso de mecanismos jurisdiccionales». Esta finalidad, en principio exorbitante, aunque legítima de la administración, (también afirmada por doctrina constante del Tribunal Supremo; por todas STS 9 de junio de 1988 , 27 de marzo de 1991 y 24-03-2004) es conciliable en el proceso laboral con el derecho del litigante a que se le conceda un plazo para la subsanación de su falta o de su defectuosa formulación, de modo que, de una parte, el obstáculo del acceso a la jurisdicción que su implantación supone «deberá guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables»; y de otra, el privilegio se justifica

cuando la administrativa trata, con la diligencia exigible, de «evitar el planteamiento litigioso o conflictos entre los Tribunales". Y partiendo de lo anterior concluíamos que "no cabe duda que la presentación, aun extemporánea, cumplió la finalidad que le es propia, que no es otra que la Administración tenga un conocimiento anticipado de la pretensión que va a ejercitarse en vía judicial, y darle oportunidad de evitar el proceso". Así mismo, debe hacerse referencia a que la citada STS de 24-3-2.004 consideró que la respuesta judicial que debe propiciarse ante la ausencia de reclamación previa sino ha habido un previo requerimiento de subsanación al amparo del art. 81.2 LPL en el momento de admisión de la demanda, es retrotraer las actuaciones a dicho momento, a fin de que se subsane la ausencia de dicho presupuesto procesal por plazo de cuatro días.

5. La aplicación de esta doctrina al caso que hoy ocupa ha de llevar a una resolución diferente de la establecida en la sentencia de instancia. No constando en el auto de admisión de la demanda que se requiriese a la parte para que subsanase la falta de reclamación previa, la solución que debería adoptarse ante la ausencia de la misma debería ser la retroacción de las acciones a dicho momento a fin de que por el Juzgado se requiriese a la parte para tal subsanación, pero, toda vez, que ya a la fecha del juicio dicho defecto procesal había sido solventado, existiendo a dicha fecha únicamente un obstáculo de índole temporal a fin de que la reclamación previa alcance la finalidad que le es propia, sin necesidad de retrotraer las actuaciones a tal momento en virtud del principio general a todo proceso de conservación de los actos procesales (art. 242 de la LOPJ), y del específico de celeridad, propio del proceso social (art. 74 LPL), bien pudo el juzgador a quo, decretar únicamente la nulidad del juicio, y el señalamiento de nueva fecha a fin de que la entidad gestora gozase del tiempo necesario para dar respuesta a la reclamación previa con anterioridad a la misma, de manera que ésta alcanzase la finalidad que le es propia.

6. Todo lo cual, nos ha de llevar a declarar la nulidad del juicio y la de las actuaciones posteriores a fin, de que dado el tiempo transcurrido y teniendo por subsanada la falta de reclamación previa se señale nueva fecha para la vista, si es que el objeto del proceso subsiste por no haberse acogido en vía administrativa las peticiones contenidas en la reclamación previa. Entendemos, así mismo, que esta solución resulta acorde con la doctrina contenida en la STCo 330/2.006 que considera que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando por parte del órgano jurisdiccional se propicia una sentencia de contenido procesal cuando se aprecia un defecto de tal carácter y de naturaleza subsanable cuando por parte del mismo órgano se admitió la demanda sin requerir para la precedente subsanación.

SEGUNDO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino la declaración de nulidad en el sentido arriba anunciado con revocación de la resolución recurrida y sin necesidad de examinar el motivo formulado con arreglo al apartado c) del art. 191 de la LPL. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por C.A.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de CASTELLÓN en sus autos núm. 5/10 en fecha 10-3-2011 y con revocación de la misma declaramos la nulidad de las actuaciones desde el momento de la vista inclusiva a fin de que teniendo por subsanada la falta de reclamación previa sea señalada nueva fecha para la celebración del acto del juicio.

Sentencia núm. 3.390, de 13 de diciembre de 2011

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador afiliado a la seguridad social que solicita acogerse al programa de renta activa de inserción, el cual le es concedido por un periodo de tiempo. No se presenta a la renovación de la demanda de empleo. Exclusión del programa con pérdida de los derechos económicos. El actor presenta trastorno esquizotímico de la personalidad. Consideración causa justificada de lo no renovación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los organismos codemandados de las pretensiones contenidas en la misma. Se le excluye de su participación en el programa.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No existe causa justificada para la no renovación. Aplicación art. 9 RD 1369/06.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la parte actora la sentencia de instancia que desestima la demanda en materia de desempleo –renta activa de inserción-, recurso que planteado al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL, no ha sido impugnado de contrario. La recurrente denuncia la inaplicación de lo dispuesto en el art. 24, infracciones leves, punto 3.a) del RD Legislativo 5/2000 de 4 de agosto (LISOS), art. 47, sanciones (pérdida de la pensión durante un mes) y art. 52, principio de tramitación. Además, indica que también debe tenerse en cuenta el art. 209.2 de la LGSS en cuanto a que establece que la suspensión es únicamente por unos plazos determinados y no con carácter permanente. Interesa se deje sin efecto la resolución recurrida ya que el actor ha continuado renovando todas las demandas siguientes.

SEGUNDO.- Planteado así el recurso lo primero que procede indicar es que el mismo se aparta de las razones de oposición defendidas en la instancia, las cuales giraron sobre la existencia de una causa de justificación que impidió la asistencia a efectuar la renovación de la demanda de empleo, no obstante lo cual y en aras de colmar al máximo el principio de tutela judicial efectiva daremos puntual respuesta.

Son hechos probados de los que partir, que el actor efectuó solicitud de admisión al programa de renta activa de inserción, en fecha 11 de septiembre de 2009 y que por resolución del INEM de fecha 13-11-09 le fue reconocida al actor la prestación solicitada, por un periodo de 330 días con fecha de inicio el 12-11-09 y con una base reguladora de 17,75€. El demandante en fecha 23-11-09 debía de acudir a la oficina de empleo a renovar la demanda de empleo, no haciéndolo dicho día, por lo que en fecha 3-12-09 se acordó emitir comunicación sobre exclusión de participación en el RAI, por no haber renovado la demanda de empleo en la fecha indicada en la tarjeta de demanda, día 23-11-09, dando traslado para alegaciones. La madre del demandante realizó

alegaciones, aduciendo en síntesis que su hijo padece crisis de ansiedad y acompañaba informe médico de fecha 11-8-06 donde constaba que presentaba trastornos esquizotímico de la personalidad, siendo los síntomas: reserva excesiva en el trato, inseguridad, miedo patológico al fracaso en la relación personal. Rasgos de desconfianza. Finalmente, en fecha 22 de abril de 2010 se dictó resolución sobre exclusión, acordándose la exclusión de su participación en el Programa de RAI, con la pérdida de los derechos económicos que el mismo conlleva desde el 25-11-09.

Pues bien, no debemos perder de vista que lo que se ataca es la resolución del INEM de 22 de abril de 2010, resolución que el juez a quo ha considerado ajustada a derecho, lo que esta Sala comparte, a la vista del significado inequívoco de los preceptos de aplicación, arts. 3.3 d) y 9.1 b) del RD 1369/2006, de 24 de noviembre, regulador del programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo. Según el art. 3.3.d) del citado RD: “Los trabajadores, para su incorporación y mantenimiento en el programa, deberán cumplir las obligaciones que implique el compromiso de actividad y aquellas que se concretan en el plan personal de inserción laboral, así como las siguientes: d. Renovar la demanda de empleo en la forma y fecha que se determinen en el documento de renovación de la demanda y comparecer cuando sea previamente requerido ante el Servicio Público de Empleo Estatal o ante los servicios públicos de empleo”.

El actor debió haber acudido el 23-11-09 a renovar su demanda de empleo, lo que no hizo, sin que el dato de que acudiera en fecha 12-11-09 a los servicios médicos de la Generalitat Valenciana, sin cita, por un cuadro de ansiedad (en el informe médico consta “refiere ansiedad acumulada y al notarse con catarro le entró pánico, le faltaba aire, estaba en un curso y se ha ido a casa. Allí su madre refiere que le ha aconsejado relajarse y al rato lo ha encontrado con cara desencajada, no pérdida de conciencia, después siempre, verborrea y se ha tomado un orfidal, ya le ha ocurrido otras veces, se retiro cymbalta en octubre”) pueda considerarse causa justificativa alguna, visto que se trató de un acontecimiento puntual acaecido 10 días antes de la fecha en que tenía que presentarse a renovar la demanda de empleo. Por otra parte, la Sala no dispone de margen alguno para la ponderación de consideraciones de equidad. No resulta ocioso recordar que, “no cabe mantener la anterior excepción jurisprudencial de equidad, teniendo en cuenta que “las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la Ley expresamente lo permita” (art. 3.2 del Código Civil)» (STS 17 de septiembre de 2004 y las que en ella se citan).

En suma, no habiendo renovado la demanda de empleo en la fecha estipulada, y no existiendo una causa justificada de la no renovación, por mandato del art. 9 del RD 1369/06, que terminantemente indica: “Causarán baja definitiva en el programa los trabajadores en los que concurra alguno de los hechos siguientes: No comparecer, previo requerimiento, ante el Servicio Público de Empleo Estatal o ante los servicios públicos de empleo, no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de renovación de la demanda o no devolver en plazo a los servicios públicos de empleo el correspondiente justificante de haber comparecido en el lugar y fecha indicados para cubrir las ofertas de empleo facilitadas por dichos servicios, salvo causa justificada”, la conclusión no puede ser otra más que la de considerar que el actor ha de causar baja definitiva en el programa de RAI, y ello por aplicación de esta norma especial que regula el programa de de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo; y sin que tampoco sea importante que el actor haya renovado sucesivas

demandas de empleo ya que nos encontramos ante un supuesto de baja definitiva y no de baja temporal en el programa, que es el que permite la reincorporación al mismo.

TERCERO.- No procede la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con el art. 233.1 LPL en relación con el art. 2 d) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. A.C.F. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° 11 de Valencia de fecha 24 de febrero de 2011; y, en consecuencia, confirmamos íntegramente la sentencia recurrida.

Sin costas.