

Sentencia núm. 1, de 2 de enero de 2012

Materia: Rescisión de contrato. Extinción de la relación laboral por incumplimiento grave del empresario, así como reclamación de cantidad por daños y perjuicios. Situación de acoso laboral en la empresa.

Juzgado: Desestima la demanda no habiendo lugar a las peticiones reclamadas.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda acreditada la situación de acoso moral, ni se observa que la empresa haya incurrido en un comportamiento negligente que conlleve la falta de tutela de los derechos fundamentales de la trabajadora. No procede la extinción de la relación laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral a los fines siguientes: A) Se añadan al hecho probado cuarto tres nuevos párrafos que respectivamente digan: a) “El director administrativo de Alicante, don R.P., era conecedor, junto con el resto de trabajadores que se citan en el acta, de los hechos, así se desprende de lo manifestado a la Sra. Inspectora de trabajo: “se pensaba mejor resolver las cosas de forma más amigable, si bien no ha resultado, a la vista está, a priori se pensaba que no era sancionable porque era mejor resolver las cosas hablando. Otras medidas no se nos habían ocurrido como abrir un expediente disciplinario contra A. porque no se sabía si había indicios suficientes dada la posición de sindicalista de A. aunque sí existía constancias de un comportamiento inadecuado.” b) “El codemandado Sr. A. ha venido teniendo comportamientos a lo largo del tiempo expresamente vejatorios y propios de la calificación de acoso en el trabajo, así ha dirigido hacia doña S.C., frases, como “Mira que pelo trae hoy”, “Mira que ropa tiene”, “Mira que culo tiene”, “ésta es una puta”, “mira lo que ha hecho con éste. A ésta me la cargo yo” o “la ha gritado en muchas ocasiones” y “la menosprecia constantemente delante de todo el mundo diciendo que no hace bien su trabajo” de la misma forma le ha vejado en su trabajo, comportamiento especialmente grave, viniendo de un representante de los trabajadores” c) Tras el recurso formulado por la ONCE, y una vez efectuadas alegaciones, la Sanción que siguió siendo calificada como muy grave fue rebajada a su grado mínimo, destacándose para el mantenimiento de la sanción como muy grave su antecedente VIII, que expresamente dice: 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. Al igual que se destaca y se declara probado su fundamento de derecho V, en cuanto manifiesta: Las alegaciones efectuadas por la empresa, consistentes básicamente en la ausencia de tipicidad, negando la comisión de la infracción, en la consideración positiva sobre la profesionalidad de la trabajadora y en el conocimiento puntual sólo de algunos hechos

relativos al acoso que se considera producido, no desvirtúan la realidad de una conducta negligente de la empresa, aunque no haya existido una acción directa de mobbing contra la trabajadora tal como se expresa con carácter contundente en el informe de la Inspección al manifestar que “la ONCE aún 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”. Es evidente que la empresa pudo haber llevado a cabo una investigación más exhaustiva de los episodios sufridos por la afectada y protagonizados por el Sr. A. y haber iniciado el protocolo de acoso laboral, ante las manifestaciones que la Sra. C., relató a los directivos de la ONCE, para averiguar el alcance y consecuencias que las actuaciones y acciones del Sr. A. estaban produciendo en la salud de la Sra. C., valorando de hecho esta práctica.” B) Se añade al hecho probado décimo el particular siguiente: “La demandante que ha tenido la siguiente historia clínica que a continuación se relaciona viene teniendo cuadros de ansiedad, cefaleas, irritabilidad, estrés, desde el reconocimiento de 23 de junio de 2000; 22 de octubre de 2003, 21 de octubre de 2004, 20 de enero de 2005 así como los puestos de manifiesto en los informes que se recogen en el hecho probado siguiente, siendo todos esos cuadros compatibles y explicables, con los hechos antes declarados probados, siendo en concreto las intervenciones clínicas más relevantes, las recogidas en el Informe de fecha 28 de abril de 2008, de doña M.D.C.O. especialista en Medicina en el Trabajo de la Dirección Administrativa de la ONCE que recoge los siguientes extremos: “ –En el reconocimiento médico realizado el día 23 de junio de 2000 por la Dra. Dña. M.M.D.G. en la anamnesis refiere: Ansiedad, estrés, dificultades para respirar. –En el reconocimiento médico realizado el día 22 de octubre de 2003 por la Dra. Dña. M.M.D.G., la trabajadora manifiesta nerviosismo, ansiedad, irritabilidad, insomnio, pesadillas, sueño agitado. –En el reconocimiento médico realizado el día 21 de octubre de 2004 por la Dra. Dña. M.M.D.G., la trabajadora manifiesta: cefaleas, ansiedad. –En el reconocimiento médico realizado el día 20 de enero de 2005 por la Dra. Dña. M.M.D.G., la trabajadora manifiesta estrés en el trabajo, ansiedad, dificultades de concentración e insomnio. En su Historia Médico-Laboral consta lo siguiente: “Un proceso de IT por S. Ansioso-depresivo desde el 10/11/2003 hasta el 15/01/2004. Una consulta realizada el día 17/04/2008 a la Dra. Dña. M.M.D.G. especialista en Medicina del Trabajo de la D. Administrativa de la ONCE en donde consta “estrés laboral, ansiedad e insomnio”.

2. Ninguna de las revisiones fácticas propuestas debe prosperar. La primera porque se basa en la actuación de la Inspección de Trabajo, y es muy reiterada la doctrina jurisprudencial (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 10 julio 1995 acerca de la ineficacia revisoria de las actas de la Inspección de Trabajo. La segunda porque se fundamenta en la argumentación que efectúa a partir de los informes médicos que señala, y no es menos reiterada la doctrina jurisprudencial (así por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003) que puntualiza que la revisión que se postule debe resultar de los solos documentos invocados sin necesidad de verificar hipótesis, conjeturas o razonamientos más o menos lógicos; además de que los documentos o pericias invocados no deben estar contradichos con otros elementos probatorios (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 9 diciembre 1992), como los tenidos en cuenta por la juzgadora de instancia reseñados en el hecho probado primero y en el fundamento jurídico tercero de la resolución impugnada.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, denunciando vulneración del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, así como de los artículos 4, 19 y 20 del mismo texto legal, 14 y siguientes de la “Ley de Prevención y Riesgos Laborales” y 40.2 de la Constitución. Invoca también las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007 y 8 de octubre de 2001, parte de las cuales transcribe, sobre el incumplimiento del deber de vigilancia del empresario y en general del deber de protección del empresario; también invoca una sentencia de la Sala de lo Social de Cataluña “en cuanto a la carga de la prueba y su inversión”. A continuación dice dar por reproducidas las alegaciones jurídicas que se realizaron “en lo fundamentos jurídicos de la demanda y su aplicación a los hechos relatados en la misma y declarados probados conforme a lo dicho más arriba”, y destaca que la propia ONCE fue sancionada por infracción muy grave y procedió al despido del codemandado Sr. A. extendiéndose en una crítica de la valoración de los hechos realizada por la sentencia de instancia, remitiéndose en cuanto a los daños irrogados a la demandante al informe pericial practicado a su instancia.

2. Ante todo debemos destacar que la cita como infringidos de los artículos de las textos legales invocados en el motivo, así como de la jurisprudencia que relaciona carece de total justificación, infringiendo por ende el tenor del artículo 194.2 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2006, acerca de que no basta la cita de preceptos jurídicos sino que es necesario que se desarrolle, adecuada y suficientemente, la fundamentación de la infracción jurídica que se atribuye a la sentencia impugnada. Por otra parte, tampoco se ajusta a los requisitos del recurso de suplicación, que es de carácter extraordinario (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 71/2002, de 8 de abril) la remisión a la fundamentación jurídica de la demanda, como si estuviéramos en una segunda instancia, al igual que la referencia a lo que a su juicio resulta de lo actuado y de lo que hubiera debido valorar la resolución impugnada, que solo por la vía del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, podría tenerse en cuenta y tan solo con fundamento en documentos o pericias, y como ya dijimos en el fundamento jurídico anterior la revisión fáctica propugnada en el primer motivo de recurso no podía prosperar. Todo ello se pone de manifiesto con diversas matizaciones en el escrito de impugnación del recurso presentado en nombre de la ONCE.

3. A mayor abundamiento, de los datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica de la sentencia de instancia resulta que era manifiesta la conflictividad laboral entre la actora y la persona física codemandada Sr. A., derivada del desempeño de sus funciones, pues la actora realizaba la inspección o control de lo que hacían los vendedores, mientras que el Sr. A. como representante sindical, defendía y representaba a los mismos, que la primera vez que la actora denuncia una situación de acoso en el trabajo ante el servicio de salud laboral de la ONCE, lo fue el 24.04.08, nunca antes ni en los reconocimientos médicos que le fueron practicados, ni en procesos de baja, siempre por contingencias comunes, se describe por la actora una situación de acoso laboral, ni mucho menos se imputa la misma al Sr. A., que aunque la actuación inspectora finalizó con Acta de Infracción, de la lectura de la misma y testimonios allí recogidos se observa que no todos eran concluyentes en el mismo sentido, salvo en lo atinente a la mala relación entre los dos trabajadores, atribuida en muchos de esos testimonios a los diferentes caracteres y los distintos fines y formas de proceder que

tenían cada uno de ellos, con lo que nos hallamos lejos de esa conducta no deseada que atenta contra la dignidad de una persona y crea “un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo”, tal como para el acoso, comprendido en el respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad del trabajador, se proclama como derecho de los trabajadores en la relación de trabajo por el artículo 4.2.c) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y se define en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo al tratar del acoso sexual y por razón de sexo, y que como ya adelantábamos en sentencia de esta Sala de 17-09-2003 (número 3367/2003), “...la conducta constitutiva de acoso tiene que ser sistemática y producirse sobre un periodo de tiempo prolongado, de manera que llegue a ocasionar una perturbación grave en el trabajador. Sin que el concepto de acoso pueda ser objeto de una interpretación amplia y sin que pueda ser confundido con una situación de conflicto en las relaciones entre empresario y trabajador”, en definitiva no se ha acreditado la existencia de indicio alguno de acoso moral de acuerdo con lo antes indicado, compartiendo la Sala los razonamientos de la sentencia de instancia acerca de que “la mala relación entre los dos trabajadores, atribuida en muchos de esos testimonios a los diferentes caracteres y los distintos fines y formas de proceder que tenían cada uno de ellos, pero ello no significa que hubiera una situación de acoso laboral. Debe además destacarse que los informes médicos aportados por la actora, donde se concluye el acoso laboral, son de parte, al margen del servicio médico de la ONCE, y en cualquier caso elaborados sobre exámenes y consultas realizadas a partir de 2008, y 2009, por lo que difícilmente pueden entrar a valorar la situación de la actora en años precedentes. Y en relación con ello tampoco puede estimarse que la empresa haya incurrido en un comportamiento negligente o de dejar hacer a la hora de proteger o tutelar derechos fundamentales de la actora, que justifiquen la extinción contractual solicitada al amparo del artículo 50 1c) del ET...”. Consecuentemente tampoco apreciamos que la empresa haya incurrido en un incumplimiento grave de sus obligaciones, y por ende la sentencia de instancia no ha incurrido en ninguna de las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso. Sin costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a S.C.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cinco de Alicante el día 30 de marzo de 2011 en proceso sobre extinción de contrato y reclamación de cantidad por daños y perjuicios seguido a su instancia contra ONCE y D. J.A.A.C., habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, y confirmamos la aludida sentencia. Sin costas.

Sentencia núm. 4, de 10 de enero de 2012.

Materia: Prestación por maternidad. Trabajadora afiliada al RETA. Solicitud de prestación por maternidad. Baja de oficio: regularización de la prestación. La actora, en el momento del hecho causante de la prestación, no se encuentra dada de alta en el sistema de la Seguridad Social.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a recibir la prestación por maternidad solicitada en la instancia. La regularización de las cuotas permite el acceso a la prestación.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Impedimentos para el acceso a la prestación. La actora no solo incurre en un defecto en la regularización de las cuotas (que podría haber sido subsanado), sino que además no estaba dada de alta en ningún régimen de la Seguridad Social en el momento del hecho causante. No procede la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Al amparo de lo establecido en el art. 191. C LPL alega la parte recurrente infracción de la DA 11 bis LGSS en relación con el art. 124.1, DA 39 y DA 9 del mismo texto legal. Refiere también infracción del art. 35.1.1 del RD 84/1996. Argumenta al respecto que en el presente caso la razón de la denegación de la prestación no fue exclusivamente la falta de cotización en el momento del hecho causante, sino la falta de alta o asimilada al alta, por lo que incurrió en error la juzgadora de instancia cuando aplicó la doctrina judicial de la falta de invitación al pago como elemento que sirve para subsanar el hecho de que la trabajadora no estuviera al corriente en el abono de las cotizaciones en el momento del hecho causante (por todas, STS de 22 de Septiembre de 2009). Y el motivo merece favorable acogida porque, efectivamente, en el momento en que se produjo el hecho causante por nacimiento de la hija (2 de Agosto de 2009) la trabajadora no se encontraba dada de alta en la Seguridad Social. Tal y como consta en el relato de hechos probados la Tesorería General de la Seguridad Social tramitó una baja de oficio con relación a la trabajadora con fecha 31 de Agosto de 2008. Transcurrido más de un año desde esta situación de falta de inclusión en el sistema de Seguridad Social, y después de haber nacido su hija, la trabajadora procedió a darse de nuevo de alta el 6 de Noviembre de 2009, pero con efectos retroactivos, desde el 1 de Septiembre de 2008, abonando las cuotas correspondientes al espacio temporal a la que pretendía retrotraerse el alta. Si en el momento en que se produjo el hecho causante la trabajadora hubiera estado dada de alta o en situación asimilada al alta sí que procedería analizar la situación concreta de si estaba o no al corriente en el abono de las cotizaciones. De no ser así debería analizarse si existió o no invitación al pago. Pero en el presente caso concurre un impedimento mayor para el acceso a la prestación de maternidad porque en el momento del

nacimiento de la hija (hecho causante de la prestación) la solicitante no constaba como trabajadora autónoma en el sistema de Seguridad Social puesto que hacía un año que había sido dada de baja. La supuesta regularización que se produce en Noviembre de 2009, tres meses después del nacimiento de la hija, hubiera podido servir como regularización en el abono de las cuotas si éste hubiera sido el único defecto, pero no puede subsanar el defecto claro, objetivo y rotundo de falta de inclusión en el sistema por medio del alta, que no concurría en el momento del hecho causante. Debe tenerse en cuenta que, en el régimen de autónomos, este tipo de regularizaciones del alta con efecto retroactivo vendría a legitimar la compra de prestaciones. Procede por ello la estimación del recurso.

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 5 de los de Alicante y su provincia, de fecha 15 de Febrero de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de Dña. C.P.J.; y, en consecuencia, revocamos la resolución impugnada y absolvemos al Instituto Nacional de la Seguridad Social de las pretensiones formuladas por la actora en su demanda.

Sentencia núm. 28, de 10 de enero de 2012.

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de empresa con pluralidad de actividades. Ampliación a los trabajadores del convenio colectivo de la empresa en lugar de aplicación del convenio provincial que les aplica la empresa. Disparidad en los convenios a aplicar.

Juzgado: Estima la demanda, declarando la ampliación del convenio colectivo de empresa a los trabajadores de la empresa.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó la pretensión del Comité de Empresa de la demandada y declaró la aplicabilidad a los trabajadores afectados por el conflicto de las disposiciones del Convenio Colectivo de C.C. se alza en suplicación la representación letrada de la demandada, que en primer término plantea, a través de tres motivos amparados en el artículo 191 “b” de la LPL, la revisión de los hechos probados que recoge la resolución recurrida, en concreto la adición de uno nuevo, numerado como primero bis, que exponga que la compañía demandada cuenta con diferentes centros de trabajo en todo el ámbito nacional, en particular cuatro en la Comunidad Valenciana; a continuación se propone un nuevo segundo apartado, que se situaría en segundo lugar en el relato fáctico, expresivo de que la mayor parte de los servicios prestados por la demandada no incluyen actividades que precisen de atención telefónica de ningún tipo, y finalmente un tercer hecho probado igualmente de nuevo cuño que recoja que el Convenio Colectivo de C.C. expiró el 31 de diciembre de 2009, habiendo sido denunciado y estando pendiente de negociarse uno nuevo.

Pero dichas modificaciones no pueden ser acogidas, la primera y la última por ser intrascendentes a la suerte del recurso, y la segunda de las citadas porque ciertamente lo pretendido se funda en la prueba testifical, inhábil en suplicación, en tanto lo que se califica como documento es un informe de parte ratificado en el acto de juicio por su autora, sin perjuicio igualmente de su carencia de repercusión a las resultas del pleito.

SEGUNDO.- Por lo que se refiere al apartado destinado al examen del derecho, en primer lugar se censura a la sentencia la infracción del artículo 218 de la LEC y del 24.1 de la CE, señalando que, como quiera que el convenio pretendido se encuentra en situación de ultractividad, al haber finalizado su vigencia al final de 2009 y encontrarse en fase de negociación, los actores carecen de acción. Pero que se está cuestionando en el motivo en realidad es que el juzgador de instancia omitió pronunciarse sobre la alegación antes citada, esto es, si por el mero hecho de que un convenio ha dejado de tener vigencia temporal y se esté negociando uno nuevo no exista ya la posibilidad de que se emprendan acciones legales como la aquí suscitada, que es lo que se pidió en el

acto de juicio. Pero el motivo debe decaer, pues es doctrina reiterada que no puede tildarse a una resolución de incongruente por la circunstancia de que no responda exhaustivamente a todas y cada una de las alegaciones vertidas por las partes en el proceso, y en el caso que nos ocupa, la respuesta dada globalmente en la sentencia guarda congruencia con lo solicitado y debatido en aquél, y en referencia a lo señalado en el motivo, la norma que se hallaba en vigor al tiempo de plantearse la demanda, el artículo 86.3 del ET, implicaba que cuando un convenio dejaba de tener vigencia temporal y se estaba negociando uno nuevo, solo perdían vigencia las cláusulas normativas, en concreto el llamado deber de paz, subsistiendo las denominadas cláusulas obligacionales, de ahí que lo planteado en el motivo no tiene apoyo legal alguno.

TERCERO.- Continúa el recurso con un nuevo motivo, el quinto, donde se censura a la sentencia la infracción del artículo 2 del Convenio Colectivo de C.C., en este caso por aplicación indebida, así como la errónea interpretación del artículo 3 del Convenio Provincial de Oficinas y Despachos, en relación con el artículo 37.1 de la CE, y los artículos 82.3, 83.1 y 85 del ET y 3 y 1281 del Código Civil.

Se argumenta en síntesis que la actividad de los trabajadores que prestan servicios en el centro de trabajo de la calle T. no se integra en la actividad de telemarketing, sino en la resolución y reparación de averías, tal y como figura en los contratos de prestación de servicios recogidos en autos, de ahí sea el convenio de oficinas y despachos el que deba ser aplicable en razón a las funciones desenvueltas por dicha compañía.

Pero tampoco este motivo debe merecer favorable acogida. En efecto, y sin perjuicio de señalar que el convenio de oficinas y despachos es en ocasiones una especie de cajón de sastre al que se recurre multitud de veces cuando no es sencilla la adscripción de una actividad empresarial a un convenio determinado, precisamente por la multiplicidad de su objeto social, en el caso que nos ocupa debe partirse de lo que se recoge en los inalterados hechos probados, tanto en lo relativo a la pluralidad de actividades de la mercantil recurrente como con las concretamente desenvueltas por los trabajadores a los que afecta el conflicto colectivo, y que encajan en las prescripciones del artículo 2 del Convenio de C.C., que aquí se da por reproducido, donde se describe el ámbito funcional del citado convenio, pues como razonó el juzgador de instancia las funciones de los trabajadores afectados no es la simple resolución y reparación de averías, dado que las descritas en el relato histórico de la sentencia tienen mayor calado y encajan mejor en la definición ya aludida del precepto paccionado acabado de referir.

CUARTO.- El último motivo del recurso, también apoyado en el artículo 191 “c” de la LPL, denuncia de nuevo la infracción del artículo 3 del Convenio de oficinas y despachos para la Provincia de Valencia, en relación con el artículo 2 del Convenio de C.C. y los artículos 82, 83 y 85 del ET.

Lo que se argumenta en este caso es que debe primar el llamado principio de unidad de empresa para la identificación del convenio aplicable a una compañía, que como sucede en este supuesto, se dedica a actividades diferentes, y no el de especialidad que es el que a la postre acepta la sentencia recurrida. Para decidir esta cuestión, no siempre sencilla, debe tenerse en cuenta el dato de que todos los 270 trabajadores que desenvuelven los servicios controvertidos lo hacen en el mismo centro de trabajo, el radicado en la calle T. de la ciudad de Valencia y donde no consta se verifiquen otras

actividades que no sean las descritas en los hechos probados de la sentencia. A partir de esta circunstancia, que denota una actividad unitaria con organización diferente a los otros centros de trabajo de la empresa, pues en él se prestan en concreto los servicios que se concertaron por la recurrente con la empresa ONO, es por lo que la Sala se inclina por compartir el criterio adoptado en la instancia de que a los demandantes se les debe aplicar las prescripciones del convenio pretendido de C.C. y no las del Convenio de Oficinas y Despachos que les aplica la empresa, de ahí que no se considere que la decisión recurrida conculque las normas invocadas en el motivo.

Corolario de lo expuesto será la desestimación del recuso y la confirmación de la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de X. SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**, en virtud de demanda formulada a instancia de COMITÉ DE EMPRESA DE X. S.L., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 49, de 10 de enero de 2012.

Materia: Sanción: Impugnación. Trabajador al servicio de empresa ferroviaria que presta sus servicios como maquinista. El trabajador es sancionado con suspensión de empleo y sueldo, sin que se haya dado traslado para audiencia al sindicato accionante al que pertenece el trabajador. Defecto de citación de la empresa demandada. Citación nula. Nulidad de actuaciones.

Juzgado: Estima la demanda anulando la sanción impuesta al trabajador demandante, dejándola sin efecto.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de las actuaciones del proceso a partir del momento anterior a la celebración del juicio, para que se subsane el defecto de citación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Quince de los de Valencia que estima la demanda sobre impugnación de sanción por falta grave interpone recurso de suplicación la representación letrada de R.O. que ha sido impugnado de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El indicado recurso se articula en tres motivos, todos ellos al amparo del apartado a del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y que se examinarán conjuntamente por cuanto que en todos ellos se solicita la nulidad de las actuaciones y su reposición al momento anterior a la notificación de la cédula de citación de juicio a la demandada por no haberse citado en legal forma a la misma para los actos de conciliación y juicio, lo que impidió que la misma acudiera a los indicados actos, con la consiguiente indefensión. En los indicados motivos se denuncia la infracción de los artículos 53.1 en relación con el art. 56.3, ambos de la LPL, al no haberse hecho constar en el acuse de recibo la relación del receptor con el destinatario y ser ilegible el nombre del mismo, la vulneración del art. 53.1 en relación con el art. 82.2, ambos de la LPL, por haberse practicado la citación de la demandada por correo certificado dirigido y entregado en la calle Xàtiva nº 24 de Valencia que es un domicilio distinto al señalado por la indicada parte que es el del despacho profesional de la Letrada que asiste a la demandada, sito en Gran Vía Germanías 31-B-1º-1ª de Valencia y que es en el que se han efectuado el resto de notificaciones; por último alega la infracción de los artículos 53.1 y 3 de la LPL porque el domicilio en donde se entregó la citación por correo certificado se corresponde con las instalaciones administradas por ADIF, debiendo, en su caso, haberse notificado la citación en el domicilio del centro de trabajo del trabajador en cuyo interés se interpone la demanda que está sito en la calle Bailén, nº 7 de Valencia.

El art. 56 de la LPL que estaba vigente cuando se llevó a cabo la citación de la demandada admite perfectamente que las citaciones, notificaciones y emplazamientos se realicen por medio de «correo certificado con acuse de recibo dando fe el Secretario en los Autos del contenido del sobre remitido, y uniéndose a ellos el acuse de recibo». Así mismo, el art. 271 de la Ley Orgánica del Poder Judicial reconoce la vigencia y efectividad de estos actos de comunicación «por medio técnico que permita la constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma según determinen las leyes procesales». Es incuestionable, pues, la plena licitud y constitucionalidad de las citaciones y demás actos de comunicación procesal efectuados mediante correo certificado, pero también es obvio que para la validez y eficacia de esta clase de actos es de todo punto necesario que quede en los Autos «constancia de su práctica y de las circunstancias esenciales de la misma».

Por su parte, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 110/1989, de 12 de junio, ha declarado que el requisito de la constancia de las circunstancias personales de quien recibió la notificación y su relación de parentesco o vecindad con el interesado «no puede eludirse por el hecho de realizarse la notificación por correo certificado con acuse de recibo».

Entre los numerosos requisitos que para la validez de las citaciones, notificaciones y emplazamientos establece el art. 56 de la LPL, destaca que cuando la entrega no se haga al propio interesado, se tiene que consignar el nombre del receptor, su documento de identificación, su domicilio y su relación con el destinatario. En el presente proceso la demandada recurrente no compareció al acto del juicio, por lo que no tuvo intervención alguna en el mismo, habiendo declarado la Sentencia recurrida la nulidad de la sanción impuesta al trabajador en cuyo interés se interpone la demanda y condenado a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a dejar sin efecto la indicada sanción con devolución al referido trabajador del salario dejado de percibir en importe de 260 euros. El citado acto de juicio se celebró el 18 de octubre de 2010 y la citación al mismo de la demandada se llevó a cabo mediante correo certificado, cuyo acuse de recibo es el que obra al folio 19 de estos Autos, apareciendo en ese acuse la fecha del 1 de diciembre de 2009 como la de entrega del envío. Pero esta citación no cumple, mínimamente, los requisitos que, según se acaba de exponer, han de respetar los actos de comunicación procesal efectuados por correo, pues no son legibles los apellidos del receptor del envío ni consta tampoco la relación que tiene el mismo con la demandada, no apareciendo tampoco ningún sello de la misma en dicho acuse de recibo. Es evidente, pues, el incumplimiento de esos requisitos elementales de garantía, en orden a la efectividad de los fines esenciales que toda citación persigue, y por tanto se ha de reputar radicalmente nula e ineficaz la citación referida que además es la única que se ha efectuado en el domicilio sito en la calle Xátiva nº 24 de Valencia ya que el resto de las notificaciones realizadas por correo certificado se han dirigido al despacho profesional de la Abogada de R. O. sito en Gran Vía Germanías nº 31-B-1º-1ª de Valencia que fue además el que se indicó que se tuviera por designado a efectos de realizar las notificaciones, citaciones y demás actos de comunicación a R. O. en el escrito presentado en julio de 2006 por su representación letrada ante el Juzgado de lo Social núm. Quince de los de Valencia.

Se advierte, por lo tanto, la existencia de un procedimiento seguido inaudita parte del que derivó un perjuicio efectivo para los legítimos intereses de la recurrente, que no pudo hacer valer sus posiciones frente a la pretensión ejercitada por el

demandante, sin que exista dato alguno del que inferir que la misma tuviera conocimiento de las actuaciones antes de la notificación de la sentencia, por lo que de acuerdo con lo instado por la recurrente y para remediar con total efectividad la lesión producida, declaramos la nulidad de las actuaciones del presente proceso a partir del momento inmediatamente anterior a la celebración del acto de juicio, a fin de que se subsane el defecto de citación, siguiendo luego los autos su curso normal.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de R. O., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Quince de los de Valencia y su provincia, de fecha 18 de octubre de 2010, en virtud de demanda presentada a instancia del sindicato X. en interés de su afiliado D. R.R.S., en consecuencia, declaramos la nulidad de las actuaciones del presente proceso a partir del momento inmediatamente anterior a la celebración del acto de juicio, a fin de que se subsane el defecto de citación de la empresa demandada, siguiendo luego los autos su curso normal.

Sentencia núm. 61, de 11 de enero de 2012

Materia: **Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora con contrato por tiempo indefinido que presta servicios en empresa que es absorbida por otra, con modificación de tiempo y horario de trabajo.**

Juzgado: **Estima la demanda declarando que la medida llevada a cabo por la empresa demandada es nula, declarando que la trabajadora sea repuesta en las condiciones afectadas antes de la modificación.**

Sala: **Estima el recurso de la empresa recurrente. La subrogación de la trabajadora afectada por la nueva adjudicataria es correcta ya que la misma lo es respecto del servicio adjudicado por el cliente, de manera que si la actora realizaba una superior jornada de trabajo para la anterior adjudicataria, será esta la que debió seguir asumiendo el resto de jornada que exceda de la adjudicada por el cliente a la nueva empresa adjudicataria.**

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 G.L. SL, frente a la sentencia que estimando la demanda presentada por M^a C.C.P., declara la medida llevada a cabo por la recurrente nula, condenando a la recurrente a la reposición de la actora “en las condiciones afectadas antes de la modificación (antes del 20 de octubre de 2010), es decir, en su puesto de trabajo de Alicante, C/ Alfonso X El Sabio nº 41, con jornada de 36,25 horas semanales, de lunes a viernes, de 13:45 a 21:00 horas y el salario de 912,72€, con los incrementos correspondientes que sin duda se han producido con arreglo al nuevo convenio y antigüedad de 1 de septiembre de 2005”. El recurso se formula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, en el que se denuncia la infracción del art. 7 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, en relación con el art. 44 del ET. Sostiene el recurrente que la empresa saliente omitió datos, como los contratos de las trabajadoras, por lo que deberá responder de los perjuicios, no habiéndose producido modificación sustancial de las condiciones de trabajo pues la recurrente ha subrogado a la actora en las condiciones que tiene establecidas en la contrata, con cita de STS de 20-1-02, rec. 4749/00, y 20-9-06.

2. El Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Alicante (BOP de 24-3-10), en su art. 7, en lo que aquí interesa, dice, “*Adscripción de personal. 1º. Al término de la concesión de una contrata de limpieza, los trabajadores de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, la que se subrogará en todos los derechos y obligaciones siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: a) Trabajadores en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses.... 2º. Todos los supuestos anteriormente contemplados deberán acreditarse fehacientemente y documentalmente por las empresas salientes a las entrantes en el plazo de diez días*

hábiles, mediante los documentos que se detallan al final de este artículo. El indicado plazo se contará desde el momento en que la empresa entrante comunique fehacientemente a la saliente y a la Asociación Provincial de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Alicante ser la nueva adjudicataria del servicio. De no cumplir este requisito la empresa entrante, automáticamente y sin más formalidades, se subrogará en todo el personal que preste sus servicios en el centro de trabajo. En cualquier caso, el contrato de trabajo entre empresa saliente y los trabajadores sólo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria.... 4º. Si la subrogación de una nueva titular de la contrata implicase que un trabajador realizase su jornada en dos centros de trabajo distintos, afectando a uno de ellos el cambio de titularidad de la contrata, los titulares de las mismas gestionarán el pluriempleo legal del trabajador, así como el disfrute conjunto del periodo vacacional, abonándosele por la empresa saliente la liquidación de partes proporcionales de las pagas correspondientes. Esta liquidación no implicará el finiquito si continúa trabajando para las empresas. 5º. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento por las partes a las que vincula, empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador. No desaparece el carácter vinculante de este artículo en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiese el mismo por un periodo inferior a dos meses; dicho personal, con todos sus derechos, se adscribirá a la nueva empresa.... Documentos a facilitar por la empresa saliente a la entrante.

- Certificado del organismo competente de estar al corriente en el pago de la Seguridad Social.

- Fotocopia de las cuatro últimas nóminas mensuales de los trabajadores/as afectados.

- Fotocopia de los contratos de los trabajadores/as objeto de subrogación, asimismo relación de certificados de retenciones de todos los trabajadores/as.

- Fotocopia de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social de los cuatro últimos meses.

- Relación nominal en la que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada de trabajo, modalidad de su contratación y fecha de disfrute de sus vacaciones....

- Copia de documentos, debidamente diligenciados, por cada trabajador afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna. Esta documentación deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha de inicio del servicio como nueva titular.

Si la omisión de datos a los que se hace referencia en este artículo fuese imputable a la empresa cesante o saliente, ésta tendrá que hacerse cargo de la persona o personas no relacionadas debidamente, o excluidas o no incluidas, y responderá de todos los perjuicios a que hubiere lugar y de los que estará exonerada, en este caso, la empresa entrante.

La empresa saliente facilitará a la empresa entrante la relación de la afiliación por nómina, conjuntamente con todos los documentos a los que se hace referencia en este apartado.

En lo no previsto en el presente artículo, se estará a lo dispuesto en esta materia en el artículo 44 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores...”

3. Esta Sala en Sentencia de 8-6-11, rec.868/11, respecto al artículo 31 del convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Valencia, señalo que, “...el objetivo declarado del artículo 31 del convenio de aplicación es “mantener la estabilidad en el empleo de los trabajadores y evitar en la medida de lo

posible la proliferación de contenciosos”, tal y como se dice en su párrafo primero. A tal fin, una de las medidas que se establece es, precisamente, que en el caso de que una empresa sustituya a otra en la prestación del servicio a un determinado cliente, la nueva adjudicataria se subroga en la posición de la anterior respecto de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata y que cumplan determinadas condiciones. Por tanto, la obligación de subrogación que establece el precepto viene condicionada por dos elementos: a) se impone solo respecto de los trabajadores que presenten servicios en la contrata y que reúnan determinadas condiciones, como la antigüedad; y b) se vincula a una determinada contrata y, en consecuencia, a las condiciones pactadas con la empresa principal o cliente...Esta conclusión se apoya no solo en una interpretación teleológica, sino también en la sistemática (artículo 1285 del Código Civil), como se aprecia del examen del apartado 11 de este artículo 31 del convenio en el que se regulan los supuestos en que el trabajador implicado en la subrogación realiza su jornada en varios centros de trabajo, afectando a uno solo de ellos el cambio de contrata”.

4. En el presente caso, de los hechos declarados probados se desprende que la actora ha venido prestando servicios como limpiadora, en el centro de trabajo Servicio de Prevención, con jornada de 36,25 horas semanales, resultando nueva adjudicataria del servicio de limpieza la recurrente, desde el 20-10-10, razón por la que dirigió escrito a la actora el 19-10-10, indicándole la subrogación producida si bien con jornada de 22 horas semanales dadas las condiciones pactadas por la empresa cliente con el nuevo empresario; constando probado, al hecho probado quinto, la contratación con la recurrente en la que se indican 2 limpiadoras 2 horas al día de lunes a viernes. Por lo que la subrogación efectuada por la recurrente es correcta, ya que la misma lo es respecto del servicio adjudicado por el cliente, de manera que si la actora realizaba una superior jornada de trabajo para la anterior adjudicataria, será esta la que debió seguir asumiendo el resto de jornada que exceda de la adjudicada por el cliente a la nueva empresa adjudicataria, lo que lleva a la estimación del recurso y en consecuencia a la absolución de la empresa recurrente, sin que proceda condena respecto a las codemandadas dado que la acción ejercitada es la de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de G.L. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Alicante, de fecha 11-4-2011, en virtud de demanda presentada a instancia de M^a C.C.P; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a las empresas demandadas de la reclamación deducida frente a las mismas

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. 69, de 12 de enero de 2012

Materia: Despido. Trabajador con contrato indefinido a tiempo parcial que presta sus servicios en empresa dedicada a la venta e instalación material mobiliario. El trabajador es despedido verbalmente junto a sus dos compañeros, sin que la empresa alegue causa legal alguna. El trabajador recibe prestación por desempleo y ha solicitado asistencia jurídica gratuita.

Juzgado: Estima la excepción de caducidad de la acción, desestimando la demanda y absolviendo a la mercantil demandada de las pretensiones formuladas de contrario y que han dado origen a las presentes actuaciones.

Sala: Estima el recurso rechazando la excepción de caducidad, declarando que la acción de despido fue interpuesta dentro del plazo legal. Deben devolverse las actuaciones al juzgado de instancia con el fin de que éste decida sobre la legalidad de la extinción contractual.

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 estimó la excepción de caducidad de la acción de despido. El primer motivo del recurso se redacta al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, interesando, en primer lugar, la revisión del hecho probado cuarto-punto II, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “II. En fecha 12.07.10 el actor solicitó al Ilustre Colegio de Abogados de Elche asistencia jurídica gratuita para que le fueran designados Abogado y Procurador de Oficio, quedando suspendida la acción hasta que recayera resolución definitiva en vía administrativa, reconociendo o denegando el derecho, momento en que se reanuda el plazo...”, con cita del art. 16 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica gratuita.

La revisión no se admite, pues conforme a consolidada doctrina, 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 el recurrente no cita prueba alguna documental que apoye su pretensión, pretendiendo introducir en el relato fáctico una conclusión jurídica.

2. En segundo lugar, solicita el recurrente la revisión del hecho probado cuarto-punto III, proponiendo la siguiente redacción, “III. En fecha 2.09.10 el Ilustre Colegio de Abogados de Elche designó provisionalmente al Letrado D. E.G.P. la defensa del actor en las presentes actuaciones”, basándose en el folio 218, con cita del art. 15 de la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita.

El documento obrante al folio 218, y al folio 7, consiste en comunicación escrita del Colegio de Abogados, de 2-9-2010, participando que, en turno de oficio, le ha correspondido “la defensa provisional”, del actor, cuya dirección y teléfono se indican, por lo que únicamente se admite la revisión con el siguiente texto, “En fecha 2.09.10 el Ilustre Colegio de Abogados de Elche asignó al Letrado D. E.G.P. la defensa provisional del actor en las presentes actuaciones”.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción del art. 16 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita. Sostiene el recurrente que la designación del Colegio de Abogados de 2-9-10, dirigida al letrado y no al solicitante, fue provisional y no definitiva, y se remite por correo ordinario, por lo que dicha fecha no es válida para fijar la reanudación del plazo de caducidad.

2. La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, en su artículo 2 dice, “En los términos y con el alcance previsto en esta ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:...d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social, tanto para la defensa en juicio como para el ejercicio de acciones para la efectividad de los derechos laborales en los procedimientos concursales”.

Y, en su Artículo 16 dice, “La solicitud de reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita no suspenderá el curso del proceso.

No obstante, a fin de evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes, el Juez, de oficio o a petición de éstas, podrá decretar la suspensión hasta que se produzca la decisión sobre el reconocimiento o la denegación del derecho a litigar gratuitamente, o la designación provisional de abogado y procurador si su intervención fuera preceptiva o requerida en interés de la justicia, siempre que la solicitud del derecho se hubiera formulado en los plazos establecidos en las leyes procesales.

Cuando la presentación de la solicitud del reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita se realice antes de iniciar el proceso y la acción pueda resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de prescripción, ésta quedará interrumpida, siempre que dentro de los plazos establecidos en esta ley no sea posible nombrar al solicitante Abogado y de ser preceptivo, Procurador del turno de oficio que ejerciten la acción en nombre del solicitante. Cuando la acción pueda resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de caducidad, ésta quedará suspendida hasta que recaiga resolución definitiva en vía administrativa, reconociendo o denegando el derecho, momento a partir del cual se reanudará el cómputo del plazo.

El cómputo del plazo de prescripción se reanudará desde la notificación al solicitante de la designación provisional de abogado por el Colegio de Abogados o, en su caso, desde la notificación del reconocimiento o denegación del derecho por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y, en todo caso, en el plazo de dos meses desde la presentación de la solicitud.

En el supuesto de que esta petición hubiere sido denegada, fuere claramente abusiva y únicamente esté preordenada a dilatar los plazos, el órgano judicial que conozca de la causa podrá computar los plazos en los estrictos términos legalmente previstos, con todas las consecuencias que de ello se derive”.

3. En el presente caso, consta probado que el actor fue despedido el 15-6-10 y el 21-6-10 se presentó papeleta ante el SMAC (transcurriendo entre ambas fechas 3 días hábiles); el 8-7-10 tuvo lugar el acto de conciliación, y el 12-7-10 el actor solicitó al Colegio de Abogados de Elche asistencia jurídica gratuita para que le fueran designados Abogado y Procurador de Oficio (entre ambas fechas transcurrió 1 día hábil); el 2-9-10 el Colegio de Abogados de Elche asignó al Letrado D. E.G.P. la defensa provisional del actor en las presentes actuaciones, y el 7-10-10, se presentó la demanda ante el Decanato de los Juzgados (entre ambas fechas transcurrieron 21 días hábiles). Pues bien, no constando la fecha de notificación al letrado de su designación, el recurso deberá ser estimado, pues el 2-9-10 no puede entenderse como el día a partir del que se reanuda el cómputo del plazo de caducidad, lo que conlleva la desestimación de la excepción de caducidad de la acción estimada de oficio por la Juzgadora.

4. Las razones expuestas nos conducen a estimar el recurso y a devolver las actuaciones al Juzgado de instancia, a fin de que se pronuncie sobre la legalidad de la extinción contractual frente a la que se acciona, sin que esta Sala pueda resolver esta cuestión en este momento procesal, pues no existe un pronunciamiento previo de la sentencia de instancia sobre ella, ni tampoco se hace ninguna referencia a esta cuestión en el escrito de interposición del recurso que se limita a combatir el pronunciamiento sobre la caducidad de la acción.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de J.V.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche de fecha 30-12-2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra T.W.W.S.L; y revocando la sentencia recurrida, declaramos que la acción por despido fue interpuesta dentro del plazo legal, rechazando la excepción de caducidad y ordenando la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para que se resuelvan las restantes cuestiones planteadas. Sin costas.

Sentencia núm. 83, de 17 de enero de 2012

Materia: Alta Médica: Impugnación. Trabajadora afiliada al RETA. La actora agota percepción de subsidio por IT y es dada de alta. Cursa nueva baja por IT por contingencias comunes (dentro de los seis meses posteriores al alta), si bien el INSS resuelve que la actora no se encontraba incapacitada para el trabajo, por lo que procedía considerar la baja emitida como nula. Impugnación del alta.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra. No procede impugnar el alta médica.

Sala: Estima el recurso declarando que la resolución del INSS no se encuentra ajustada a derecho, ya que las nuevas dolencias que padece la actora no son de la misma índole. Se trata de patologías diferentes, sin que exista nexo causal entre ellas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por D.A.S. la sentencia dictada el día 13-4-2.011 por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Valencia que resultó desestimatoria de la demanda que ella interpuso frente al INSS y la MUTUA X. en la que solicitaba se dejase sin efecto la resolución del INSS que anulaba el proceso de baja médica iniciado por la actora en fecha 17-9-2.009. El recurso, que se ha impugnado por parte de la Mutua demandada se encuentra articulado en un único motivo que se destina a la censura jurídica de la sentencia recurrida y en el que con invocación del art. 460 de la L.E.C se aporta documental.

2. Con carácter previo al análisis del motivo del recurso, la Sala debe señalar, que no resulta de aplicación en orden a la aportación de documentos que no lo fueron en la instancia en trámite del recurso de suplicación el invocado art. 460 de la LEC, y ello por existir en la ya derogada LPL por la que se ah tramitado el presente recurso un precepto destinado a regular tal circunstancia cual es el art. 231 de la LPL que a su vez se remite al art. 270 de la LEC. Y con arreglo a dicho precepto, no obstante ser el documento que se pretende aportar (informe médico de 6-5-2.011) de fecha posterior a la celebración de la vista, momento en el que en el proceso social deben aportarse las pruebas documentales, lo cierto es que dicho informe, dados los datos que se contienen – todos ellos relativos a circunstancias anteriores a dicho momento. bien pudo confeccionarse con anterioridad al mismo, por lo que no procede ser valorado.

3. Dicho lo anterior se ha de señalar que el consentido relato histórico de la sentencia instancia se expone que la actora, afiliada al RETA, siendo su profesión la de gerente de una empresa de piscinas y riego que tiene concertadas las contingencias comunes con la Mutua X. inició el 16-9-2.008 un proceso de IT por contingencias comunes con el

diagnóstico de ciática, resolviéndose por resolución del INSS de fecha 27-7-2.009 que, evaluado dicho proceso, habiéndose agotado la duración máxima de 12 meses de percepción del subsidio, procedía la emisión de alta médica fecha 3-8-2.009, pudiendo la actora mostrar su disconformidad con la misma ante la Inspección médica en el plazo de 4 días haciendo constar que el INSS es el único competente para emitir una nueva alta médica por incapacidad temporal si se procede en el plazo de seis meses por la misma o similar patología, resolución esta emitida previo dictamen propuesta del EVI de 27-7-2.009 donde constaba un cuadro clínico de escoliosis, dorsolumbargia, osteopenia, fibromialgia en estudio, sin que se objetiven lesiones orgánicas ni funcionales significativas para la incorporación laboral, constando en el informe médico de evaluación de la incapacidad temporal de fecha 24-7-2.009 que “inicia IT al quedarse enganchada por lumbalgia aguda. El 28 de octubre de 2.008 se encontró mal siendo diagnosticada de dudoso AIT verterobasilar. Último informe de Neurólogo 12-3-2.009, normalidad de todas las exploraciones neurológicas. Ansiedad. Pluripatología osteomuscular. Ella refiere que está pendiente de EEG. Sigue de baja por dolores musculares generalizados y en cadera derecha. Informe de COT de 13-2.-09: lumbociática derecha desde hace tres años. Ansiedad. Espondiloartrosis y discreta escoliosis. Cadera derecha con esclerosis acetabular. Discopatía moderada L2-L3 y L4-L5. Asintomática. Tto conservador. El tratamiento a dicha fecha es trankimazin, adiro, actonel semanal, ideos, magnesio”; la actora el día 17-9-2.009 inicia un nuevo proceso de IT por contingencias comunes, emitiéndose parte de baja por los servicios públicos de salud con el diagnóstico de trastorno de ansiedad no especificado; el día 22-10-2.009 el INSS resolvió que, al haberse producido una nueva baja médica en los seis meses siguientes la actora no encontraba incapacitada para el trabajo por lo que procedía considerar a baja médica emitida por el servicio público de salud como nula de pleno derecho, reiterándose en escrito de fecha 2-12-2.009 que según el art. 128.1 de la LGSS al haberse producido nueva baja médica el 17-9-2.009 en los seis meses siguientes a la citada alta, la actora no se encontraba incapacitada para el trabajo por lo que procedía considerar la baja emitida por el Servicio Público de Salud como nula, formulándose reclamación previa por la actora el día 22-12.009 se desestimó por resolución de fecha 19-1-2.010 fundamentando tal denegación en no haber transcurrido 6 meses desde la resolución del INSS del alta, siendo las dolencias que determinaron la baja las mismas y similares a las que determinaron el proceso patológico anterior, encontrándose capacitado para trabajar, razón por la que no procede desde el INSS emitir una nueva baja por igual o similar patología, ni es procedente que el Servicio público de salud emita una nueva baja que carecería de eficacia; en el informe médico evaluación de IT de fecha 22-10-2.009 consta en el apartado diagnóstico:”escoliosis, dorsolumbargia, osteopenia, fibromialgia en estudio, dudoso AIT verterobasilar, ansiedad, t depresivo ansioso”, reconociéndose en los datos del reconocimiento médico: “informe de reumatología del CE Moteolivete: diagnóstico: hipermovilidad articular benigno, lumbociática crónica bilateral, s subcromial izquierdo. Trastorno ansioso depresivo. Informe de psiquiatría USM (16/9/09): cuadro ansioso depresivo en relación a una serie de factores estresantes en el campo de su salud física y de problemas de la vida”.

4. A la vista de los datos expuestos la sentencia de instancia estimó que anulación del proceso de baja iniciado el 17-9-2.009 llevado a cabo por el INSS resultaba ajustado a derecho, pues era el INSS y no el servicio público de salud el único competente para emitir una nueva baja por recaída en los seis meses siguientes al alta emitida, ya que consideró el proceso de baja anulado se debía a la misma o similar patología que el iniciado en primer lugar, ya que la patología que dio lugar a la segunda

baja – el trastorno de ansiedad-, ya aparecía descrita en informes médicos emitidos en el curso de la primera en que se hace referencia a la existencia de ansiedad. En el motivo la recurrente considera que se ha infringido lo dispuesto en el art. 131. bis .1, 2º de la LGSS en relación con el art. 128.1 a) de la misma porque considera que el INSS no era el único competente para emitir la nueva baja tras el alta inicialmente emitida, ya que la nueva baja no es de la misma o similar patología aquella que motivó el inicial reconocimiento de IT pues no se hallaba la misma incluida en el diagnóstico que determinó dicha situación invalidante temporal, no siendo posible acudir a criterios de determinación de la incapacidad permanente para trasladarlos a la de la temporal, no existiendo nexo causal entre ellas, alegando, para el caso de que se estimase que sí nos encontrásemos ante una recaída, que en todo caso existe un empeoramiento del cuadro que presentaba la actora a la fecha del alta que determina su incapacidad temporal para el trabajo.

5. Siendo, pues, la principal cuestión a resolver si el proceso de baja iniciado por reconocimiento de los Servicios públicos de la Salud una recaída o no del proceso de IT anterior, esto es, si nos encontramos o no ante una patología idéntica o similar en los términos del art. 131. bis de la LGSS, se ha de señalar que la doctrina a la luz de la cual debe ser examinado dicha cuestión es la expuesta la STS de 27-6-2.011 (rcud 3666-2.010) de la forma siguiente:

“La cuestión planteada consiste en interpretar el artículo 131-bis-1, párrafo segundo, de la L.G.S.S. y, más concretamente, que debe entenderse por "la misma o similar patología" a efectos de causar derecho a nueva prestación de incapacidad temporal cuando la nueva baja laboral se produce antes de los seis meses del alta anterior por agotamiento el periodo máximo de duración sin declaración de incapacidad permanente. La sentencia recurrida ha estimado que el concepto "la misma o similar patología" incluye no sólo la patología que causó la baja anterior, sino también aquellas otras enfermedades que, aunque no fueron la causa inicial del anterior proceso, ya existían durante el mismo y era preexistente al alta médica que puso fin al mismo y las valoró. Esta doctrina no se ajusta a la sentada por esta Sala que ha unificado ya la controversia en sus sentencias, entre otras, de 8 y 13 de julio de 2006 (Rcud. 3536/2008 EDJ2009/217624 y 2576/2008 EDJ2009/217622), 11 de noviembre de 2009 (Rec. 3082/2008) EDJ2009/300314 y 11 de mayo de 2010 (Rcud. 3420/2008) EDJ2010/122419.

Nuestra doctrina puede resumirse señalando, como se dice en la última de las sentencias citadas: "De ello se infiere que la imposición legal de que sea el INSS quien efectúe el control de las bajas médicas, cuando no hayan mediado más de seis meses desde el alta por agotamiento del plazo, se circunscribe a los casos en que la situación del trabajador obedezca a igual o similar patología; lo que, evidentemente, excluye los casos en que la baja traiga causa de dolencia ajena, así como aquellos otros en que hayan transcurrido más de seis meses de actividad. Al respecto, precisábamos la doctrina sobre las "recaídas" en nuestra sentencia de 1 de abril de 2009 (rec. 516/2008) EDJ2009/101833 señalando que no existe tal " cuando se produce el alta y sobreviene una nueva baja... después de transcurridos seis meses de actividad, supuesto en el que la nueva baja se considera independiente de la primera " y, asimismo, indicábamos que " tampoco media «recaída» propiamente dicha (esto es, nueva baja producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad),

«si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ellas», supuesto en el cual no habrá recaída, sino nuevo período de IT, «cualquiera que sea el lapso temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincidan en algún tiempo»(SSTS 08/05/95 -rcud 2973/94 - EDJ1995/2433; 10/12/97 -rcud 1185/97 - EDJ1997/21277; 07/04/98 -rcud 3843/97- EDJ1998/3215, para RGSS; 23/07/99 -rcud 4221/98- EDJ1999/21579, para REM; 26/09/01 -rcud 466/01 - EDJ2001/70718, para RETA)".

"La identidad o similitud de las patologías a las que se refiere el art. 131 bis. 1, 2º párrafo no puede ser entendida en relación al cuadro médico que ocasionó el rechazo de la incapacidad permanente, sino únicamente a las que determinaron la incapacidad temporal objeto de la actual evaluación."

"Es la dolencia ahora determinante de la baja médica la que ha de evaluarse desde la perspectiva de la afectación transitoria sobre la capacidad de trabajo, pues sobre ella no hubo agotamiento del plazo máximo, y no cabe duda de que se había iniciado por patología distinta. Así se infiere de la doctrina sentada en nuestra sentencia de 9 de julio de 2009 (rcud. 3536/2008) EDJ2009/217624, dictada también en un recurso de casación unificadora frente a sentencia de la misma Sala de Aragón en que se ofrecía idéntica sentencia de contraste que la que aquí se aporta, la identidad o similitud de las dolencias "no van referidas -total o parcialmente- al cuadro médico que dio lugar al rechazo de IP, sino tan sólo a las inicialmente determinantes de IT. Y al efecto es argumentable: a) desde un punto sistemático, que cuando se resuelve sobre la IP se está decidiendo la capacidad laboral por secuelas «previsiblemente definitivas» (art. 136.1 LGSS EDL1994/16443), en tanto que cuando se trata de IT nos encontramos, por definición, ante procesos que también «previsiblemente» inciden pero de forma transitoria sobre la aptitud de trabajo; b) desde una perspectiva literal, que el agotamiento de la duración máxima establecida para el proceso de IT únicamente puede imputarse al cuadro inicialmente determinante de la baja, y no a enfermedades posteriores respecto de las cuales no sólo es impredecible el agotamiento del periodo máximo de duración (12/18 meses), sino que de ellas tan siquiera consta su virtualidad discapacitante inicial (se diagnostican durante una baja previa, sin enjuiciarse su potencialidad discapacitante); y c) en el plano finalístico, si el objetivo de la reforma fue -a lo que parece- enervar la llamada IT «indefinida discontinua», no parece razonable atender a los procesos intercurrentes, sino al diagnóstico inicial respecto del que afirmar esas prolongaciones que por la vía práctica pudieran llevar al restablecimiento de la extinguida IPV ".

Como sostuvimos en la STS de 13 de julio de 2009 (rcud. 2576/2008), " el nuevo precepto no señala que de forma cuasi automática proceda la denegación de los efectos económicos si falta un periodo de seis meses de actividad, de modo que el INSS pueda denegar dichos efectos sin más justificación que la falta de dicho periodo de actividad intermedia. El precepto señala que hay dos posibilidades de que se reconozcan efectos económicos a la nueva baja por IT: el transcurso de seis meses de actividad o que el INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal".

6. La aplicación a nuestro supuesto de la doctrina que se acaba de exponer debe llevar a la estimación del motivo. Es claro que, contrariamente a lo que se señala en la resolución de instancia, nos encontramos ante dos patologías diferentes sin que pueda apreciarse la existencia nexo causal entre ellas por el mero hecho de que la segunda ya apareciese atisbada en informes emitidos en el periodo de tratamiento de la primera, pues es claro que la primera de las mismas era una dolencia de tipo osteomuscular como es la ciática y la segunda de índole psíquico, lo que hace que el los servicios públicos de salud resultasen competentes para la emisión de la baja que la resolución impugnada anuló.

SEGUNDO.- Corolario de lo razonado ha de ser la estimación del recurso interpuesto con revocación de la sentencia recurrida, con la consiguiente estimación de la demanda interpuesta. Sin costas.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por D.A.S. contra la sentencia de 13-4-2.011 del Juzgado de lo Social número 4 de valencia en sus autos 236/2.010 REVOCAMOS la misma y ESTIMAMOS la demanda que la hoy recurrente interpuso frente al INSS y la Mutua X. declarando que la resolución del INSS de fecha 19-1-2.010 no resulta ajustada derecho, manteniendo la validez de la IT extendida el 17-9-2.009, condenando a las demandas en sus responsabilidades a abonar a la recurrente la prestación reclamada desde dicha fecha en tanto en cuanto no concurra causa legal de extinción.

Sin costas.

Sentencia núm. 96, de 17 de enero de 2012

Materia: Recargo de prestaciones. Trabajadora al servicio de mercantil que sufre trato vejatorio de un compañero. La actora causa baja por trastorno depresivo y ansiedad. Finalmente extingue su relación laboral en virtud del artículo 50 c) del ET. Solicitud de recargo de prestaciones a las empresas codemandadas.

Juzgado: Desestima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la codemandada y estima la demanda, condenando solidariamente a las empresas codemandadas al pago del recargo del 40% de las prestaciones y a imponer a las mismas el pago de las costas causadas por mala fe.

Sala: Estima en parte el recurso absolviendo a una de las codemandadas de los pedimentos deducidos en su contra, absolviendo a ambas codemandadas del pago de las costas causadas en la instancia. Desestima el recurso en todo lo demás, 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 estimó la demanda de la actora e impuso recargo de prestaciones a las mercantiles X.S.L. y X. Companhia Industrial de Cerámica S.A., formulan éstas Recurso de Suplicación conjunto, habiéndose impugnado por la parte actora, conforme se indicó en los antecedentes de hecho.

El primer motivo del recurso, con soporte procesal en el apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento laboral, se dedica a la revisión de los hechos declarados probados a la luz de las pruebas documentales practicadas y contiene diez solicitudes de revisión de los hechos que seguidamente se examinan.

En primer lugar, se solicita la supresión en el hecho probado primero de la frase “La empresa no tiene concertado Servicio de Prevención Ajeno de Riesgos Laborales”. La eliminación propuesta se basa en dos razones: la primera que no existe soporte documental en autos de tal afirmación, lo que, evidentemente, condena al fracaso la solicitud pretendida pues, como es sabido, en este extraordinario recurso no cabe la alegación de prueba negativa, es decir, no puede fundamentarse la revisión fáctica pretendida en la simple alegación de falta de prueba demostrativa del contenido de hechos declarados probados, siempre que exista una mínima actividad probatoria (STS de 27 de marzo de 1990). La segunda razón por la que se pretende dar soporte a la eliminación pretendida es exclusivamente jurídica al alegar la recurrente que, según la normativa de prevención de riesgos laborales, en empresas de menos de diez

trabajadores no existe obligación de concierto con Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, lo cual, a pesar de ser cierto, no priva de veracidad a la afirmación de la sentencia, sin perjuicio de la nula trascendencia jurídica que la afirmación pueda tener para el fallo.

En segundo lugar, se pretende la modificación del hecho probado segundo para introducir la expresión de que la empresa X. S.L “no es filial” de X. Companhia Industrial de Cerámica S.A., y para añadir que la primera no sólo comercializa material cerámico de la segunda, sino también de otros proveedores y que se trata de una empresa totalmente independiente. Alega la recurrente en apoyo de su revisión diversos documentos y añade razonamientos jurídicos sobre la cuestión. De los documentos invocados no se deduce el pretendido error del juzgador, sin perjuicio, además, de su irrelevancia en orden a la configuración del fallo, como luego se comprobará. Lo mismo ocurre con la revisión fáctica solicitada en tercer lugar, en la que se pide la sustitución del hecho probado tercero en el que se plasma que D. M.S. paso a prestar servicios en el centro de trabajo de Onda como gestor de mercado durante un período de tiempo que no se concreta. La recurrente pretende, precisamente, la concreción de los períodos que el referido Sr. S. estuvo en Onda, lo que además de irrelevante, no se deduce sin necesidad de conjeturas y razonamientos de la documental invocada que sólo contempla un plan de viajes del referido Sr. S. y no que en los días que no constan en el citado plan de viajes, no estuviera en el centro.

En cuarto lugar, solicitan las recurrentes la supresión del hecho probado cuarto, sin cita de documento alguno del que se derive el error del juzgador, lo que impide su toma en consideración. Igual suerte, por falta de cita de documento hábil al efecto, debe correr la modificación solicitada en quinto lugar que pretende la supresión del párrafo final del hecho probado quinto, en el que la sentencia describe la clínica que sufrió la actora durante el proceso de IT con diagnóstico de trastorno adaptativo mixto ansioso-depresivo.

En sexto lugar, el recurso pretende la modificación del hecho probado sexto, en concreto de su párrafo segundo. El párrafo en cuestión de la sentencia dice textualmente, en referencia al acta de infracción levantada por la Inspección de Trabajo a X. S.L, lo siguiente: “Si bien, por defecto de tramitación del procedimiento, el mismo finalizó con declaración de prescripción para la imposición sancionatoria acordada” y propone su sustitución por otro que diga que, levantada propuesta por la inspección de trabajo, vistas las alegaciones de la empresa, la autoridad laboral no impuso sanción alguna. Basa la solicitud de modificación en documento hábil al efecto consistente en la propia Resolución de la Delegación de Trabajo de Castellón del que, directamente, se deduce el error del juzgador en este punto, por lo que, respecto de este hecho concreto, la Sala admite la modificación pretendida de suerte que el referido hecho probado sexto de la sentencia recurrida, en su último párrafo debe quedar como sigue: “Si bien, el mismo finalizó anulando el acta de infracción y sin imposición de sanción alguna”.

En séptimo lugar, pretende la recurrente la supresión íntegra del hecho probado octavo, solicitud que no fundamenta en documento alguno y sí en razonamientos jurídicos, lo que conduce, directamente a su desestimación.

En octavo lugar pretende la sustitución del hecho probado noveno. En el mismo se da cuenta de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón que declaró la

extinción del contrato de la actora en base al artículo 50. c) ET. Pretende la recurrente que se añada al hecho que en el proceso que dio lugar a dicha sentencia únicamente fue parte X. S.L. y que no lo fue X. Companhia Industrial de Cerámica S.A., apoyándose en el documental obrante en autos consistente en la propia sentencia a que alude el hecho. Aun siendo cierta la afirmación se trata de un dato cuya incorporación al relato fáctico resulta innecesaria, en primer lugar por obvia; y, en segundo lugar, por irrelevante, pues el dato ni ha sido tenido en cuenta como decisivo para el fallo de la sentencia recurrida ni resulta relevante para el fallo del presente recurso.

En noveno lugar, se pretende la modificación del hecho probado décimo en el que la sentencia recurrida da cuenta de los avatares procesales seguidos desde la ampliación de la demanda efectuada por la actora contra X. Companhia Industrial de Cerámica S.A., al objeto de introducir algunas precisiones, que se derivan directamente de los autos, consistentes en que la ampliación de la demanda fue notificada a la citada empresa el 16 de noviembre (sólo siete días antes de la celebración del juicio) y que fue recurrida en reposición formulándose en plazo hábil. Y resulta que es totalmente correcto y cierto lo propugnado por la recurrente, al punto de que el día de la celebración de la vista ni siquiera había concluido el plazo para la impugnación del recurso de reposición ni se había resuelto por el Juzgador el mencionado recurso. Por tanto, debe modificarse la primera parte del hecho probado décimo que tendrá la siguiente redacción “La empresa demandada dedujo en fecha 19 de noviembre de 2010, es decir, dentro de los cinco días concedidos para interponerlo, Recurso de Reposición contra la Providencia de 11 de noviembre de 2010, notificada a la parte demandada en fecha 16 de noviembre, que acordaba la ampliación de la demanda contra X. Companhia Industrial de Cerámica S.A...”.

Por último, en décimo lugar, pretenden las recurrentes la adición de un nuevo hecho probado en el que se diga que el INSS emitió Resolución denegando el recargo solicitado por considerar que no se habían incumplido las medidas de seguridad e higiene y que dicha resolución no consta fuera recurrida deviniendo firme. Sin embargo, la primera parte de lo solicitado consta cumplidamente en el no modificado hecho séptimo de la sentencia combatida y, precisamente, a través de la demanda rectora de las presentes actuaciones se impugnó aquella resolución, por lo que no puede considerarse firme, lo que conduce a la desestimación de la adición pretendida.

SEGUNDO.- Establecido el relato fáctico tal como consta en la sentencia recurrida, con las rectificaciones incorporadas y establecidas en el fundamento de derecho anterior, debe examinarse el segundo de los motivos del recurso en el que, con bastante confusión, al amparo del artículo 191.c) se denuncian infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia. En concreto, se denuncia la aplicación errónea y vulneración de diferentes preceptos: el artículo 53.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, el artículo 91.3 y 4 de la Ley de Procedimiento Laboral, el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, el artículo 394 Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 97.3 LPL, los artículos 14, 15, 17, 19 y 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, la Orden de 18 de enero de 1996 y diversas sentencias del Tribunal Supremo. Todas las infracciones denunciadas a través de un discurso complejo y adherido a diferentes pasajes de la sentencia recurrida pueden ser reconducidas a cuatro infracciones jurídicas que los recurrentes reprochan a la sentencia de instancia. La primera la incongruencia de la misma por lo que en el suplico, bien que con carácter subsidiario, se solicita su nulidad. La segunda, la

aplicación errónea del concepto jurídico de grupo de empresas, cuya admisión determinaría la absolución de la codemandada X. Companhia Industrial de Cerámica S.A. La tercera, la aplicación errónea de la normas sobre el recargo de prestaciones solicitando, consiguientemente, la absolución de ambas empresas y, por último, se impugna la imposición de las costas en la instancia.

La primera cuestión enunciada, esto es, la alegación de incongruencia de la sentencia, aunque se formula con carácter subsidiario debe ser, obviamente, examinada en primer lugar, aunque sea para desestimarla, en la medida en que no se aprecia la pretendida infracción puesto que la sentencia da cumplida respuesta a las peticiones formuladas por las partes en el proceso, sin que conceda más de lo pedido ni deje de dar respuesta a ninguna de las alegaciones básicas formuladas por las partes. Las recurrentes pretenden fundamentar el vicio denunciado en la falta de cumplimiento de determinados trámites en el expediente administrativo previo desarrollado en el seno del procedimiento administrativo sobre recargo de prestaciones anterior al proceso; pero tal infracción no se alegó en la instancia y, en el supuesto de que existiera no determinaría, como se pide, la nulidad de la sentencia sino su revocación.

TERCERO.- La segunda cuestión que plantea el recurso tiene por objeto combatir la apreciación del grupo de empresas a efectos laborales que realiza la sentencia del Juzgado respecto de los codemandados, denunciando al efecto, la infracción de la doctrina sobre el levantamiento del velo en que se sustenta la condena solidaria de la entidad X. Companhia Industrial de Cerámica S.A., citando, al respecto, diversas sentencias del Tribunal Supremo.

Para dilucidar si los codemandados constituyen grupo empresarial a efectos laborales conviene, en consonancia con la reciente sentencia de la Sala de 13 de diciembre de 2011 (Rec. 2378/2011), traer a colación la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo, sintetizada, entre otras en la sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero 1998 y según la cual: "El grupo de empresas, a los efectos laborales, ha sido una construcción jurisprudencial que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia de esta Sala. Así, ya se afirmó que no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además la presencia de elementos adicionales (Sentencias de 30 enero, 9 mayo 1990 y 30 enero 1993). No puede olvidarse que como señala la sentencia de 30 junio 1993, los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial, pero no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos:

1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 mayo 1981 y de 8 octubre 1987).

2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo (SS 4 marzo 1985 y 7 diciembre 1987).

3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS 11 diciembre 1985, 3 marzo 1987, 8 junio 1988, 12 julio 1988 y 1 julio 1999).

4.- Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS de 9 noviembre 1990 y 30 junio 1993). Y todo ello teniendo en cuenta que salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los trabajadores (SS de 26 noviembre 1990 y 30 junio 1993, que expresamente se invoca).”

En el presente caso del relato fáctico de la sentencia de instancia con la modificación que del mismo se ha estimado, resulta que el único dato relevante, a efectos de la existencia de grupo de empresas es el que consta en el hecho probado segundo según el que X. S.L es filial de X. Companhia Industrial de Cerámica S.A., empresa ésta última que se dedica a la fabricación de azulejos que comercializa en España la primera de las empresas. El resto de apreciaciones sobre relaciones entre ambas empresas y que constan en el fundamento jurídico quinto de la sentencia de instancia, por un lado, carecen de valor fáctico; y, por otro, son expresivas de relaciones comerciales entre ambas empresas y de una cierta unidad de dirección pero no evidencian en modo alguno ni una unidad de caja o confusión patrimonial ni que aquella dirección unitaria se utilizase en perjuicio de una de las empresas o de los derechos de los trabajadores ni que la supuesta unidad de dirección, se insista parcial, desplegara efectos en el supuesto concreto controvertido en las presentes actuaciones. La coincidencia parcial de alguna persona en los consejos de Administración de ambas empresas es un dato circunstancial que, al igual que el nombre, puede evidenciar la pertenencia aun mismo grupo empresarial pero no que tal grupo actuase en el tráfico jurídico y, en concreto, con los trabajadores como un único empresario. En definitiva, aunque se esté en presencia de un grupo empresarial, en principio, cada persona jurídica tiene su propio ámbito de responsabilidad, que además es distinto del tienen sus socios o administradores salvo que se demuestre que las mismas son solo una mera pantalla y que el auténtico empresario es una de las empresas lo que no acontece en el presente caso.

Además, hay que tener en cuenta que en el relato fáctico no constan datos relevantes que puedan vincular a la codemandada X. Companhia Industrial de Cerámica S.A. con el acoso moral sufrido por la actora que dio lugar a su baja laboral con prestación de Incapacidad Temporal por contingencias profesionales y que durante la fase administrativa previa, tanto en lo relativo al Acta de Infracción levantada por la Inspección de Trabajo, como el expediente instado por la actora para solicitar el recargo, no fue parte la mencionada compañía. Todos estos datos unidos a la consideración de que en materia de recargo de prestaciones, la más reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ha insistido en que la culpabilidad en la infracción resulta un elemento decisivo al punto de negar la posibilidad de que el recargo deba ser asumido por una empresa sucesora en los supuestos de transmisión (STS de 18 de julio de 2011, Rec. 2502/2010), determina que el motivo deba ser aceptado y, en

consecuencia, tal como se determinará en la parte dispositiva de la presente resolución, deberá, con revocación en este punto de la sentencia de instancia, absolverse a la mercantil CINCA Companhia Industrial de Cerámica S.A..

CUARTO.- La tercera cuestión de censura jurídica que plantea el recuso es la relativa a la infracción del artículo 123 LGSS y 14, 15, 17, 19 y 22 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, al entender que ha existido aplicación indebida e interpretación errónea de los mismos por lo que debió desestimarse la demanda no imponiendo recargo alguno.

Del relato fáctico de la sentencia recurrida con las modificaciones aceptadas por la Sala ya expuestas, resulta que la actora causó baja por Incapacidad Temporal con el diagnóstico de depresión neurótica, que fue calificada como contingencia profesional derivada de accidente laboral a consecuencia de acoso moral o mobbing, cuyo autor fue básicamente el Sr. S., gestor de mercado de la mercantil empleadora de ambos X., S.L. Igualmente, consta que dicha empresa hizo caso omiso de las constantes denuncias de la actora. Todo ello dio lugar a que la trabajadora solicitase la rescisión de su contrato al amparo del artículo 50 ET que fue admitida por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón de 25 de julio de 2007 que devino firme y que condenó a la empleadora al abono de la indemnización legal y de una indemnización adicional por daños y perjuicios. En dicha sentencia se detallan las repetidas situaciones de acoso, de degradación y de menoscabo de la dignidad de la trabajadora que se han incorporado al relato fáctico de la sentencia recurrida.

Ante tales hechos cuestiona el recurso que resulte de aplicación el recargo de prestaciones establecido en el artículo 123 LGSS, al entender que no se dan los requisitos del mismo y que, además, no existe incumplimiento de norma de prevención concreta. El recargo de prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional viene regulado actualmente en el citado precepto, según el cual «Todas las prestaciones que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o los elementos de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de edad, sexo y demás condiciones del trabajador».

Respecto de la interpretación del precepto, esta Sala desde su sentencia de 16 de abril de 2008 (rec. 1705/07) viene manteniendo, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 12 de julio de 2007, Rec. 938/06) que los requisitos que determinan la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo son: a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999); b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede

romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado; subrayando además que del juego de los preceptos contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado, por lo que deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. De lo que se desprende, que la infracción cometida por la empresa en esta materia puede afectar tanto a normas específicas de carácter reglamentario, como a las normas más generales contempladas en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que obligan al empresario a adoptar todas las medidas de protección necesarias y adecuadas para proteger la salud de sus trabajadores frente a cualquier riesgo que pudiese generarse en su puesto de trabajo.

En las situaciones de mobbing o acoso moral en el trabajo que se caracterizan precisamente porque se produce un continuado hostigamiento y persecución del trabajador por parte de sus superiores o compañeros de trabajo, es obvio –como pone de relieve la STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2008 (Rec. 3036/2007)- que el empresario está infringiendo esos deberes de protección de la salud de sus trabajadores que le corresponde, cuando permite, consiente y no pone fin a dicha situación reiterada y sostenida en el tiempo, especialmente en aquellos supuestos, como el presente, en el que constan acreditadas las sucesivas y reiteradas quejas y denuncias de la trabajadora a la empresa. Hay en estos casos, insiste la referida sentencia, una clara omisión de la obligación de salvaguarda de la salud laboral imputable al empresario que ha permanecido en actitud pasiva, y no solo no ha adoptado las medidas oportunas para poner fin a esa situación, sino que incluso ha colaborado con la misma al avalar el comportamiento de sus mandos intermedios y aplicar a la trabajadora el inadmisibles tratamiento que se ha tenido en cuenta en la sentencia firme que extingue la relación laboral por considerar acreditada una situación de acoso.

El derecho a la salud y a la dignidad personal del trabajador es uno de los derechos básicos de la relación laboral consagrado en el artículo 4 ET que el empresario está obligado a proteger y garantizar como impone el artículo 19 de ese mismo cuerpo legal, y más específicamente los preceptos generales de la LPRL que se refieren a esta materia en sus artículos 14, 15 y 16. El artículo 14 ya citado, establece el derecho de los trabajadores a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo; el artículo 15 impone al empresario la obligación de aplicar las medidas que integran ese deber general de prevención, evaluando, evitando y combatiendo los riesgos en su origen, adoptando las medidas necesarias para la protección colectiva e individual de los mismos e impartiendo las debidas instrucciones para que todo esto se lleve realmente a efecto; y el artículo 16 se refiere finalmente al plan de prevención de riesgos laborales, para detectar y eliminar, reducir o controlar todos los posibles riesgos.

Todas estas normas son infringidas cuando el empresario no ha detectado y solucionado la situación de acoso moral, que por su propia naturaleza es sostenida y prolongada en el tiempo, y tales normas son más claramente infringidas cuando la empresa conoce, consiente, y ampara el acoso moral. En ese contexto, ninguna duda cabe que la empresa ha incurrido en una grave infracción de las normas de seguridad y salud laboral al permitir que la trabajadora fuese objeto de aquella situación de acoso moral que ha generado luego la enfermedad que da lugar a la incapacidad temporal, en una evidente relación de causalidad que no puede ponerse en duda cuando es firme la resolución administrativa que ha declarado la contingencia de accidente de trabajo. El tiempo que duró la situación descrita y la absoluta pasividad del empresario llevan a

concluir que incumplió frontalmente sus obligaciones de prevenir este riesgo, lo que no hizo de manera particular pese a conocer la situación de tensión y acoso, por lo que su conducta entra de lleno en la previsión del denunciado artículo 123 LGSS, desestimando el recurso en este punto.

QUINTO.- El recurso combate, también, la condena en costas que incorpora la sentencia de instancia en el fallo y que justifica en el Fundamento Jurídico Séptimo de la misma conforme a la doctrina del vencimiento establecido en el artículo 394 de la LEC y habida cuenta de la mala fe acreditada en las demandadas. Y en este punto tienen razón las recurrentes al denunciar la infracción del referido precepto de la ley procesal civil puesto que el mismo no resulta directamente aplicable en el proceso laboral en el que, en la instancia no rige, para la imposición de costas, el principio del vencimiento. En efecto, el artículo 97.3 LPL dispone que la sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con notoria temeridad una sanción pecuniaria cuya cuantía máxima, en la instancia, no excederá de seiscientos euros. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario deberá abonar también los honorarios de los abogados. En el presente supuesto, al margen de que no existe motivación en la sentencia de instancia sobre la mala fe o la notoria temeridad, resulta que, tal como ha quedado el relato fáctico con la modificación aceptada en el Fundamento de Derecho Primero de esta resolución, la actuación de las recurrentes se limitó a defenderse de las peticiones deducidas en su contra por la actora en su demanda lo que queda claramente amparado en el artículo 24 CE. La mala fe a la que se refiere el indicado precepto debe relacionarse con la actividad procedimental desplegada por la parte en el proceso, que en el presente supuesto no admite tacha pues la referencia al recurso de reposición que planteó una de las demandadas frente a la providencia que admitió la ampliación de la demanda se efectuó dentro del plazo concedido, estaba amparada por la ley y de su contenido no puede deducirse que tuviera por finalidad dilatar o retrasar el proceso. Tampoco cabe apreciar temeridad, habida cuenta de que, en vía administrativa, el recargo había sido denegado por el INSS y que sobre la actuación de la empresa no se había impuesto sanción administrativa alguna. Por todo ello, procede la admisión del motivo y la absolución de las demandas en este punto concreto como se expresará en la parte dispositiva.

SEXTO.- De conformidad, con lo dispuesto en el artículo 202 LPL se dispondrá la devolución del depósito constituido para recurrir. Se decreta el mantenimiento de la consignación efectuada, sin que proceda la imposición de costas.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación conjunto formulado por las mercantiles X. S.L. y X. Companhia Industrial de Cerámica S.A contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Tres de los de Castellón de fecha 29 de noviembre de 2010; y, en consecuencia, absolvemos a la empresa X. Companhia Industrial de Cerámica S.A de los pedimentos deducidos en su contra por los que fue condenada en la sentencia de instancia; igualmente absolvemos a ambas demandas de la condena al pago de las costas causadas en la instancia; y desestimando el recurso en todo lo demás mantenemos el resto de pronunciamientos de la sentencia recurrida.

Se acuerda la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos.

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sin costas.

Sentencia núm. 103, de 17 de marzo de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de centro de enseñanza privada concertada. Solicitud de paga extraordinaria por antigüedad en la empresa.

Juzgado: Desestima la demanda. El trabajador no tiene derecho a recibir la paga extraordinaria que reclama en la instancia. La paga no se encuentra vencida ni resulta exigible en el momento de interponer la demanda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El trabajador tiene derecho a recibir la paga por antigüedad. Se condena a la Conselleria demandada al abono de la paga más un 10% en concepto de interés anual por mora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En un único motivo formulado al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se fundamenta el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Once de los de Valencia que desestima la demanda sobre reclamación de la paga extraordinaria de antigüedad, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario.

En el único motivo del recurso se denuncia la inaplicación de la Resolución de 10 de marzo de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre paga de antigüedad correspondiente a la Comunidad Valenciana remitido por la Comisión Paritaria del V Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE nº 69 de 20 de marzo de 2008). Muestra su disconformidad la defensa de la recurrente respecto a la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia acerca de que la obligación de la Conselleria codemandada en cuanto al abono de la paga extraordinaria de antigüedad devengada por el demandante no se encuentra vencida ni resulta exigible, al estar sometido su abono a un calendario que permite a la Administración autonómica dilatar su pago hasta el 31-12-2011.

Sobre la cuestión controvertida, que se ciñe a dilucidar si está o no vencida la obligación del abono de la paga extraordinaria de antigüedad cuyo cumplimiento reclama el actor en su demanda, ya se ha pronunciado esta Sala en la sentencia de 25 de junio de 2009, recurso núm. 3227/2008, tal y como acertadamente señala el recurrente, y conforme en dicha sentencia se dijo la Resolución de 10 de marzo de 2008, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo sobre paga de antigüedad correspondiente a la Comunidad Valenciana remitido por la Comisión Paritaria del V Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos (BOE nº 69 de 20 de marzo de 2008), contiene el

siguiente Acuerdo: "La Conselleria de Educación ha iniciado, en el ejercicio presupuestario 2007, el abono de las pagas extraordinarias por antigüedad pendientes de las anualidades 2005, 2006 y 2007 y en el ejercicio presupuestario 2008, y sucesivos, abonará las pagas extraordinarias por antigüedad en la empresa, tanto las pendientes de abono como las que correspondan al 2008 y años sucesivos, de los profesores acogidos a pago delegado que en el respectivo ejercicio cumplan 25 años de antigüedad, salvo las excepciones que se contienen en los Acuerdos suscritos al respecto y que han sido prorrogados por la Addenda de 28 de diciembre de 2007". Del indicado Acuerdo no se desprende calendario alguno de pago como sostiene la sentencia, sino intención de pago del derecho previsto en el Convenio, ya que son las Addendas las que establecen el calendario de abono de la paga asumida por la Administración. En definitiva, y como ya hemos dicho en la sentencia nº 2083/08 de 24 de junio de 2008 resolutoria del recurso de suplicación nº 3628/07: "Sin poner en duda la legalidad presupuestaria, que obliga a la Generalidad Valenciana, desde luego, pero no a los particulares que contra ella reclaman por derechos subjetivos no discutidos, aquélla no puede ampararse en el incumplimiento de su deber de previsión presupuestaria de las obligaciones contraídas para luego sostener que no debe. La deuda existe y la Generalidad deberá adoptar las medidas oportunas para hacer frente a su pago."

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso en el que el demandante cumplió 25 años de servicios en el CE Escuelas Profesionales L.A. de G. en fecha 1 de octubre de 2009, determina de acuerdo con lo establecido en el art. 61 del V Convenio Colectivo de empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con Fondos Públicos y de las Addendas al Documento sobre Implantación Educativa de los Centros Concertados de la Comunidad Valenciana de fecha 28 de julio de 2004 y 28 de diciembre de 2007, el derecho del actor al percibo de la paga extraordinaria de antigüedad y la condena de la Administración autonómica al abono de la misma al tratarse de una obligación vencida y exigible y al no ser esta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia procede la estimación del recurso y la revocación de aquella a fin de estimar la demanda.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. J.L.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Valencia y su provincia, de fecha 31 de marzo de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra Conselleria de Educación (GVA) y CE Escuelas Profesionales L.A. de G.; y revocando la indicada sentencia, estimamos la demanda y condenamos a la Conselleria de Educación (GVA) a abonar al demandante la cantidad de 13.772,95 euros más el 10% de interés anual por mora, manteniendo la absolución de CE Escuelas Profesionales L.A. de G.

Sentencia núm. 141, de 17 de enero de 2012

Materia: Despido. Socio trabajador que presta sus servicios en cooperativa demandada. El trabajador es expulsado al observar una disminución voluntaria y continuada en su rendimiento laboral. Sanción muy grave que conlleva la extinción de la relación laboral. Pacto entre las partes para proceder a la resolución extintiva.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente e indebida la expulsión disciplinaria del trabajador.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. El trabajador había pactado con la empresa cooperativa la extinción de su relación laboral, con el fin de preservar el derecho a honor de éste, al quedar probado conducta merecedora de expulsión. Además, la cooperativa ha devuelto a su socio el capital social íntegro.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Remedios Roqueta Buj.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia en la que, estimándose la demanda interpuesta por F.A.G. contra la demandada X., S.COOP. V., se declaraba improcedente e indebida la expulsión disciplinaria y se condenaba a la demandada a que en el plazo de cinco días optase por readmitir al actor en las mismas condiciones anteriores a la expulsión o le abonase la cantidad de 86.449,88 euros, se interpone por la sociedad Cooperativa demandada recurso de suplicación a través del cual pretende sea revocada la sentencia de instancia y se declare la procedencia del despido del actor. El recurso de suplicación ha sido impugnado de contrario.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos, el formulado por el cauce procesal del apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), la parte actora interesa la incorporación de dos ordinales nuevos, cuyo tenor literal propuesto obra en los autos, apoyándose a tal fin en el expediente informativo incoado al actor y en el acuerdo transaccional firmado por las partes en fecha 26 de mayo de 2011, todo ello con el fin de describir determinada conducta que se atribuye al actor, pero que no consta en la carta o resolución societaria en la que se acuerda el despido impugnado, a lo que no se puede acceder a la vista de lo dispuesto en el art. 105.2 de la LPL. A mayor abundamiento, el expediente disciplinario incoado al actor no constituye un documento que pueda provocar una revisión fáctica. En efecto, al consistir en las declaraciones de los testigos y conclusiones del Instructor, no revisten los caracteres de prueba documental, como exige el apartado b) del art. 191 de la LPL, sino a lo sumo la de testigos no practicada a presencia judicial, que es irrelevante a efectos revisorios en recursos de naturaleza extraordinaria, como reiteradamente viene señalando la jurisprudencia. Así lo indica la STS 28-11-1989 (RJ/8276) al expresar que «esta Sala tiene declarado, y reiteradamente por cierto, que ni los pliegos de cargos ni las

declaraciones de testigos, trátase de las prestadas en los expedientes disciplinarios o de las que lo sean en el propio acto de juicio, tienen el carácter de pruebas documentales, y no pueden en consecuencia servir de base para la demostración del supuesto error de hecho» [por todas, las SSTSJ de Extremadura de 22 de mayo de 1992 (AS/2568), de Galicia de 28 de agosto de 1992 (AS/4119), de la Comunidad de Madrid de 5 de febrero de 1998 (AS/587) y de Galicia de 20 de octubre de 1998 (AS/3888)]. En fin, la revisión de hechos probados únicamente puede basarse en pruebas periciales y documentales hábiles para ello, entre las que tampoco se encuentran el acuerdo transaccional ni el documento de finiquito [por todas, las SSTSJ de La Rioja de 15 de febrero de 1993 (AS/641), de la Región de Murcia de 21 de junio de 1994 (AS/2656), del Principado de Asturias de 9 de octubre de 1998 (AS/6267) y de la Comunidad de Madrid de 17 de julio de 2001 (AS/3687)].

La parte recurrente también solicita la modificación de los hechos declarados probados segundo y cuarto de la sentencia recurrida, con el tenor literal propuesto obrante a los autos, con la intención de que quede constancia de que ha habido una transacción en relación con el honor del actor y de que la entrega de la cantidad de 28.125,68 euros en concepto de capital social lo fue sin detracción alguna y en un único plazo, apoyándose a tales efectos en el acuerdo transaccional firmado por las partes en fecha de 26 de mayo de 2011 y en los Estatutos sociales de la entidad demandada. Sin embargo, el acuerdo de transacción, que carece de eficacia revisoria como se ha señalado, es precisamente el que sirvió al Juez de instancia para formar su convicción. Y, en fin, de los Estatutos sociales no se infiere ni se prueba que la empresa devolviera íntegramente el capital social al actor sin hacer uso de detracción alguna.

TERCERO.- En el segundo de los motivos, el formulado por el cauce procesal del apartado c) del art. 191 de la LPL, destinado a corregir las infracciones que en la resolución de instancia se hayan perpetrado con ocasión de la aplicación de las normas jurídicas de carácter sustantivo o de la jurisprudencia aplicable a las cuestiones objeto de debate, se denuncia infracción del art. 49.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 1261, 1265, 1266, 1267, 1281 y 1809 del Código Civil y la jurisprudencia que los desarrolla. En esencia, se argumenta que ha habido una transacción en relación al honor del actor por parte de la demandada, ya que se comprometió a guardar silencio sobre los verdaderos motivos de la expulsión en beneficio de su reputación y una transacción económica, ya que se le devolvió el capital social íntegro, sin detracción alguna, que en el caso de autos podría suponer hasta 8.437,70 euros, y, además, se le abonó inmediatamente en el plazo de 48 horas, sin que existiera liquidación en plazos de hasta 5 años como prevé la normativa aplicable.

La Sala de lo Social del Tribunal Supremo “viene admitiendo la posibilidad de que el trabajador, en uso de su libertad, exteriorice una declaración de voluntad con fines liberatorios del vínculo contractual y de sus efectos económicos, lo que no viola el artículo 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues la conducta del trabajador no supone por este solo hecho una renuncia anticipada de derechos, ni se trata de derechos indisponibles, siempre y cuando, naturalmente, esa manifestación de voluntad reúna los requisitos del artículo 1.261 del Código Civil y especialmente los que se refieren al consentimiento (artículos 1262 y siguientes del mismo Código)” [STS de 25 de enero de 2005 (RJ/4820)]. No obstante, tal y como se dice en las SSTS de 23 de junio de 1986 (RJ/3703), 23 de marzo de 1987 (RJ/1656) y 28 de febrero de 2000 (RJ/2758), «el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible, en principio, de

la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante– viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo –mutuo acuerdo, o en su caso transacción– en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (artículo 1261 CC) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros».

De este modo, la eficacia transaccional que con carácter general se atribuye a los finiquitos, “no supone en modo alguno que la formula de "saldo y finiquito" tenga un contenido o carácter sacramental con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción [por todas, la STS de 16 de noviembre de 2010 (RJ/9148)]. Al contrario, habrá de tenerse en cuenta [por todas, la STS de 16 de noviembre de 2010 (RJ/9148)]:

“1.-) De un lado, que el carácter transaccional de los finiquitos (art. 1.809 del Código Civil en relación con los arts. 63, 67 y 84 LPL) exige estar a los límites propios de la transacción, de modo que los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de aquella; y aun en ese marco, la ley ha establecido las necesarias cautelas para evitar que, casos de lesión grave, fraude de ley o abuso de derecho prevé el art. 84.1 LPL (s de 28-4-04, rec. 4247/02 (RJ 2004, 4361)).

2.-) De otro, que los vicios de voluntad, la ausencia de objeto cierto que sea materia del pacto, o la expresión en él de una causa falsa, caso de acreditarse, privarían al finiquito de valor extintivo o liberatorio (ss. de 9-3-90 (RJ 1990, 2040), 19-6-90 (RJ 1990, 5486), 21-6-90 (RJ 1990, 5502) y 28-2-00), al igual que ocurrirá en los casos en que el pacto sea contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros (s. de 28-2-00) o contenga una renuncia genérica y anticipada de derechos contraria a los arts. 3.5 ET y 3 LGSS (s. de 28-4-04, citada). Para evitar, en lo posible, que se produzcan tales situaciones, el trabajador cuenta con los mecanismos de garantía que instrumentan los arts. 49.1 y 64.1.6º ET (s. de 28-2-00).

3.-) Finalmente, que es posible también que el documento no exteriorice, inequívocamente, una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes (s. de 13-10-86 (RJ 1986, 5447)), o que su objeto no esté suficientemente precisado, como exige el art. 1.815.1 del C. Civil. De ahí que las diversas fórmulas que se utilizan en tales documentos están sujetas a las reglas de interpretación de los contratos del Código Civil que, entre otros cánones, obligan a estar al superior valor que el art. 1.281 atribuye a la intención de las partes sobre las palabras, y a la prevención del art. 1.289 de que no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar (ss. de 30-9-92, 26-4-98 y 26-11-01)”.

El análisis del alcance de ese acto de voluntad comporta una dependencia o vinculación al caso concreto, por lo que los efectos, el valor liberatorio del recibo de finiquito viene determinado por el examen conjunto del texto literal por el que aquella

se manifiesta y por los elementos y condicionamientos específicos del contrato que se finiquita. En el caso aquí analizado, el 26 de mayo de 2011 el actor suscribió con el representante de la demandada un acuerdo escrito en el que las partes manifiestan que el actor ha incurrido en determinados hechos que en el mismo se manifiestan (consumir alcohol en la tienda en horario de apertura al público sin abonar las botellas que consumía, ofrecer a sus subordinados a consumir bebidas alcohólicas, ...) y que en aras a preservar su honor, la empresa dispone su expulsión por la comisión de una falta muy grave por disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo, manifestándose en el mismo que “a fin de evitar futuros litigios en cualquier orden jurisdiccional, ambas partes pactan la extinción de la relación laboral que las une” conforme a las estipulaciones que en dicho escrito se contienen, consistentes en la entrega al trabajador del importe neto de 5.190,28 euros en concepto de “saldo de cuentas y finiquito”, así como el de 28.125,68 euros “en concepto de Capital Social”, comprometiéndose el demandante “a no ejercitar acción legal alguna contra esta extinción de la relación laboral que le une con la empresa, ...por lo que renuncia expresamente de cualquier acción (sic) proveniente de la relación laboral que hoy se extingue ...no teniendo nada más que reclamar ni por el despido ni por cualquier otro concepto derivado de la relación laboral extinguida”. El contenido del acuerdo es inequívoco y existe una verdadera transacción en la que se acepta el cese acordado por la empresa en aras a preservar el honor del trabajador, y todo ello con independencia de que previamente al acuerdo ya se había producido el despido del actor, que la empresa hubiera dispuesto su expulsión por la comisión de una falta muy grave de disminución voluntaria y continuada del rendimiento normal del trabajo y que el expediente sancionador exigido por la legislación cooperativa aplicable y los Estatutos sociales de la entidad demandada se hubiera materializado en unidad de acto. Por otra parte, no se ha invocado causa alguna de alteración de la voluntad del trabajador, por lo que el documento ha de surtir plena eficacia, lo que determina la estimación del recurso.

CUARTO.- 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

Que debemos estimar y estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de X. S. Coop Val. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada a instancias de D. F.A.G., y en su consecuencia con revocación de la Sentencia recurrida desestimamos la demanda y Absolvemos a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

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. 171, de 24 de enero de 2012.

Materia: Reclamación de derecho. Solicitud reducción jornada laboral por enfermedad grave de familiar. Se le concede una reducción de jornada por guarda legal en virtud de convenio colectivo. El actor comunica al ente público el error en el tipo de reducción. Posteriormente, el ente público le deniega este tipo de reducción. Aplicación artículo 48.1 apartado i) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Disparidad en la aplicación de la norma.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia de la decisión de denegar al actor la reducción de jornada por enfermedad grave de familiar. El actor tiene derecho a la reducción en base al EBEP.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El colectivo de controladores tiene una amplia regulación de los permisos en su convenio, no siendo coherente recurrir al espiguo normativo. Aplicación del convenio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el Abogado del Estado la sentencia que ha estimado la demanda, declarando improcedente la decisión de denegar al actor, controlador de circulación aérea que presta servicios en el Ente Público Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea (AENA), la reducción de jornada por enfermedad grave de familiar del 50% retribuida prevista en el art. 48.1 i) del Estatuto Básico del Empleado Público aprobada por Ley 7/2007 (EBEP).

El recurso se articula en un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia la infracción de la doctrina contenida en las sentencias de 8-6-08, 29-6-10 y 14-6-10 y de lo dispuesto en el IV Convenio Nacional publicado en el BOE de 18 de abril de 2006 sobre derechos y obligaciones del personal laboral al servicio de AENA. Argumenta el recurso que la sentencia de la Audiencia Nacional 47/2010 de 10 de mayo dictada en Conflicto Colectivo ratifica el contenido de la Ley 9/2010 de 14 de abril por ser necesaria, idónea y proporcionada, al no estar promulgada con la finalidad de restringir los derechos de los controladores aéreos y que el Tribunal Supremo ha declarado que la regulación contenida en el EBEP sobre vacaciones, permisos y licencias no puede ser considerada como norma de derecho necesario de forma que a este colectivo debe de aplicársele el Convenio Colectivo al ser mas beneficioso para los trabajadores en su conjunto, estando prohibido el “espiguo normativo” para obtener la coexistencia, por la sola voluntad de una de las partes, de dos normativas distintas eligiendo en un concreto extremo la mas favorable. Añade que la regulación de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones prevista en los arts 47 a 51 del EBEP van referidos especialmente a los

funcionarios públicos, y únicamente el art. 51 dispone:” para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente”, sin que se establezca una jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras. Destaca el contenido de la Disposición Transitoria 1ª punto 3º letra d), y el art. 2 1º de la Ley 9/2010 y alega sentencias dictadas por el TSJ de Madrid en apoyo de su pretensión.

La cuestión a decidir se centra en determinar si es aplicable al actor la reducción de jornada retribuida prevista en el art. 48.1 i) del EBEP que dispone que: “Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes: i) Por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.”

En los hechos probados de la sentencia consta que se ha solicitado dicho permiso para atender a la suegra del demandante que en fecha 23-10-2009 sufrió un ictus, con alta hospitalaria en fecha 14-1-2010, del que ha quedado en estado vegetativo, y que tras varias vicisitudes AENA termina concediendo a partir del mes de agosto de 2010 la reducción de jornada por guarda legal prevista en el art. 58 del I Convenio Colectivo profesional entre AENA y el colectivo de controladores de la circulación Aérea, que parece que finalmente no tiene efecto ante el rechazo del demandante. El art. 58 de este Convenio Colectivo, que es el que regula la relación entre las partes, y no el que por error se dice infringido, habiendo sido discutida la aplicación del I Convenio de Controladores en el juicio y referido en la sentencia, dispone bajo el epígrafe “ Licencia por guarda legal”, lo siguiente: “Quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe una actividad retribuida, tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, entre un tercio y la mitad de la duración de aquélla. A estos efectos, se entiende por jornada de trabajo a la mensual y anual máxima programable. No obstante, siguiendo el principio de equidad en la programación, el número de horas y servicios programados en un mes concreto será proporcional a los programados al resto de los CCA en la dependencia, en igual puesto de trabajo y en similares condiciones.”

Quiere decirse que el actor lo que pide es el mes retribuido de permiso por guarda legal que establece el EBEP.

Pues bien, de lo que se señala en las STS de 5 de octubre de 2010 (rec. 113/2009) para RENFE y en la de 8 de junio de 2009 (rec 67/2008) para AENA, sobre días de libre disposición, se infiere que la regulación de los arts 47 a 50 del EBEP pone de manifiesto que están dirigidos esencialmente a quienes ostentan la condición de funcionarios públicos, lo que se deduce tanto de su exposición de motivos como de los epígrafes que encabezan cada uno de esos preceptos, ya que solo el art. 51 de los que componen el capítulo que regula el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones se refiere al personal laboral y no al funcional disponiendo que: “Para el

régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente”. Y como en aquel caso no cabe configurar la disposición legal cuestionada como norma de derecho necesario que obligue a modificar el contenido concreto de un convenio vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la norma legal como posible medida derivada de la aplicación de los principios de jerarquía normativa (art. 3.2 del estatuto de los Trabajadores) o modernidad (art. 2.2 del Estatuto de los Trabajadores), porque no se trata de una norma de derecho necesario absoluto, sino de derecho necesario relativo, ya que los controladores aéreos gozan de la posibilidad de reducir su jornada por cuidado de menores o familiares que estén a su cargo disminuidos física o psíquicamente, eso sí sin retribución, como prevé el Estatuto de los Trabajadores para el resto de trabajadores en el art 37.5.

Los controladores aéreos tienen una amplia regulación de los permisos en su convenio, y no es dable pretender la aplicación de un permiso puntual de un mes de duración solo previsto para los funcionarios acudiendo al prohibido “espiguelo normativo” ya que es claro que para esta cuestión se remite el EBEP a la legislación laboral correspondiente, y en consecuencia al Estatuto de los Trabajadores y el Convenio Colectivo de aplicación.

Al no haberlo entendido así la Magistrado de Instancia se impone estimar el recurso y revocar la sentencia para desestimar la demanda.

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

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de AENA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia de fecha 1 de abril de 2011; y, en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de don A.J.B. contra la recurrente, absolviendo a la demandada de las pretensiones contra la misma formuladas.

Sin costas.

Sentencia núm. 171, de 24 de enero de 2012.

Materia: Reclamación de derecho. Solicitud reducción jornada laboral por enfermedad grave de familiar. Se le concede una reducción de jornada por guarda legal en virtud de convenio colectivo. El actor comunica al ente público el error en el tipo de reducción. Posteriormente, el ente público le deniega este tipo de reducción. Aplicación artículo 48.1 apartado i) del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). Disparidad en la aplicación de la norma.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia de la decisión de denegar al actor la reducción de jornada por enfermedad grave de familiar. El actor tiene derecho a la reducción en base al EBEP.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El colectivo de controladores tiene una amplia regulación de los permisos en su convenio, no siendo coherente recurrir al espiguelo normativo. Aplicación del convenio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el Abogado del Estado la sentencia que ha estimado la demanda, declarando improcedente la decisión de denegar al actor, controlador de circulación aérea que presta servicios en el Ente Público Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea (AENA), la reducción de jornada por enfermedad grave de familiar del 50% retribuida prevista en el art. 48.1 i) del Estatuto Básico del Empleado Público aprobada por Ley 7/2007 (EBEP).

El recurso se articula en un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia la infracción de la doctrina contenida en las sentencias de 8-6-08, 29-6-10 y 14-6-10 y de lo dispuesto en el IV Convenio Nacional publicado en el BOE de 18 de abril de 2006 sobre derechos y obligaciones del personal laboral al servicio de AENA. Argumenta el recurso que la sentencia de la Audiencia Nacional 47/2010 de 10 de mayo dictada en Conflicto Colectivo ratifica el contenido de la Ley 9/2010 de 14 de abril por ser necesaria, idónea y proporcionada, al no estar promulgada con la finalidad de restringir los derechos de los controladores aéreos y que el Tribunal Supremo ha declarado que la regulación contenida en el EBEP sobre vacaciones, permisos y licencias no puede ser considerada como norma de derecho necesario de forma que a este colectivo debe de aplicársele el Convenio Colectivo al ser mas beneficioso para los trabajadores en su conjunto, estando prohibido el “espiguelo normativo” para obtener la coexistencia, por la sola voluntad de una de las partes, de dos normativas distintas eligiendo en un concreto extremo la mas favorable. Añade que la regulación de la jornada de trabajo, permisos y vacaciones prevista en los arts 47 a 51 del EBEP van referidos especialmente a los

funcionarios públicos, y únicamente el art. 51 dispone:” para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo establecido en este capítulo y en la legislación laboral correspondiente”, sin que se establezca una jerarquización entre los dos tipos de normas reguladoras. Destaca el contenido de la Disposición Transitoria 1ª punto 3º letra d), y el art. 2 1º de la Ley 9/2010 y alega sentencias dictadas por el TSJ de Madrid en apoyo de su pretensión.

La cuestión a decidir se centra en determinar si es aplicable al actor la reducción de jornada retribuida prevista en el art. 48.1 i) del EBEP que dispone que: “Las Administraciones Públicas determinarán los supuestos de concesión de permisos a los funcionarios públicos y sus requisitos, efectos y duración. En defecto de legislación aplicable los permisos y su duración serán, al menos, los siguientes: i) Por ser preciso atender el cuidado de un familiar de primer grado, el funcionario tendrá derecho a solicitar una reducción de hasta el cincuenta por ciento de la jornada laboral, con carácter retribuido, por razones de enfermedad muy grave y por el plazo máximo de un mes. Si hubiera más de un titular de este derecho por el mismo hecho causante, el tiempo de disfrute de esta reducción se podrá prorratear entre los mismos, respetando en todo caso, el plazo máximo de un mes.”

En los hechos probados de la sentencia consta que se ha solicitado dicho permiso para atender a la suegra del demandante que en fecha 23-10-2009 sufrió un ictus, con alta hospitalaria en fecha 14-1-2010, del que ha quedado en estado vegetativo, y que tras varias vicisitudes AENA termina concediendo a partir del mes de agosto de 2010 la reducción de jornada por guarda legal prevista en el art. 58 del I Convenio Colectivo profesional entre AENA y el colectivo de controladores de la circulación Aérea, que parece que finalmente no tiene efecto ante el rechazo del demandante. El art. 58 de este Convenio Colectivo, que es el que regula la relación entre las partes, y no el que por error se dice infringido, habiendo sido discutida la aplicación del I Convenio de Controladores en el juicio y referido en la sentencia, dispone bajo el epígrafe “ Licencia por guarda legal”, lo siguiente: “Quienes por razones de guarda legal tengan a su cuidado directo algún menor de seis años o a un disminuido físico o psíquico que no desempeñe una actividad retribuida, tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario, entre un tercio y la mitad de la duración de aquélla. A estos efectos, se entiende por jornada de trabajo a la mensual y anual máxima programable. No obstante, siguiendo el principio de equidad en la programación, el número de horas y servicios programados en un mes concreto será proporcional a los programados al resto de los CCA en la dependencia, en igual puesto de trabajo y en similares condiciones.”

Quiere decirse que el actor lo que pide es el mes retribuido de permiso por guarda legal que establece el EBEP.

Pues bien, de lo que se señala en las STS de 5 de octubre de 2010 (rec. 113/2009) para RENFE y en la de 8 de junio de 2009 (rec 67/2008) para AENA, sobre días de libre disposición, se infiere que la regulación de los arts 47 a 50 del EBEP pone de manifiesto que están dirigidos esencialmente a quienes ostentan la condición de funcionarios públicos, lo que se deduce tanto de su exposición de motivos como de los epígrafes que encabezan cada uno de esos preceptos, ya que solo el art. 51 de los que componen el capítulo que regula el derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones se refiere al personal laboral y no al funcional disponiendo que: “Para el régimen de jornada de trabajo, permisos y vacaciones del personal laboral se estará a lo

establecido en este Capítulo y en la legislación laboral correspondiente”. Y como en aquel caso no cabe configurar la disposición legal cuestionada como norma de derecho necesario que obligue a modificar el contenido concreto de un convenio vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la norma legal como posible medida derivada de la aplicación de los principios de jerarquía normativa (art. 3.2 del estatuto de los Trabajadores) o modernidad (art. 2.2 del Estatuto de los Trabajadores), porque no se trata de una norma de derecho necesario absoluto, sino de derecho necesario relativo, ya que los controladores aéreos gozan de la posibilidad de reducir su jornada por cuidado de menores o familiares que estén a su cargo disminuidos física o psíquicamente, eso sí sin retribución, como prevé el Estatuto de los Trabajadores para el resto de trabajadores en el art 37.5.

Los controladores aéreos tienen una amplia regulación de los permisos en su convenio, y no es dable pretender la aplicación de un permiso puntual de un mes de duración solo previsto para los funcionarios acudiendo al prohibido “espigero normativo” ya que es claro que para esta cuestión se remite el EBEP a la legislación laboral correspondiente, y en consecuencia al Estatuto de los Trabajadores y el Convenio Colectivo de aplicación.

Al no haberlo entendido así la Magistrado de Instancia se impone estimar el recurso y revocar la sentencia para desestimar la demanda.

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

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de AENA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia de fecha 1 de abril de 2011; y, en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de don A.J.B. contra la recurrente, absolviendo a la demandada de las pretensiones contra la misma formuladas.

Sin costas.

Sentencia núm. 258, de 31 de enero de 2012

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS. Solicitud de incapacidad permanente total para ejercicio de actividad profesional. Falta de litisconsorcio pasivo necesario. La empresa no se encuentra demandada.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la demandante afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual de cocinera.

Sala: Estima el recurso anulando la sentencia de instancia. La Sala acoge la excepción de litisconsorcio pasivo necesario de la parte recurrente. Declara la nulidad de todo lo actuado y la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente posterior al de presentación de la demanda para que el Juzgado haga uso de lo dispuesto en el art. 81 LPL y requiera a la actora para que amplíe su demanda frente a la empleadora, con apercibimiento de archivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por Mutua X. la sentencia de instancia que estimando de la demanda formulada contra X. MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES N° X, el INSS y la TGSS, declara “que la demandante se halla afecta de Incapacidad Permanente Total para la profesión habitual de cocinera, con una base reguladora de 1.168,95 euros mensuales y un porcentaje de la pensión del 55%, con fecha de efectos 29 de septiembre de 2009, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración, y debo absolver y absuelvo a los demandados del resto de los pedimentos formulados de contrario”. El primer motivo del recurso, aunque sin cita del apartado del art. 191 de la LPL por el que se formula, plantea como primera cuestión la nulidad de la sentencia, por concurrir falta de litisconsorcio pasivo necesario al no estar demandada la empresa P. SL, para la que el actor prestaba servicios cuando sufrió el accidente de trabajo, con cita del art. 24 CE y, STS 2-3-00 y 19-4-05.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 16-7-04, rcud. 4165/03, dice, “El litisconsorcio pasivo necesario, figura que tiene ya hoy configuración legal (art. 12.2 y 116.1.3° LECart.12.2 EDL 2000/77463 art.116.1 EDL 2000/77463) de creación jurisprudencial (sentencias, entre otras muchas, de 26-9-84, 3-6-86, 1-12-86, 15-12-87, 17-2-00, 31-1-01 y 29-7-01 de esta Sala IV y de 3-7-01 y 1-12-01 de la Sala I) obedece a la necesidad de integrar en el proceso a cuantos sean titulares de la relación jurídico-material controvertida, bien porque su llamamiento venga impuesto por una norma legal, bien porque dicha necesidad se desprenda de la propia relación jurídica material que da soporte al litigio. Ello exige que el juzgador la aprecie de oficio antes de admitir la demanda a trámite aplicando la previsión del art. 81 LPL en relación con el art.

80.1.b); y si en ese momento le ha pasado inadvertido el defecto deberá, en el momento en que tome conciencia de el o le sea señalado por las partes, anular las actuaciones para que se subsane la demanda y se constituya correctamente la relación jurídico-procesal.

La necesidad de esa actuación judicial de oficio encuentra su razón de ser en que el litisconsorcio pasivo necesario o, en otro términos, la correcta configuración de la relación jurídico-procesal, es una cuestión que por afectar al orden público (STC 165/1999) queda bajo la vigilancia de los tribunales y obliga al juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión de quienes deben ser llamados al proceso como parte.

El Tribunal Constitucional recuerda en sus sentencias 335/94 y 22/4/97 que "la jurisprudencia social viene sosteniendo, en general, que el juzgador, de oficio y a través de este cauce, debe velar por la correcta constitución de la relación jurídico-procesal en las situaciones de litisconsorcio pasivo, a fin de conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y de evitar que se dicten eventuales fallos contradictorios sobre un mismo asunto (SSTS de 15 de diciembre de 1987; 14 de marzo, 19 de septiembre y 22 de diciembre de 1988; 24 de febrero, 17 de julio y 1 y 11 de diciembre de 1989 y 19 de mayo de 1992)". Y también que "no se trata de una mera facultad, sino de una autentica obligación legal del órgano judicial" (SSTC 118/1987, 11/1988, 232/1988, 335/1994, 84/1997, 165/1999 y 87/2003).

Como vamos a ver, en el caso, la exigencia de la llamada al proceso de la empresa como litisconsorte pasivo necesario se deriva tanto de la ley como de su posición en la relación jurídico-material, y ello obligaba a apreciarlo así de oficio, o en último extremo, a acoger la excepción planteada en tiempo y forma por la Mutua demanda.

Es cierto que no existe en la vigente Ley de Procedimiento Laboral un precepto, a modo del art. 23.2 para el FOGASA, que obligue a demandar a la empresa como parte en los procesos de invalidez derivados de accidente de trabajo; al menos con la rotundidad de anteriores normas (art. 171 del Decreto de 22 de junio de 1956, que aprobó el Texto Refundido de la Legislación de Accidentes de Trabajo, art. 71 de las Leyes de Procedimiento Laboral de agosto de 1973 y junio de 1980) ya derogadas que, en su día, fueron aplicadas con rigor por esta Sala en las sentencias ya citadas.

Pero ello no quiere decir que la exigencia de llamar a la empresa a los procesos de accidentes de trabajo para configurar correctamente la relación jurídico-procesal haya quedado huérfana de soporte legal. El art. 141 de la actual Ley de Procedimiento Laboral, ofrece pauta suficiente para entender que no es así, puesto que dispone que en todos los procesos de accidente de trabajo o enfermedad profesional en cuyas demandas no aparezca el nombre de Entidad gestora o aseguradora, el Juez deberá requerir su identificación "al empresario demandado". No es difícil, pues colegir de ello, que persiste la exigencia legal de que, en todos los procesos de tal clase el empresario debe estar presente como parte para que quede válidamente constituida la relación jurídico-procesal. En definitiva, sigue existiendo en el caso un litisconsorcio pasivo necesario de origen legal.

Mas aunque no existiera, resulta evidente que la empresa debe ser demandada en los procesos de accidentes de trabajo, dada su condición de titular de la relación triangular jurídico-material de aseguramiento, que está siempre en la base de una controversia como la presente. Es cierto que su interés en su solución solo sería inequívocamente evidente y directo si hubiera incumplido las obligaciones que al respecto le imponen las normas de S. Social. Pero también lo es que, aunque haya actuado correctamente, las consecuencias que se deriven de la sentencia que recaiga en este proceso, no le afectarían solo de modo indirecto o reflejo, como precisa la jurisprudencia para excluir la existencia del litisconsorcio pasivo necesario; le vincularían con tal real intensidad, que su ausencia en este proceso podría lesionar grave e irreparablemente su legítimo derecho de defensa, ínsito en el derecho fundamental a la judicial efectiva o, en el mejor de los casos, podría dar lugar a las sentencias contradictorias que el litisconsorcio pasivo necesario pretende eludir.

Baste un ejemplo para confirmar lo dicho. La declaración judicial de invalidez permanente total obtenida en este caso por la actora en ausencia de la empresa, ciertamente no vincularía a ésta con eficacia de cosa juzgada al no haber sido parte en el pleito. Pero, en la práctica, dicho pronunciamiento constituiría, dada la autoridad que generalmente se atribuye a las resoluciones judiciales, un obstáculo difícilmente salvable para su defensa en procesos posteriores íntimamente imbricados con este (como son las reclamaciones de recargo por falta de medidas de seguridad, de indemnización al amparo del art. 1.101 del C.Civil o de abono de las mejoras voluntarias pactadas en Convenio Colectivo para tal contingencia) cuyas pretensiones están completamente condicionadas en su existencia y cuantía, al grado de invalidez y a la base reguladora reconocidas en la anterior sentencia.

Y si la empresa consiguiera superar el obstáculo y revisar el grado aquí declarado, que no le vincularía con fuerza de cosa juzgada al no haber sido parte en el litigio, podría producirse el nefasto resultado de las sentencias contradictorias que es necesario evitar, por contrario a la seguridad jurídica”.

3. Aplicando la doctrina expuesta la presente caso, procede acoger la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario alegada por el recurrente, pues el órgano judicial debió apreciar de oficio la existencia del litisconsorcio pasivo necesario, cuando este, como es el caso, es de origen legal y deriva además, de modo inequívoco, de la relación jurídico-material controvertida, ya que en la propia demanda se relaciona el accidente de trabajo sufrido, la fecha en la que se produjo y la empresa para la que prestaba servicios, acompañando a la demanda copia de la Resolución del INSS impugnada, en la que se le reconocía a la actora lesiones permanentes no invalidantes derivada de accidente de trabajo, acordando el propio Juzgado en el Auto de admisión a tramite de la demanda, requerir a la Inspección Provincial de Trabajo para que aportase el informe del citado accidente de trabajo, en el que se indica la empresa empleadora, por lo que la necesidad de convocar al proceso a la empresa resultaba evidente y además, como se ha dicho, existían datos en la propia demanda y documentos que se acompañaron con ella que, por sí solos, evidenciaban la necesidad de su llamamiento. Todo lo cual conlleva la estimación del recurso, con la consiguiente declaración de nulidad de todo lo actuado y la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente posterior al de presentación de la demanda para que el órgano judicial haga uso de lo dispuesto en el art. 81 LPL y requiera a la actora para que amplíe su demanda frente a la empresa empleadora, con apercibimiento de archivo. Y sigan luego

su curso normal hasta resolver la controversia con plena libertad de criterio. Sin imposición de condena en costas, con devolución a la Mutua del depósito efectuado para recurrir.

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

FALLO

Estimando el recurso de suplicación interpuesto por Mutua X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de los de Valencia, de fecha 28-2-2011, anulamos la sentencia recurrida y declaramos la nulidad de todo lo actuado y la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente posterior al de presentación de la demanda para que el Juzgado haga uso de lo dispuesto en el art. 81 LPL y requiera a la actora para que amplíe su demanda frente a la empresa empleadora, con apercibimiento de archivo.

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. 308, de 31 de enero de 2012.

Materia: Trabajadora afiliada al RGSS. Solicitud declaración de invalidez. Revisión grado de invalidez. Solicitud de gran invalidez. Asistencia de tercera persona.

Juzgado: Desestima la demanda declarando a la actora afecta de incapacidad permanente total y no afecta de gran invalidez.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Declara a la actora afecta de una incapacidad permanente total en grado de gran invalidez, con derecho a cobrar el 100% de la base reguladora y el complemento destinado a retribuir a la persona que la asista para realizar los actos mas esenciales de la vida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la parte actora la sentencia que ha denegado la Gran Invalidez (GI), único grado reclamado en la demanda y en el recurso, siendo que en la vía administrativa había sido concedida la Incapacidad Permanente Total (IPT) para la profesión de ayudante repasadora.

El recurso se estructura en dos motivos. El primero, por el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, ataca los hechos sexto y séptimo, sin proponer claramente texto alternativo, manifestando que la Magistrado de Instancia no ha tenido en cuenta el Informe de Evaluación Clínica efectuado por el Hospital Nisa Valencia al Mar, Servicio de Daño Corporal, elaborado por un grupo de cuadro especialistas trascribiendo parte del contenido de tal informe. El motivo se desestima, por mal formulado, al no ofrecer el texto que debe figurar en los hechos impugnados lo que resulta preceptivo según doctrina jurisprudencial que ha interpretado el contenido de los arts. 191 b) y 194.3 de la Ley de Procedimiento Laboral. En efecto, Tribunal Constitucional en la sentencia 71/2002, de 8 de abril, vuelve a insistir en la necesidad de la observancia de los presupuestos procesales para cumplir los requisitos de acceso al recurso, cuando se trata de recursos de cognición limitada que comúnmente se denominan extraordinarios (STC 230/2001, de 26 de noviembre), correspondiendo a las partes cumplir las exigencias del recurso que interponen (STC 16/92 y 40/02). El Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, de las que son expresión las de 3-3-1998 y 11-12-2003 (recurso 63/2003), ha señalado “la revisión de hecho –de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara”, teniendo en cuenta que “solamente gozan de virtualidad revisora aquellos documentos que por si mismo hagan prueba de su contenido y no resulten contradichos por otros

documento probatorios”. En esta misma línea la STC 4/2006, de 16 de enero insiste en que “el error de hecho determinante para el fallo se configura en la suplicación laboral como uno de los posibles objetos del recurso (art. 191 b) LPL. Para apreciarlo, tiene dicho la jurisprudencia, es imprescindible que se desprenda objetivamente de documentos obrantes en autos o pericias efectuadas en la instancia, sin conjeturas, hipótesis o razonamientos subjetivos.”

Y como en este caso el motivo se limita a calificar de vagos e imprecisos los hechos atacados, sin determinar que texto deben contener no cabe sino desestimar el recurso.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo, la infracción del art. 137.6 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), al considerar que la demandante precisa de la ayuda de tercera persona para realizar los actos mas esenciales de la vida.

Dispone el art 136 de la LGSS que:“En la modalidad contributiva, es incapacidad 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 previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo Véase RD 1300/1995, de 21 julio, por el que se desarrolla, en materia de Incapacidades Laborales del Sistema de la Seguridad Social, la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social..”. Por su parte, el anterior art. 137.6 de la LGSS de aplicación a falta de desarrollo reglamentario establece que: “Se entenderá por gran invalidez la situación del trabajador afecto de incapacidad permanente y que, por consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite la asistencia de otra persona para los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos Este artículo tendrá una nueva redacción conforme al art. 8.1 Ley 24/1997 de 15 julio, a partir de la entrada en vigor de las disposiciones reglamentarias previstas en su apartado 3, en el plazo de un año, según dispone la disp. trans. 5 bis que también ha añadido a la LGSS dicha norma. Este plazo de entrada en vigor ha sido ampliado por disp. adic. 39 Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.” habiéndose interpretado la Jurisprudencia dicho precepto -Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 1 y 27 de abril, 9 de mayo, 11 de junio, 2 de julio y 23 de diciembre de 1985, 11 y 15 de febrero, 19 de marzo y 15 de diciembre de 1986, 24 de marzo de 1987, 12 de julio de 1988 y 30 de enero de 1989-, en el sentido de que el acto esencial "es el que se encamina a la satisfacción de una necesidad primaria e ineludible para poder fisiológicamente subsistir o para ejecutar los actos indispensables en la guarda de la dignidad, higiene y decoro que corresponde a la humana convivencia", admitiéndose también por la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sentencias de 15 de diciembre de 1986, 1 de octubre de 1987, 18 y 23 de marzo de 1988 y 30 de enero y 12 de julio de 1989-, que la enumeración que efectúa el citado precepto de los actos esenciales de la vida es meramente enunciativa y que ha de entenderse que basta la imposibilidad de realizar uno de dichos actos para que, requiriéndose la necesidad de ayuda externa, sin que sea exigible que ésta sea continuada, concurren los presupuestos necesarios para la aplicación del precepto legal.

Los hechos probados, que no se han conseguido modificar describen el supuesto a enjuiciar. Se trata de una trabajadora, nacida el día 7-05-77, con profesión habitual de Ayudante repasadora, por el INSS con fecha 28-04-10 se acordó declararla en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual. La actora presenta, como dolencias físicas más significativas: Crisis parciales con generalización secundaria. Cefaleas. Depresión. Retraso psicomotor encuadrable en SD de disfunción cerebral primaria, de evolución crónica, con las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: Debe evitar actividades con riesgo de accidentabilidad. Añade la sentencia que: “En las alegaciones de la actora, en la solicitud de la Incapacidad permanente, se hace constar “ No capacitada para actividades con riesgo ni de tomar decisiones espontáneas, posiblemente si para actividades muy simples y con supervisión, y que la actora puede vestirse pero hay que prepararle la ropa, la alimentación e higiene, si que ejecuta pero tiene que ser supervisada, hay actividades de la vida ordinaria que las tiene anulada, ducha no podría hacerla sola, cuidado del hogar, compra tampoco, mecanismo de autoprotección, conducta social, autosuficiencia psíquica que es dependiente de su familia, la mayoría de las tareas le supervise.

Pues bien, aun cuando no haya prosperado el motivo anterior, la sentencia la describe que la actora tiene que ser supervisada para comer y sobre todo para el aseo, no puede ducharse sola y necesita que le sea preparada la ropa para vestirse, así como que tiene anulada actividades de la vida diaria: ducha no podría hacerla sola, cuidado del hogar, compra tampoco, mecanismo de autoprotección, conducta social, autosuficiencia psíquica que es dependiente de su familia, la mayoría de las tareas le supervise, y aunque es cierto que la situación de dependencia según se infiere del ATS de 31 de mayo de 2011 (rec. 3444/2010) por si sola no origina el complemento de GI, en el caso es precisa la ayuda de otra persona para que la actora realice alguno de los actos esenciales de la vida, pues su dependencia es fundamentalmente intelectual, lo que ocasiona la necesidad de constante supervisión, por lo que debe estimarse el recurso.

En la sentencia no constan los datos precisos para determinar el complemento de pensión para la persona que ayuda al incapaz, que como hemos explicado en la sentencia de esta Sala de fecha 13 de septiembre de 2011 (rec. 965/2011), a partir de la Ley 40/2007, puede derivar de una IPT o una IPA: “La gran invalidez ya no es tanto un grado autónomo sino más bien un plus prestacional ligado a cualquier incapacidad permanente cuando se constate la necesidad de ayuda de un tercero”, porque aunque en el hecho octavo se determine la base reguladora y, la fecha de efectos, no se dicen cuales fueran las bases mínimas, ni la base de cotización de la actora para concretar el complemento que describe el art. 2.3 de la Ley 40/2007 que modifica el art. 139.4 de la LGSS, en la interpretación dada por la STS de 16 de junio de 2010 (rec. 3774/2009), confirmada por la STS de 29 de septiembre de 2011 (re.3742/2010), con lo que necesariamente el complemento deberá calcularse en la ejecución de sentencia, visto además que tanto en la demanda como en el suplico del recurso se pide la declaración de estar afecta de GI y la condena a percibir la prestación correspondiente sin determinación de su cuantía que no fue discutida en la instancia ni en el recurso.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M.V.P.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia en fecha 15 de julio de 2011; y, en consecuencia, revocamos la sentencia y estimamos la demanda de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando a la demandante afecta de Gran Invalidez, con derecho a percibir la prestación consistente en el 100% de la base reguladora de 609,30 € y el complemento destinado a retribuir a la persona que la asista para realizar los actos mas esenciales de la vida, que se determinará en ejecución, condenando a la Entidad Gestora demandada a estar y pasar por esta declaración y a abonar a la actora la prestación derivada de la situación declarada.

Sin costas.

Sentencia núm. 310, de 31 de enero de 2012

Materia: Despido improcedente. Extinción de la relación laboral al no ser posible la readmisión por cierre de la empresa. Cuantificación de la indemnización por despido. Cálculo fecha antigüedad. Sucesión de contratos.

Juzgado: Estima en parte la demanda declarando improcedente el despido y extinguida la relación laboral con la empresa por encontrarse ésta cerrada y sin actividad.

Sala: Estima el recurso declarando mayor antigüedad de la trabajadora. Se fija una nueva indemnización al computarse una mayor antigüedad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la pretensión actora y declaró a improcedencia del despido de fecha 30 de noviembre de 2010 llevado a cabo por la empresa L.E. y no siendo posible la readmisión por encontrarse la empresa cerrada y sin actividad, declaró extinguida la relación laboral con fecha de efectos de la sentencia de instancia, condenando a la empresa a abonar a la trabajadora las cantidades que indica por el concepto de indemnización y salarios de tramitación y con absolucón de las demás empresas, interpone recurso de suplicación la parte actora, y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto interesa una nueva redacción para el hecho probado primero con el siguiente texto:

La trabajadora demandante doña J.G.R. con DNI nº. X cuyas circunstancias personales constan en el encabezamiento de la demanda recorta de las presentes actuaciones, ha venido prestando servicios como limpiadora por cuenta y orden de las empresas demandadas, en virtud de las siguientes contrataciones:

- *En X. S.L, desde el 21 de septiembre de 1996 (contrato a tiempo parcial más dos prórrogas-folios 55 y ss).*
- *En Y SL, desde el 1 de julio de 1996 al 20 de septiembre de 1.996 (contrato de duración determinada a tiempo parcial folios 60 y 61)*
- *En Y, S.L. desde el 1 de octubre de 1996 al 21 de diciembre de 1.998 (contrato de duración determinada a tiempo parcial-folios 62 y ss)*
- *En Z. SL. Desde el 3 al 31 de diciembre de 1998 (contrato a tiempo parcial según la vida laboral-folio 53)*

- *En Z. SL. Desde el uno de enero al uno de julio de 1999 (contrato a tiempo parcial según la vida laboral-folio 53)*
- *En Z. SL. Desde el 1 de septiembre de 1999 al 28 de enero de 2004 (conversión de contrato temporal a indefinido a tiempo parcial-folios 69 y 70)*
- *En Z. SL desde el treinta de marzo de 2004 de 2004 al 15 de septiembre de 2006 desde el treinta de marzo de 2004 al 15 de septiembre de 2006 (contrato indefinido a tiempo parcial según la vida laboral-folio 53)*
- *En Z. SL. Desde el 16 de septiemb4re de 2006 al dos de noviembre de 2.006 (contrato indefinido a tiempo parcial según la vida laboral folio 53)*
- *EN ZZ. SL desde el 3 de noviembre de 2006 al treinta y uno de octubre de 2008 (contrato indefinido a tiempo parcial según la vida laboral-*
- *En X. S.L. desde el uno de diciembre de 2008 al treinta de noviembre de 2.010 (contrato indefinido a tiempo parcial según la vida laboral –folio 53).*

El Salario percibido ascendía a la suma de 434,82 €.

A lo que debe accederse 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 44 y 15, c) del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia sobre el computo de la antigüedad, que debe efectuarse en el presente supuesto desde el primer contrato celebrado aunque exista interrupción de veinte días o de mas días cuando se entiende que no ha habido disolución del vinculo laboral. Que los periodos en que se percibió subsidio por desempleo coincidió con la prestación de servicios para otra empresa ya que se trata de un contrato a tiempo parcial, y que desde el inicio de la relación 21-9-1995 debe computarse la antigüedad y establecer el cálculo de la indemnización procedente, al no haberse interrumpido en momento alguno el vinculo laboral.

Como resulta de los hechos declarados probados tanto de los debidamente establecidos en la premisa histórica como de los impropiaamente asentados en la resultancia fáctica con valor de hecho probado, con las variaciones admitidas, la antigüedad de la actora en la relación laboral mantenida con la empresa X. SL debe computarse desde el inicio 21 de septiembre de 1995, por cuanto se han ido sucediendo sin solución de continuidad sucesivos contratos de trabajo a tiempo parcial con varias empresas que si bien en el tráfico mercantil y jurídico aparecían como mercantiles independientes, de hecho funcionaban como una sola empresa dedicada a la actividad de limpieza, siendo todas ellas propiedad del matrimonio formado por J.M.B. y F.L.A.

pasando la trabajadora de una empresa a otra, por lo que cabe concluir que nos encontramos ante una única relación habiéndose producido una sucesión empresarial, si bien no transparente, sin que la unidad del vínculo quedase rota por la prestación de trabajo para otras empresas ni por el percibo de la prestación por desempleo, ya que la actividad en la empresa demandada se realizaba a tiempo parcial y por lo tanto era susceptible de trabajar para otra empresa y percibir la correspondiente prestación por desempleo, que en nada incidía en la persistencia de la relación laboral con la empresa demandada. Y si bien entre el contrato que finalizó el 1 de julio de 1999 y el siguiente iniciado el 1 de septiembre de 1999, mediaron más de veinte días, este intervalo no rompe la unidad esencial del vínculo por cuanto se trata de una sucesión de contratos reiterada y de un periodo entre contratos de dos meses, que tampoco constituye un lapso temporal excesivo si nos atenemos a la vida de la relación laboral y para entender que se ha roto el vínculo.

Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia, estableciendo que en función de la antigüedad reconocida de 21 de septiembre de 1995 la indemnización debe ascender a 10.269,79 euros en lugar de la reconocida en la sentencia impugnada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora Doña J.G.R., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Ocho de los de Valencia, de fecha 30 de junio de 2.011 a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su consecuencia debemos declarar y declaramos que la antigüedad de la trabajadora actora debe computarse desde el 21/09/1995, y por lo tanto la indemnización que le corresponde asciende a 10.269,79 euros. Manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

Sentencia núm. 512, de 21 de febrero de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de entidad financiera. El actor obtiene un préstamo hipotecario en determinadas condiciones que se modificarían en el supuesto de de excedencia o cese voluntario y de despido procedente del trabajador. El actor es despedido por motivos disciplinarios resultando éste improcedente. Acuerdo interno y normativa bancaria en la concesión de préstamos hipotecarios a trabajadores de entidades de crédito. Retrocesión de cantidad indebidamente cobrada. Admisibilidad del recurso.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la demandada a abonar al actor determinada cantidad correspondientes a la retrocesión de intereses del préstamo y a modificar el diferencial aplicable en lo sucesivo para fijarlo en otro más ventajoso.

Sala: Inadmite el recurso de la parte recurrente por razón de la cuantía, declarando la nulidad de las actuaciones practicadas en la tramitación del mismo, confirmando la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la entidad bancaria demandada la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por don A.F.C. y le condenó a abonarle la cantidad de 794,89 euros, en concepto de retrocesión de intereses del periodo comprendido entre el mes de abril de 2009 y el mismo mes del 2010 por el préstamo hipotecario formalizado entre ambos, así como a modificar el diferencial aplicable en lo sucesivo para fijarlo en el euribor más 0 puntos.

2. El escrito de recurso contiene dos motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1995 –cuya aplicación al presente litigio se deriva de la disposición transitoria segunda de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social-. Se denuncia en el primero la aplicación del artículo 28.4.10 del Acuerdo interno de 10 de mayo de 2002, así como de la norma interna de la entidad bancaria llamada “préstamo adicional”. Sostiene la recurrente que el segundo préstamo que le fue concedido al actor no tiene la consideración de “adicional” pues le fue concedido en su condición de cliente y no de empleado. Y en el segundo motivo se plantea, con carácter subsidiario para el caso de que no se estimara el primer motivo, que con el despido, el actor dejó de ser empleado de X. “y, por tanto, dejó de aplicársele el convenio colectivo de referencia”.

3. Planteado el proceso y el recurso en estos términos, lo primero que debemos valorar como cuestión previa es si la sentencia de instancia es o no recurrible

en suplicación, toda vez que estamos ante una materia que delimita la propia competencia funcional de esta Sala y, por lo tanto, ante una cuestión de derecho necesario por afectar al orden público del proceso.

El artículo 189.1 LPL de 1995 establece la regla general en materia recurribilidad de las resoluciones dictadas por los Juzgados de lo Social, e impide el acceso al recurso de suplicación en aquellos casos en que la cuantía de lo reclamado no exceda de 1.803,04 euros. Ahora bien, como ha señalado, entre otras, la STS de 5 de noviembre de 2007 (rcud.1957/2006), “Este precepto establece una regla general de acceso a la suplicación en función de la cuantía litigiosa en la medida en que dicho acceso queda reservado a los litigios cuya cuantía excede de 300.000 pesetas (1803 €); regla que se completa con otras dos especiales en función de las cuales determinadas controversias quedan excluidas de recurso y otros acceden a él con independencia de la cuantía. Pero no hay referencia en estas normas a las pretensiones meramente declarativas o a las de condena no dineraria. Para suplir esta laguna la Sala ha precisado que cuando se trata de acciones declarativas o de acciones de condena que no tienen un contenido dinerario directo, para determinar la procedencia o no del recurso hay que estimar el valor económico del litigio a efectos de la aplicación del límite cuantitativo del artículo 189 de la LPL. En este sentido se pronunciaron ya en casación común las Sentencias de 4 de marzo de 1986 y 26 de octubre de 1990. Más recientemente la Sentencia de 26 de febrero de 2001, con cita de la de 20 de noviembre de 1998, señala que cuando se ejerciten acciones sin contenido dinerario directo e inmediato para fijar su valor cuantitativo ha de estarse a “los efectos económicos normales del agente generador, o dicho de otra manera, a los efectos económicos que puede alcanzar el cumplimiento de la declaración”, recurriendo cuando fuera precisa a la técnica de la “anualización” de ese importe que es también la que continúa rigiendo en materia de Seguridad Social (Sentencias de 30 de enero de 2002 y 15 de junio de 2004, entre otras)”.

4. Pues bien, siguiendo esta doctrina cabe concluir que tampoco aquí el valor económico de la pretensión ejercitada supera el umbral de acceso al recurso, pues como ya hemos señalado el importe reclamado en la demanda –y reconocido en sentencia- asciende a 794,89 euros, correspondiente a lo adeudado por la empresa por el concepto de retrocesión de intereses abonados en una anualidad. Por tanto, siendo ello así y no constando que la cuestión litigiosa tenga una afectación general, dado que se trata de un supuesto muy vinculado a las vicisitudes particulares por las que ha atravesado la relación laboral del actor, procede inadmitir el presente recurso.

SEGUNDO.- 1. De acuerdo con la doctrina jurisprudencial expresada, entre otras, en las SSTS 26-11-2003 (recurso 4863/2002) y 31-5-2005 (recurso 2881/2004), no procede condenar en costas a la empresa recurrente, toda vez que no ha sido posible examinar la cuestión de fondo planteada en el recurso, por lo que no existe la parte “vencida” en el recurso, a que alude el artículo 233.1 LPL.

2. Asimismo, se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir, así como la afectación del importe de la condena que se consignó para recurrir al cumplimiento de la sentencia.

FALLO

Inadmitimos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa X.- contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Valencia y su provincia de fecha 10 de marzo de 2011; y en consecuencia declaramos la nulidad de las actuaciones practicadas en la tramitación del mismo y la firmeza de la sentencia recurrida.

Se acuerda la devolución del depósito constituido para recurrir, así como la afectación del importe de la condena que se consignó para recurrir al cumplimiento de la sentencia

Sin costas.

Sentencia núm. 519, de 21 de febrero de 2012

Materia: Despido. Trabajadora al servicio de entidad bancaria. La actora solicita una excedencia voluntaria por un año, concediéndosele prórroga por otro año más. Con posterioridad a la extinción de la prórroga la actora solicita nuevo periodo de excedencia por dos años. La empresa le comunica que no se le concede al haber quedado extinguido su vínculo laboral, al no haberse incorporado a su puesto de trabajo en tiempo y forma. Circunstancias personales impiden el ingreso de la trabajadora. La actora presenta conciliación y posterior demanda por despido. Procedencia.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente el despido, condenando a la demandada a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido (inclusive la excedencia voluntaria), o a la indemnización correspondiente, advirtiéndose a las partes que se declarará extinguida la relación laboral en el supuesto que la empresa opte en tiempo y forma por la indemnización, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al FOGASA.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las razones personales que justifican la presentación extemporánea de la prórroga, no pueden condicionar la duración de la excedencia. La actora solicita la prórroga cuando el último periodo de excedencia ya ha concluido. No puede ser estimada la demanda solicitando la improcedencia del despido o renovación de prórroga.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la demandada Caja X., la sentencia que ha declarado ser despido improcedente la comunicación de fecha 8-11-2010, y la ha condenado con las legales consecuencias que de ello se deriva.

El recurso se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se solicita la modificación del relato probado según se pasa a exponer:

1.- Interesa en primer lugar la adición al hecho segundo del dato de que desde la situación de excedencia en la entidad X. la actora presta servicios en el Colegio S.F. hasta la actualidad, lo que así consta en el folio 34, vida laboral, y se estima.

2.- Seguidamente propone que se introduzca en el hecho tercero la matización que se refleja en la carta enviada por la empresa a la trabajadora demandante de fecha 20-10-08 a que se refiere el hecho combatido relativa a que la prórroga de la excedencia debía ser solicitada con un plazo de antelación de quince días y la reincorporación con el de un mes, lo que así consta en la referida carta (folio 99 y 100) y también se admite.

3.- A continuación quiere perfilar el hecho cuarto con el dato de que la solicitud de prórroga de 25 de noviembre de 2009 se efectuó fuera de plazo, lo que es una deducción cierta por lo que no es preciso que figure en los hechos, y se admite en los fundamentos jurídicos; y la sustitución de la frase “no consta que la empresa notificase a la actora nada en contestación a su petición”, por la de “no consta la recepción por la actora de la contestación de la empresa a dicha petición”, lo que siendo lo mismo a los efectos que interesan se rechaza.

4.- Solicita el recurso que se añada a la sentencia un hecho nuevo que ocuparía el ordinal decimoprimeros pasando el actual a ocupar el decimosegundo que diga: “X. desconocía las circunstancias personales expuestas en los hechos noveno y décimo por las que según la actora no pudo pedir el reingreso en plazo”, lo que no se desprende de los documentos relacionados en el recurso (folio 104 y 106), y es un hecho negativo que no tiene cabida en los hechos por lo que se desestima.

5.- Todavía interesa el recurso que se añada un nuevo hecho decimosegundo con el siguiente tenor: “El Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro 2007/2010 aplicable a la empresa demandada X. establece en su art. 57.1 que las prórrogas de las excedencias voluntarias deberán ser solicitadas, el menos, con quince días de antelación al término del disfrute de la excedencia inicial o de sus prórrogas. A su vez en el punto 5 de dicho artículo se indica que los excedentes voluntarios deberán solicitar el reingreso en el último mes del plazo de duración de su excedencia y los que no lo hagan perderán todos sus derechos.”, con apoyo en el Convenio. Al no ser necesario que conste en los hechos la normativa aplicable se desestima la adición propuesta.

6.- Por último, solicita la supresión de los hechos noveno y décimo donde figuran circunstancias personales no previstas en las normas como condicionante de ejercicio de los derechos, lo que tampoco procede admitir al no señalar el recurso prueba que acredite el error en el contenido de los datos afirmados en los hechos combatidos.

SEGUNDO.- Con amparo en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo de recurso, la infracción de los arts. 82.2, 85 y 46.6 del Estatuto de los Trabajadores y la de los arts. 57.1 y 57.5 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro 2007/2010. Considera el recurso que no corresponde a la Magistrado de Instancia valorar la mayor o menor oportunidad o acierto de los requisitos establecidos en la norma colectiva ni las circunstancias personales de los trabajadores, debiendo decidir de conformidad con el marco legal. Alega sentencias de distintos TSJ en apoyo de su tesis que amplía en el sentido de que incluso en los supuestos en los que se solicita una prórroga y la empresa no contesta, es preciso para poder mantenerse en la situación de excedencia voluntaria el reconocimiento de la empresa, por lo que el trabajador debe ejercitar la acción judicial

oportuna, no siendo posible que a modo de autotutela de sus derechos se decida unilateralmente concederse la situación de excedencia un año mas, añadiendo la infracción de la jurisprudencia contenida en las STS de 5-7-1990 y 18-9-2002 y el razonamiento de que la actora desde que le fue concedida la excedencia está trabajando en el Colegio S.F. y que los requisitos previstos en el Convenio no suponen un sacrificio para el trabajador mas allá de lo razonable, pues con un simple correo electrónico de una línea, con la antelación prevista en la norma convencional, como el enviado otras veces, se hubiera evitado la perdida del derecho, siendo una exigencia indispensable para facilitar el funcionamiento de la empresa.

Los hechos probados de la sentencia describen el supuesto a enjuiciar. Se trata de una trabajadora que inició una excedencia voluntaria el 6-11-07, habiéndose interesado dicha excedencia telefónicamente con envió de un mensaje de correo electrónico el 23-10-07 para que se tramitase por el periodo de un año. El 26-10-07 la empresa se la concedió hasta el 5-11-08, recordándole que debía solicitar su prórroga o reincorporación al servicio activo con 15 días de antelación en el primer caso y durante el último mes de plazo en el segundo; se ha añadido que desde la situación de excedencia en la entidad X. presta servicios en el Colegio S.F.. Continúa diciendo la sentencia que el 16-10-07 la actora recibió un mensaje vía e-mail de D^a. L.LI, de la Oficina de Atención al Empleado, advirtiéndole de la fecha de finalización de su excedencia y de que debía comunicar su intención de prórroga, contestando en la misma fecha que continuaba en excedencia un año más. Por carta fechada al 20-10-08 la empresa le concedió tal prórroga hasta el 5-11-09, recordándole que debía solicitar y comunicar de manera inexcusable y de forma expresa y fehaciente su prórroga o reincorporación, ya que de no hacerlo así perdería sus derechos y vínculos laborales con la institución. El 25-11-09 la actora solicitó al Departamento de Relaciones laborales, por e-mail, la prórroga de su excedencia, manifestando que debía haberla formulado hacía un mes pero que, por cuestiones personales, no había podido hacerlo. No consta que la empresa notificase a la actora nada en contestación a dicha petición. El 9-10-10 la actora solicitó por burofax a la empresa la prórroga de su excedencia voluntaria por el periodo de dos años. La empresa le contestó el 8-11-10 que no procedía su petición al haber quedado extinguido el vínculo laboral con la entidad X., afirmando que ello le fue comunicado por escrito el 9-12-09, cuya copia se le adjuntaba. Dicho burofax se entregó a la actora el 16-11-10.

La sentencia recurrida después de declarar probado que el padre de la actora falleció el 13-12-09, con asistencia a domicilio en el último periodo de su enfermedad y que en mayo de 2009 la actora se encontraba gestante de primer trimestre con amenaza de aborto, recomendándosele reposo, dando a luz el 29-12-09; habiendo permanecido ingresada del 13 al 16-11-09, razona para declarar despido improcedente la comunicación de 8-11-10 de la empresa que declara extinguida la relación laboral, en esencia, que aunque la actora solicitara prórroga el 25-11-09, una vez vencido el plazo el 5-11-09, la acción no está caducada al haberse planteado por la trabajadora en el plazo previsto en el art. 59,3 E.T. una vez que la empresa le notificó el 16-11-10 su intención de no persistir en el vínculo y que el retraso de la actora de 20 días en la renovación de su situación de prórroga, vistas las graves circunstancias personales y familiares que lo motivaron, permite excluir ningún abandono voluntario de la relación laboral por su parte; y que, con independencia del poder disciplinario que, en su caso, habría podido ejercer la empresa por tal demora, lo cierto es que la aplicación de la regulación contenida en el art. 57,5 del convenio de empresa (B.O.E. de 10-3-09) no

puede desconocer las condiciones y dificultades del trabajador para el cumplimiento de sus obligaciones en cada momento, vista la situación existente en cada caso concreto, ni presumir en abstracto una voluntad dimisionaria que desmienten tales circunstancias.

TERCERO.- Planteado y resuelto la cuestión controvertida en los términos expuestos, desde ahora se anticipa que el recurso debe prosperar. La doctrina del Tribunal Supremo viene señalando ya desde la sentencia de 11 de diciembre de 2003 (rec. 43/2003), reiterada por la de 23 de julio de 2010 (rec. 95/2010) y la de 20 de junio de 2011 (rec. 2366) que: “la excedencia voluntaria constituye un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo que, al igual que los demás supuestos de suspensión reflejados en el art. 45 ET constituye una alteración de la normalidad laboral y como tal alteración exige que las normas que regulan su ejercicio sean interpretadas en su estricto sentido. En concreto el art. 46.2 ET está reconociendo el derecho de los trabajadores con al menos una antigüedad en la empresa de un año a pasar a tal situación por un período opcional de entre dos y cinco años, aceptando que este derecho pueda ser ejercitado tan solo otra vez cuando hayan transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

Los términos en que el legislador se expresa en dicho precepto legal están reconociendo al trabajador el derecho a una excedencia cuyo período es de libre elección por él, pero no permiten aceptar que una vez elegido dicho período pueda ser alterado de forma unilateral por el propio trabajador. En efecto, el hecho de que el legislador haya aceptado la posibilidad de que la excedencia pueda alcanzar una duración de entre dos y cinco años supone reconocer al trabajador un derecho a suspender su relación laboral con la empresa en función de sus intereses personales, laborales o familiares, pero no lleva implícito el que esa adecuación de sus intereses se haga sin tener en cuenta para nada los intereses de la empresa, pues, ésta, una vez concedida la excedencia por el período solicitado tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del período por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente.

Aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar una prórroga de la ya concedida con anterioridad equivale materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera, y ello no parece compatible con las previsiones legales si se tiene en cuenta, como antes se ha dicho, la excepcionalidad de que en un contrato sinalagmático se acepte la posibilidad de su suspensión por la voluntad exclusiva e injustificada de una de las partes".

De esta doctrina ya se infiere que la prórroga de una excedencia no es automática, o lo que es lo mismo debe ser reconocida por la empresa. En el caso examinado en la ya meritada STS de 20 de junio de 2011, se trataba de la solicitud una tercera prórroga y en la STS de 23 de julio de 2010, de una primera prórroga, siendo que en ambos supuestos se habían solicitado antes de expirar la excedencia o en su caso la última prórroga concedida y por periodo inferior al máximo legal.

Sin embargo en este caso, además, la última prórroga se solicita una vez ha expirado el término de la excedencia y prórrogas concedidas, en concreto la trabajadora

deja pasar 20 días, siendo que en estos supuestos resulta claro que, no es tanto porque no se haya observado el plazo de preaviso, que consta en el art. 57.1 del Convenio, sino porque ya ha expirado la causa de suspensión del contrato que se pretende prorrogar, debía haberse desestimado la demanda. En efecto la STS de 18-9-2002 señala respecto a una cláusula convencional de preaviso de solicitud de reingreso del trabajador en excedencia voluntaria, que debe partirse “de los preceptos legales de carácter general que habilitan a los convenios colectivos para regular "las condiciones de trabajo y productividad" (art. 82.2 ET) y "las condiciones de empleo", "dentro del respeto a las leyes" (art. 85.1 ET). Una de estas condiciones de empleo es sin duda la excedencia voluntaria por asuntos propios. Junto a los indicados preceptos legales generales hay que considerar a continuación la habilitación específica para la negociación colectiva contenida en el art. 46.6 ET, que faculta a los representantes de trabajadores y empresarios para acordar colectivamente el "régimen" y los "efectos" de "otros supuestos" de excedencia. Esta mención a "otros supuestos" ha de entenderse referida a las modalidades de excedencia distintas de las contempladas y reguladas con detalle en dicho precepto legal y concordantes (art. 45.1.k. ET y art. 9.1.b. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical), que son la derivada de la designación o elección para cargo público, la excedencia por cuidado de hijos, y la motivada por el ejercicio de determinadas funciones sindicales. Entre estos otros supuestos de excedencia no regulados o insuficientemente regulados en la ley se encuentra la excedencia voluntaria por asuntos propios o por interés particular del trabajador a la que se refiere el presente litigio. El siguiente paso de nuestro razonamiento debe prestar atención al requisito de preaviso de solicitud de reingreso, que es el aspecto concreto de la excedencia voluntaria por asuntos propios cuya regulación convencional se cuestiona. Tal solicitud o petición de reingreso es el acto de ejercicio de la opción de reanudación de la relación de trabajo que tiene el trabajador excedente; y la exigencia de preavisar dicha solicitud tiene su razón de ser en la trascendencia tanto para el trabajador como para la empresa de la decisión notificada, que genera al mismo tiempo el derecho preferente del trabajador a ocupar una plaza vacante y la obligación correspondiente de la empresa de atribuirle al mismo. No se trata, por tanto, de un requisito extraño a la lógica de la institución de la excedencia voluntaria por asuntos propios, sino de una exigencia que facilita el funcionamiento de la misma en uno de sus aspectos cruciales, que es el ejercicio del derecho de reingreso, temporalmente limitado dentro de los márgenes establecidos por la ley y por los convenios colectivos. Es de notar además que, aunque el deber de preaviso en cuestión debe ser cumplido por el trabajador excedente, los efectos del mismo pueden ser beneficiosos para ambas partes de la relación de trabajo. De un lado, durante el plazo de preaviso el empresario está en condiciones de adoptar con un cierto margen de tiempo las medidas oportunas en orden a la reincorporación del trabajador excedente. Por su parte, este último podrá en su caso obtener la ventaja de que le sea asignada la vacante existente en el momento de la notificación anticipada, o la vacante que eventualmente pudiera surgir en el transcurso del período de preaviso, haciendo valer con antelación sobre ellas su derecho de reingreso preferente. A la vista de las consideraciones anteriores sobre la amplia habilitación legal para la regulación colectiva de la excedencia voluntaria por asuntos propios, y sobre la justificación funcional del deber de preaviso a cargo del trabajador excedente que quiere ejercitar la opción de reingreso en la empresa, hemos de llegar a la conclusión de que las partes de la negociación colectiva pueden establecer este requisito de notificación, siempre que establezcan para el mismo una antelación razonable. Queda por ver todavía si el incumplimiento de tal requisito por retraso o presentación extemporánea puede acarrear la pérdida del derecho de reingreso o si ésta es por el contrario una consecuencia ilegal.

La decisión debe ser también aquí que tal regulación se mantiene "dentro del respeto a las leyes" a que están obligados los convenios colectivos. A dicha conclusión conduce el dato normativo de que, según el art. 46.2 del ET, el derecho del trabajador a la excedencia voluntaria no es en principio un derecho de opción de reingreso que el trabajador pueda disfrutar por tiempo indefinido, sino un derecho que se concede y se obtiene con el límite temporal de un período determinado, fijados en principio por las partes del contrato dentro de los límites y reglas legales y convencionales. En este contexto legal no parece exorbitante o desproporcionado que los representantes de los trabajadores y empresarios anuden a la inobservancia del preaviso de solicitud de reingreso tal consecuencia de pérdida de la opción al reingreso, en cuanto que ésta es conocida por el trabajador, no afecta sensiblemente al período de excedencia acordado, y no desvirtúa en fin una facultad legal que ya de por sí ha de ejercitarse dentro de un período limitado más o menos extenso, y que precluye después de su agotamiento. Es cierto que se podría también haber establecido una consecuencia menos enérgica. Pero no corresponde a la jurisdicción valorar la mayor o menor oportunidad o acierto de las normas colectivas, sino solamente verificar su atenuamiento al marco legal".

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, el recurso como se anticipaba debe prosperar, ya que las razones personales que justifican según la sentencia la presentación extemporánea de la prórroga, no pueden condicionar la duración de la excedencia, la actora solicitó la última prórroga el 25-11-09, cuando la situación de excedencia concedida había ya concluido el 5-11-09, por lo que en atención, además, a lo pactado en norma convencional, la demanda solicitando que se declare "la improcedencia del despido o la renovación de la prórroga", no podía ser estimada, y se impone la revocación de la sentencia.

CUARTO.- 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 X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Alicante, de fecha 12 de abril de 2011; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de doña M.R.M.M. contra la recurrente, absolviendo a esta última de las pretensiones contra la misma formuladas.

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. 519, de 21 de febrero de 2012

Materia: Despido. Trabajadora al servicio de entidad bancaria. La actora solicita una excedencia voluntaria por un año, concediéndosele prórroga por otro año más. Con posterioridad a la extinción de la prórroga la actora solicita nuevo periodo de excedencia por dos años. La empresa le comunica que no se le concede al haber quedado extinguido su vínculo laboral, al no haberse incorporado a su puesto de trabajo en tiempo y forma. Circunstancias personales impiden el ingreso de la trabajadora. La actora presenta conciliación y posterior demanda por despido. Procedencia.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente el despido, condenando a la demandada a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido (inclusive la excedencia voluntaria), o a la indemnización correspondiente, advirtiéndose a las partes que se declarará extinguida la relación laboral en el supuesto que la empresa opte en tiempo y forma por la indemnización, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder al FOGASA.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las razones personales que justifican la presentación extemporánea de la prórroga, no pueden condicionar la duración de la excedencia. La actora solicita la prórroga cuando el último periodo de excedencia ya ha concluido. No puede ser estimada la demanda solicitando la improcedencia del despido o renovación de prórroga.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la demandada Caja X., la sentencia que ha declarado ser despido improcedente la comunicación de fecha 8-11-2010, y la ha condenado con las legales consecuencias que de ello se deriva.

El recurso se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se solicita la modificación del relato probado según se pasa a exponer:

1.- Interesa en primer lugar la adición al hecho segundo del dato de que desde la situación de excedencia en la entidad X. la actora presta servicios en el Colegio S.F. hasta la actualidad, lo que así consta en el folio 34, vida laboral, y se estima.

2.- Seguidamente propone que se introduzca en el hecho tercero la matización que se refleja en la carta enviada por la empresa a la trabajadora demandante de fecha 20-10-08 a que se refiere el hecho combatido relativa a que la prórroga de la excedencia debía ser solicitada con un plazo de antelación de quince días y la reincorporación con el de un mes, lo que así consta en la referida carta (folio 99 y 100) y también se admite.

3.- A continuación quiere perfilar el hecho cuarto con el dato de que la solicitud de prórroga de 25 de noviembre de 2009 se efectuó fuera de plazo, lo que es una deducción cierta por lo que no es preciso que figure en los hechos, y se admite en los fundamentos jurídicos; y la sustitución de la frase “no consta que la empresa notificase a la actora nada en contestación a su petición”, por la de “no consta la recepción por la actora de la contestación de la empresa a dicha petición”, lo que siendo lo mismo a los efectos que interesan se rechaza.

4.- Solicita el recurso que se añada a la sentencia un hecho nuevo que ocuparía el ordinal decimoprimeros pasando el actual a ocupar el decimosegundo que diga: “X. desconocía las circunstancias personales expuestas en los hechos noveno y décimo por las que según la actora no pudo pedir el reingreso en plazo”, lo que no se desprende de los documentos relacionados en el recurso (folio 104 y 106), y es un hecho negativo que no tiene cabida en los hechos por lo que se desestima.

5.- Todavía interesa el recurso que se añada un nuevo hecho decimosegundo con el siguiente tenor: “El Convenio Colectivo de las Cajas de Ahorro 2007/2010 aplicable a la empresa demandada X. establece en su art. 57.1 que las prórrogas de las excedencias voluntarias deberán ser solicitadas, el menos, con quince días de antelación al término del disfrute de la excedencia inicial o de sus prórrogas. A su vez en el punto 5 de dicho artículo se indica que los excedentes voluntarios deberán solicitar el reingreso en el último mes del plazo de duración de su excedencia y los que no lo hagan perderán todos sus derechos.”, con apoyo en el Convenio. Al no ser necesario que conste en los hechos la normativa aplicable se desestima la adición propuesta.

6.- Por último, solicita la supresión de los hechos noveno y décimo donde figuran circunstancias personales no previstas en las normas como condicionante de ejercicio de los derechos, lo que tampoco procede admitir al no señalar el recurso prueba que acredite el error en el contenido de los datos afirmados en los hechos combatidos.

SEGUNDO.- Con amparo en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo de recurso, la infracción de los arts. 82.2, 85 y 46.6 del Estatuto de los Trabajadores y la de los arts. 57.1 y 57.5 del Convenio Colectivo de Cajas de Ahorro 2007/2010. Considera el recurso que no corresponde a la Magistrado de Instancia valorar la mayor o menor oportunidad o acierto de los requisitos establecidos en la norma colectiva ni las circunstancias personales de los trabajadores, debiendo decidir de conformidad con el marco legal. Alega sentencias de distintos TSJ en apoyo de su tesis que amplía en el sentido de que incluso en los supuestos en los que se solicita una prórroga y la empresa no contesta, es preciso para poder mantenerse en la situación de excedencia voluntaria el reconocimiento de la empresa, por lo que el trabajador debe ejercitar la acción judicial

oportuna, no siendo posible que a modo de autotutela de sus derechos se decida unilateralmente concederse la situación de excedencia un año mas, añadiendo la infracción de la jurisprudencia contenida en las STS de 5-7-1990 y 18-9-2002 y el razonamiento de que la actora desde que le fue concedida la excedencia está trabajando en el Colegio S.F. y que los requisitos previstos en el Convenio no suponen un sacrificio para el trabajador mas allá de lo razonable, pues con un simple correo electrónico de una línea, con la antelación prevista en la norma convencional, como el enviado otras veces, se hubiera evitado la perdida del derecho, siendo una exigencia indispensable para facilitar el funcionamiento de la empresa.

Los hechos probados de la sentencia describen el supuesto a enjuiciar. Se trata de una trabajadora que inició una excedencia voluntaria el 6-11-07, habiéndose interesado dicha excedencia telefónicamente con envió de un mensaje de correo electrónico el 23-10-07 para que se tramitase por el periodo de un año. El 26-10-07 la empresa se la concedió hasta el 5-11-08, recordándole que debía solicitar su prórroga o reincorporación al servicio activo con 15 días de antelación en el primer caso y durante el último mes de plazo en el segundo; se ha añadido que desde la situación de excedencia en la entidad X. presta servicios en el Colegio S.F.. Continúa diciendo la sentencia que el 16-10-07 la actora recibió un mensaje vía e-mail de D^a. L.LI, de la Oficina de Atención al Empleado, advirtiéndole de la fecha de finalización de su excedencia y de que debía comunicar su intención de prórroga, contestando en la misma fecha que continuaba en excedencia un año más. Por carta fechada al 20-10-08 la empresa le concedió tal prórroga hasta el 5-11-09, recordándole que debía solicitar y comunicar de manera inexcusable y de forma expresa y fehaciente su prórroga o reincorporación, ya que de no hacerlo así perdería sus derechos y vínculos laborales con la institución. El 25-11-09 la actora solicitó al Departamento de Relaciones laborales, por e-mail, la prórroga de su excedencia, manifestando que debía haberla formulado hacía un mes pero que, por cuestiones personales, no había podido hacerlo. No consta que la empresa notificase a la actora nada en contestación a dicha petición. El 9-10-10 la actora solicitó por burofax a la empresa la prórroga de su excedencia voluntaria por el periodo de dos años. La empresa le contestó el 8-11-10 que no procedía su petición al haber quedado extinguido el vínculo laboral con la entidad X., afirmando que ello le fue comunicado por escrito el 9-12-09, cuya copia se le adjuntaba. Dicho burofax se entregó a la actora el 16-11-10.

La sentencia recurrida después de declarar probado que el padre de la actora falleció el 13-12-09, con asistencia a domicilio en el último periodo de su enfermedad y que en mayo de 2009 la actora se encontraba gestante de primer trimestre con amenaza de aborto, recomendándosele reposo, dando a luz el 29-12-09; habiendo permanecido ingresada del 13 al 16-11-09, razona para declarar despido improcedente la comunicación de 8-11-10 de la empresa que declara extinguida la relación laboral, en esencia, que aunque la actora solicitara prórroga el 25-11-09, una vez vencido el plazo el 5-11-09, la acción no está caducada al haberse planteado por la trabajadora en el plazo previsto en el art. 59,3 E.T. una vez que la empresa le notificó el 16-11-10 su intención de no persistir en el vínculo y que el retraso de la actora de 20 días en la renovación de su situación de prórroga, vistas las graves circunstancias personales y familiares que lo motivaron, permite excluir ningún abandono voluntario de la relación laboral por su parte; y que, con independencia del poder disciplinario que, en su caso, habría podido ejercer la empresa por tal demora, lo cierto es que la aplicación de la regulación contenida en el art. 57,5 del convenio de empresa (B.O.E. de 10-3-09) no

puede desconocer las condiciones y dificultades del trabajador para el cumplimiento de sus obligaciones en cada momento, vista la situación existente en cada caso concreto, ni presumir en abstracto una voluntad dimisionaria que desmienten tales circunstancias.

TERCERO.- Planteado y resuelto la cuestión controvertida en los términos expuestos, desde ahora se anticipa que el recurso debe prosperar. La doctrina del Tribunal Supremo viene señalando ya desde la sentencia de 11 de diciembre de 2003 (rec. 43/2003), reiterada por la de 23 de julio de 2010 (rec. 95/2010) y la de 20 de junio de 2011 (rec. 2366) que: “la excedencia voluntaria constituye un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo que, al igual que los demás supuestos de suspensión reflejados en el art. 45 ET constituye una alteración de la normalidad laboral y como tal alteración exige que las normas que regulan su ejercicio sean interpretadas en su estricto sentido. En concreto el art. 46.2 ET está reconociendo el derecho de los trabajadores con al menos una antigüedad en la empresa de un año a pasar a tal situación por un período opcional de entre dos y cinco años, aceptando que este derecho pueda ser ejercitado tan solo otra vez cuando hayan transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia.

Los términos en que el legislador se expresa en dicho precepto legal están reconociendo al trabajador el derecho a una excedencia cuyo período es de libre elección por él, pero no permiten aceptar que una vez elegido dicho período pueda ser alterado de forma unilateral por el propio trabajador. En efecto, el hecho de que el legislador haya aceptado la posibilidad de que la excedencia pueda alcanzar una duración de entre dos y cinco años supone reconocer al trabajador un derecho a suspender su relación laboral con la empresa en función de sus intereses personales, laborales o familiares, pero no lleva implícito el que esa adecuación de sus intereses se haga sin tener en cuenta para nada los intereses de la empresa, pues, ésta, una vez concedida la excedencia por el período solicitado tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del período por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente.

Aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar una prórroga de la ya concedida con anterioridad equivale materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera, y ello no parece compatible con las previsiones legales si se tiene en cuenta, como antes se ha dicho, la excepcionalidad de que en un contrato sinalagmático se acepte la posibilidad de su suspensión por la voluntad exclusiva e injustificada de una de las partes".

De esta doctrina ya se infiere que la prórroga de una excedencia no es automática, o lo que es lo mismo debe ser reconocida por la empresa. En el caso examinado en la ya meritada STS de 20 de junio de 2011, se trataba de la solicitud una tercera prórroga y en la STS de 23 de julio de 2010, de una primera prórroga, siendo que en ambos supuestos se habían solicitado antes de expirar la excedencia o en su caso la última prórroga concedida y por periodo inferior al máximo legal.

Sin embargo en este caso, además, la última prórroga se solicita una vez ha expirado el término de la excedencia y prórrogas concedidas, en concreto la trabajadora deja pasar 20 días, siendo que en estos supuestos resulta claro que, no es tanto porque

no se haya observado el plazo de preaviso, que consta en el art. 57.1 del Convenio, sino porque ya ha expirado la causa de suspensión del contrato que se pretende prorrogar, debía haberse desestimado la demanda. En efecto la STS de 18-9-2002 señala respecto a una cláusula convencional de preaviso de solicitud de reingreso del trabajador en excedencia voluntaria, que debe partirse “de los preceptos legales de carácter general que habilitan a los convenios colectivos para regular "las condiciones de trabajo y productividad" (art. 82.2 ET) y "las condiciones de empleo", "dentro del respeto a las leyes" (art. 85.1 ET). Una de estas condiciones de empleo es sin duda la excedencia voluntaria por asuntos propios. Junto a los indicados preceptos legales generales hay que considerar a continuación la habilitación específica para la negociación colectiva contenida en el art. 46.6 ET, que faculta a los representantes de trabajadores y empresarios para acordar colectivamente el "régimen" y los "efectos" de "otros supuestos" de excedencia. Esta mención a "otros supuestos" ha de entenderse referida a las modalidades de excedencia distintas de las contempladas y reguladas con detalle en dicho precepto legal y concordantes (art. 45.1.k. ET y art. 9.1.b. de la Ley Orgánica de Libertad Sindical), que son la derivada de la designación o elección para cargo público, la excedencia por cuidado de hijos, y la motivada por el ejercicio de determinadas funciones sindicales. Entre estos otros supuestos de excedencia no regulados o insuficientemente regulados en la ley se encuentra la excedencia voluntaria por asuntos propios o por interés particular del trabajador a la que se refiere el presente litigio. El siguiente paso de nuestro razonamiento debe prestar atención al requisito de preaviso de solicitud de reingreso, que es el aspecto concreto de la excedencia voluntaria por asuntos propios cuya regulación convencional se cuestiona. Tal solicitud o petición de reingreso es el acto de ejercicio de la opción de reanudación de la relación de trabajo que tiene el trabajador excedente; y la exigencia de preavisar dicha solicitud tiene su razón de ser en la trascendencia tanto para el trabajador como para la empresa de la decisión notificada, que genera al mismo tiempo el derecho preferente del trabajador a ocupar una plaza vacante y la obligación correspondiente de la empresa de atribuirle al mismo. No se trata, por tanto, de un requisito extraño a la lógica de la institución de la excedencia voluntaria por asuntos propios, sino de una exigencia que facilita el funcionamiento de la misma en uno de sus aspectos cruciales, que es el ejercicio del derecho de reingreso, temporalmente limitado dentro de los márgenes establecidos por la ley y por los convenios colectivos. Es de notar además que, aunque el deber de preaviso en cuestión debe ser cumplido por el trabajador excedente, los efectos del mismo pueden ser beneficiosos para ambas partes de la relación de trabajo. De un lado, durante el plazo de preaviso el empresario está en condiciones de adoptar con un cierto margen de tiempo las medidas oportunas en orden a la reincorporación del trabajador excedente. Por su parte, este último podrá en su caso obtener la ventaja de que le sea asignada la vacante existente en el momento de la notificación anticipada, o la vacante que eventualmente pudiera surgir en el transcurso del período de preaviso, haciendo valer con antelación sobre ellas su derecho de reingreso preferente. A la vista de las consideraciones anteriores sobre la amplia habilitación legal para la regulación colectiva de la excedencia voluntaria por asuntos propios, y sobre la justificación funcional del deber de preaviso a cargo del trabajador excedente que quiere ejercitar la opción de reingreso en la empresa, hemos de llegar a la conclusión de que las partes de la negociación colectiva pueden establecer este requisito de notificación, siempre que establezcan para el mismo una antelación razonable. Queda por ver todavía si el incumplimiento de tal requisito por retraso o presentación extemporánea puede acarrear la pérdida del derecho de reingreso o si ésta es por el contrario una consecuencia ilegal. La decisión debe ser también aquí que tal regulación se mantiene "dentro del respeto a

las leyes" a que están obligados los convenios colectivos. A dicha conclusión conduce el dato normativo de que, según el art. 46.2 del ET, el derecho del trabajador a la excedencia voluntaria no es en principio un derecho de opción de reingreso que el trabajador pueda disfrutar por tiempo indefinido, sino un derecho que se concede y se obtiene con el límite temporal de un período determinado, fijados en principio por las partes del contrato dentro de los límites y reglas legales y convencionales. En este contexto legal no parece exorbitante o desproporcionado que los representantes de los trabajadores y empresarios anuden a la inobservancia del preaviso de solicitud de reingreso tal consecuencia de pérdida de la opción al reingreso, en cuanto que ésta es conocida por el trabajador, no afecta sensiblemente al período de excedencia acordado, y no desvirtúa en fin una facultad legal que ya de por sí ha de ejercitarse dentro de un período limitado más o menos extenso, y que precluye después de su agotamiento. Es cierto que se podría también haber establecido una consecuencia menos enérgica. Pero no corresponde a la jurisdicción valorar la mayor o menor oportunidad o acierto de las normas colectivas, sino solamente verificar su atenuamiento al marco legal".

Aplicando la doctrina expuesta al presente caso, el recurso como se anticipaba debe prosperar, ya que las razones personales que justifican según la sentencia la presentación extemporánea de la prórroga, no pueden condicionar la duración de la excedencia, la actora solicitó la última prórroga el 25-11-09, cuando la situación de excedencia concedida había ya concluido el 5-11-09, por lo que en atención, además, a lo pactado en norma convencional, la demanda solicitando que se declare "la improcedencia del despido o la renovación de la prórroga", no podía ser estimada, y se impone la revocación de la sentencia.

CUARTO.- 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 X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Alicante, de fecha 12 de abril de 2011; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de doña M.R.M.M. contra la recurrente, absolviendo a esta última de las pretensiones contra la misma formuladas.

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. 561, de 21 e febrero de 2012

Materia: Conflicto colectivo. Revisión incrementos retributivos y consolidación de los mismos.

Juzgado: Estima la demanda reconociendo el derecho de los trabajadores a los incrementos retributivos solicitados y a que éstos se consoliden e integren en el valor del salario garantizado vigente.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Los trabajadores tienen derecho a los incrementos solicitados en la demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate estimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la empresa demandada X. CONSTRUCCIONES NAVALES SA, proponiendo cuatro motivos de impugnación, referidos a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

Se solicita -amparándose en lo previsto en el art.191 b) de la Ley de procedimiento laboral- la revisión del hecho probado primero de la sentencia para que se adicione al mismo que dicho acuerdo incorpora a su vez el suscrito sobre la factoría de Manises de fecha 1/10/07 por el que se convino que a partir del 1 de enero del año siguiente al de la ejecución del ERE y durante el período de prejubilación, la citada garantía económica será objeto de actualización anual, con efecto de 1 de enero, en el porcentaje del IPC real de cada año.

La pretendida adición será desestimada en tanto que la sentencia ya recoge expresamente dentro del ordinal segundo el concreto acuerdo alcanzado respecto al plan de prejubilación acordado en el seno de la empresa y su lógica incorporación a la sede de Manises por lo que nada novedoso se aporta con la revisión propuesta.

En segundo lugar, se solicita la inclusión dentro del hecho probado segundo de un texto que abarque que el complemento garantizado para los trabajadores que no les correspondiera el subsidio hasta los 60 años la empresa se haría cargo al 100% durante el citado período, con las actualizaciones anuales correspondientes, iguales al IPC real de cada uno de los años de que se trate.

A lo que tampoco accederemos pues lo relevante y objeto de discusión en el conflicto colectivo no era tanto la actualización de los complementos garantizados por la empresa sino la posibilidad de regularización a la baja cuando se incrementaron aquellos según el IPC previsto que finalmente resultó ser superior al IPC real por lo que el hecho de que se conviniera éste último parámetro como el aplicable no desvirtuaría la

incorrección del descuento pretendido entre el IPC previsto y el real cuando no ha existido previsión y pacto expreso en tal sentido, como luego se verá.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo, dedicado a la censura jurídica, planteado en base a lo previsto en el art.191 c) de la LPL se denuncia la infracción del art.59.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores así como la doctrina constitucional recaída en materia de aplicación analógica de la prescripción en relación a las acciones colectivas. Se argumenta en el motivo que las pretensiones de carácter económico se encontrarían prescritas al haber pasado más de un año desde la fecha de presentación de la papeleta por X. ante el TAL de la Comunidad Valenciana y formalizada el día 28/2/2011 por lo que todas las diferencias en los valores del complemento habidos antes del 1/3/2010 se encontrarían prescritos.

Es cierto que el art. 59 establece el plazo anual de prescripción para las acciones individuales que planteen los trabajadores frente al empresario sin que exista plazo específico para la acción que nos ocupa ejercitada en el marco de un conflicto colectivo en cuanto el mismo afecta a un grupo genérico de trabajadores con un mismo interés colectivo que ejercitan mediante aquel una pretensión de carácter declarativo, sin perjuicio de que con posterioridad a su reconocimiento pueda ser individualizada en diversas pretensiones concretas y particulares, que es lo que ocurre con la generalidad de las pretensiones de índole colectiva (STS 12/06/03 -rco 107/02-). Porque también es pacífico -en la jurisprudencia- que la diferencia entre la pretensión propia del conflicto colectivo y aquella otra que, aún siendo individual en su ejercicio tiene naturaleza plural, no debe hacerse atendiendo únicamente al carácter general o individual del derecho ejercitado, sino también al «modo de hacer valer». Y esta conclusión se desprende de la propia redacción del art. 150 LPL, que incluye, en el ámbito del precepto de conflicto colectivo, las demandas que tengan un interés general, y además, «afecten a un grupo genérico de trabajadores», es decir, que el reconocimiento del derecho sea interesado no para cada uno de los trabajadores individualmente considerados, sino en cuanto colectivo, cualesquiera que sea el número de trabajadores singulares comprendidos en el grupo (así, las SSTS 15/12/04 -rco 115/03-; y 12/06/07 -rcud 5234/04-).

Pues bien, como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 27/6/2008 – recurso 107/2006-, dictada en procedimiento de conflicto colectivo, el art. 59 ET-cuya infracción se denunciaba en el recurso- contempla la decadencia de acciones individuales, y si bien en algún supuesto se ha admitido la aplicación analógica al ejercicio de acciones colectivas, lo ha sido en supuestos singulares y con solución no extrapolable (SSTS 26/01/05 -rco 35/03-, para actos lesivos de la libertad sindical; 10/03/03 -rco 33/02- para la nulidad de un acuerdo «puente»), pues la regla general aplicable a las acciones de índole colectiva subordina el inicio de la prescripción a la vigencia de la disposición colectiva de cuya aplicación se trate, siendo así -ha mantenido esta Sala- que «debe recordarse que estamos en presencia de una acción de conflicto colectivo ... teniendo muy en cuenta que tales acuerdos están vigentes, han producido y producen los correspondientes efectos y que en modo alguno se trata de acciones individuales derivadas del contrato de trabajo, que sí tendrían encaje en el artículo 59.1 ET. Por el contrario, no es aplicable tal precepto a la pretensión encaminada a la interpretación de uno o varios preceptos de un convenio colectivo, que no tiene un específico plazo de prescripción cuando además se encuentra vigente el pacto de se trata (STS 26/12/06 -rco 137/04-).

El traslado de dicho criterio jurisprudencial lleva consigo la desestimación del motivo planteado pues la lectura del suplico de la demanda resulta ser de un contenido meramente declarativo encontrándose vigentes los acuerdos en que se apoya el conflicto sin que figure petición de condena expresa o específica frente a la entidad recurrente por lo que la acción en ningún caso habría prescrito, todo ello sin perjuicio de que en los oportunos procedimientos individuales que pudieran plantearse en el futuro en solicitud de los descuentos efectuados se hiciera valer la excepción de prescripción anual indebidamente ahora formalizada.

TERCERO.- En el último motivo de recurso, con igual amparo procesal que el anterior, se denuncia la infracción de los arts. 3, 1.281 y 1.282 y concordantes del Código Civil, así como de los Acuerdos que conforman el ERE 29/2007, tanto el primero de fecha 1/10/2007 (Su Acuerdo Segundo), como el final de fecha 22/10/2007 (penúltimo párrafo del Acuerdo I; y Anexo II, puntos A.22, B.2.1; B.3; 4.4). Después de señalar la parte el esfuerzo hecho por el Juzgador de instancia en la confección de la sentencia dictada discrepa de la solución alcanzada al no estar de acuerdo con la interpretación otorgada a los pactos suscritos que en definitiva reflejan que la cantidad garantizada debía ser igual al IPC real de cada año. Igualmente, se muestra su disconformidad con el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 22/11/2010 al que tacha de poco fundado sin que mecánicamente pueda ser trasladada dicha doctrina a otros supuestos, de ahí que entienda que el pacto alcanzado sobre el mantenimiento del poder adquisitivo del complemento a cargo de la empresa solo tenía por finalidad el IPC real de cada año sin más incrementos añadidos sobre la inflación realmente producida.

Pese a la gran variedad de normas denunciadas no efectúa la parte un desarrollo argumental específico y claro de ellas lo que dificulta la resolución del recurso. En todo caso olvida la parte recurrente el carácter de fuente del derecho que ostenta la jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo a fin de complementar el ordenamiento jurídico y que obliga a los jueces y a éste propio Tribunal a resolver de acuerdo a aquella --tal y como establece el art.1.7 del Código Civil-- por lo que sobran todas las manifestaciones que más allá de la crítica jurídica vertida sobre el fondo del asunto versan sobre el esfuerzo atribuido al Magistrado de instancia en la redacción de la sentencia o la discrepancia de la parte con la solución adoptada por la Sala IV del Tribunal Supremo cuando precisamente se resuelve el mismo tema que es objeto del conflicto actual, tratándose de la misma empresa lo que, en principio, obligaba a su debido acatamiento.

Basta reproducir los argumentos de la sentencia de fecha 22/11/2010 dictada en recurso 228/2009 dado que mientras no se produzca un posterior cambio de criterio habrá que seguir aplicándolo. Resuelve el Tribunal Supremo la cuestión cuando señala que: De los términos del pacto se deduce que para el año 2008 se convino un incremento equivalente al IPC previsto, porcentaje que las partes están de acuerdo en que fue del 2% y así se hizo efectivo. La controversia surge, exclusivamente, para determinar los términos en que había de hacerse la revisión convenida a final de año, habida cuenta que el IPC real de 2008 resultó ser inferior al pactado para dicho año. La empresa y la sentencia recurrida pretenden que la revisión debía operar al alza en el caso en que el IPC real hubiera sido superior al incremento efectuado con arreglo al previsto inicialmente y a la baja si, como ocurrió, el índice de inflación real hubiera sido inferior al inicialmente previsto. Sigue indicando dicha sentencia que: Como hemos

señalado reiteradamente (SS. 26 enero, 18 y 25 de febrero 2010, entre otras) para que se produjera el efecto de revisión a la baja, sería preciso que así se hubiera establecido de manera clara y expresa en el pacto en virtud del cual se acordaba la revisión. En el ámbito de la negociación colectiva existía en nuestro mercado laboral una larga, reiterada y uniforme práctica de convenir en la aplicación del IPC previsto, con revisión al alza de acuerdo con el que acabara siendo el IPC real al final del año. Nunca se pactó revisión a la baja, porque nunca, desde que se implantó la negociación colectiva, la inflación real a fin de año había sido inferior a la prevista. Cambiar ese uso general y sin excepciones aceptado por los componentes de las mesas negociadoras, habría exigido que así se estableciera de manera expresa, pero en el caso que enjuiciamos, no se hizo así, sino que -de acuerdo con esa tradición- se pactó la revisión hasta el IPC real. El empleo de esa preposición evidencia que el propósito de los negociadores fue el pacto usual de revisión cuando el IPC real a fin de año fuera superior al inicialmente aplicado. No fue, por ello, ajustado a lo pactado el efectuar deducciones en los términos en los que lo ha hecho la empresa.

La aplicación pues de dicho criterio por parte de la sentencia impugnada supone sin más la desestimación del recurso interpuesto y confirmación de la sentencia recurrida, sin imposición de costas, al encontrarnos ante un proceso de conflicto colectivo que por imperativo del art.233.2 de la Ley de procedimiento laboral exige que cada parte se haga cargo de las causadas a su instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de X. CONSTRUCCIONES NAVALES SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia, de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.**, en virtud de demanda formulada de la FEDERACIÓN DEL METAL, CONSTRUCCIÓN Y AFINES del sindicato X., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 577, de 27 de febrero de 2012

Materia: Jubilación. Trabajadora que ha cotizado en el RGSS y en el Régimen Especial de Empleadas de Hogar. En el momento de solicitar la prestación no se encuentra en situación de alta. Solicitud de pensión de jubilación. Cumplimiento periodo mínimo de cotización. La actora no ha cotizado dos años dentro de los quince inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante. La actora inició percepción de subsidio ocho años después del último periodo de cotización. Consideración de situación de asimilada al alta del causante de la prestación.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a recibir una pensión de jubilación sobre determinada base reguladora y con determinados efectos, condenando al instituto demandado a estar y pasar por tal declaración y a abonar la pensión correspondiente.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. En el momento del hecho causante la trabajadora reunía los requisitos de edad y cotización genérica pero no el de cotización específica, por lo que no procede la pensión solicitada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Se recurre por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la sentencia de instancia que, estimando la pretensión deducida en la demanda, reconoció el derecho de la actora a acceder a la pensión de jubilación. En el único motivo del recurso y al amparo de la letra c) del artículo 191 de la antigua LPL (aplicable en virtud DT 2^a Ley36/2011), se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 161.1 b en relación con el artículo 361.1^a del RD 84/1996 de 26 de enero, y doctrina unificada contenida entre otras en la STS 29/05/1999.

Entiende la entidad gestora que la demandada no se encontraba en situación de alta y que en cualquier caso no reunía la carencia específica de 2 años para acceder a la prestación de jubilación.

2. El artículo 161.1b dispone que. “1. Tendrán derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad contributiva, las personas incluidas en este Régimen General que, además de la general exigida en el apartado 1 del artículo 124, reúnan las siguientes condiciones: a. Haber cumplido sesenta y cinco años de edad. b Tener cubierto un período mínimo de cotización de quince años, de los cuales al menos dos deberán estar comprendidos dentro de los quince años inmediatamente anteriores al momento de causar el derecho. A efectos del cómputo de los años cotizados no se tendrá en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias. 2. En

los supuestos en que se acceda a la pensión de jubilación desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de dos años a que se refiere el párrafo anterior deberá estar comprendido dentro de los quince años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. Por su parte, el artículo 36. del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social. establece que “1. Continuarán comprendidos en el campo aplicación del Régimen de la Seguridad Social en que estuvieran encuadrados, pero en situación asimilada a la de alta en el mismo, quienes, aun cuando hubieren cesado en la prestación de servicios o en el desarrollo de la actividad determinante del encuadramiento en dicho Régimen, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones: 1. La situación legal de desempleo, total y subsidiado, y la de paro involuntario una vez agotada la prestación, contributiva o asistencial, siempre que en tal situación se mantengan la inscripción como desempleado en la oficina de empleo.

3. El Magistrado de instancia pone en relación los preceptos anteriores con lo dispuesto en el artículo 215.3 del TRLGSS y entiende que la actora procede de una situación legal de desempleo y es perceptora del subsidio previsto para mayores de 52 años, lo que permite su inclusión en los supuestos asimilados al alta, según interpretación flexible del artículo 124.1 LGSS y 36.1 RD 84/1986 que apoya en la STS 29/05/2009. Tal interpretación parece acorde con la finalidad de la norma aplicada que constituye una prestación por desempleo de carácter asistencial pero que exige para su reconocimiento que se reúnan todos los requisitos salvo el de la edad para acceder a cualquier tipo de prestación contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social. Que permite enlazar su percepción con la prestación de jubilación ordinaria (Art. 216.3 LGSS). Y que incluye la cotización por jubilación que solo será eficaz para el incremento de la pensión pero no para el acceso a la misma. En cualquier caso la pensión de jubilación podrá causarse, aunque la interesada no se encontrara en el momento del hecho causante en alta o situación asimilada a la de alta, al reunir los requisitos de edad y cotización contemplados en el citado apartado 1. Si bien en este caso, con parámetros distintos a los reconocidos en sentencia. (STS10/02/2009, recurso 446/2006).

Reconocida la situación asimilada al alta, procede por lo tanto computar la carencia específica dentro de los 15 años anteriores a que cesó la obligación de cotizar, y en este sentido el INSS vuelve a cuestionar la decisión Judicial de tomar como fecha la de inicio de la percepción del subsidio, entendiendo que no es aplicable la teoría del paréntesis, al no constar acreditado que desde la última fecha de cotización efectiva el 7/04/1999 hasta el inicio de la percepción de la renta activa el 10/07/2007, la trabajadora haya permanecido incorporada al mundo laboral o en situación de desempleo involuntario.

La denominada doctrina del paréntesis se ha venido aplicando a situaciones en las que se debate la situación de asimilada al alta del causante de la pensión y con motivo de la exigencia legal de que determinadas cotizaciones computadas para integrar el período mínimo de cotización estén comprendidas dentro de un límite temporal próximo al hecho causante de la prestación de que se trate; esta carencia cualificada se exige para tener acceso a distintas prestaciones. Pero no se aplica para el cálculo de la base reguladora en las pensiones (STS 8/11/2010 recurso 3412/2009).

En materia de jubilación es la propia norma la que ha incorporado este criterio, así tras la redacción dada al artículo 161 por la Ley 40/2007 determinada la situación asimilada al alta procede retrotraer el computo de la carencia específica al momento en el que cesó la obligación de cotizar, sin embargo la sala discrepa del argumento jurídico en virtud del cual el Juzgador de Instancia determina que la obligación de cotizar cesó en la fecha de inicio de la percepción de la prestación por desempleo para mayores de 52 años, en cuanto que como ya hemos apuntado esta renta incluye la cotización por jubilación a efectos del incremento de la pensión, pero no para el acceso a la misma.

Por lo tanto, siendo cierto que en el momento de acceder a la renta activa la actora reunía los requisitos legales para acceder a la Jubilación a excepción de la edad, ese tiempo, el de percepción de subsidio, no puede computarse como cotizado a efectos de carencia, no constando por otro lado que se haya alcanzado el mínimo de 720 días necesarios para cumplir tal requisito. Por lo tanto el cómputo de la carencia específica no puede retrotraerse más allá de la fecha del hecho causante dado que el apartamiento voluntario del mercado laboral tras la baja en el Régimen especial de empleados del hogar, en 1999 y la posterior percepción de un subsidio por desempleo, no determinan el cese de la obligación de cotizar. Por todo lo cual resulta claro que en el momento del hecho causante la trabajadora reunía los requisitos de edad y cotización genérica pero no el de cotización específica, lo que necesariamente nos lleva a estimar el recurso interpuesto por la entidad gestora y a revocar la resolución de instancia.

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N.º.2 de los de ELCHE de fecha 5/04/2011, en virtud de demanda presentada a instancia de M.D.F. y, en consecuencia, REVOCAMOS LA SENTENCIA RECURRIDA y confirmamos la resolución de la entidad gestora.

Sin costas.

Sentencia núm. 612, de 29 de febrero de 2012

Materia: Declaración de invalidez. Incapacidad permanente absoluta. Trabajador peón de recogida de basuras que solicita reconocimiento de incapacidad permanente. Se le reconoce una incapacidad permanente en un grado de total cualificada. Disconforme con esta resolución, solicita revisión de la misma. Solicitud de incapacidad permanente absoluta.

Juzgado: Estima la demanda y declara al actor afecto de incapacidad permanente absoluta, con derecho a la correspondiente prestación y las revalorizaciones legales que procedan.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las dolencias del actor no le incapacitan para realizar determinados trabajos más livianos, por lo que no procede concederle la incapacidad permanente absoluta. Con medicación controlada, el actor puede realizar determinadas actividades laborales que no supongan esfuerzos físicos moderados o intensos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente absoluta, se interpone por la representación del INSS recurso de suplicación en base al apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-. Entiende la entidad gestora infringido el art. 137.4 de la LGSS por considerar que el demandante está incapacitado para su profesión habitual de peón de basuras, pero no para todo tipo de actividad laboral. Presenta discapacidad para la realización de esfuerzos físicos de moderados a intensos y estrés térmico, reconociendo el propio perito de la parte que la discapacidad del actor viene referida a actividades que impliquen un cierto estrés, de todo lo cual para el INSS se deduce que la situación de la demandante no es constitutiva de incapacidad permanente absoluta.

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”. El artículo 137.4 del mismo texto legal señala que, "se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta". 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".

SEGUNDO.- Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, especialmente del hecho segundo, se desprende que en la parte actora no concurren las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente absoluta. En efecto, repárese que el demandante sufre el cuadro de secuelas y limitaciones siguientes:

“DEFICIENCIAS MÁS SIGNIFICATIVAS: fibrilación auricular crónica permanente con respuesta ventricular rápida, HTA, dislipemia, saos, artrosis.

EVOLUCIÓN: crónica

LIMITACIONES ORGÁNICAS Y FUNCIONALES: cardiovasculares en control y tratamiento, osteomusculares de carácter crónico.

CONCLUSIONES: discapacidad para realización de esfuerzos físicos de moderados a intensos y estrés térmico.

La patología del actor se caracteriza porque, a pesar del tratamiento, no consigue un ritmo sinusal adecuado, lo que provoca como síntomas, incluso con las actividades diarias, fatiga y sensación de ahogo y palpitaciones, además de los riesgos para la salud y especialmente cardíacos y circulatorios, que tal dolencia representa, desaconsejándose cualquier tipo de estrés, tanto físico como psíquico (informe pericial cardiólogo Sr. O.S.)”.

De lo recogido en el propio hecho probado segundo se evidencia que la actora presenta una clara y patente discapacidad para su profesión habitual de peón de recogida de basuras, pero que no tiene abolida por completo su capacidad de trabajo. Y así, el perito del actor llega a conclusiones prácticamente coincidentes con el INSS en cuanto a que el actor, por su patología cardíaca, crónica y en tratamiento, tiene desaconsejado cualquier tipo de estrés, tanto físico como psíquico, estrés que, entiende esta Sala, no puede predicarse concurra en todas las profesiones del mercado laboral. Nótese que la discapacidad concurrente en el actor es para realizar esfuerzos físicos en el tramo de moderados a intensos, precisamente por la fatigabilidad del actor, lo cual quiere decir que no presenta impedimento para aquellas profesiones que demanden esfuerzos leves. En definitiva, la parte actora, controlada con sintrón, y no habiendo tenido hemorragias, puede ejecutar trabajos livianos, y ello tanto desde el punto de vista físico como intelectual, ya que el equilibrio emocional, la concentración y atención no están alterados, no habiendo quedado acreditada la falta de facultades reales para consumir con cierta eficacia una ocupación.

Por ello, procede revocar la declaración efectuada por la sentencia de instancia sobre reconocimiento de incapacidad permanente en el grado de absoluta, previa estimación del recurso de suplicación interpuesto contra ella.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de CASTELLÓN, de fecha 16 de Septiembre de 2011; y, con revocación de la misma, desestimamos la demanda y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas.

Sentencia núm. 660, de 1 de marzo de 2012

Materia: Declaración de invalidez. Súbdita italiana al RGSS, por servicios prestados como camarera en determinada empresa. La actora sufre un accidente de trabajo “in itinere”. Tras un proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo se solicita una declaración de invalidez: Incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo de la misma a los demandados.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de la sentencia de instancia retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en que fue dictada, a fin de que por la Juzgadora de instancia, se dicte nueva sentencia en la que se contenga un pronunciamiento expreso sobre la pretensión mantenida en el acto de juicio resolviendo motivadamente sobre la cuestión objeto de petición.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia recurre en suplicación la defensa jurídica de la parte actora planteando un primer motivo de recurso amparado en lo dispuesto en el art.191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral en el que postula la reposición de autos al momento anterior a dictar sentencia por no haberse pronunciado la juzgadora de instancia sobre la cuestión planteada e interesada en el acto de juicio en relación a la declaración de incapacidad permanente parcial derivada de accidente de trabajo, invocándose al efecto como infringidos los arts. 218.1 y 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil e imputando a la sentencia una incongruencia procesal u omisiva al haberse pronunciado sobre un grado de invalidez permanente total no pedido y dejando imprejuzgada la cuestión del grado de incapacidad permanente parcial interesado con cita a lo dispuesto en los arts.238 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

SEGUNDO.- Como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 34/2000, de 14 de febrero, el derecho a la tutela judicial efectiva no se satisface exclusivamente accediendo a la jurisdicción y obteniendo una resolución judicial motivada y fundada en Derecho, sino que es necesario, además, que aquella resolución atienda sustancialmente al núcleo de las pretensiones formuladas por las partes, de suerte que ofrezca una respuesta judicial coherente con los términos del debate suscitado en el proceso (SSTC 20/1982, de 5 de mayo, 369/1993, de 13 de diciembre, 136/1998, de 29 de junio, 19/1999 de 22 de febrero, y 96/1999, de 31 de mayo, entre otras muchas). Esta correspondencia o adecuación se quiebra en aquellos casos en que la Sentencia guarda absoluto silencio sobre elementos fundamentales de las pretensiones procesales

ejercitadas, modalidad de incongruencia por omisión o ex silentio que puede ocasionar que la resolución judicial afectada por ese vicio genere una no deseada denegación técnica de justicia causante de indefensión, en la medida en que no resuelve lo verdaderamente planteado en el proceso.

Ahora bien, no todos los casos de ausencia de respuesta judicial expresa producen una indefensión constitucionalmente relevante, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso para determinar si:

a) el silencio de la resolución judicial constituye una auténtica lesión del art. 24.1 CE o si, por el contrario, puede razonablemente interpretarse como una desestimación tácita o, incluso, por remisión, suficiente para satisfacer las exigencias derivadas del citado derecho fundamental (SSTC 175/1990, de 12 de noviembre, FJ 2 y 83/1998, de 20 de abril, FJ 3);

b) si efectivamente se ha planteado la cuestión cuyo conocimiento se afirma eludido por el Tribunal (SSTC 172/1997, de 14 de octubre, FJ 6 y 129/1998, de 16 de junio, FJ 5);

c) y, por último, si la incongruencia omisiva apreciada causó un efectivo perjuicio de los derechos de defensa de quien se queja en amparo (SSTC 56/1996, de 12 de abril, 1/1999, de 25 de enero, y 132/1999, de 15 de julio, entre otras muchas).

En igual sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, pudiéndose citar entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16 de febrero de 1993 cuando señala que "La congruencia no exige una conformidad literal y rígida con las peticiones de las partes, sino racional y flexible, existiendo siempre que se guarde la debida adecuación a los presupuestos fácticos de la litis, concordancia que permite hacer el fallo extensible a las lógicas y naturales consecuencias del tema planteado, así como a todos los puntos que completen y precisen el mismo y a los que se encuentren implícitos en la controversia, y por ello, guardando el debido acatamiento al componente jurídico de la acción y a aquellos presupuestos fácticos, le está permitido al órgano jurisdiccional establecer su juicio crítico de la manera que entienda mas ajustada".

La aplicación de dichos criterios al supuesto controvertido conduce a la estimación de la petición efectuada en el recurso tendente a que se declare la nulidad de la sentencia de instancia toda vez que dicha resolución infringió el principio de congruencia que exige el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La juzgadora, en efecto, se pronunció sobre una petición de incapacidad permanente total no interesada ya en las conclusiones vertidas en el acto de juicio por la propia parte demandante, y sin embargo, no analizó la otra pretensión mantenida en dicho acto que era la propia declaración de incapacidad permanente parcial, dejando pues sin resolver el único punto litigioso o controvertido sobre el que no efectuó pronunciamiento ni expreso ni tácito pues parte del reconocimiento en vía administrativa del grado de incapacidad permanente parcial cuando en la resolución de 7/5/2009 solo figura el reconocimiento de LPNI e indemnizables con arreglo a baremo. Esta solución provoca que estimemos se ha producido una ausencia de respuesta a la petición formulada por la parte actora provocando ello el acogimiento del motivo de recurso, ordenando reparar el defecto observado a fin de que se haga un pronunciamiento expreso sobre la petición

ejercitada en relación a la incapacidad permanente parcial postulada, salvando la deficiencia en que incurrió al dictarse sentencia.

FALLO

Que estimando el Recurso de Suplicación formulado por la demandante D^a. V.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Valencia, dictada en los autos seguidos a instancias de la misma, frente a dicha empresa recurrente, debemos declarar y declaramos la NULIDAD de la referida sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a aquél en que fue dictada, a fin de que por la Juzgadora de instancia, se dicte nueva sentencia en la que se contenga un pronunciamiento expreso sobre la pretensión mantenida en el acto de juicio resolviendo motivadamente sobre la cuestión objeto de petición.

Sentencia núm. 674, de 6 de marzo de 2012

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajador al servicio de empresa de seguros, que recibe un plus en concepto de responsable de agencia. En determinado momento la empresa le cesa como responsable de agencia al haber perdido su confianza y le destina a otra agencia. El actor formula demanda de modificación de las condiciones de trabajo por cambio de centro de trabajo. Aplicación del Acuerdo de Clasificación Profesional entre la empresa y los representantes de los trabajadores.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de las pretensiones formuladas en su contra. No hay modificación sustancial.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se ha producido una modificación prescindiéndose de los trámites previstos en el artículo 41 del ET, sino que se reconoce la legitimidad del acuerdo de clasificación profesional, en el que se señala que el puesto de jefe de agencia es un cargo de confianza del empresario y que si ésta se ha perdido, el empresario puede adecuar la ejecución de la prestación de servicios del trabajador a las necesidades que se susciten durante la vigencia de la relación laboral entre las partes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por J.A.G.P. la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Alicante que desestimó la demanda por él interpuesta frente a su empleadora, la mercantil A. S.A, relativa a modificación sustancial de condiciones de trabajo, por considerar que la modificación impugnada no revestía tal carácter y que se encontraba dentro del denominado “ius variandi” empresarial.

2. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión de los hechos que fueron declarados probados en la instancia proponiéndose con cita de los folios 111 a 114 de las actuaciones que se adicione el tenor literal siguiente:

“Dicha sentencia ha sido recurrida por el actor ante la Sala de Social del Tribunal Superior de Justicia”.

Y no obstante desprenderse de los documentos señalados (copia del recurso de suplicación interpuesto), la interposición del recurso, debemos rechazar la revisión pretendida al ser irrelevante, como se verá a continuación, a efectos de resolver las cuestiones que en sede de censura jurídica plantea el recurso promovido por el actor.

SEGUNDO.- 1. Para abordar los motivos que a la censura jurídica se destinan consideramos necesario, con carácter previo a la exposición de la argumentación contenida en los mismos, exponer el supuesto objeto de enjuiciamiento y la solución que en la instancia se propició al respecto. En la inalterada resultancia fáctica de la sentencia recurrida se nos cuenta que el actor prestaba servicios por cuenta y orden de la demandada, empresa dedicada a la actividad de los seguros, desde el día 1-3-1.996, siendo clasificado inicialmente como Inspector, Grupo Profesional V-A, nivel retributivo 4 y desde el 1-9-2.004, como Responsable de Agencia, Grupo Profesional III-A, nivel retributivo 4, prestándose los servicios inicialmente en el centro de trabajo de Benidorm, y desde 1.999 en el de Villajoyosa; desde el 1-10-2.004 al actor le abonaba la empresa un plus de responsabilidad por el desempeño de las funciones asumidas en orden a la coordinación, supervisión y resultado de la gestión en la Agencia de Villajoyosa; a través de carta fechada el día 9 de junio de 2.011 la empresa le comunicó la decisión de cesarle como Responsable de la Agencia con efectos desde entonces, especificándose entre otras razones la pérdida de confianza, manifestado en el incumplimiento de los objetivos establecidos para dicha Agencia, produciéndose una regularización de sus percepciones económicas, cesándose en el abono del plus al que acabamos de hacer referencia e incluyéndose desde entonces la percepción de un plus funcional de inspección, debiéndose desarrollarse las nuevas funciones hasta el 9-7-2.011 en la Agencia de Villajoyosa, fecha en la que pasaría a desarrollarlas en la de Elche; la patronal demandada tiene suscrito un Acuerdo de Clasificación Profesional con los representantes de los trabajadores de fecha 24-11-1.999 que en su punto 6º establece que el puesto de Responsable de Agencia es de designación directa por parte de la empresa ya que se trata de un cargo de confianza; el actor ha interpuesto dos procedimientos frente a dicha decisión empresarial, el actual en el que se impugna la modificación funcional operada, y otro impugnado la variación de centro de trabajo. A la vista de los hechos expuestos, y recogiendo doctrina dictada al efecto por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña en Sentencia de 19-7-2.011, la resolución recurrida, consideró que la modificación operada en las funciones del actor que se impugnaba, no revestía el carácter de sustancial, debiendo quedar encuadrada dentro del contenido poder de dirección empresarial, en concreto dentro de las facultades del denominado “ius variandi” o derecho del empresario a adecuar la ejecución de la prestación de servicios del trabajador a las vicisitudes que se susciten durante la vigencia de la relación contractual entre las partes.

2. Disconforme con la solución propiciada en la instancia, estima el recurrente que se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, prescindiéndose al efecto de los trámites previstos en el art. 41 E.T, lo que hace deba estimarse como improcedente sobre la base de las razones que se desarrollan a lo largo de los dos motivos que se formulan con invocación del apartado c) del art. 191 de la LPL de 7-4-1.995:

a) en el primero de los motivos se denuncia infracción del acuerdo de 24-11-1.999 sobre clasificación profesional por no aplicación de los apartados 2 y 3 del art. 7, a su vez en relación con el art. 3. 1 y 3, inciso final, del Convenio Colectivo del Sector de la Mediación de Seguros Privados, BOE de 5-11-2.009, considerando que con arreglo a los preceptos convencionales citados debe entenderse derogado el acuerdo de clasificación profesional aplicado, por contravenir lo sentado en el convenio sectorial en materia de grupos y subgrupos profesionales;

b) en el segundo infracción por no aplicación del art. 19.5 del meritado convenio colectivo y 41.3 E.T. en relación con el art. 19.3 del Convenio y 39.2 del E.T, por cuanto que se considera que para poderse llevar a cabo el cambio de funciones a desempeñar por el actor por cuanto que supone la ejecución de funciones inferiores a las asignadas inicialmente, debería haberse procedido conforme a las previsiones del art. 41.3, sin que nos encontremos ante el supuesto previsto en el art. 39.2 E.T únicamente previsto para casos fundados en necesidades organizativas y perentorias.

3. Los motivos serán objeto de resolución conjunta, ya que la cuestión que subyace tras la formulación de los mismos es si debemos entender vigente y aplicable el acuerdo de empresa de 24-11-1.999 sobre clasificación profesional como lo ha entendido el juzgador de instancia. Al respecto debemos partir del contenido de los preceptos señalados como infringidos en el primero de los motivos, Así, el artículo 3 de dicho texto bajo la rúbrica “ámbito temporal”, señala en el primero de sus apartados que:” Duración: Desde 1 de enero del 2009 hasta el 31 de diciembre de 2010, con las salvedades y efectos específicos que se establecen para determinadas materias en las correspondientes normas y disposiciones transitorias.” Señalando en el inciso final del apartado 3 que “ No obstante, el contenido normativo del Convenio se mantendrá en vigor hasta que tome efecto legalmente un nuevo Convenio”. Por su parte, los apartados 2 y 3 del art. 7 (rubricado “Articulación de la negociación colectiva y cuestiones de competencia en los ámbitos de las comunidades autónomas”) dispone que “2. A los efectos señalados en el apartado anterior, como regla general, las materias contenidas en el presente Convenio tienen el carácter de normas mínimas de Derecho necesario, salvo en aquellas en las que exista remisión a otros ámbitos de negociación. En estos supuestos habrá que estar al carácter, contenidos y alcance con que esté contemplada la remisión. 3. En aquellas materias en que así se establece expresamente, el presente Convenio tendrá carácter de norma exclusiva y excluyente, en atención a su singular naturaleza. En todo caso tienen esta consideración de materias no negociables en ámbitos inferiores, el período de prueba, los grupos y subgrupos profesionales (sin perjuicio de que pueda convenirse, con la representación legal de los trabajadores, su adaptación a los puestos de trabajo concretos existentes en las Empresas afectadas por el presente Convenio), los niveles retributivos, la ordenación de faltas y sanciones, las normas mínimas en materia de seguridad y salud en el trabajo y las de movilidad geográfica”). Pues bien, desde el prisma de los preceptos citados, el acuerdo de empresa objeto de examen, adoptado entre la dirección de la empresa y los representantes legales de los trabajadores, ha de tener perfecto acomodo en lo dispuesto entre paréntesis en el apartado 3 del art. 7 del Convenio pues en dicho acuerdo al configurar el puesto de trabajo de jefe de Agencia como un puesto de confianza del empresario, no se hace otra cosa que adaptar el régimen convencional de grupos y subgrupos profesionales a las concretas necesidades de personal existentes en la empresa. Lo que hace que el no podamos compartir la censura jurídica que se efectúa en el primero de los motivos.

4. Y reconocida la legitimidad del acuerdo, debemos rechazar la censura jurídica que en segundo lugar se ha efectuado. Pues de acuerdo con lo pactado de forma colectiva entre representantes de los trabajadores y empresa, resulta que el nombramiento y destitución de los responsables de agencia es una facultad que en este caso integra el ius variandi empresarial, quedando facultado pues, el empresario para decidir libremente al respecto con arreglo a lo dispuesto en los arts. 5, y 20.1 del E.T, sin necesidad de acudir al procedimiento especial del art. 41.3 E.T – procedimiento que si no ha sido utilizado para destituir al actor, no consta que fuera utilizado para su

nombramiento- siempre y cuando su decisión no obedezca a móviles discriminatorios o atentatorios contra derechos fundamentales de los trabajadores.

TERCERO.- 1. Corolario de lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto. Sin costas (art. 233,1 LPL en relación con el art. 2 d) de la Ley de asistencia jurídica gratuita).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con DESESTIMACIÓN del recurso de suplicación interpuesto POR J.A.g.P. contra LA SENTENCIA dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de ALICANTE EL DÍA 18-11-2.011 en sus autos 559/2011 CONFIRMAMOS LA RESOLUCIÓN RECURRIDA. Sin costas

Sentencia núm. 691, de 6 de marzo de 2012

Materia: Conflicto colectivo. Empresa adjudicataria del servicio de limpieza en centro hospitalario. Acuerdo con sus trabajadores para reducir jornada laboral y disfrutar del descanso semanal los fines de semana. Este acuerdo es complementario con el convenio colectivo provincial. Para cubrir ese periodo se contrata a 26 nuevos trabajadores fijos a tiempo parcial, los cuales sustituirán también a los trabajadores afectados por el acuerdo en caso de vacaciones y de vacantes. Criterio de contratación de nuevos trabajadores. Diferencias en el porcentaje de participación de las contrataciones entre el comité de empresa y la nueva adjudicataria del servicio de limpieza.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de la pretensión contra la misma deducida.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte demandante la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda planteada, recurso que se estructura al amparo de los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL, habiendo recaído impugnación al mismo.

Por el primero de los citados apartados la parte recurrente solicita se adicione un hecho probado nuevo, con el número 6º, que diga lo siguiente: “Durante todo el tiempo de vigencia de este Acuerdo, se ha permitido al Comité la designación del 75% de las nuevas contrataciones de los trabajadores fijos a tiempo parcial, elegidos entre los trabajadores que han prestado servicios con contratos temporales en el centro de trabajo de HOSPITAL GENERAL UNIVESITARIO DE X.”.

Se desestima la adición pretendida por no deducirse directamente y sin ningún género de dudas de los documentos invocados. La constatación de que hay trabajadores que han prestado servicios en el centro y que ven convertido su contrato de temporal a fijo, no demuestra que dichos trabajadores hayan sido designados por el Comité de Empresa en un 75% de porcentaje de su cuantía.

SEGUNDO.- Con apoyo procesal en el apartado c) del art. 191 de la LPL la recurrente denuncia la infracción de los arts. 1.281, 1.282 y 1.285 del Código Civil referentes a la interpretación de los contratos, así como del art. 15.7 del ET y art. 12 del Acuerdo Marco Estatal de Limpieza de Edificios y Locales. La recurrente no está conforme con la interpretación que hace la empresa, y que ha sido ratificada por el juzgador, sobre que las cláusulas 9º y 10º del Pacto se referían exclusivamente a los 26 trabajadores que en dicho momento pasaron a formar parte de la plantilla a tiempo parcial de la empresa. El acuerdo tiene carácter indefinido, incluye una serie de

cuestiones ajenas a este pleito y en cuanto a la estipulación 9ª y 10ª el criterio de la parte actora recurrente es que durante todo este tiempo la indicada proporción de la estipulación 10ª de que el 75% lo designaba la parte social y el resto, el 25%, la parte empresarial, se ha venido cumpliendo en la plantilla de limpieza del Hospital General Universitario de X., hasta la llegada de K. S.L. La tesis acogida por el juez de instancia pretende aplicar de forma literal la estipulación 9ª, haciendo caso omiso al art. 15.7 del ET.

Así las cosas, la censura jurídica formulada no puede prosperar ya que, a la vista de lo dispuesto en las cláusulas 9ª y 10ª la interpretación efectuada por el juez de instancia es la correcta. Hay que partir de un Acuerdo firmado el 2-5-2002 en el que incluyeron una serie de cuestiones como que los trabajadores fijos a tiempo completo harían una jornada de 35 horas semanales, lo que supuso, según estipulación TERCERA, que: “Por la empresa, y al objeto de garantizar la adecuada prestación del servicio en fin de semana y festivos, se procederá a la contratación de 26 trabajadores, 24 mujeres y 2 hombres, con el carácter de fijos a tiempo parcial, a fin de que presten servicios los sábados y domingos, así como los festivos, es decir, en los días que dejarán de hacerlo los trabajadores a que afecta el presente acuerdo.

Asimismo, estos trabajadores a tiempo parcial sustituirán a los trabajadores de la empresa en la jornada ordinaria de éstos en el disfrute de sus vacaciones legales, si bien en este último caso dicha sustitución se realizará únicamente con carácter voluntario para el trabajador/a, y obligatoria para la empresa, que no podrá contratar personal externo para este menester mientras hayan fijos a tiempo parcial que desean hacer dicha sustitución.”

Pues bien, según tenor literal de la estipulación NOVENA: “Cualquier vacante definitiva o ampliación del servicio que se produzca en el centro de trabajo entre los trabajadores fijos a tiempo parcial, pasará a cubrirse siempre necesariamente con personal de nueva contratación, que serán contratados con la misma modalidad de contrato que el trabajador que causa la vacante. Asimismo, cualquier vacante provisional que se produzca, como consecuencia de que pueda ser dado de baja médica un trabajador fijo a tiempo parcial, será cubierta inmediatamente por la empresa con otro trabajador mientras dure dicha situación de baja.”

Y en la DÉCIMA se dice que: “El criterio de contratación de dichos 26 trabajadores, será de eficacia y capacidad de entre aquellos trabajadores que han venido trabajando con contratos temporales en el Hospital General Universitario de Elche. Teniendo en consideración el Art. 8º del Convenio Provincial de Limpieza de Centros Sanitarios, con la proporción del 75% para la parte social y el 25% para la parte empresarial.

Y siendo parte de estos veintiséis, aquellos que a la puesta en marcha del nuevo sistema de trabajo, renuncien a sus contratos de sustitución, para pasar a fijos a tiempo parcial. (...).”

Según el art. 1.281 del Código Civil, si los términos del contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas. Y lo primero que hay que resaltar es que la literalidad del acuerdo y de la estipulación 10ª llevan a considerar que la proporción del 75% para la parte social y

25% para la empresarial se refiere tan solo a los 26 trabajadores que se contrataron para cubrir la plantilla que debía prestar servicio los fines de semana, festivos y vacaciones. Por otra parte, según el art. 1.282 del Código Civil, para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato, y en este caso tenemos un acto posterior que ilustra de la intención de los contratantes, cual es el hecho de que el mismo Comité reclamó con posterioridad (octubre 2007) la posibilidad de elegir al 50% de los candidatos a elegir las vacantes, lo que no tendría sentido si ya disponía del 75%. A ello hay que sumar el llamativo hecho, recogido en el ordinal 4º, sobre que en el año 2008 y en fecha posterior a la adjudicación del servicio a la demandada se firmó un acuerdo con fecha 17 Enero de 2007, en el que se hace constar un compromiso de S. M. S.L. de permitir al Comité de Empresa de participar en un 75% en la contratación del nuevo personal, habiendo sido reconocido en el acto del juicio por la presidenta del Comité que la fecha del documento numero doce, donde se recoge tal derecho no es cierta y se realizó tal acta con posterioridad a entrar en la contrata la empresa demandada, lo que determina la nulidad absoluta del pacto, al menos en tales términos y su ineficacia absoluta para vincular a la demandada. Y ya por último debemos indicar que nada tiene que ver el hecho de que los trabajadores fijos a tiempo parcial tengan derecho preferente a sustituir las vacantes definitivas de los trabajadores fijos a tiempo completo (estipulación octava), con el hecho de quién decidirá las nuevas contrataciones de trabajadores a tiempo parcial (estipulación décima).

Por lo expuesto, y teniendo en cuenta que "la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual" (sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002) procede la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso planteado.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la FEDERACION DE SERVICIOS X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Valencia, el día 28 de septiembre de 2011; y en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 711, de 6 de marzo de 2012

Materia: Prestación de viudedad: reconocimiento de derecho. El demandante ha convivido con la causante de la prestación de viudedad pero no ha cumplido con los requisitos de inscripción en el registro de parejas de hecho o en documento público en el que constase la pareja de hecho.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor la pensión de viudedad. Queda probada la convivencia estable y notoria durante un periodo de cinco años anterior al fallecimiento de la causante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No se cumple con las condiciones legales para acceder a la prestación. Jurisprudencia del TS.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de la instancia, que estima la pretensión del demandante y declara su derecho a lucrar pensión de viudedad como pareja de hecho, recurre la letrada de la Administración de la Seguridad Social, con correcto amparo procesal en el artículo 191. c) LPL, y fundamenta su recurso en la denuncia por infracción del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, señalando que la norma reguladora de situaciones como la analizada ha entendido que para tener derecho a una pensión de viudedad son necesarios, entre otros, el requisito de certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas a tal fin o mediante documento público en el que conste la constitución de tal pareja de hecho, y ello con una antelación de dos años antes del fallecimiento del causante. La parte impugnante del recurso, por su parte, señala que dado que la Ley 40/2007 que reguló la prestación que se analiza para las parejas de hecho, entró en vigor el 1 de enero del 2008, y el fallecimiento de la causante lo fue el 29.10.08 no podía cumplir dicho requisito, que era ignorado por la mencionada pareja hasta la aprobación de la norma.

Del inalterado relato de hechos probados y del contenido de los escritos de las partes resulta que el objeto del presente recurso se circunscribe, exclusivamente, a la adecuada interpretación que debe darse al artículo 174.3 en su párrafo cuarto de la LGSS y, en concreto, a la existencia de pareja de hecho entre el solicitante de la prestación y la fallecida y el modo de acreditar tal circunstancia. La sentencia recurrida entiende que el largo período de convivencia certificado por el Ayuntamiento competente y la existencia de hijos comunes constituyen medios de prueba acreditativos de la existencia de una unión, análoga a la matrimonial, en forma de pareja de hecho. Por el contrario, la entidad recurrente entiende que una recta interpretación del referido precepto determina que la única forma de acreditación de la mencionada unión de hecho consiste en su inscripción en el correspondiente registro público como pareja de hecho o a través de documento público, así como el cumplimiento de los demás requisitos legales

Delimitado el objeto del recurso, la Sala debe hacer constar que, en función de la fecha del hecho causante que se produjo el 29 de octubre del 2008, según certificado de defunción que consta al folio 168, no resulta de aplicación la Disposición Adicional Tercera de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, dado que el régimen transitorio allí previsto únicamente resulta aplicable cuando el hecho causante se hubiera producido con anterioridad a la entrada en vigor de esa Ley, lo que se produjo el 1 de enero de 2008. Por tanto, es patente que tal previsión no resulta de aplicación en el presente supuesto.

SEGUNDO.- Tras la citada Ley 40/2007, el ordenamiento jurídico ha concedido el derecho a pensión vitalicia de viudedad a quien estuviera unido con el causante formando pareja de hecho, bien es cierto que con mayores condiciones que en los casos de matrimonio, condiciones cuya presencia aquí no se discute. A estos efectos, el artículo 174.3 LGSS entiende por pareja de hecho «la constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal por quienes no hallándose impedidos para contraer matrimonio, ni tengan vínculo matrimonial con otra persona, acrediten una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años». A partir de este punto, dos son los requisitos que deben resultar acreditados para poder causar la pensión: la propia existencia de pareja de hecho y la convivencia estable y notoria durante un período de cinco años. Y sobre ambos se han pronunciado recientes sentencias del Tribunal Supremo.

Por lo que se refiere al requisito de la convivencia estable y notoria durante cinco años puede acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho con especial poder de convicción, ya que el Tribunal Supremo ha interpretado que “la remisión que el inciso final del párrafo último del artículo 174.1 verifica al párrafo cuarto del apartado 3, se refiere única y exclusivamente al primer inciso de este último - en el que se define la situación de "pareja de hecho"-, y no al segundo inciso, que trata de manera específica, y también exclusiva, del modo de acreditar dicha situación” (STS de 14 de junio de 2010, rec. 2975/2009. En el mismo sentido, SSTs de 20 de julio de 2007, rec. 3715/2009 y de 26 de enero de 2011, rec. 1556/2010).

Sin embargo, la existencia misma de la pareja de hecho debe acreditarse necesariamente mediante la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución en documento público (como puede ser su formalización ante Notario), sin que a este último efecto puede considerarse válido el Libro de Familia ya que sólo acredita, la filiación y, en su caso, el matrimonio, pero en absoluto la existencia de una relación de hecho de una pareja (STS de 3 de mayo de 2011, Rec.2170/2010) En esta sentencia y en otras del alto tribunal (STS 20 de julio de 2010, Rec. 3715/2009) se señala que la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo (la existencia de la «pareja de hecho»), tal como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal - ad solemnitatem - de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en

forma muy similar a la que se produce en el matrimonio). O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes (o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho».

TERCERO.- La aplicación de esta doctrina al caso de autos determina que para que resultase acreditada la existencia de la pareja de hecho entre el causante fallecido y al demandante tendrían que haberse inscrito en el Registro Público de parejas de hecho, existente en la Comunidad Valenciana desde el año 2001, o haber otorgado documento público en el que constase expresamente la constitución de la pareja de hecho, lo cual nadie discute que no se produjo. La consecuencia lógica es que se ha producido la infracción denunciada por la recurrente, dado que no ha resultado acreditada la existencia de una pareja de hecho en los términos exigidos por el precepto legal (artículo 174.3 LGSS) y la jurisprudencia que lo ha interpretado reiteradamente, pues el documento a que se refiere la sentencia como público, consistente en una providencia de ofrecimiento de acciones al ahora solicitante no resulta “constitutivo” en sentido legal, de una situación como la analizada, lo que conduce a la estimación del motivo y del recurso. La conclusión expuesta no queda enervada por el hecho de que el fallecimiento de la causante se produjo antes de haber transcurrido dos años de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, pues al menos desde el año 2001, como antes se ha mencionado, pudieron constituirse como pareja de hecho. Pero es que además, no hay nada de irregular en que el legislador exija el cumplimiento de los requisitos que tenga por conveniente para acceder a una determinada prestación, pues los derechos de seguridad social son de configuración legal y se establecen atendiendo a las circunstancias económicas y sociales necesarias para la viabilidad del derecho.

Por último señalar que esta solución también ha sido acogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la sentencia de 3 de mayo de 2011 (rcud.2170/2010). Lo que nos conduce a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia de instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia del Juzgado de lo Social número SEIS de los de VALENCIA de fecha 21 de Marzo del 2011, y, en consecuencia debemos revocar y revocamos el fallo de la sentencia de instancia, en el sentido de desestimar la demanda examinada y confirmar íntegramente la resolución del INSS de de fecha 21 de Julio del 2009 en relación con el expediente 2009/526433/57, denegatoria de la prestación de viudedad solicitada.

Sin costas.

Sentencia núm. 719, de 6 de marzo de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Abono de horas extraordinarias. Determinación del valor y cálculo de la hora extraordinaria. Aplicación del convenio colectivo estatal.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la empresa demandada a pagar a la parte actora determinada cantidad.

Sala: Estima en parte el recurso estableciendo una nueva cantidad al establecer diferente cálculo para el abono de las horas extraordinarias.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación tanto el actor como la empresa demandada P. SA, la sentencia que ha estimado en parte la demanda sobre reclamación de cantidad en concepto de diferencias en el pago de las horas extraordinarias correspondientes al periodo marzo de 2009 a enero de 2010.

Ambos recursos proponen la revisión del derecho aplicado en la sentencia. El actor en un motivo que ampara en el apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia la infracción del art. 35.1 del Estatuto de los Trabajadores y de la doctrina contenida en la STS de 21 de febrero de 2007, 10 de noviembre de 2009 y 30 de mayo de 2011, razonando que en el cálculo del importe de la hora ordinaria que como mínimo debe determinar el de la hora extraordinaria, han de computarse el plus de transporte y vestuario (este último excluido en la sentencia), que tienen naturaleza salarial porque según el convenio se devengan de manera fija, periódica, lineal e idéntica, sin necesidad de acreditar las situaciones que dieron lugar al gasto, y que los complementos de nocturnidad y festivos devengados por las horas extraordinarias que se realizan con estas circunstancias no han sido tenidos en cuenta en la cantidad reclamada, lo que se deduce de haberse solicitado en cada mes comprendido en el periodo reclamado, la base de cotización por contingencias comunes, mas el plus de transporte y vestuario, interesando la estimación íntegra de la demanda.

Por su parte la empresa estructura su recurso en dos motivos, que se formulan por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la ley de Procedimiento Laboral, que se han impugnados por el actor. En ellos se denuncia:

1.- La interpretación errónea de la STS de 21 de febrero de 2007, en relación con el art. 35 el Estatuto de los Trabajadores y 66 y 72 del Convenio Colectivo Estatal de Seguridad Privada para los años 2005-2008, alegando que el importe económico de las horas extraordinarias, que garantiza el art. 35 del Estatuto de los Trabajadores, en cuantía que no podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, pasa por la necesidad de acreditar las circunstancias en que éstas se han desarrollado, nocturnas o

festivas, debiéndose computar el salario y los complementos salariales (salario base, antigüedad, complementos de puesto de trabajo y prorrateo mensual de pagas extras), pero no los extrasalariales (plus de transporte o plus de vestuario, el plus por trabajo en festivo, y el plus de trabajo nocturno). Refiere en relación al plus de peligrosidad que solo la parte fija garantizada debe ser incluida en el valor de la hora ordinaria para conformar el mínimo garantizado de la hora extraordinaria, sin computar la peligrosidad variable o funcional, y alega en apoyo de su pretensión las STS de 15 de marzo de 1999 y 16 de abril de 2010 en las que se señala que el plus de transporte y vestuario son compensaciones de gastos, salvo que se acredite su naturaleza salarial.

2.- la interpretación errónea de nuevo de la STS de 21 de febrero de 2007, en relación con los arts. 35 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 66 y 72 del Convenio Colectivo de Seguridad Privada de los años 2005-2008. Razonando que no puede pretender el trabajador que se le abone la nocturnidad y festividad para determinar el valor de la hora ordinaria, cuando se han abonados horas extras nocturnas y festivas, lo que consta en las nóminas, insistiendo en la necesidad de que el actor acredite día por día y hora a hora las circunstancias en que el trabajo se ha desarrollado.

SEGUNDO.- Antes de nada conviene poner de manifiesto que atendiendo al periodo reclamado, marzo de 2009 a enero de 2010, la relación entre las partes está regulada por el Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2009-2012 (BOE 40/2011 de 16 de febrero), que entraba en vigor el 1 de enero de 2009 (art. 4) y que aplicando la STS de 21 de febrero de 2007 dictada en procedimiento de Conflicto Colectivo que había declarado la nulidad del apartado 1 a y b y apartado 2 del art. 42 del anterior Convenio Colectivo Estatal de las Empresas de Seguridad 2005-2008 (BOE 138/2005 de 10 de junio) da una nueva redacción al art. 42 disponiendo: “Tendrán la consideración de horas extraordinarias las que excedan de la jornada ordinaria establecida en el art. 41 de este Convenio Colectivo y se abonarán de acuerdo con lo establecido en el art. 35 del Estatuto de los Trabajadores. Si bien la realización de horas extraordinarias es de libre aceptación del trabajador, cuando se inicie un servicio de vigilancia o de conducción de caudales, deberá proseguir hasta su conclusión o la llegada del relevo. El período de tiempo que exceda de la jornada ordinaria de trabajo se abonará como horas extraordinarias.”

Se atenderá, en consecuencia, a lo regulado en este último Convenio Colectivo que por lo demás contempla una estructura salarial prácticamente idéntica a la que regulaba el anterior Convenio, como no sea la creación de un nuevo complemento denominado “plus de Noche Buena/o de Noche Vieja” que el anterior no establecía. De este modo las STS de 21 de febrero de 2007, 10 de noviembre de 2009 y 30 de mayo de 2011, alegadas en los recursos, y dictadas en relación al anterior Convenio, pierden en parte interés, al declararse en la primera la nulidad de parte de un precepto que ya no figura en el Convenio, al debatirse en la última la posible nulidad del Convenio anterior en su integridad, lo que finalmente se desestima, y al desestimarse en la segunda la pretensión de la patronal en la que se pretendía la declaración de que “a tenor de lo previsto en el artículo 35.1 del Estatuto de los Trabajadores, el valor de la hora extraordinaria debe obtenerse a partir del valor de la hora ordinaria de trabajo, considerando como tal el correspondiente al salario ordinario por unidad de tiempo, sin computar todos aquellos conceptos que vienen a compensar un modo específico de realizar el trabajo o su prestación en circunstancias concretas, que ya se encuentra retribuido por el propio complemento salarial de que se trata”, siendo aclarado dicho

suplico, con la siguiente adición: "sin perjuicio de abono también en el trabajo en las horas extraordinarias cuando concurren tales circunstancias". Sin embargo, y como quiera que la estructura salarial y la definición de los conceptos que lo integran se formulan en el nuevo Convenio en términos similares si no idénticos, se debe tener en cuenta la doctrina sentada en aquellas resoluciones para decidir la cuestión jurídica planteada.

Los recursos se van resolver de forma conjunta, en cuanto plantean la misma cuestión jurídica, que consiste en determinar, en el concreto supuesto, el valor de la hora ordinaria, para deducir las diferencias que en su caso se hayan podido producir en relación con el pago de la hora extraordinaria y en el concreto periodo reclamado, por aplicación del art. 35 del Estatuto de los Trabajadores, al que hoy se remite el Convenio para el pago de las horas extraordinarias (como no podía ser de otra forma), con la matización que el nuevo art. 42 señala en relación a la necesidad de proseguir el servicio de seguridad hasta su conclusión o llegada del relevo.

Los recurrentes no suscitan controversia respecto al nº de horas extras realizadas en el periodo reclamado descritas en el hecho segundo y tampoco con respecto a los conceptos y cuantías abonadas en las anualidades 2009 y 2010 que relata la sentencia en el hecho tercero (no se han impugnado los hechos probados de la sentencia). De este modo se debe partir de que el demandante desde marzo de 2009 a enero de 2010, realizó el siguiente número de horas extraordinarias, abonando la empresa como retribución de las mismas las cantidades que constan a continuación:

	Marzo-Sept./ 2009	Enero/2010
Horas extras	1.154,29 horas	77,11 horas
Retribución horas extras	9.111,83 €	608,75 €
Retribución horas extras nocturnas	483,24 €	45,76 €
Retribución horas extras festivos	344,75 €	28,32 €

Teniendo en cuenta que la retribución anual del demandante en los años 2009 y 2010 fue la siguiente, por los conceptos que se indican:

	2009 (€)	2010 (€)
Salario base	10.412,88	10.412,88
Antigüedad	849,72	840,72
Plus peligrosidad	216	216
Pagas extraordinarias	2.867,40	2.867,40
Plus nocturnidad	923,09	643,24
Plus festivos	580,53	430,80
Plus transporte	1.127,70	1.127,70
Plus vestuario	1.117,95	1.117,95
Servicios especiales	1.320	204,45
Plus 24/31 diciembre	24,53	63,75
Exceso jornada	561,30	0
Formación	63,15	78,94
Radioscopia	3,42	57,38
Complemento puesto	0	11,08
TOTAL	20.067,67	18.072,29

Se discutió en el juicio, en concreto, si el plus de transporte, el de vestuario y los complementos de nocturnidad y festivos deben incluirse en el valor de la hora ordinaria a los efectos de determinar el valor de la hora extraordinaria, teniendo en cuenta que el hecho cuarto dice: “Por cada hora extraordinaria trabajada en horario nocturno o en día festivo la empresa abona la cantidad estipulada en Convenio Colectivo para los pluses por nocturnidad y festivos”.

Es cuestión nueva, en cuanto que no ha sido planteada en la instancia, la referida al plus de peligrosidad que por primera vez discute la empresa en el recurso, por lo que no es susceptible de ser decidida en este recurso extraordinario de suplicación (en este sentido resulta obligada la referencia a doctrina recogida en la la STS de 26-9-2001 que señala: "Es doctrina de esta Sala, contenida de forma reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal).

Conviene también precisar que la sentencia recurrida estima en parte la demanda, porque solo incluye en el valor de la hora ordinaria a los efectos pretendidos, el plus de transporte, excluyendo el plus de vestuario y los complementos de festivo y nocturnidad, se entiende los que deben integrar el valor de la hora ordinaria y no los que abona la empresa junto con la hora extraordinaria nocturna o realizada en festivo.

TERCERO.- Centrado el debate en los términos expuestos, y por lo que se refiere a los pluses de transporte y vestuario desde ahora se anticipa que el importe de los mismos no debe integrar el valor de la hora ordinaria garantizado en el pago de cada hora extraordinaria realizada. En efecto, dentro de la estructura salarial (art. 66 del Convenio) estos pluses se encuentran entre las indemnizaciones y suplidos, y no son complementos salariales (el art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores establece: “No tendrán la consideración de salario las cantidades percibidas por el trabajador en concepto de indemnizaciones y suplidos por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral.....). En el Convenio el art 72 dispone: “Indemnizaciones o Suplidos

a) Plus de Distancia y Transporte. Se establece como compensación a los gastos de desplazamiento y medios de transporte dentro de la localidad, así como desde el domicilio a los centros de trabajo y su regreso. Su cuantía, en cómputo anual, es de 1.127,70 € para los años 2009 y 2010, y redistribuida en quince pagas, según se establece en la columna correspondiente del Anexo Salarial. En 2011, la cuantía anual de este suplido es de 1.138,95 redistribuidos, igualmente, en quince pagas, según se refleja en el Anexo correspondiente al citado ejercicio.

b) Plus de Mantenimiento de Vestuario. Se establece como compensación de gastos que obligatoriamente correrán a cargo del trabajador, por limpieza y conservación del vestuario, calzado, correaes, y demás prendas que componen su

uniformidad, considerándose a estos efectos, como indemnización por mantenimiento de vestuario. Su cuantía, según categoría, en cómputo anual, y redistribuida en quince pagas, se establece en la columna correspondiente en los Anexos Salariales para los años 2009, 2010 y 2011, que forman parte de este convenio. Las cuantías establecidas en este artículo se revisarán en el año 2012 en función del IPC real del año 2011 más la diferencia entre el IPC real correspondiente al año 2010 y el 1%.”

No hay duda, pues, que de la simple lectura del precepto transcrito se deduce la naturaleza de compensación de gastos que se asigna a los complementos discutidos y, por ende, según la definición del art. 26.2 del ET, su carácter extrasalarial. En consecuencia, si a pesar de su colocación en el convenio y su calificación de complemento extrasalarial, el actor recurrente considera que tales circunstancias no son obstáculo para descubrir la verdadera naturaleza salarial de estos complementos que no compensan gastos sino que retribuyen trabajo, debería haber acreditado lo contrario combatiendo, en su caso, los hechos probados de la sentencia recurrida. Y el actor en lugar de aportar datos relevantes tendentes a desvirtuar la presunción de extrasalariedad que poseen esos pluses como por ejemplo que no se entrega vestuario o que no existen desplazamientos reales, se limita a justificar su petición haciendo alusión a meros extremos formales (como la cuantía y forma de pago de los pluses). Así, el argumento de que los pluses son salariales porque se abonan en 15 pagas no es válido, ya que el propio texto del artículo alude a que su cuantía se efectúa en cómputo anual y se redistribuye en las 15 pagas anuales. Lo mismo puede decirse respecto del argumento referente a que los pluses se establecen en cuantía variable para los diferentes grupos profesionales. El plus de transporte, según las tablas salariales, su importe para los grupos que lo tienen asignado es igual para todos ellos. Y en cuanto al plus de vestuario hay grupos profesionales en los que cada categoría tiene asignado un importe distinto. Y respecto a la no necesidad de justificación del gasto, tampoco este dato convierte en salariales los complementos discutidos ya que precisamente para no tener que justificar el gasto se convino en señalar una cuantía en cómputo anual a percibir luego mensualmente a través de quince pagas (STSJ Aragón 8-2 2012 rec. 919/2011 y las que en ella se refieren).

Hay que recordar el criterio de la STS de 15.3.1999, rec. 2175/1998, relativa a cuestión análoga suscitada respecto a anterior Convenio Colectivo del mismo sector (art. 74 del Convenio Nacional de Empresas de Seguridad, de 1-1-94 a 31-12-96, prorrogado hasta el Convenio de 1998): "La cuestión, pues, que ha de resolverse es la referente a la naturaleza jurídica de los complementos recogidos en el art. 74 del Convenio antes mencionado y que figura redactado, bajo el título de "complementos de indemnizaciones y suplidos", en los siguientes términos: 'a) Plus de distancia y transportes. Se establece como compensación a los gastos de desplazamiento y medios de transporte dentro de la localidad, así como desde el domicilio a los centros de trabajo y su regreso. Su cuantía en cómputo anual, y redistribuida en quince pagas, se establece en la columna correspondiente en el anexo salarial. b) Plus de mantenimiento de vestuario. Se establece como compensación de gastos que obligatoriamente correrán a cargo del trabajador, por limpieza y conservación del vestuario, calzado, correajes y demás prendas que componen su uniformidad considerándose a estos efectos, como indemnización por desgaste de útiles y herramientas. Su cuantía en cómputo anual, y redistribuida en quince pagas, se establece en la columna correspondiente en el anexo salarial'.

Por su parte la STS de 16.4.2010, rec. 70/2009, reitera este criterio: "los pluses litigiosos han sido calificados en el Convenio colectivo como retribuciones extrasalariales de carácter indemnizatorio de transporte y traje en los términos convenidos. Y ante tal calificación, que resulta evidente, conforme a los cánones interpretativos de literalidad e intencionalidad establecidos en el art. 1281 del C. Civil, y que han sido avaladas por la publicación del Convenio sin que la autoridad laboral (art. 90 ET) constatará motivo de ilegalidad, no cabe sostener la alegación actora basada en la presunción probatoria favorecedora de la parte demandada. Como afirma la Sentencia de esta Sala del TS de 15.3.1999 (rec. 2175/1998), en un supuesto sustancialmente igual al presente, (en el recurso se debatía la naturaleza salarial o extrasalarial del plus de distancia y transporte y de mantenimiento de vestuario establecido en el convenio como "compensación de gastos"): Si a pesar de su colocación en el convenio y su calificación de complemento extrasalarial, el sindicato recurrente considera que tales circunstancias no son obstáculos para descubrir la verdadera naturaleza salarial de estos complementos que no compensan gastos sino que retribuyen trabajo, debería la citada entidad haber acreditado lo contrario combatiendo, en su caso, los hechos probados de la sentencia recurrida". Y concluye: "conforme al mentado art. 26 ET debe rechazarse el motivo porque las percepciones extrasalariales son cantidades que compensan o indemnizan al trabajador por los gastos ocasionados con motivo de la actividad laboral, tales como quebranto de moneda, desgaste de útiles y herramientas, adquisición de prendas de trabajo, gastos de locomoción y dietas de viaje o plus de distancia y transporte urbano (art. 27.2 ET)... los pluses litigiosos no tienen carácter salarial, sino extrasalarial, y consecuentemente, no deben ser objeto de cotización. Debe recordarse aquí, lo anteriormente razonado, -en el sentido (STS de 15.3.1999) de que los pluses debatidos no son fijos y periódicos, sino que son de cuantía anual, aunque prorrateados en doce meses-, "sin que pueda deducirse de forma automática la pretendida naturaleza salarial de la forma de abonarlos todos los meses, incluso el de vacaciones, pues ello, no denota sin más la inexistencia de los gastos que conceptualmente remuneran tales complementos", y máxime cuando la propia norma convencional considera que tales pluses solo se devengarán durante los días de trabajo".

La jurisprudencia expuesta (sentencias del TS de 15.3.99 y de 16.4.10, dictadas en recursos de casación, con criterio reiterado) mantiene pues el carácter de indemnizaciones o suplidos de conceptos como los ahora discutidos, pluses de transporte y de vestuario del Convenio de Empresas de Seguridad, por lo que deben ser excluidos del cómputo del valor de la hora ordinaria, a efectos de la fijación del límite mínimo legal de la hora extraordinaria.

CUARTO.- El "plus de trabajo nocturno" y el "plus de fines de semana y festivos" se encuentran incluidos, en la estructura salarial que regula el Convenio, entre los complementos de puesto de trabajo. El art. 69 dispone: "...g) Plus de Trabajo Nocturno.- Se fija un plus de Trabajo Nocturno por hora trabajada. De acuerdo con el art. 41 del presente Convenio Colectivo, se entenderá por trabajo nocturno el comprendido entre las veintidós horas y las seis horas del día siguiente. Si las horas trabajadas en jornada nocturna fueran de cuatro o más horas, se abonará el plus correspondiente a la jornada trabajada, con máximo de ocho horas. Cada hora nocturna trabajada se abonará, de acuerdo con cada categoría, con arreglo a las siguientes tablas:...." En consecuencia la nocturnidad se abonará si en la Jornada (art. 41) se dan las circunstancias para su abono con independencia de que se haya contratado al trabajador para realizar o no un trabajo nocturno.

El art. 69 establece...”h) Plus Fin de Semana y Festivos. Teniendo en cuenta que los fines de semana y festivos del año son habitualmente días laborables normales en el cuadrante de los vigilantes de seguridad del Servicio de Vigilancia, se acuerda abonar a estos trabajadores un Plus por hora efectiva trabajada de 0,83 € durante los sábados, domingos y festivos para los años 2009 y 2010. Este plus ascenderá a 0,84 € en 2011 y se revisará en 2012 en función al IPC real del año 2011 más la diferencia entre el IPC real del año 2010 y el 1%. A efectos de cómputo será a partir de las 00’00 horas del sábado a las 24’00 del domingo y en los festivos de las 00’00 horas a las 24’00 horas de dichos días trabajados. No es abonable para aquellos trabajadores que hayan sido contratados expresamente para trabajar en dichos días (Ej. Contratos a Tiempo Parcial para fines de semana).”

Esta cuestión ha sido decidida por la sentencia del TS de 21-2-2007, recurso 33/2006, que argumenta: "La especificación, que hace el artículo 35.1 ET de que «el valor de las horas extraordinarias en ningún caso podrá ser inferior a la hora ordinaria», por su propia dicción literal no permite a la autonomía colectiva fijar ese valor en relación únicamente a uno de los elementos componentes de la estructura salarial, cuál es el salario base. De haberlo querido el legislador así lo hubiera dispuesto (...) La expresión legal «en ningún caso» conduce al «ius cogens» y, por tanto, el principio de jerarquía normativa o de legalidad (art. 9 de la Constitución) y el laboral de «norma mínima» imponen el inexorable respeto a este mínimo. El valor de la hora extraordinaria, según el precepto, es el que correspondería a cada hora ordinaria, y este último valor hace relación no sólo al salario base, sino a todos aquellos complementos que deben integrarse en la estructura salarial (a estos complementos se referían los apartados A), B), D) y F) del artículo 5 del derogado Decreto de 17 de agosto de 1973 de Ordenación de Salario) incluso, aquellos como las pagas extraordinarias que se devengan en proporción al tiempo trabajado. A partir de esta premisa, es de señalar que el salario ordinario unitario y total constituye la base cuantitativa del correspondiente al de la hora extraordinaria, de modo que dividiendo el importe anual del mismo por el total de horas de trabajo anuales pactados o establecidos se obtiene la realidad de cuál sea el valor de la hora ordinaria".

El citado Decreto de 17 de agosto de 1973 regulaba en su art. 5.B) los complementos salariales de puesto de trabajo, incluyendo los de trabajos nocturnos. Por consiguiente, esta sentencia del TS establece que el valor de la hora extraordinaria debe calcularse incluyendo todos los complementos que integran la estructura salarial, mencionando, por remisión al Decreto de 17 de agosto de 1973, el de nocturnidad.

Posteriormente, la sentencia del TS de 10-11-2009, recurso 42/2008, desestimó la demanda interpuesta por la Asociación Profesional de Empresas de Servicios de Seguridad Privada en la que solicitaba que, por aplicación del art. 35.1 ET, "el valor de la hora extraordinaria debe obtenerse a partir del valor de la hora ordinaria de trabajo, considerando como tal el correspondiente al salario ordinario por unidad de tiempo, sin computar todos aquellos conceptos que vienen a compensar un modo específico de realizar el trabajo o su prestación en circunstancias concretas, que ya se encuentra retribuido por el propio complemento salarial de que se trata". El Alto Tribunal apreció el efecto positivo de la cosa juzgada respecto de la sentencia de 21-2-2007, reiterando literalmente su doctrina, y aclaró el fallo con la siguiente adición: "sin

perjuicio de abono también en el trabajo en las horas extraordinarias cuando concurren tales circunstancias".

La sentencia del TS de 30-5-2011, recurso 69/2010, carece en este procedimiento de interés al desestimar una pretensión dirigida a conseguir la nulidad del anterior Convenio, como no sea que insiste en el incumplimiento de una norma de derecho necesario -el valor de las horas extraordinarias no puede ser inferior al de las horas ordinarias- que, a su vez, se pretende justificar sobre la base del gran número de horas extraordinarias que se trabajan en el sector, es decir, sobre la flagrante violación de la prohibición legal (art. 35.2 del ET) de trabajar más de 80 horas extraordinarias al año".

Pues bien, atendiendo a la doctrina sentada en las mencionadas sentencias, fácilmente se llega a la conclusión de que los pulsos discutidos de nocturnidad y fines de semana y festivos deben incluirse para determinar el valor de la hora ordinaria, a los efectos que aquí interesan. Ya hemos visto que no es preciso hacer la distinción relativa a si se trata de un trabajador cuyo contrato haya previsto que el trabajo sea nocturno, para diferenciarlo de aquel que sin pacto de esta naturaleza realiza su jornada en horas nocturnas, a lo que están obligados hasta la conclusión del servicio iniciado (art. 42 del Convenio). Y por lo que se refiere al plus de fines de semana o festivos, que no es abonable para aquellos trabajadores que hayan sido contratados expresamente para trabajar en dichos días, lo mismo cabe predicar, porque con el plus de nocturnidad se trata de un concepto que viene a compensar un modo específico de realizar el trabajo o su prestación en circunstancias concretas, sin perjuicio de abono también en el trabajo en las horas extraordinarias cuando concurren tales circunstancias.

Se trata de una tesis expresamente rechazada en proceso de Conflicto Colectivo por la STS de 11 de noviembre de 2009, con soporte en las afirmaciones de la sentencia de 21 de febrero de 2007 de que el valor de la hora ordinaria "hace relación no solo al salario base, sino a todos aquellos complementos que deban integrarse en la estructura salarial" y de que "el salario ordinario unitario total constituye la base cuantitativa del correspondiente al de la hora extraordinaria, de modo que dividiendo el importe anual del mismo por el total de horas de trabajo anuales pactados o establecidos se obtiene la realidad de cual sea el valor de la hora ordinaria". Este antecedente lógico para resolver la pretensión en este procedimiento ejercitada, y que tiene valor de cosa juzgada en todos los procesos individuales que versen sobre el mismo objeto, al menos en las reclamaciones derivadas del Convenio 2005-2008, con arreglo a lo que dispone el art 158.3 de la Ley de Procedimiento Laboral, conduce a que ajustemos el pronunciamiento de instancia cuantificando el valor de la hora extraordinaria, en función del importe total en computo anual de las percepciones salariales que obtuvo el trabajador, por la prestación de servicios durante el tiempo normal de trabajo, método que hace innecesario que demuestre que durante la prolongación de la jornada se dieron las circunstancias específicas que generan derechos a complementos pecuniarios que sumar al salario base

Y no hay duplicidad en el pago. Es cuestión diferente el abono de horas extraordinarias nocturnas y festivas cuando se realizan en estas circunstancias, cuestión que corresponde acreditar a la empresa que esta obligada a llevar el registro de las horas extras conforme al art. 35.5 del Estatuto de los Trabajadores, del computo del plus de nocturnidad y festivos en la suma anual global de las percepciones del trabajador para

determinar el valor de la hora ordinaria, tanto si se trata de un trabajador con pacto de trabajo nocturno o que realiza horas nocturnas como si tiene pacto de prestar servicios en festivo o simplemente realiza trabajo en festivo, lo que podrá repercutir en la percepción del plus de fines de semana o festivo pero no en el cálculo de la media anual de retribuciones para calcular el valor de la hora ordinaria.

Lo que ocurre es que para el cálculo del importe de la hora ordinaria a los efectos de garantizar el mínimo del precio de la hora extraordinaria, y que requiere la operación de dividir el importe total en computo anual de las percepciones salariales que obtuvo el trabajador por el total de horas de trabajo anuales pactados o establecidas, no puede figurar en el dividendo aquellos complementos salariales que siempre se han anudado a una mayor cantidad de trabajo (prolongación de jornada, horas extraordinarias), o a una mayor cantidad de trabajo (incentivos primas o bonus o cualquier otra retribución variable establecida en función de la consecución de objetivos o rendimientos superiores a los establecidos como normales), porque tales pluses no equivalen a una jornada ordinaria de trabajo, ni tampoco a una prestación de servicios normal.

En el supuesto que nos ocupa y atendiendo a lo percibido por el trabajador en las distintas anualidades 2009, 2010, el valor de la hora ordinaria se obtiene dividiendo el total importe de percepciones del actor deduciendo el plus transporte y vestuario y las remuneración correspondiente a las pagas extras, exceso de jornada y al nuevo plus 24/31 de diciembre que el Convenio vigente crea y regula en el art 70 como complemento de cantidad o calidad del trabajo por 1872 horas anuales que prevé como jornada normal el art. 41 del Convenio tanto para el año 2009 como para el 2010. Y realizando esta operación resulta en 2009 el valor de la hora ordinaria alcanza 9,67 € que hay que multiplicar los las 1231,4 horas extraordinarias realizadas desde marzo 2009 a enero de 2010 lo que arroja la cantidad de 11.907,63 €, cantidades a las que hay que restar las abonadas por la empresa en concepto de horas extras (sin incluir nocturnas y festivas) que según expresa el fundamento jurídico cuarto de la sentencia alcanza la cifra de 9.111,83 € en 2009 y 608,75 € en 2010, total 9.720,58€, lo que determina que la diferencia a abonar alcance la cifra de 2.187,05 €, a la que procede condenar a la empresa, inferior a la que declara la sentencia, por otros argumentos, lo que conduce a que en definitiva proceda estimar en parte el recurso de la empresa y desestimar en del actor en la diferencia solicitada aunque en parte hayan prosperado sus argumentos jurídicos.

FALLO

Que estimamos en parte el recurso interpuesto en nombre de la empresa P. SA, y desestimamos el formulado en nombre de don J.O.P., ambos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de los de Valencia de fecha 20 de mayo de 2011; y en consecuencia revocamos parcialmente la sentencia recurrida y estimado también en parte la demanda iniciadora de este procedimiento condenamos a la empresa a que abone al actor recurrente la cantidad de 2187,05 € en concepto de diferencias en el pago de horas extras en el periodo comprendido entre marzo de 2009 y enero de 2010.

Una vez firme esta sentencia devuélvase el depósito y la diferencia de consignación constituida para recurrir.

Sentencia núm. 742, de 12 de marzo de 2012

Materia: Despido disciplinario. Extinción de la relación laboral de forma verbal La empresa alega motivos disciplinarios que no constan ni documento para instar la prestación por desempleo. Declaración relación laboral de carácter temporal. Devengo de los salarios de tramitación.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido del actor.

Sala: Estima el recurso revocando parcialmente la sentencia recurrida limitando los salarios de tramitación a los devengados

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de suplicación se interpone por la parte demandada y se apoya en dos motivos formulados respectivamente al amparo de lo dispuesto en los apartados b y c del artículo 191 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral, aplicable a la presente en virtud de lo dispuesto en la DT 2^a de la Ley 36/2011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social.

En el primer motivo, se solicita por la parte la revisión de los hechos declarados probados y se propone la adición de dos nuevos hechos (quinto y sexto) en los que pretende se recoja la naturaleza temporal del contrato suscrito por el actor y el demandado y su duración (documento 1 aportado por la actora y documento obrante en los folios 41 y 42 del expediente) y la suscripción por parte de este de un contrato de trabajo con la empresa M.P.G. desde el día 16 al 29 de noviembre de 2011 (informe de vida laboral, documento obrante en el folio 69). Se accede a lo solicitado por ser datos que se desprenden de la documentación referida y resultan trascendentes para la resolución de las cuestiones jurídicas suscitadas.

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso, la parte denuncia la infracción de la doctrina recogida entre otras en la STS 19/09/2000 en aplicación del artículo 56 del ET, en su redacción anterior a la reforma operada por el RDL 3/2012. Y solicita la limitación del devengo de los salarios de tramitación, hasta la finalización del contrato, detrayendo además los periodos trabajados en otras empresas.

Efectivamente el devengo de salarios deberá quedar limitado a la fecha de extinción del contrato temporal suscrito por las partes, esto es según el relato fáctico hasta el 7/12/2010 y en este sentido ya se ha manifestado esta Sala en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo que entiende que cuando se trata de la extinción de contratos temporales, cuya naturaleza no se discute, los salarios de tramitación sólo se adeudan hasta el día en que el contrato temporal debió extinguirse por causa legal o convencional que produzca su correcta extinción (STS/IV 14/04/1997 recurso 1803/1996 , 28/04/1997 recurso 1076/1996 , 10/03/2005 recurso 1322/2004 ,

23/07/2009 -recurso 1187/2008 y 28/04/2010 -recurso 1113/09 y 4/04/2011 recurso 2175/2010 entre otras).

Así mismo la percepción de los salarios de tramitación es incompatible con la percepción de rentas salariales procedentes de una nueva contratación posterior a la extinción discutida. En este caso y a tenor de los hechos probados resulta que con posterioridad al despido efectuado el 9 de noviembre de 2010, y en el periodo comprendido entre los días 16 a 29 de noviembre el trabajador prestó servicios para otra mercantil, si bien a falta de acreditación de la cuantía percibida en la nueva contratación y de acuerdo con los criterios recogidos entre otras en la STS IV 10/10/2007, recurso 372/2007 ha de entenderse que la misma debe quedar referida al salario mínimo interprofesional más las correspondientes pagas extraordinarias.

Por lo tanto y a la vista de lo expuesto procede estimar el recurso interpuesto y revocar parcialmente la sentencia de instancia en los términos solicitados.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de R.M.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de VALENCIA de fecha 9/05/2011, en virtud de demanda presentada a instancia de P.I.C.; y, en consecuencia, revocamos PARCIALMENTE la sentencia recurrida, limitando los salarios de tramitación a los devengados desde la fecha del despido hasta el día 7/12/2010 y deduciendo del salario día correspondiente al periodo comprendido entre los días 16 al 29 de noviembre, la cuantía correspondiente al salario mínimo interprofesional en su cuantía diaria.

Sentencia núm. 767, de 13 de marzo de 2012

Materia: Relación laboral. Trabajadoras que prestan servicios como camareras en local de alterne. Su retribución consiste en el 50% de lo que ingresan por consumiciones de los clientes del local. La empresa recibe una Inspección y es sancionada por tres faltas graves por falta de alta en la S.Social. La empresa codemandada niega que exista relación laboral con las trabajadoras codemandadas.

Juzgado: Estima la demanda declarando que la relación que une a las demandadas con la empresa es de carácter laboral, condenando a ésta a pasar por dicha declaración con todas las consecuencias legales inherentes.

Sala: Desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia. Existe relación laboral entre la empresa y las camareras al ejercer éstas esas funciones en local de alterne. No hay relación laboral respecto a las funciones que puedan desarrollar las actoras en las habitaciones que alquilan al propietario de la empresa codemandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por R.M.L. la sentencia dictada el día 13 de junio de 2.011 por el Juzgado de lo social número 12 de los de Valencia que en procedimiento de oficio iniciado por comunicación de la declaró laboral la relación que le unía a éste con las trabajadoras D^a B.F.y D^a S.D.N. El recurso se ha impugnado por la Abogacía del Estado.

2. A lo largo del motivo y efectuando diversas consideraciones sobre el valor probatorio del acta de la inspección de trabajo, se pretende añadir en el relato histórico que las trabajadoras se dedicaban a la prostitución, así como que debe eliminarse que cobrasen un 50 por ciento del importe de las consumiciones que efectuasen los clientes en el establecimiento del actor, así como que no debe tenerse en cuenta la diligencia extendida por el funcionario de correos que desempeñando funciones de cartero extendió en la citación de correos de una de las codemandadas lo que hace que deba suprimirse en el hecho sexto cuanto sigue a la expresión “sin embargo...”.

3. Planteada en estos términos la revisión fáctica y teniendo en cuenta que esta Sala en reiteradas ocasiones, y a modo de ejemplo cabe citar las Ss. de 17 de enero, 2 de marzo, 18 junio 13 de diciembre de 2000, 14 de septiembre de 2004, 31 de mayo de 2006 y 30 de diciembre de 2.008, ha señalado que es doctrina jurisprudencial consolidada contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que señala que para

que una revisión de hechos pueda prosperar se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél-.”, es claro que el motivo está abocado al fracaso, pues con él, superándose los límites expuestos, lo que pretende el recurrente es valorar de nuevo la totalidad de la prueba practicada.

SEGUNDO.- 1. El motivo correlativo del recurso se destina a la censura jurídica, citándose, al efecto, infracción tanto de los arts. 1.1 y art. 8.1 E.T por cuanto que se señala que dedicándose las trabajadoras en cuestión a la práctica de la prostitución hace que no pueda apreciarse la nota de ajenidad propia del contrato de trabajo, no habiéndose acreditado la existencia de un horario, y aun reconociendo que esta Sala se ha pronunció en S. de 15-9-09 en un caso similar determinando el carácter laboral de la relación de los trabajadores, cita otras resoluciones que a su juicio han de hacer desvanecerse dichos razonamientos, considerando por otro lado que del trabajo desempeñado por las codemandadas no pueden inferirse las notas de dependencia y ajenidad debiendo reputar a las mismas como trabajadoras autónomas, pues la actividad de camarera no es sino el mero barniz externo que maquilla una actividad por cuenta propia que resulta principal cual es la prostitución..

2. El inalterado relato histórico de la resolución recurrida nos expone el supuesto a enjuiciar: se trata de dos trabajadoras de nacionalidad rumana que venían prestando servicios desde el 1-9-2.010 en el establecimiento del recurrente, percibiendo el 50 por ciento de las consumiciones que efectuasen los clientes a los que atendiesen, lo cual era anotado en una libreta por la encargada, L.E.O., las dos trabajadoras disponían de una habitación en los locales de la empresa por la que abonaban 10 euros diarios, señalándose en la fundamentación jurídica de la sentencia que el ejercicio de la prostitución que se dice por la empresa que llevaban a cabo las demandadas, evidencia que su actividad estaba vinculada al trato con los clientes de aquella y con las consumiciones que estos hacía allí. Y partiendo de estos hechos, resulta que el motivo debe ser desestimado, ya que en anteriores resoluciones de esta Sala, partiendo de datos similares, se ha dado cumplida respuesta a los argumentos ahora esgrimidos por el recurrente, en sentido contrario al postulado por la parte. Así, nuestra Sentencia de 4-2-2.009 recuerda que como en el que se examina se constata la doble actividad de camarera de alterne y ejercicio de la prostitución, manteniendo la relación laboral en el primer caso, por lo que elementales razones de igualdad en la aplicación de la Ley (art. 14 de la Constitución Española EDL1978/3879), imponen seguir el mismo criterio, que no consta corregido por el Tribunal Supremo. Así como ya dijimos en la sentencia 3968/07 de 12 de diciembre (rec. 1038/07) EDJ2007/345012: "La actividad de alterne realizada por las codemandadas en el local de la titularidad del demandado Sr. entendemos tiene naturaleza laboral, al darse los requisitos del artículo 1.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. La prestación de los servicios no consta fuera obligada, sino que las codemandadas libremente los prestaban, sin sujeción a un horario determinado pero dentro de la apertura y cierre del establecimiento y en el local

destinado a club del mencionado codemandado, con lo que entendemos existente la dependencia en el sentido flexible que la jurisprudencia viene considerando como de pertenencia al círculo organizativo del empresario quien proporcionaba la infraestructura propia de un bar de alterne (bebidas, música y entorno) dentro del cual se realizaba esa actividad por las codemandadas, quienes por ello percibían del titular del local el 50% del importe de aquellas consumiciones que eran cobradas directamente por el mismo o a través del camarero que las servía, con lo que tenemos también el requisito de la ajenidad, retribución por cuenta del empresario. Este es el criterio sustentado por el Tribunal Supremo en supuestos de actividad de alterne, partiendo de la atenuación del requisito de la dependencia, y de la flexibilidad de horario y asistencia, así en sentencias de 3 de marzo de 1.981 EDJ1981/8059, 25 de febrero de 1.984, 21 de octubre de 1.987 EDJ1987/7569 y 4 de febrero de 1.988 EDJ1988/870". Añadiendo que: "En cuanto a la prostitución, también ejercida por las codemandadas pero en las habitaciones donde vivían en el piso superior del club, en absoluto consta que se ejercitara por cuenta del titular del local, que incluso recibía de las codemandadas diez euros por cada cliente que utilizaba la habitación correspondiente, consideramos por ello que esa actividad se realizaba por cuenta propia por las codemandadas, de ahí que no compartamos el criterio de la sentencia de instancia sobre el carácter ilícito del objeto del contrato, por la elemental razón de que no formaba parte de ese objeto el ejercicio de la prostitución, que por otra parte no se ha acreditado constituyera la actividad preponderante de las codemandadas, debiendo por ello prevalecer la actividad de alterne, atendiendo a su carácter laboral de acuerdo con lo argumentado en el epígrafe anterior teniendo en cuenta además la presunción del artículo 8.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores."

TERCERO.- 1. Corolario de lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto por la empresa con confirmación de la resolución recurrida.

2. De conformidad con el art. 202.4 de la LPL se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

3. Procede, con arreglo al art. 233.1 de la LPL, condenar a la recurrente al pago de las costas procesales, fijándose al efecto en 300 euros los honorarios del letrado del estado."

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por R.M.L. contra LA SENTENCIA dictada por el Juzgado de lo Social número 12 de los de VALENCIA EL DÍA 13-6-2.011 en sus autos 71/2011 confirmamos la misma en sus propios términos.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la recurrente al abono de las costas procesales, fijándose los honorarios del abogado de estado en 300 euros.

Sentencia núm. 788, de 14 de marzo de 2012

Materia: Pensión de viudedad. La solicitante ha convivido de hecho con el causante de la prestación. Sin embargo, ni se ha solicitado la prestación en tiempo y forma, ni queda probada la convivencia ininterrumpida, ni la relación con el fallecido puede dar lugar a reclamar una pensión de viudedad. No obstante, se presentan certificados de empadronamiento.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la entidad gestora de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso al no proponerse una revisión fáctica en forma ni solicitarse revisión del derecho aplicado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de prestación de viudedad, interpone la parte actora recurso de suplicación. Invocando como único motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 191 de la antigua Ley de Procedimiento Laboral –aplicable a la presente en virtud de la DT 2^a de la Ley 36/2011 de 10 de octubre-, la revisión de hechos probados, impugnando en términos genéricos la valoración que de la prueba documental y pericial efectúa el magistrado de instancia.

El presente recurso tal y como se encuentra redactado, no puede prosperar. En efecto, lo primero que hay que señalar es que nos encontramos ante un recurso de naturaleza extraordinaria con motivos tasados, que no permite una nueva valoración de la prueba practicada como si de una segunda instancia se tratase, tal y como ya declaró el Tribunal Central de Trabajo en sentencias de 9-04-1986 y de 4-10-1988, en doctrina que ha sido pacíficamente admitidas por todas las Sala de lo Social. De este modo, la naturaleza extraordinaria del recurso suplicación ha sido puesta de manifiesto de forma reiterada por las distintas instancias judiciales e incluso por el propio Tribunal Constitucional en sus sentencias, entre otras, 3/1983 de 25 de enero, 117/1986 de 13 de octubre, 294/1993, de 18 de octubre y 105/2008, de 15 de septiembre. Tal consideración viene al caso, porque el recurrente realiza en su escrito una serie de “alegaciones” que están muy lejos de lo que deben considerarse como motivos del recurso, tal y como exigen los artículos 191 y 194.2 de la antigua LPL. En definitiva la parte recurrente se limita discrepar de la valoración de la prueba realizada por el Juzgador de instancia, lo que constituye razón suficiente para desestimar el recurso, pues lo que se pretende es sustituir el convencimiento alcanzado por este, a través de la valoración realizada de la prueba, por el propio de la parte recurrente, lo que evidentemente no resulta posible, pues es reiterada la doctrina que afirma que no es lícito sustituir el ponderado juicio del juzgador por el interesado de la parte. Pero es que además, la recurrente ni siquiera cita la norma sustantiva o la doctrina jurisprudencial que la sentencia de instancia haya podido infringir, ni indica qué hechos probados debe ser objeto de revisión, ni propone una redacción alternativa de ellos.

2. Debemos enlazar lo expuesto en el apartado precedente con la doctrina que ha ido forjándose en torno a las formalidades que debe reunir el recurso de suplicación. Así como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, de las que son expresión las de 3-03-1998 y 11-12-2003 (recurso 63/2003), “la revisión de hecho –de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara”. De modo, que constituyen infracciones de tales requisitos el que el recurso se formule de manera libre y abierta sin articulación de motivos concretos (SSTS 23 enero 1990, 2 marzo 1990), o sin separación de los motivos de hecho y de derecho (SSTS 4 mayo 1984, 21 diciembre 1989, 13 febrero 1990; SSTCT 20 abril 1988, 2 julio 1988) o que se formule en escrito incomprensible (STCT 10 abril 1989), toda vez que admitir un recurso con tal imprecisión equivaldría a que fuera construido el mismo por el tribunal en beneficio de una de las partes -la recurrente- y con infracción del principio de igualdad (SSTCT 2 marzo 1984, 17 octubre 1985, 17 diciembre 1986, 22 mayo 1987, 12 diciembre 1988, 28 febrero 1989; TSJCA Aragón 15 marzo 1988, TSJCA Madrid 5 junio 1989; TSJCA Valencia 28 marzo 1990, o 30 marzo 1990). En esta misma línea se insiste en la STS de 11-12-2003 (recurso 63/2003), que “solamente gozan de virtualidad revisoría aquellos documentos que por sí mismo hagan prueba de su contenido y no resulten contradichos por otros documentos probatorios”.

3. Asimismo, y por lo que se refiere a la revisión del derecho, se exige que el que recurre cite o haga referencia a las normas jurídicas que estime infringidas (SSTCT 26 abril 1988, 9 diciembre 1988; TSJCA Madrid 14 diciembre 1989). De modo que como señala la STS de 10-02-1989, entre otras, no puede aceptarse un recurso que se limita a alegar la errónea interpretación de las leyes aplicables al caso sin más; doctrina asumida por el Tribunal Constitucional en la sentencia 258/2000, de 30 de octubre (recurso de amparo 720/98). Pero es más el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que es necesario observar los presupuestos necesarios para cumplir los requisitos de acceso al recurso de suplicación dado su carácter de recurso extraordinario (STC 230/2001 26 noviembre), y que corresponde a las partes cumplir las exigencias del recurso que interponen (STC 16/92 y 40/02). En éste sentido el mismo Tribunal ha llegado a rechazar el amparo motivado por la falta de pronunciamiento sobre el fondo en un recurso de suplicación por la ausencia de indicación en su formalización del apartado del artículo 191 LPL en que se pretendía incardinar el recurso, y por la falta de concreción de la norma o normas jurídicas que se consideran infringidas o de que manera se produjo la infracción. (STC 71/2002).

4. En definitiva pues y de acuerdo con las razones expuestas, el recurso no puede prosperar, pues no se propone una revisión fáctica en forma ni se solicita revisión del derecho aplicado, lo que lleva necesariamente a la confirmación de la sentencia recurrida

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 E.E.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.13 de los de VALENCIA de fecha 19/05/2011 en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 799, de 14 de marzo de 2012

Materia: Elecciones sindicales en empresa de limpieza. Nueva adjudicataria del servicio de limpieza. En el centro prestan sus servicios 15 trabajadores. Validez del preaviso electoral.

Juzgado: Estima la demanda determinando la nulidad del preaviso electoral en proceso electoral llevado a cabo en la empresa demandante.

Sala: Desestima el recurso del sindicato demandado, confirmando en su integridad la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- 1.- Frente a la sentencia que estimó la demanda planteada por la mercantil G.L., S.L., y declaró la nulidad del preaviso electoral 46/343/11 y el acta de registro 46/690/11 en proceso electoral llevado a efecto en la mercantil antedicha, interpone recurso de suplicación la representación letrada del sindicato X., siendo debidamente impugnado de contrario.

2.- El recurso se articula en un único motivo, donde con adecuado amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 44.5 ET estimando en esencia, que en los casos de transmisión de un centro de trabajo manteniendo éste su autonomía procedía la continuidad en el ejercicio de sus funciones por los representantes legales de los trabajadores. En el caso de autos, argumenta la parte recurrente que el preaviso anulado afectaba a un centro de trabajo de una contrata de limpieza de un colegio, con 15 trabajadores, que fue asumido por la mercantil tras obtener la contrata de limpieza de dicho centro, donde existía una delegada de personal, unidad electoral que se trató de mantener con la convocatoria de un nuevo proceso electoral para dicho centro mediante el preaviso impugnado. Entiende la parte recurrente que la existencia de representantes de trabajadores en el resto de la empresa no representaría concretamente a los trabajadores del centro afectado. A mayor abundamiento, el recurso se articula sobre la base de cita de doctrina científica que defendería la posibilidad de una excepción a lo dispuesto en el art. 63.2 del ET en el caso de empresas que desempeñan en su actividad mediante la concertación de contratas o concesiones administrativas, manteniendo el lugar de prestación de la contrata como unidad electoral aún cuando en la misma provincia o municipios limítrofes existieran dos o más centros que no alcanzasen los cincuenta trabajadores, pero que en su conjunto lo sumasen. A este respecto, esta opinión se sustenta en tres argumentos: que en el sistema legal de representación de los trabajadores la regla general es la de que el centro de trabajo constituye la unidad electoral básica; que la aplicación del art. 63.2 ET resultaría contradictoria con el espíritu de la normativa electoral, que trata de aproximar el elector al elegido y, que podría suponer una vulneración de lo dispuesto en el art. 44.5 ET en cuanto al mantenimiento del mandato de los representantes legales de los trabajadores en casos de cambios de titularidad de la contrata que implicasen una transmisión de empresa. Se

aduce, finalmente, que este criterio se ratificó en una SJS núm. 12 de Valencia de 4-11-2005 (sentencia núm. 478/2005).

3.- El impugnante estima que el recurso trata de desviar el debate en relación con la continuidad de la empresa cesionaria de la condición de representante legal de los trabajadores de los que la tenían en la empresa cedente, cuando el objeto de la litis es si se pueden promover elecciones sindicales aisladas en centros de menos de 50 trabajadores o si hay que agrupar todos ellos para formar el censo electoral.

4.- Para la adecuada resolución del motivo ha de partirse del incombustible dato fáctico de que la empresa demandada se dedica a la actividad de limpieza teniendo diversos centros de trabajo, con un comité de empresa de nueve miembros por agrupación de centros de trabajo. En este contexto, ha de enjuiciarse si resultó correcta la aplicación en la sentencia de instancia del art. 63.2 ET y la doctrina contenida en la STS de 28-5-09, Rec. 127/08. A este respecto ha de partirse de que en la mencionada sentencia se señala que el agrupamiento previsto en el art. 63.2 ET no es una «mera posibilidad» en manos de los convocantes sino que se les impone de forma obligatoria. Este carácter obligatorio determina de entrada, la ilegalidad del preaviso planteado para el centro de trabajo específico, como ya estableciera la sentencia de instancia. A esta ilegalidad no obsta lo dispuesto en el art. 44.5 ET, que regula la suerte de los representantes de los trabajadores de la empresa transmitida cuando ésta conserva su autonomía estableciendo que los representantes de los trabajadores seguirán ejerciendo sus funciones en los mismos términos y bajo las mismas condiciones que regían con anterioridad a la transmisión. Aunque la autonomía también se ha interpretado como el mantenimiento de la misma unidad electoral existente con anterioridad a la transmisión y que, con posterioridad a la misma sigue conservándose como idéntica y funcionando como tal (STS de 23-7-90, Rec. 207/90). Ello implica normalmente el mantenimiento del centro de trabajo transmitido como unidad electoral autónoma, pero en supuestos como el que aquí se dilucida, la ley impone un comité conjunto cuando una empresa tenga dos o más centros de trabajo dentro de la misma provincia o municipios limítrofes que no alcancen por sí solos los 50 trabajadores pero sí de forma conjunta. Esta norma es una excepción a la regla general para la constitución de la representación de los trabajadores el ET que atiende, preferentemente, al criterio de construirla en torno al concepto de centro de trabajo dotado de autonomía. El art. 63.2 ET prevé expresamente que en los casos donde dentro de una misma provincia coexistan centros de trabajo que llegan a los cincuenta trabajadores con otros que no, se constituirá en los primeros un comité para cada uno de ellos y otro conjunto para los segundos. La norma no prevé pues una excepción que permita mediante las correspondientes elecciones sindicales específicas de un centro, mantener el delegado personal en dicho centro de trabajo y un comité conjunto para el resto de centros, como pretende la parte recurrente. A este respecto, ha de señalarse que pese a los argumentos doctrinales favorables a la posibilidad de elecciones en centros de trabajo en constantes procesos de cambio de titularidad que impliquen una transmisión de empresa, lo cierto es que la jurisprudencia ha venido interpretando estrictamente el régimen legal de estructuras representativas frente a opciones interpretativas más favorecedoras de los derechos de representación de los trabajadores en la empresa. Así, por ejemplo, por no existir cobertura legal para esta posibilidad se ha negado que varios centros de trabajo que individualmente no lleguen a seis trabajadores, se puedan agrupar para posibilitar la elección de delegados de personal (STS de 31-1-01 y STS de 19-3-01, Rec. 2012/00). Entre otros argumentos, el

Alto Tribunal alude a que si el legislador hubiera querido establecer una excepción, como la fijada para los comités de empresa conjuntos, lo hubiera hecho expresamente. En definitiva, que no estaríamos ante un olvido del legislador, si no que éste quiso dar este tratamiento. Estas mismas ideas se han extendido para descartar la posibilidad de que centros de trabajo de menos de 10 trabajadores puedan agruparse para formar una unidad electoral (STS de 20-2-08, Rec. 77/07).

5.- A mayor abundamiento, en doctrina judicial de suplicación no se han admitido excepciones al régimen del art. 63.2 ET en sectores afectados por la descentralización productiva, señalándose que la obligación de un comité de empresa conjunto no se exceptúa por el hecho de que la empresa sea de servicios y que se haya producido la finalización de la contrata en uno de ellos (STS de Cantabria de 13 de mayo de 2010, Rec. 303/2010). Asimismo, en la STSJ de Murcia de 19-2-07, Rec. 84/07, se argumenta que la regla del art. 63.2 ET garantiza el derecho básico de participación en la empresa, y que no queda exceptuada en las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales para permitir elegir delegados por centro, en razón de la frecuencia de las sucesiones de empresa por finalización de contrata, porque la norma no contempla excepciones. Así, se aduce que: *“La redacción de los artículos 62 (Delegados de Personal) y 63 (Comité de Empresa) no permite optar entre uno u otro instrumento de representación, en el caso de empresa con varios centros, cuando el censo de cada uno no supere el número de 50 trabajadores y la suma de todos ellos si lo sea. Podría plantearse la duda, en el caso en que todos los centros tuvieran un censo o plantilla de más de 10 o de 6 trabajadores, dado que en tal caso, todos ellos tendrían garantizado el derecho de participación. Sin embargo, en los casos como el presente, en el que existen centros cuyo censo no permite la elección de delegados de personal, no cabe tal conclusión, dado que es la regla contenida en el artículo 63.2 la que garantiza el derecho básico a la participación en la empresa, con el importante contenido que ha quedado anteriormente reflejado. Frente a tal garantía no puede prevalecer el argumento de que, en las empresas dedicadas a la limpieza de edificios y locales deben de existir una solución distinta, la de la elección de delegados por centro, en razón a las frecuencias de las sucesiones de empresa por finalización de las contrata de limpieza. La norma estatutaria no contempla excepciones y el fenómeno de la sucesión empresarial se produce en cualquier caso de transmisión de centros de trabajo en empresa de distintos sectores; en todo caso, los trabajadores de centros afectados por una sucesión empresarial no perderían su derecho a la participación, el cual se instrumentaría a través de los órganos de representación de la nueva empresa adjudicataria de la contrata hasta que, con ocasión de un nuevo proceso electoral, pudiera, con su voto, decidir en el nombramiento de sus representantes”*.

6.- Del criterio expuesto se deduce que finalizado el mandato representativo de la delegada de personal en el centro, no hay posibilidad de una elección aislada y descontextualizada de la estructura representativa preexistente en la empresa, pues sencillamente no tiene cobertura legal y contradice lo dispuesto en el art. 63.2 ET. El nuevo proceso electoral iniciado debió tener en cuenta dicha regla, instrumentando los derechos de participación a través de órganos de representación de la nueva empresa adjudicataria de la contrata con un incremento, en su caso, del número de representantes en el comité de empresa. Esta solución no implica empero, que en otros casos, sea admisible la posibilidad de elecciones específicas en un centro de trabajo transmitido. Así, ello se ha admitido cuando éste reunía el número suficiente por sí mismo para la elección de un comité de empresa (STSJ de la Comunidad Valenciana de 17-1-2008,

Rec. 1432/07), posibilidad ésta plenamente compatible con lo establecido en el artículo 63 ET.

7.- Procede, por lo expuesto, rechazar la censura jurídica que se formula por el sindicato demandado, por la indebida aplicación del artículo 63.2 del ET y la desestimación del recurso. Sin condena en costa.

FALLO

Desestimar el recurso interpuesto por la representación letrada del sindicato X., contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Valencia de fecha de 11 de julio de 2011, confirmando íntegramente la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 806, de 14 de marzo de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios en empresa demandada mediante contrato temporal indefinido a tiempo completo. Finalización de la relación laboral. El despido es declarado improcedente pero no se reconoce ni oferta cantidad alguno en concepto de indemnización.

Juzgado: Previa estimación de la excepción de inadecuación del procedimiento respecto de la indemnización por despido y estimando parcialmente la demanda, se condena a la empresa demandada a que abone a la actora determinada cantidad por determinados conceptos, más otra cantidad por intereses por mora, desestimando los restantes extremos de la demanda y condenando al FOGASA a estar y pasar por el presente pronunciamiento.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia, reconociendo el derecho del actor a recibir también determinada cantidad en concepto de indemnización por despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la parte actora la sentencia de instancia que estimó parcialmente su demanda, pues si bien se condenó a la empresa a abonar la cantidad de 7.278,89 euros en concepto de salarios correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de enero de 2009 y el 5 de julio de 2009, apreció la inadecuación del procedimiento en cuanto a la reclamación del importe de la indemnización como consecuencia del reconocimiento por la empresa de la improcedencia del despido. Razona la sentencia recurrida respecto de este último extremo que “aún cuando la empresa reconocido a la demandante la improcedencia del despido, no le reconoció la indemnización por despido, por lo que no se puede considerar pacífica la deuda”, por lo que el procedimiento adecuado para reclamarla sería el de despido. Frente a este pronunciamiento se alza la parte actora invocando en el primer motivo de su recurso la infracción de la doctrina jurisprudencial expresada en la STS de 22 de enero de 2007, en relación con lo dispuesto en los artículos 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), 81 de la LPL y 24 de la Constitución Española (CE).

2. Cuestión semejante a la planteada en este recurso ha sido resulta por esta Sala en sentencia de 21 de febrero de 2012 (rs.2332/2011), así como en el recurso 2482/2011 por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan seguir el criterio expuesto en ella. Como se razona en la mencionada sentencia, “son dos las cuestiones que se suscitan por la recurrente en torno a la aplicación del derecho que hace la sentencia recurrida. En la primera de ellas la

parte impugna el pronunciamiento de instancia por el cual se estima la excepción procesal de falta de adecuación de procedimiento respecto de la reclamación de cantidad efectuada por la parte en concepto de indemnización por despido improcedente, reconocido y no impugnado judicialmente. Y la segunda la denuncia que la misma efectúa alegando la indefensión que le produce, el hecho de que tal defecto procesal no fuera advertido por el órgano judicial a los efectos establecidos en el artículo 81.1 de la LPL.

Empezando por el segundo de los argumentos con los que la recurrente combate el fallo recaído en la instancia, debemos rechazar su pretensión, en la medida que lo que está proponiendo no es sino nulidad de lo actuado por infracción de la norma procesal reguladora de la admisión de sentencia (aunque debe decir demanda) que según su criterio le origina indefensión, cuestión por otro lado que debería haberse propuesto por el cauce procesal del apartado a del artículo 191 de la LPL. En cualquier caso, tal como expone el Abogado del Estado en su escrito de impugnación, el artículo 81.1 de la LPL, atribuye al órgano judicial un control previo sobre los requisitos que conforme al artículo 80 del citado texto legal, deben acompañar a la demanda iniciadora del pleito, y que tal como se desprenden del propio precepto tiene carácter subsanable, sin que tal mandato pueda hacerse extensivo a cuestiones jurídicas ligadas a la acción ejercitada, que son objeto de control judicial en el pleito y que afectan al derecho sustantivo aplicado en la sentencia.

En cuanto a la segunda cuestión planteada, esto es, si el proceso ordinario es la vía adecuada para reclamar una indemnización por despido derivada del reconocimiento de improcedencia del empleador no comparecido, debemos recordar la doctrina de la Sala IV que además es invocada por ambas partes en iguales términos recordando que tal como se recoge ya en la SSTS 22/1/2007, recurso 3011/2005 y STS 29/09/2008 recurso 3868/2007, y se reitera en la STS 30/11/2010, recurso 6568/2010, dicha reclamación deberá hacerse en un procedo de despido cuando la discrepancia se plantee por una cuestión de fondo (tipo de indemnización debida --45 días, 33 días, 20 días por año--, salario, antigüedad; o bien sujeto o sujetos obligados al pago) pero no cuando exista conformidad sobre todos esos extremos y se trate exclusivamente de hacer una operación matemática necesaria para aplicar correctamente el Art. 56.1.a) ET, o el que proceda, en cuyo caso considera adecuado el proceso ordinario.

En el presente caso, el reconocimiento de improcedencia y por lo tanto la conformidad de las partes en cuanto a las consecuencias del despido, permite determinar mediante una mera operación aritmética la cuantía indemnizatoria, por lo que de acuerdo con la doctrina expuesta parece que la sentencia de instancia estima indebidamente la excepción planteada por el fondo y en consecuencia procede su revocación”.

SEGUNDO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA E.P.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Elche, de

fecha 26 de octubre de 2010, contra la empresa C.D. L.Z.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de condenar también a la citada empresa al abono de la cantidad de 9.562,05 euros en concepto de indemnización por despido. Se confirman el resto de los pronunciamientos de la sentencia.

Sin costas.

Sentencia núm. 814, de 14 de marzo de 2012

Materia: Declaración de minusvalía. Revisión grado de discapacidad. Revisión por agravación. Disconformidad con el grado concedido. Se postula incrementar el grado de discapacidad.

Juzgado: Estima la demanda, procediendo reconocer a la actora un grado de discapacidad total del 66%, debiendo la entidad demandada estar y pasar por tal declaración.

Sala: Desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia. No cabe realizar una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en suplicación la representación letrada de la Conselleria de Benestar Social frente a la sentencia que estimó la demanda de la parte actora declarándola afecta de un grado de minusvalía del 66%, recurso que se formula al amparo de los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL.

En el ámbito de la revisión fáctica la recurrente solicita la modificación del hecho probado 5º apartado 8º para que se intercale el calificativo de “leve” tras la expresión “trastorno depresivo mayor, recidivante”, y para que al final del párrafo se suprima “aislamiento social”. Esto último lo quiere suprimir porque el “aislamiento social” no consta como síntoma y solo reitera lo que ya se expresa como “retraimiento social casi completo”. En cuanto al otro punto dice que no consta prueba que acredite una situación de gravedad -particularmente una pericial que valore el estado actual de la actora- por lo que no se justifica la omisión trascendente del diagnóstico “leve” que hace constar el dictamen psicológico.

No aceptamos las modificaciones pedidas ya que lo que las mismas denotan es una disconformidad con la valoración judicial de la prueba y un intento de superponer la propia del organismo demandado sobre la imparcial y objetiva del juzgador, pero todo ello sin demostrar error patente y manifiesto del juez a quo derivado directamente (sin necesidad de conjeturas o elucubraciones) de prueba documental o pericial. Y como reiteradamente ha dicho esta Sala, no cabe olvidar que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LPL al juzgador de instancia, juzgador que ha formado su convicción de la valoración ponderada del conjunto de la prueba practicada, permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes aportados, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental, sin que ello suponga error en la valoración probatoria. En el caso de autos, según consta al fundamento de derecho primero “las dolencias que se declaran probadas resultan de la apreciación conjunta de

los informes médicos aportados por la actora, habiéndose tenido en especial consideración los emitidos por servicios públicos de salud”, lo que es perfectamente posible y no ha entrañado arbitrariedad alguna.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia la infracción del RD 1971/1999 de 23 de diciembre, concretamente el capítulo XVI en el que se concreta el baremo de valoración de la enfermedad mental, apartado 3), trastornos afectivos, alegando básicamente que no puede discrecionalmente el Juzgado, sin prueba que lo avale, otorgar un porcentaje para de esa manera alcanzar el resultado que la demandante pretende. El razonamiento que el juez alcanza (sigue diciendo) es sin justificación alguna, pues omite un dato que no permite alcanzar la conclusión a la que llega, y es el dato de que el diagnóstico es leve.

El anterior razonamiento no puede prosperar, pues no se constata infracción alguna de los preceptos denunciados y sí disconformidad de la parte con la valoración del juez de instancia, lo que no es posible, tal y como hemos indicado en el anterior fundamento. En un recurso extraordinario como es el de suplicación, no cabe que la Sala realice una nueva valoración de la prueba practicada en la instancia, de modo que como señala el Tribunal Supremo en numerosas sentencias como las de 16 de noviembre de 1.998, 2 de noviembre de 1.999 ó 27 de marzo de 2000, los documentos o pericias sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión de hechos declarados probados deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas". Lo que no ocurre en el presente supuesto en el que simplemente se quiere dar una mayor relevancia al dictamen psicológico y al calificativo de “leve” del diagnóstico, por encima de la valoración probatoria de la juez a quo que aparece como correcta y escrupulosa.

Por último, indicar que, en sede de recurso, este Tribunal considera ajustada a derecho la valoración efectuada por la juez de instancia, correspondiendo a la parte disidente la prueba exhaustiva de que las secuelas y enfermedades valoradas tienen la entidad suficiente para ser graduadas de la forma en que lo han sido. Como tal prueba no ha prosperado, no ha lugar a estimar el recurso de la Conselleria de Benestar Social, debiendo la sentencia recurrida ser mantenida íntegramente, al no adolecer la misma de la censura jurídica alegada por el recurrente.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la CONSELLERÍA DE BENESTAR SOCIAL de la GENERALIDAD VALENCIANA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia, de fecha 9 de junio de 2011; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 823, de 16 de marzo de 2012

Materia: Jubilación parcial: Solicitud de prestación. El actor junto con mujer e hijos constituye una sociedad limitada laboral, la cual se transforma posteriormente en sociedad limitada. El actor es el administrador único de la misma. En la primera sociedad el actor estaba dado de alta en el RETA. Posteriormente pasa a cotizar en el Régimen General a tiempo completo. El actor solicita jubilación parcial la cual le es denegada por no cumplir con los requisitos a que da derecho tal prestación. Situación de dependencia y ajeneidad en la empresa.

Juzgado: Desestima la demanda sobre jubilación parcial, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se dan las condiciones para que el actor pueda acceder a la prestación de jubilación parcial solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Desestima la sentencia de la instancia la demanda del actor, que pretendía obtener el derecho a la jubilación parcial, al entender que con independencia de que la mayoría de las cotizaciones acreditadas lo estén en el RETA, lo que no impediría el acceso a la citada jubilación en el caso concreto no es aceptable su condición de trabajador por cuenta ajena de la entidad G. SAL, transformada en SL a partir 1.2.2010, pues en aplicación de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 4/1997 reguladora de las Sociedades Laborales, dado que el actor tenía el cargo de administrador único de la misma, y su participación en el capital social, junto con el de cónyuge e hijos convivientes era el total del mismo, por tanto superior al 50%, debe estimarse que tenía el control de la sociedad.

Contra el anterior pronunciamiento recurre el mismo actor y solicita una inicial revisión fáctica que afecta a los hechos probados primero y quinto.

En el primero, para que se añada que la SAL se constituyó estando en situación de desempleo, que el actor era administrador único “no retribuido”, que las acciones eran de clase “laboral”, salvo el 1% atribuido a la madre que era de clase general y que el actor era retribuido “por la prestación de servicios que de forma directa y personal realizaba para la mercantil, como oficial 1º desde el 10.05.2004”. Y para que se añada: “El demandante cesó en el cargo de administrador único con fecha 31.01.2010; a partir del 01.02.2010 todas las participaciones cambiaron a la clase general, dejó de existir la unidad de convivencia de los hijos con los padres y la distribución del capital social quedó con el 33% para cada uno de los hijos, el 25% para la madre y el 9% restante para el demandante”. Para ello cita los documentos consistentes en las escrituras de constitución, folios 51 vuelto, 71,93,52, 81, 146 vuelto

150 a 178, 110. Pero a la vista de la documental, las adiciones pretendidas resultan intrascendentes, pues no resulta controvertido ni las funciones que el actor desempeñaba ni las clase de acciones, ni que a partir del 2010 los hijos no declaran el mismo domicilio que los padres, estando uno de ellos casado. Y en cuanto al hecho quinto se pretende que consta alternativamente el siguiente contenido: “La base reguladora mensual es de 1116,56 euros mensuales y la fecha de efectos el 3.5.2010. El actor acredita un total de 14.591 días cotizados en los distintos regimenes de la SS, de los que 12.458 días corresponden al general, 31 días al de Agraria por cuenta ajena (Julio/1976), y 2.102 días al RETA (1.5.2004 al 31.1.2010), encontrándose de alta en el general en el momento del hecho causante y teniendo cotizaciones al General anteriores al 1.1.1967”, lo que consta acreditado según informe de vida laboral obrante al folio 140, por lo que no existe inconveniente en aceptarlo, aunque resulta intrascendente al no tratarse de un dato discutido.

SEGUNDO:- Al amparo del apartado c) se alega la infracción de los arts 14 y 129.2 de la CE, art 1 del RD 1/1995 del Estatuto de los Trabajadores, los arts 1.1,6,7, 10 y 21 de la Ley 4/1997 Ley de Sociedades Laborales, y el art 166.2 de la LGSS. Pretende el actor que el período desde el 1.5.2004 al 31.1.2010 se compute a efectos de cumplir el requisito de antigüedad en la empresa que establece la letra b) del apartado 2 del art. 166 de la LGSS, frente al entendimiento por el INSS de que dicho período el actor trabajó por cuenta propia.

Señala el actor que el cómputo de las acciones de todos los miembros de la unidad familiar, han conllevado que el actor estuviera cotizando en el RETA durante el período señalado, pues de no haber existido convivencia se le hubiera incluido en el régimen general. Y ello resulta discriminatorio. Entiendo, por último el recurrente, que el requisito de la antigüedad debe ser interpretado de acuerdo con los términos del art 3.1 del Código Civil, pues el mismo no tiene una significación jurídico laboral que excluya otros vínculos como los del socio trabajador.

Y efectivamente la condición de socio trabajador de una SAL, que tenga una participación en la misma, dentro del límite establecido en el art 5 de la Ley 4/1997 reguladora de dichas entidades, y aún cuando forme parte del órgano de administración social, tendrá la consideración de trabajador por cuenta ajena, asimilándose a éstos trabajadores, pero olvida que el apartado 3 del art 21 de la Ley reguladora de las SAL otorga la condición de trabajadores por cuenta propia o autónomos “cuando su participación en el capital social junto con la de su cónyuge y parientes por consanguinidad, afinidad o adopción hasta el segundo grado, con los que convivan alcance, al menos, el 50%, salvo que acredite que el ejercicio del control efectivo de la sociedad requiere el concurso de personas ajenas a las relaciones familiares”. Señala la sentencia de la instancia que el actor no discute tal cuestión, pero alega la inexistencia de retribución por el cargo de administrador único. Pero tal cuestión no resulta de interés al presente supuesto en que la equiparación que la norma efectúa de las S.A.L. con el resto de sociedades mercantiles, a los efectos de valorar cuando se posee el control de la sociedad, lo que implica es la equiparación de la situación de control por la tenencia de la familia conviviente del 50% de las acciones con la no concurrencia de los requisitos de dependencia y ajeneidad exigidas para poder calificar un vínculo de prestación de servicios como laboral. Si el actor poseía el control de la sociedad, al menos hasta la fecha en que se constituye en SL en el año 2010, constando que la convivencia con los hijos se mantuvo hasta esa fecha, al no haberse acreditado cosa

distinta, la conclusión razonable es que no se cumple el requisito de antigüedad exigible por el art 166.2 de la LGSS. Y ello es acorde con la jurisprudencia del TS concretada en las sentencias de fechas ,20 de noviembre de 2002,26 de diciembre de 2007y9 de diciembre de 2009, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, según las cuales la prestación de servicios de los socios que realizan para la sociedad tareas diferentes de las propias de su cualidad de tales, no tiene carácter laboral en dos supuestos distintos: a) cuando ostentan una cuota societaria superior al 50%, supuesto en el que no concurre la nota de ajeneidad; y, b) cuando pese a no alcanzar ese porcentaje de participación en el capital social, forman parte del órgano máximo de dirección de la sociedad y las funciones que desempeñan en la empresa son de dirección o gerencia, supuesto en el que está ausente la nota de dependencia.

Por último, señalar que no cabe aceptar que la exigencia de determinados requisitos o presunciones legales para el acceso a situaciones de derechos prestacionales sea discriminatorio, dada la naturaleza del sistema de la seguridad Social, cuya interpretación normativa tiene reglas propias. En el caso concreto y atendiendo a la concreta situación pretendida de jubilación parcial, no se trata ésta de un derecho subjetivo e incondicionado, sino sometido a las exigencias normativas citadas y cuya desestimación por tal motivo no puede entenderse vulneradora de normas constitucionales.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto por la representación legal de D. G.M.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada contra el INSS y la TGSS, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 847, de 26 de marzo de 2012

Materia: Conflicto colectivo. Delegados de personal. Adecuación del número de miembros del comité de empresa como consecuencias de la reducción del número de trabajadores tras un ERE. Facultad por parte de la empresa o su comité.

Juzgado: Desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por los demandados y desestimando la demanda formulada por la empresa contra el comité de empresa, absuelve a los demandados de las peticiones de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El comité de empresa ni la empresa pueden revocar el mandato de los miembros electos del comité de empresa, facultad reservada únicamente a sus electores, esto es, los trabajadores. No se puede reducir el número de delegados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación procesal de la mercantil demandante frente a la sentencia de instancia que desestima su demanda en la que solicita que se declare el derecho a adecuar el número de miembros del comité de empresa del centro de trabajo sito en X. (Valencia), pasando de los nueve existentes en la actualidad a cinco.

SEGUNDO.- 1. El recurso se articula en tres motivos, en el primero de los cuales, correctamente formulado pese a la existencia de un error en el precepto indicado (artículo 193 de la LPL en lugar del artículo 191), solicita la adición de un nuevo ordinal, el cuarto, a la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, cuya redacción, por constar en el escrito de formalización del recurso, damos por reproducida.

La adición pretendida, que se apoya en sendas actas del comité de empresa de la mercantil demandante (documentos 8 y 9 de los autos), no puede prosperar porque no se evidencia claramente el error cometido por el juez “a quo” al valorar los medios de prueba aportados por las partes al acto del juicio oral, toda vez que la ausencia de acuerdo entre la dirección de la empresa recurrente y el comité de empresa para reducir el número de miembros de este órgano colegiado de representación de los trabajadores, ya figura, con valor de hecho probado, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada.

2. Con el mismo amparo procesal, pretende la recurrente, en el segundo de los motivos de su recurso, la adición de un nuevo hecho (el quinto) a la relación de los declarados probados por el juzgador “a quo”, con la redacción propuesta en el

escrito de interposición del presente recurso que damos por reproducida. Esta petición también debe rechazarse por resultar intrascendente para variar el sentido del fallo, como acertadamente se recuerda en el escrito de impugnación del recurso, pues la cuestión controvertida versa sobre la adecuación del número de miembros de comité de empresa a la plantilla de trabajadores de la empresa en caso en que aquélla se reduzca, pero no sobre el número de horas que corresponden a los representantes de los trabajadores para el ejercicio de su función representativa.

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

TERCERO.- 1. Ya en el marco de la censura jurídica denuncia la mercantil recurrente, en el tercero de los motivos de su recurso, infracción de los artículos 66 y 67 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET) en relación con el artículo 13.2 del RD 1.844/1.994 de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. En síntesis, sostiene le mercantil recurrente que el *“descenso de plantilla como consecuencia del descenso de producción y que conllevó la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo de extinción de los contratos, hacen insostenible un Comité de Empresa de 9 miembros”*, pues se le está causando *“un perjuicio irreparable teniendo en cuenta las horas sindicales que se disfruta en relación con las horas de trabajo del centro de trabajo”* (sic).

De este modo, la cuestión controvertida queda circunscrita a resolver si el órgano judicial, a falta de acuerdo entre la mercantil demandante y el comité de empresa, puede imponer a este órgano de representación la obligación de reducir el número de sus miembros para ajustarlo al tamaño de la empresa, conforme a la escala prevista en el artículo 66 del ET.

2. Son hechos probados relevantes para resolver el presente recurso, los siguientes: a) el 22 de abril de 2009 se celebraron elecciones a representantes de los trabajadores en el centro de trabajo de la mercantil demandante sito en X. (Valencia), cuando ésta contaba con 152 trabajadores, resultando electos 9 miembros; b) en febrero de 2010 el número de trabajadores de la empresa se ha reducido a 81 como consecuencia de un Expediente de Regulación de Empleo, debidamente autorizado; c) la dirección de la empresa y el comité no han alcanzado un acuerdo para reducir el número de miembros de dicho comité a cinco.

3. El artículo 67.1 del ET en su último párrafo establece que *“Podrán promoverse elecciones parciales por dimisiones, revocaciones, o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Los Convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”*. Atendiendo al tenor literal de este precepto, que es el primer canon de interpretación de las normas jurídicas (artículo 3.1 del Código Civil), hemos de concluir que el juzgador de instancia no ha interpretado erróneamente el mandato contenido en el artículo 67.1 último párrafo del ET, pues éste prevé que en los casos de disminución significativa de la plantilla de trabajadores de una empresa la acomodación

del número de miembros del comité de empresa deberá realizarse en la forma prevista en el convenio colectivo aplicable y, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En el caso de autos, ni el convenio colectivo aplicable –el de derivados del cemento- regula tal eventualidad, ni existe acuerdo alguno entre la empresa demandante y el comité de empresa, no pudiendo una resolución judicial suplir la falta de tal acuerdo; a falta de dicho acuerdo, la empresa habrá de respetar el mandato de los miembros del comité de empresa mientras no concurra una causa legal de revocación.

Por su parte, el artículo 13.2 RD 1.844/1.994 dispone que *"En el caso de disminución de plantilla se estará a lo dispuesto en el último párrafo del art. 67.1 ET debiendo expresar en la comunicación que habrá de dirigirse a la oficina pública la fecha de publicación en el BOE que corresponda del convenio colectivo, o bien mediante la remisión del propio convenio o, mediante su original o copia compulsada del acuerdo suscrito entre el empresario y los representantes de los trabajadores, debiéndose guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos"*.

De este modo, la promoción de elecciones en caso de disminución sobrevenida del número de trabajadores que conforman la plantilla de una empresa, a fin adaptar el número de miembros del comité de empresa, exige una previsión en el convenio colectivo aplicable o un acuerdo entre aquél y la dirección de la empresa, que en el presente caso no concurren.

Además, el mandato de los miembros del comité de empresa es de cuatro años, y solamente podrán ser revocados por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo de sus electores y por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre directo y secreto (artículo 67.3 del ET). Por tanto, ni el comité de empresa, ni la empresa pueden revocar el mandato de los miembros electos del comité de empresa, facultad reservada únicamente a sus electores, esto es, los trabajadores.

En consecuencia, no podemos estimar la pretensión de la mercantil recurrente de que se declare la obligación del comité de empresa demandado a reducir el número de miembros de nueve a cinco, por la reducción sobrevenida del número de trabajadores del centro de trabajo sito en X. (Valencia), ya que tal actuación, de llevarse a efecto por el comité vulneraría el citado artículo 67.3 del ET.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso, debiendo cada parte hacerse cargo de las costas causadas a su instancia, conforme al artículo 233.2 de la LPL.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de P.E., S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia de fecha 20 de octubre de 2011, en el proceso de conflicto colectivo,

promovido por el recurrente frente al comité de empresa de P.E., S.A. en el centro de trabajo de X. y los sindicatos X. e Y, y, en consecuencia, confirmamos dicha sentencia. Sin imposición de costas.

Sentencia núm. 847, de 26 de marzo de 2012

Materia: Conflicto colectivo. Delegados de personal. Adecuación del número de miembros del comité de empresa como consecuencias de la reducción del número de trabajadores tras un ERE. Facultad por parte de la empresa o su comité.

Juzgado: Desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento planteada por los demandados y desestimando la demanda formulada por la empresa contra el comité de empresa, absuelve a los demandados de las peticiones de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El comité de empresa ni la empresa pueden revocar el mandato de los miembros electos del comité de empresa, facultad reservada únicamente a sus electores, esto es, los trabajadores. No se puede reducir el número de delegados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación procesal de la mercantil demandante frente a la sentencia de instancia que desestima su demanda en la que solicita que se declare el derecho a adecuar el número de miembros del comité de empresa del centro de trabajo sito en X. (Valencia), pasando de los nueve existentes en la actualidad a cinco.

SEGUNDO.- 1. El recurso se articula en tres motivos, en el primero de los cuales, correctamente formulado pese a la existencia de un error en el precepto indicado (artículo 193 de la LPL en lugar del artículo 191), solicita la adición de un nuevo ordinal, el cuarto, a la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, cuya redacción, por constar en el escrito de formalización del recurso, damos por reproducida.

La adición pretendida, que se apoya en sendas actas del comité de empresa de la mercantil demandante (documentos 8 y 9 de los autos), no puede prosperar porque no se evidencia claramente el error cometido por el juez “a quo” al valorar los medios de prueba aportados por las partes al acto del juicio oral, toda vez que la ausencia de acuerdo entre la dirección de la empresa recurrente y el comité de empresa para reducir el número de miembros de este órgano colegiado de representación de los trabajadores, ya figura, con valor de hecho probado, en el fundamento jurídico segundo de la sentencia impugnada.

2. Con el mismo amparo procesal, pretende la recurrente, en el segundo de los motivos de su recurso, la adición de un nuevo hecho (el quinto) a la relación de los declarados probados por el juzgador “a quo”, con la redacción propuesta en el

escrito de interposición del presente recurso que damos por reproducida. Esta petición también debe rechazarse por resultar intrascendente para variar el sentido del fallo, como acertadamente se recuerda en el escrito de impugnación del recurso, pues la cuestión controvertida versa sobre la adecuación del número de miembros de comité de empresa a la plantilla de trabajadores de la empresa en caso en que aquélla se reduzca, pero no sobre el número de horas que corresponden a los representantes de los trabajadores para el ejercicio de su función representativa.

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

TERCERO.- 1. Ya en el marco de la censura jurídica denuncia la mercantil recurrente, en el tercero de los motivos de su recurso, infracción de los artículos 66 y 67 del Estatuto de los Trabajadores (en lo sucesivo, ET) en relación con el artículo 13.2 del RD 1.844/1.994 de 9 de septiembre, por el que se aprueba el reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa. En síntesis, sostiene le mercantil recurrente que el *“descenso de plantilla como consecuencia del descenso de producción y que conllevó la tramitación de un Expediente de Regulación de Empleo de extinción de los contratos, hacen insostenible un Comité de Empresa de 9 miembros”*, pues se le está causando *“un perjuicio irreparable teniendo en cuenta las horas sindicales que se disfruta en relación con las horas de trabajo del centro de trabajo”* (sic).

De este modo, la cuestión controvertida queda circunscrita a resolver si el órgano judicial, a falta de acuerdo entre la mercantil demandante y el comité de empresa, puede imponer a este órgano de representación la obligación de reducir el número de sus miembros para ajustarlo al tamaño de la empresa, conforme a la escala prevista en el artículo 66 del ET.

2. Son hechos probados relevantes para resolver el presente recurso, los siguientes: a) el 22 de abril de 2009 se celebraron elecciones a representantes de los trabajadores en el centro de trabajo de la mercantil demandante sito en X. (Valencia), cuando ésta contaba con 152 trabajadores, resultando electos 9 miembros; b) en febrero de 2010 el número de trabajadores de la empresa se ha reducido a 81 como consecuencia de un Expediente de Regulación de Empleo, debidamente autorizado; c) la dirección de la empresa y el comité no han alcanzado un acuerdo para reducir el número de miembros de dicho comité a cinco.

3. El artículo 67.1 del ET en su último párrafo establece que *“Podrán promoverse elecciones parciales por dimisiones, revocaciones, o ajustes de la representación por incremento de plantilla. Los Convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, dicha acomodación deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores”*. Atendiendo al tenor literal de este precepto, que es el primer canon de interpretación de las normas jurídicas (artículo 3.1 del Código Civil), hemos de concluir que el juzgador de instancia no ha interpretado erróneamente el mandato contenido en el artículo 67.1 último párrafo del ET, pues éste prevé que en los casos de disminución significativa de la plantilla de trabajadores de una empresa la acomodación

del número de miembros del comité de empresa deberá realizarse en la forma prevista en el convenio colectivo aplicable y, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En el caso de autos, ni el convenio colectivo aplicable –el de derivados del cemento- regula tal eventualidad, ni existe acuerdo alguno entre la empresa demandante y el comité de empresa, no pudiendo una resolución judicial suplir la falta de tal acuerdo; a falta de dicho acuerdo, la empresa habrá de respetar el mandato de los miembros del comité de empresa mientras no concurra una causa legal de revocación.

Por su parte, el artículo 13.2 RD 1.844/1.994 dispone que *"En el caso de disminución de plantilla se estará a lo dispuesto en el último párrafo del art. 67.1 ET debiendo expresar en la comunicación que habrá de dirigirse a la oficina pública la fecha de publicación en el BOE que corresponda del convenio colectivo, o bien mediante la remisión del propio convenio o, mediante su original o copia compulsada del acuerdo suscrito entre el empresario y los representantes de los trabajadores, debiéndose guardar la debida proporcionalidad por colegios electorales y por candidaturas y candidatos electos"*.

De este modo, la promoción de elecciones en caso de disminución sobrevenida del número de trabajadores que conforman la plantilla de una empresa, a fin adaptar el número de miembros del comité de empresa, exige una previsión en el convenio colectivo aplicable o un acuerdo entre aquél y la dirección de la empresa, que en el presente caso no concurren.

Además, el mandato de los miembros del comité de empresa es de cuatro años, y solamente podrán ser revocados por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto a instancia de un tercio, como mínimo de sus electores y por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre directo y secreto (artículo 67.3 del ET). Por tanto, ni el comité de empresa, ni la empresa pueden revocar el mandato de los miembros electos del comité de empresa, facultad reservada únicamente a sus electores, esto es, los trabajadores.

En consecuencia, no podemos estimar la pretensión de la mercantil recurrente de que se declare la obligación del comité de empresa demandado a reducir el número de miembros de nueve a cinco, por la reducción sobrevenida del número de trabajadores del centro de trabajo sito en X. (Valencia), ya que tal actuación, de llevarse a efecto por el comité vulneraría el citado artículo 67.3 del ET.

CUARTO.- Por todo lo expuesto, procede la íntegra desestimación del recurso, debiendo cada parte hacerse cargo de las costas causadas a su instancia, conforme al artículo 233.2 de la LPL.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de P.E., S.A., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia de fecha 20 de octubre de 2011, en el proceso de conflicto colectivo,

promovido por el recurrente frente al comité de empresa de P.E., S.A. en el centro de trabajo de X. y los sindicatos X. e Y, y, en consecuencia, confirmamos dicha sentencia. Sin imposición de costas.

Sentencia núm. 944, de 3 de abril de 2012

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajadora al servicio de sociedad estatal de correos con diversos contratos temporales. La actora está incluida en las bolsas de contrataciones de empleo. Los jefes de la actora están descontentos con su rendimiento y la colocan en lugares distintos de los propios de su categoría, con el fin de que no merme el rendimiento de otros trabajadores. Bases de convocatoria: Se prevé, como causa de decaimiento, la evaluación negativa en el desempeño del puesto de trabajo. La trabajadora no ha sido vuelta a llamar para ocupar un puesto. Reclamación ante la falta de oferta laboral.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a estar integrada en las bolsas de empleo de dicha empresa, reponiéndola en el lugar que le correspondía.

Sala: Desestima el recurso del organismo demandado y confirma la sentencia de instancia. No se puede excluir de las bolsas a un trabajador por evaluación negativa de sus superiores no comunicada al mismo ni a la Comisión de Seguimiento. Vulneración de los principios de mérito y capacidad, así como el de seguridad jurídica.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el Abogado del Estado que actúa en representación y defensa de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, contra la sentencia que estima la demanda, sobre reconocimiento de derecho, declarando el de la actora a estar integrada en las bolsas de empleo de dicha empresa, reponiéndola en el lugar que le correspondía, Bolsas de contratación en la localidad de Alicante con la categoría de Operativa (en la Bolsa de Empleo de Agente/clasificación, número de orden 83, y puntuación total 3,90, y en la Bolsa de Empleo de Atención al Cliente, número de orden 54, y puntuación total 5,50), con todos los efectos que de ello se deriven, y condenando a la empresa a estar y pasar por esta declaración.

El recurso contiene un único motivo, formulado con amparo procesal en el apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia la infracción del art. 30 del II Convenio Colectivo de Correos y Telégrafos (BOE de 25 de septiembre); del Anexo III, capítulo II, apartado 4 y capítulo III, apartado 3 del Acuerdo para la Calidad, la Experiencia Empresarial y la Regulación de los Recursos Humanos en Correos, ante la liberalización completa del mercado postal, de 19 de junio de 2006; y del apartado 5.9 de la Convocatoria de 7 de febrero de 2008, para la constitución de las nuevas bolsas de empleo de la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos destinadas a la cobertura temporal de puestos base y al posterior ingreso como personal laboral fijo en Correos. Sostiene el recurso, en esencia, que la sentencia estima la demanda por cuestiones formales, por falta de informe expreso de evaluación negativa y de su

conocimiento por la actora y la Comisión de Seguimiento, sin que la normativa citada exija ese requisito, y que habiendo sido evaluada negativamente (hasta tres informes negativos) no puede formar parte de las bolsas lo que se contempla en el apartado 5.9 de la Convocatoria de febrero de 2008, sin que puedan exigirse en este caso requisitos formales similares al procedimiento sancionador, ni pueden suplantarse la voluntad de las partes que no acordaron los requisitos formales exigidos en la sentencia en los acuerdos de aplicación, y que concurre la causa del decaimiento de la bolsa.

Esta Sala ha resuelto la cuestión en casos similares en los que en aplicación de los mismos acuerdos que denuncia infringido el recurso, se excluyó de las bolsas de empleo de Correos a trabajadores temporales por la evaluación negativa de sus superiores no comunicada al trabajador ni a la Comisión de Seguimiento, por lo que elementales razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la Ley imponen seguir el mismo criterio que el mantenido en las sentencias de 21-5-2009 (rec. 2636/2008) o en las resolutorias de los recursos de suplicación 1198/2011 o 703/2011. Y así como dijimos en la última de las sentencias mencionadas: “El motivo no puede prosperar y ello por las siguientes razones siendo todas y cada una de las mismas de entidad suficiente como para rechazar la censura jurídica que por el recurrente se efectúa:

A) En primer lugar la existencia de un precedente de esta misma Sala del que no existen razones para apartarse, al que se hace mención en la sentencia recurrida, la S. de 5-5-2.009 resolutoria del recurso de suplicación 2366/2.008, en la que razonábamos ante un supuesto de exclusión de la Bolsa de trabajo por parte de la propia demandada : “el que por la norma no se exija comunicación escrita no excluye que se practique una notificación en forma, expresiva de las razones del por qué de la exclusión; una notificación que garantice de forma indubitada el conocimiento por parte del interesado de los términos de la decisión y de sus razones”, y ello en atención a la entidad de la trascendencia de la exclusión que afecta al derecho reconocido constitucionalmente al trabajo (art. 35 CE), ya que se está limitando su acceso al empleo, así como para garantizar el derecho de defensa del trabajador a la hora de poder impugnar la exclusión de la bolsa de trabajo ante los órganos jurisdiccionales, de forma que tome cabal conocimiento de las razones que han llevado a la empleadora a tomar esta decisión, a fin de poder rebatirlas en sede jurisdiccional.

B) En segundo lugar, los principios de mérito y capacidad que proclama el art. 103.3 de la CE para el acceso al empleo público, así como la objetividad y la transparencia que proclama el art. 20. 2 del EBEB- que dado su carácter de norma supletoria, sí debe resultar de aplicación al caso que nos ocupa ante la ausencia de norma específica al respecto- difícilmente casan con el hecho de poder excluir a un trabajador de la bolsa de trabajo con fundamento en una supuesta “evaluación negativa”.

C) En tercer lugar, resulta contrario al principio de seguridad jurídica que proclama el art. 9.3 de la CE el hecho de que vigente la relación laboral el empleador no haya sancionado, haciendo dejación de su potestad disciplinaria, y, sin embargo, motivar una evaluación negativa que lleve al decaimiento de la misma de la Bolsa de trabajo. Este comportamiento empresarial, argumentando la ausencia de trámite alguno y de motivación de la evaluación negativa, hace que estimemos que lo que se está pretendiendo por parte de la empresa, es, en atención a la precariedad del vínculo

temporal que liga al trabajador con la empresa eludir las normas legales y convencionales relativas al ejercicio de tal potestad disciplinaria, para posteriormente, una vez extinguido el vínculo, y con fundamento en la supuesta evaluación negativa, sancionar tales comportamientos tolerados con el decaimiento de la bolsa lo que equivale a la imposibilidad de acceder a ulteriores contratos temporales con la demandada, intentando privar al trabajador afectado, con la argumentación que por el Abogado del Estado se efectúan de la más mínima defensa ante dicha decisión empresarial.

D) Por último el propio Acuerdo que se invoca como infringido de 19-6-06 exige un sistema de evaluación del que se debe dar traslado a la Comisión de Seguimiento del Acuerdo, y la demandada no ha justificado en modo alguno ni que la actora haya sido evaluada negativamente con sistema alguno del que se haya dado traslado a la Comisión.

TERCERO.- Corolario de lo razonado será la desestimación del recurso, con confirmación de la sentencia de instancia, e imposición de costas al recurrente vencido, fijando los honorarios del letrado impugnante, de conformidad con el art. 233.1 LPL, en la cantidad de 300 euros, debiendo acordarse igualmente la pérdida del depósito constituido para recurrir (art. 202.4 LPL).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado de Estado en representación de la SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELÉGRAFOS contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2011, dictada por el Juzgado de lo social número 3 de los de Alicante; y en consecuencia confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se imponen al recurrente las costas procesales y se fijan al respecto en la cantidad de 300 euros.

Sentencia núm. 952, de 3 de abril de 2012

Materia: Tutela de los derechos fundamentales. Trabajadora al servicio de la Generalitat, que presta sus servicios como personal laboral temporal. La actora solicita jubilación parcial la cual le es denegada. Se ha concedido esta jubilación parcial a otros trabajadores que prestan servicios con la causante. La actora alega discriminación y vulneración del citado derecho fundamental.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la Conselleria demandada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No existe vulneración del derecho fundamental pues el tipo de contratación es distinta al de sus compañeros y, además, no se dan las circunstancias para que la actora pueda solicitar la jubilación parcial. El puesto de trabajo que ocupa se encuentra afectado por un proceso selectivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la demandante se formula recurso frente a la sentencia de instancia, que desestimó su pretensión de no ser objeto de discriminación, en la medida que considera que la negativa de la empresa (la Consellería de Bienestar de la GV) a jubilarle parcialmente vulnera el citado derecho fundamental.

El primer motivo del recurso, amparado en al artículo 191 “b” de la LPL, pretende la supresión del tercer hecho probado, donde se consigna que el puesto de trabajo ocupado por la reclamante se encuentra afectado por un proceso selectivo, por considerar que dicha dicción se contradice con respecto lo señalado en el propio relato fáctico, en concreto en su segundo ordinal. Pero no se accede a dicha solicitud, pues la eliminación de lo recogido oportunamente en el hecho tercero precisaría que se evidenciara error o equivocación por parte del juzgador a la hora de fijar dicha afirmación, lo que desde luego no se patentiza, precisamente a partir de los documentos en los que se funda la afirmación citada de que dicho puesto está afectado por el proceso selectivo promovido por la convocatoria 51 / 08.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado se cita tangencialmente como infringido el artículo 17 de la CE, entendiendo la recurrente que la negativa a la concederle la jubilación parcial le discrimina respecto otros empleados a los que esa situación si se le viene reconociendo.

Pero, a partir de los datos que se reflejan en la sentencia, debe anticiparse que la decisión judicial recurrida es correcta si se repara que la empleadora ha justificado de

manera razonable que el diferente sesgo o trato llevado a cabo a la hora de decidir reconocer o no reconocer la jubilación parcial a sus empleados no resulta discriminatorio y no vulnera, en definitiva, el principio de igualdad, ya que los aludidos en la sentencia son personal fijo, mientras que la reclamante es personal temporal, y sin que la modificación llevada a cabo en el artículo 15.6 del ET por parte de la Ley 43/06, de 23 de diciembre, suponga inexorablemente la solución propugnada en el recurso, máxime lo reseñado en el tercer hecho probado, en donde consta que la plaza ocupada por la accionante podría ser objeto de adjudicación a personal de nuevo ingreso, no pudiéndose garantizar que en el lapso que falta para que aquella alcanzara la jubilación forzosa permaneciera la misma vacante, por lo que tampoco cabría la solución legal que se habilita para el acceso a dicha jubilación parcial de la suscripción coetánea de un contrato de relevo para colmarla jornada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente.

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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a L.H.E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** de fecha **¡Error! No se encuentra el origen de la referencia.** en virtud de demanda formulada contra CONSELLERIA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIONES PUBLICAS DE LA GENERALITAT VALENCIANA, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 961, de 3 de abril de 2012

Materia: Trabajador que cobra prestación contributiva por desempleo.

El actor solicita autorización para salir al extranjero por un periodo igual o inferior a 15 días el cual le es concedido. El INEM suspende la prestación por salida al extranjero, reclamando el actor la reanudación de la prestación. El actor alega no haber salido de España. Plazo de solicitud para la reanudación de la misma.

Juzgado: Desestima la demanda declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho del demandante a la reanudación de la prestación desde el momento en que se vuelve a solicitar la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación la parte actora la sentencia de instancia que desestima la demanda en materia de desempleo, recurso que planteado al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL, no ha sido impugnado de contrario. La recurrente denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 6.3 del RD 625/85 de Protección por Desempleo, en relación con lo dispuesto en el art. 13 del mismo texto legal y con los arts. 212.3.b) y 209.2 de la LGSS. De conformidad con los mismos, considera que la sentencia no debió desestimar la demanda en su totalidad sino que procederá en todo caso la reanudación de la prestación a partir del momento en que solicitó la misma el 12-2-2010, aunque deduciendo el tiempo transcurrido desde que finalizó la suspensión, el 2-1-2010.

Pues bien, una adecuada comprensión de la controversia suscitada exige partir de los siguientes presupuestos fácticos: A).-El trabajador demandante P.Z.Z. efectuó en fecha 20 de octubre de 2009 solicitud de prestación contributiva de desempleo. Por resolución de fecha 26 de octubre de 2009, el INEM concedió la prestación solicitada. B).- El actor solicitó en fecha 16 de diciembre de 2009 autorización de salida al extranjero por un periodo igual o inferior a 15 días, que fue autorizada en fecha 18 de diciembre de 2009. Por parte del INEM se suspendió la prestación por salida al extranjero en fecha 18 de diciembre de 2009. C). Mediante escrito del actor presentado en fecha 12 de febrero de 2010 solicitó la reanudación de la prestación, alegando no haber salido de España y no haber solicitado permiso para salir.

Resulta importante asimismo indicar que, en esta sede de recurso ya no se discute si el actor pidió o no el permiso, o salió o no al extranjero, habiendo alcanzado la juez a quo, valorando la prueba documental, la convicción de que el actor solicitó el permiso de salida. Así las cosas, y teniendo la prestación suspendida, resulta que el actor no solicitó la reanudación de la misma dentro de plazo (en los 15 días siguientes a

la vuelta), por lo que procede la aplicación analógica de los arts. 212.3 y 209.2 de la LGSS, estableciendo este último para quienes presenten la solicitud de prestación transcurrido el plazo de quince días a que se refiere el apartado 1 del propio artículo, el reconocimiento del derecho a la prestación pero a partir de la fecha de la solicitud, “perdiendo tantos días de prestación como medien entre la fecha en que hubiera tenido lugar el nacimiento del derecho de haberse solicitado en tiempo y forma y aquélla en que efectivamente se hubiese formulado la solicitud”. Trasladando lo dispuesto en este artículo al caso de autos resulta que procede la reanudación del pago de la prestación al actor desde el momento en que se solicitó la misma, es decir, desde el 12-2-2010, sin que proceda el percibo de la prestación en el tiempo transcurrido desde que finalizó la suspensión (el 2-1-2010, 15 días después de la autorización de salida) y se solicitó su reanudación (12-2-2010). Ello supone la estimación del recurso formulado y la revocación de la sentencia de instancia ya que si bien en su fundamento de derecho primero in fine se dice que “procede la suspensión de la prestación en aplicación del art. 6.3 del R.D. 625/85, en relación con el art. 212 de la LGSS y ello hasta tanto, por parte del beneficiario de la prestación, se proceda a solicitar la reanudación de la misma, lo que no hizo hasta el 12 de febrero de 2010”, en el fallo se la sentencia no se recoge la reanudación de la prestación en dicha fecha y el consiguiente pago a cargo de la parte demandada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. P.Z.Z. contra la sentencia de fecha 8-6-2011 del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Valencia, y con revocación de la misma, declaramos el derecho del demandante a la reanudación de la prestación por desempleo y a su percibo desde el 12-02-2010, condenando a la parte demandada a su pago.

Sin costas.

Sentencia núm. 997, de 4 de abril de 2012

Materia: Trabajador al servicio de empresa demandada con contrato por obra o servicio determinado. Extinción de la relación laboral Reclamación de cantidades adeudadas por la empresa. Indefensión de la parte demandada al no permitírsele la práctica de prueba testifical solicitada y admitida en la instancia.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la parte demandada a abonar determinada cantidad reclamada, más el 10% de interés por mora.

Sala: Estima le recurso declarando la nulidad de todo lo actuado en la instancia. Debe señalarse nueva fecha y hora para citar a las partes con el fin de asistir al juicio, y en particular, los testigos de la parte demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la pretensión actora y condenó a la empresa demandada a que abone al actor la cantidad que indica, mas el interés por mora, interpone recurso de suplicación la empresa demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso, que en realidad es único, se interesa con amparo procesal en el artículo 191, a) de la Ley de Procedimiento Laboral, la declaración de nulidad de la sentencia impugnada y la reposición de los autos al momento en que se produjo la infracción por quebrantamiento del art. 24 de la Constitución Española, en su vertiente del derecho a la prueba pertinente para su defensa, alegando que la parte recurrente propuso en el acto del juicio la práctica de la prueba testifical, que fue admitida por la Juzgadora de instancia y tras el interrogatorio de las partes decidió que no era precisa la practica de la prueba testifical admitida, lo que ha generado indefensión a la parte recurrente ya que la prueba angular de su defensa estaba basada en el interrogatorio de los compañeros de trabajo del actor que tenían conocimiento directo de los hechos con especial trascendencia en el objeto del debate.

De lo actuado se desprende que la Juzgadora de Instancia en el acto del juicio, tras admitir las pruebas propuestas, entre las que se encontraba la prueba testifical, realizó los interrogatorios a las partes demandante y demandada y concluidos los interrogatorios no consideró precisa la prueba testifical, solicitando el letrado de la parte demandada que se hiciera constar su protesta en el acta del juicio, lo que así se hizo. Y es evidente que desde el punto de vista formal se ha producido indefensión a la parte recurrente ya que se le ha impedido practicar un medio de prueba (testifical) que había sido admitido y que constituyendo uno de los medios de prueba de los que las partes pueden valerse, no puede ser privada la parte de su utilización, ya que con ello se vulnera su derecho de defensa, máxime si no se da razón alguna del porque de la denegación, que tampoco puede quedar amparada en el hecho de que se considere

ilustrado el Juzgador con la prueba de interrogatorio de las partes, ya que esta es una más de los variados medios de prueba de que disponen las partes, y que no son excluyentes unas de otras. Y desde el punto de vista material también se ha producido indefensión ya que según alega la parte recurrente su defensa estaba basada en el interrogatorio de dos compañeros de trabajo del actor que tenían conocimiento directo de los hechos con especial trascendencia sobre el objeto del debate, como por ejemplo la reclamación por unas vacaciones que considera la parte demandada fueron disfrutadas por el actor y se pide su abono, así como otras cuestiones como las circunstancias del preaviso al trabajador por el fin del contrato, etc. Todo lo cual revela la idoneidad y trascendencia de la prueba omitida.

En su consecuencia procede, con estimación del recurso, declarar la nulidad de todo lo actuado en la instancia desde el momento anterior a la celebración del acto del Juicio a fin de que se señale nueva fecha y hora y se cite en forma a las partes para asistir al mismo, y singularmente a los testigos propuesto por la parte demandada y que han sido admitidos por la presente resolución, debiéndose continuar el proceso por los trámites legales.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa C.P.A. S.L., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Alicante, de fecha 9 de marzo de 2.011, dictada en virtud de demanda interpuesta por Don H.J.C.G. 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 acto del Juicio a fin de que se señale nueva fecha y hora y se cite en forma a las partes para asistir al mismo, y singularmente a los testigos propuestos por la parte demandada y que han sido admitidos, debiéndose continuar el proceso por los trámites legales.

Sentencia núm. 999, de 4 de abril de 2012

Materia: Despido. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la actividad de comunicación y artes gráficas, con categoría profesional de gerente. Se insta al trabajador a disfrutar de las vacaciones que tiene pendientes al verse afectado por un ERE en la empresa. Acto seguido, pasa a una situación de permiso retribuido hasta que la autoridad laboral emita la correspondiente resolución autorizando el ERE que ha sido aprobado. Posteriormente, el actor recibe notificación de despido objetivo colectivo. Aplicación de la norma. Solicitud improcedencia del despido.

Juzgado: Estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción respecto a la segunda acción planteada, y sin entrar en el fondo de la misma, y desestimando la primera demanda, no considerando la existencia de despido, se absuelve a la parte demandada de los pedimentos formulados de contrario.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No existe voluntad empresarial de despedir al trabajador en la fecha que éste unilateralmente sitúa el despido, ni aparecen extremos que pudieran presumir tal voluntad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la excepción de incompetencia de jurisdicción respecto de la segunda acción planteada, y sin entrar en el fondo del asunto de la misma, y desestimando la primera demanda presentada por el actor contra las empresas demandadas apreció la excepción de falta de acción, no considerando la existencia de despido en fecha 16 de septiembre de 2010, y absolvió a las demandadas de los pedimentos formulados de contrario, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por las empresas demandadas 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, manifestando su conformidad a los hechos primero, segundo, doce y quince. Por el contrario discrepa de los restantes hechos probados y en su consecuencia propone su modificación. Así, con respecto al ordinal tercero propone una nueva redacción que no puede alcanzar éxito ya que si bien pretende ampararla en los documentos a los que alude, del contenido de los mismos no resulta directamente sin necesidad de conjeturas, ni de hipótesis ni razonamientos el contenido de la nueva versión que se pretende dar al texto del hecho probado, ni el error del juzgador, que ha de ser irrefutable, indiscutible.

También se pretende una nueva redacción para el ordinal quinto, sexto y noveno con los textos que se señalan en el escrito de recurso, pero la modificación

fáctica no puede prosperar dado que no se ampara en prueba pericial o documental alguna como exige el artículo 191 b) de la L.P.L.

Con respecto al ordinal séptimo se propone una nueva redacción que no puede alcanzar éxito ya que se ampara en prueba documental que carece de eficacia revisoria como son los escritos de la parte actora dirigidos a al delegado de personal y al representante de los trabajadores, los cuales son una simple manifestación de parte aunque consten por escrito. Y del contenido de los otros documentos a los que se alude no resulta directamente sin necesidad de conjeturas la revisión interesada.

Respecto del hecho probado octavo no procede su revisión ya que no se ampara la variación pretendida en documento o pericia alguna, sino en las particulares valoraciones que efectúa la parte recurrente.

Para el ordinal décimo también se proponen modificaciones en el texto del hecho probado, pero la modificación no debe prosperar por cuanto resulta irrelevante para cambiar el signo del fallo ya que prácticamente reproducen el contenido del hecho que se pretende modificar sin que tenga incidencia la fecha de imposición del burofax que según el documento fue el 20 de septiembre y no el 22 como alega la parte recurrente, ni el 24 como dice el texto del hecho que se pretende revisar.

En relación al hecho probado once se pretende la modificación de su contenido en base a la denuncia que efectúa la parte recurrente ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, pero tal escrito carece de fuerza revisoria por carecer de las exigencias para poder atribuirle fuerza probatoria, al tratarse de la manifestación de una parte.

Para el ordinal trece se propone un nuevo texto que no puede alcanzar éxito, en primer lugar por irrelevante para cambiar el signo del fallo, y en segundo lugar porque la modificación que se propone no resulta directamente sin necesidad de conjeturas, ni de hipótesis, ni razonamientos del documento en que se basa.

Por último, en cuanto al hecho probado catorce se limita el recurso a efectuar un comentario, pero sin postular ni su supresión, ni su modificación, por lo que no puede ser variado y debe mantenerse.

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 61.1 del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que el cese que se pretende se califique como despido improcedente se produce con la comunicación de 16 de septiembre de 2010, relacionada con la entrada de nuevos socios y la incorporación de directivos en sustitución del recurrente, que se distribuyen las funciones del actor, creándose un conflicto personal y laboral con hechos coetáneos como son los cortes de teléfono y correo electrónico, así como comunicación a proveedores y clientes de ya no pertenecer a la empresa, y por lo tanto si existe un despido no existe falta de acción, y la reiterada acción no se produce en el periodo consultas de un Expediente de Regulación de Empleo, no solicitado.

En primer lugar conviene señalar que si bien en el escrito de recurso se alude al artículo 61.1 del Estatuto de los Trabajadores, debe tratarse de un error de transcripción por cuanto el texto que se cita expresamente se corresponde con el artículo 51 del E.T. pero en su punto 2, y no en el punto 1, como se indica en el recurso. Pero con independencia de la cita legal, la alegación no puede prosperar, por cuanto en el hecho probado octavo se establece que el 6 de septiembre de 2010 la empresa comunicó al Sr. F., representante de los trabajadores, su intención de proceder a negociar un ERE para la extinción de varios contratos, procediendo a la apertura del periodo de consultas y entregando al representante de los trabajadores la documentación relativa al ERE, la mesa de negociación se constituyó ese mismo día y los días 8 y 14 de septiembre se volvieron a reunir la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores y se concreto en ocho el número de los trabajadores afectados y la indemnización por año de servicio, habiendo informado verbalmente el delegado de personal al actor de las conversaciones que se estaban llevando a cabo para negociar el ERE, teniendo conocimiento el actor de las reuniones entre la empresa y los representantes de los trabajadores, al igual que el resto de la empresa, habiendo asistido el demandante a la reunión del día 16 de septiembre de 2010 que finalizó con acuerdo (hecho probado siete), y en el acta de 16 de septiembre se acordó la extinción colectiva de 8 contratos de trabajo, en las condiciones que constan en el documento, dar traslado a la Autoridad competente para su aprobación y la concesión de permiso retribuido a los afectados hasta obtener la autorización administrativa.

La concesión de vacaciones y permiso retribuido hasta que la autoridad administrativa se pronunciara sobre el ERE no puede considerarse despido tácito ni presunto como pretende la parte recurrente, porque no se observa a tenor de los hechos declarados probados voluntad empresarial de extinguir la relación laboral en esa fecha sino que la mercantil utiliza los medios que la legislación española pone a su alcance, realizando las gestiones pertinentes para extinguir las relaciones laborales de conformidad con la normativa aplicable, iniciando el ERE y en función del resultado del mismo adoptará la decisión extintiva pertinente, que se produce con posterioridad, pero en modo alguno en la comunicación escrita de 16 de septiembre de 2010, en la que simplemente le notifican al trabajador que es uno de los afectados por el ERE negociado y aprobado entre la representación de los trabajadores y la empresa y esa carta se limita a notificarle el inicio de las vacaciones pendientes y “una vez finalizadas las mismas se situará laboralmente en permiso retribuido, el cual se extenderá hasta el día en que la autoridad laboral emita la correspondiente resolución autorizando el ERE que ha sido aprobado”, y resulta de los hechos que ese mismo día 16 de septiembre se levantó acta con acuerdo en el ERE negociado entre la representación de los trabajadores y la dirección de la empresa R. S.L., y que uno de los acuerdos fue el otorgamiento de vacaciones y permiso retribuido a los trabajadores afectados, entre los que se encontraba el actor, que éste asistió a la reunión. Sin que por otro lado se acredite que la empresa impidiera al demandante el acceso al correo electrónico de la empresa, ni tampoco consta la fecha exacta en que ello se produjo, ni hay constancia de la fecha en que se le retira el número de teléfono de la empresa, sin que la alegación de la parte recurrente, ni la denuncia de ésta ante la Inspección de Trabajo constituyan prueba de tal extremo, ya que se trata de una manifestación de parte que debió acreditarse por algún medio de prueba la fecha pretendida. Ni tampoco consta que el trabajador impugnara la concesión unilateral de vacaciones por parte de la empresa. Ni se dio de baja al trabajador en la Seguridad Social antes de obtener la autorización administrativa.

Por lo tanto no ha existido voluntad empresarial de despedir al actor en la fecha en que este unilateralmente sitúa el despido, ni tampoco aparecen extremos que permita deducir tal voluntad, y el acuerdo pactado de que en espera de la obtención de la Resolución administrativa, que puede demorarse y que ello ya no depende de la empresa que ha iniciado el ERE en momento anterior y adecuado, hasta entonces los empleados en virtud de un acuerdo pactado agoten sus vacaciones y disfruten de un permiso retribuido, no puede restar eficacia a la Resolución que se dicte, ni anticipar una decisión extintiva que el trabajador pretende conseguir en su beneficio, considerando como despido improcedente una situación producida en fecha anterior, que no constituye despido, ya que la empresa ha mostrado su voluntad de extinguir en el proceso del ERE y dejado al arbitrio de la Autoridad Laboral la decisión respecto de todos los empleados que se ven afectados por la misma. Sin olvidar, que habiéndose alcanzado acuerdo entre las partes en el ERE, que constituyen una muestra del dinamismo y complejidad de la autonomía colectiva, se debe evitar vulnerar los compromisos asumidos por ambas partes. Todo lo cual lleva a la desestimación de la pretensión actora y hace innecesario el análisis del resto de las alegaciones de la parte recurrente, ya que con respecto a la excepción de falta de jurisdicción, como la propia parte recurrente sostiene ya fue resuelta por esta Sala, y respecto del grupo de empresas, como la propia parte recurrente señala lo que le interesa es la declaración de la improcedencia del despido con las consecuencias inherentes a tal declaración y no habiéndose producido ello, devienen innecesario el análisis de la otra cuestión.

FALLO

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