

Sentencia núm. 2005, de 10 de julio de 2012

Materia: Despido. Trabajador al servicio de empresa dedicada al sector de la hostelería. Se le comunica al actor la extinción de prestación de servicios alegando incumplimiento genérico de rendimiento inadecuado. Ambas partes firman documento de saldo y finiquito. Eficacia liberatoria del finiquito.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando la improcedencia del despido, condenando a la parte demandada a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían con anterioridad al cese o bien a pagarle la correspondiente indemnización. No otorga eficacia liberatoria al finiquito.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El trabajador expresó sin ningún condicionamiento su conformidad con la extinción de la relación laboral. El Tribunal concede eficacia liberatoria al documento suscrito por el trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada de la empresa demandada la sentencia de instancia que estimó la demanda de despido presentada por don R.T. y la condenó a hacerse cargo de las consecuencias de tal declaración en los términos establecidos en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

2. El recurso se sustenta en cuatro motivos que se dicen redactados al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), si bien la legislación procesal aplicable es la contenida en la anterior Ley de Procedimiento Laboral de 1995, según lo ordenado por la disposición transitoria segunda de la Ley 36/2010. Ahora bien, dado que este error en la cita de la ley procesal en que se amparan los motivos no tiene particular relevancia, procede entrar a examinarlos.

3. En el primero de ellos se solicita la modificación del hecho probado segundo para que se añada un párrafo en el que se diga que ambas partes firmaron un acuerdo conciliatorio en el que pactaban la rescisión del contrato y en el que se especificaba que la empresa ofrecía al trabajador la cantidad de 5.000 euros en concepto de indemnización por despido y que aquél aceptaba la cantidad ofrecida por la empresa pactándose también la fecha de finalización de la relación laboral. Se cita a tal fin el documento número 2 de la prueba aportada por la empresa. Pero dado que la sentencia ya hace una referencia indirecta a tal documento en su último inciso, resulta innecesaria la adición del párrafo que se propone por la recurrente pues la Sala puede examinar el documento. Todo ello sin perjuicio de señalar que no se trata de un acuerdo alcanzado en conciliación, como parece pretender el texto propuesto.

SEGUNDO.- 1. Lo que se denuncia en los restantes tres motivos es la infracción por parte de la sentencia recurrida de diversas normas sustantivas como son los artículos 1821, 1823 y 7.1 del Código Civil, en los motivos segundo y tercero; y el artículo 3.5 del ET en el último de ellos. Lo que se viene a defender en todos ellos es la eficacia liberatoria del finiquito suscrito por el trabajador y la consiguiente imposibilidad de que la acción por despido que se ejercita en el presente procedimiento pueda prosperar.

2. Del relato que se contiene en los hechos probados de la sentencia y del examen de la documental que lo sustenta, se observa que el 17 de junio de 2011 se emitieron cuatro documentos: en uno la empresa comunicó al trabajador su despido disciplinario; en otro se reconoció la improcedencia del despido y se puso a disposición del demandante la cantidad de 5.000 euros en concepto de indemnización; también se emitió una nómina en la que se liquidaban determinadas partidas salariales y extrasalariales, entre las que figuraba la indemnización de 5.000 euros y en la que se decía que el trabajador “reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los conceptos (...) comprometiéndose a nada más pedir ni reclamar”; y, finalmente, un cuarto documento recoge un acuerdo de las partes de “rescindir la relación laboral que les une” y en el que el demandante “acepta la cantidad ofrecida por la empresa (5.000 euros) por la extinción de la relación laboral”.

3. Siendo estos los hechos el recurso debe ser estimado. Así, como ya dijimos en nuestra sentencia de 11 de octubre de 2005 (rs. 2235/2005) –reproducida en resoluciones posteriores-, “La posición que había venido manteniendo esta Sala de lo Social en los últimos años en relación con la referida cuestión, era claramente restrictiva en orden a otorgar eficacia liberatoria al finiquito, (pero) debe ser matizada a la luz de la más reciente doctrina jurisprudencial en la que se atiende, fundamentalmente, a los términos en que aparece redactado el documento objeto de interpretación. Así, ya en la STS de 26 de noviembre de 2001 (rcud. 4625/2000), tras razonar que el valor liberatorio no queda condicionado por el hecho de que sea fraudulento el contrato que le precedió, toda vez que “aun declarada la ilegalidad de un acto jurídico, puede ponerse fin a la situación por él creada, por acuerdo entre las partes”, llega a la conclusión de que en el supuesto examinado tal acuerdo se produjo, pues en el documento controvertido el demandante declaraba “libremente haber rescindido por fin de contrato, la relación laboral que tenía con esta empresa”. Dice el Tribunal Supremo, en la resolución reseñada, que “esta manifestación de voluntad de rescindir el contrato, no ofrece duda en cuanto a su interpretación, dada la claridad de los términos en que aparece formulada”. Pues bien, esta línea doctrinal ha sido ratificada por sentencias posteriores del Tribunal Supremo, como la de 22 de noviembre de 2004 (rcud. 642/2004), en que un trabajador que había sido despedido tres días antes, firma un documento en el que recibe una cantidad y declara que con su percibo “queda extinguido el contrato de trabajo con la empresa de conformidad de ambas partes”; o en la de 7 de diciembre de 2004 (rcud. 320/2004), en la que se contempla el caso de una empresa que notifica la extinción del contrato temporal suscrito y en que la trabajadora firma un documento en el que declara haber recibido una determinada cantidad en concepto de liquidación, saldo y finiquito, “considerando rescindido el contrato de trabajo”, pues el Tribunal Supremo argumenta que “esta manifestación de voluntad de rescindir el contrato de trabajo, no ofrece duda en cuanto a su interpretación”; o, finalmente, en las más recientes de 26 de febrero de 2008 (rcud.1607/2007) y de 10 de noviembre de 2009 (rcud.475/2009).

Es cierto que también existen pronunciamientos de nuestro alto Tribunal que niegan eficacia liberatoria al documento suscrito por el trabajador, como es el caso de la STS de 13 de mayo de 2008 (rec. 1157/2007) –y de otras posteriores como las de 22 de marzo de 2011 (rcud. 804/2010), 14 de junio de 2011 (rcud.3298/2010) o 28 de noviembre de 2011 (rcud.107/2001-, pero se hace respetando la línea jurisprudencial antes expuesta y sobre la base de que el documento analizado no exteriorizaba claramente la voluntad extintiva del trabajador. Lo que no ocurre en el presente caso en que el recurrente expresó sin ningún condicionamiento su conformidad con la extinción de la relación laboral y con la indemnización percibida en concepto de indemnización. El hecho de que esta indemnización pueda ser inferior a la fijada legalmente para los supuestos de improcedencia del despido, no invalida por si solo el acuerdo alcanzado pues precisamente toda transacción comporta una cierta renuncia vinculada a una función preventiva del proceso.

4. En consecuencia procede estimar el recurso de la empresa y con desestimación de la demanda, absolverla de la pretensión ejercitada en este procedimiento.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa T.P., SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.6 de los de Alicante de fecha 22 de noviembre de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de DON R.T.O. y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sin costas.

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. 2011, de 10 de julio de 2012.

Materia: Despido. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la actividad de la construcción. Contrato de trabajo al amparo del RD Ley 5/2001: Contrato de trabajo indefinido a tiempo completo. Extinción de la relación laboral por causas objetivas: declaración de despido improcedente. Cálculo cuantía de la indemnización. Art. 53. 5 ET en relación con el art. 56 del ET.

Juzgado: Estima en parte la demanda declarando improcedente el despido, condenando a la readmisión del trabajador o a la indemnización correspondiente más el abono de los salarios de tramitación.

Sala: Estima en parte el recurso revocando parcialmente la sentencia, modificando la cuantía de la indemnización a abonar al trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa condenada, frente a la sentencia que estimando la demanda declara la improcedencia del despido del actor, condenando a la recurrente, a su opción, a la readmisión del actor o le abone una indemnización por importe de 30.069,22€, y a que le abone, cualquiera que sea el sentido de la opción, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido a la de notificación de esta resolución, en la cuantía diaria de 64,15€, y en el supuesto de que la opción se ejercite, expresa o tácitamente, por la readmisión, deberá el trabajador reintegrar la indemnización recibida que se menciona en el hecho probado 4º; y si la opción se ejercita en favor de la indemnización, la condenada podrá deducir el importe de la indemnización mencionada de la que se establece en esta sentencia, debiendo abonar únicamente la diferencia entre ambas.

El primer motivo del recurso se redacta al amparo de letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicitando la revisión del hecho probado primero a fin de que se adicione la siguiente frase a su primer apartado, “La relación laboral se formalizó con sujeción a la disposición Adicional primera del RD 5/2001 de 2-marzo al tratarse de un trabajador mayor de 45 años”, en base al documento 2 del ramo de prueba del recurrente.

El documento en que se apoya el recurrente consiste en copia del contrato de trabajo del actor de fecha 3-7-11, denominado en su encabezamiento “Contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, celebrado al amparo del R.D. Ley 5/2001”, en cuya cláusula séptima consta marcado con “X” el apartado “NO” relativo a la aplicación al contrato de la Disposición Adicional primera del RD 5/2001 de 2 de marzo, y a continuación aparece marcada con “X” la casilla relativa a “Mayores de 45 años de edad”, por lo que se admite la revisión, en el sentido de dar por reproducido dicho documento, consistente en el contrato de trabajo.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 53.1.b) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 122-3 “in fine” de la Ley de la Jurisdicción Social, Sostiene el recurrente que se ha producido un error excusable en el cálculo de la indemnización, con cita de STS de 11-10-06, 19-6-03 y 24-4-00, de escasa cuantía pues se entregó 11.612,98€ , y la sentencia señala que la indemnización procedente para un salario regulador de 1924,43€/mes alcanzaría el importe de 13.364,10€, si bien la sentencia incurre en error de cálculo pues la indemnización correcta sería de 13.139,14€.

2. El Tribunal Supremo, en Sentencia de de 19 de junio de 2003, rcud 3673/02, indica que, en la aplicación del art. 56.2 ET debe distinguirse entre la consignación insuficiente por error excusable y la consignación insuficiente por negligencia o error inexcusables, distinción que tiene la consecuencia de que "en el primer caso el efecto exoneratorio o interruptivo de la consignación no se malogra, mientras que en el segundo sí". Sigue diciendo la sentencia citada que "los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro, y habrán de ser ponderados en cada caso", señalando entre los indicios de error excusable la coincidencia en el posible error de cálculo entre las partes del proceso y la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar, diferencia que puede ser achacable a diversas causas (error de cuenta, complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas, vicisitudes o cambios en el contenido de la relación de trabajo).

3 En el presente supuesto, de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, con la revisión admitida, se desprende que la empresa abonaba al actor, fuera de nómina, cantidades variables (aunque en muchos meses se repetían los importes) que, en el año anterior al despido (periodo noviembre/10 a octubre/11), ascendieron a un total de 4.053,11€, siendo, por tanto, la media mensual de 337,76€, y que las cantidades indicadas se le abonaban mediante talones bancarios, firmando el actor recibos mensuales en los que consta el percibo de las correspondientes cantidades “en concepto de dietas, gastos de manutención y alojamiento, gastos de transporte y desplazamiento y gastos diversos menores”, sin que conste probado que el actor en su trabajo haya realizado gasto por manutención, alojamiento o desplazamiento, pues se declara probado que el actor trabajaba en el centro de trabajo en horario de mañana. Todo lo cual lleva a concluir que la empresa no ha incurrido en error excusable en el cálculo de la indemnización, sino en omisión en su cómputo de la parte de salario abonado fuera de nómina y detráido del abono de cotizaciones y retenciones fiscales, por lo que el motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- 1. En el tercer motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción de la Disposición Adicional primera del RD 5/2001 de 2-marzo, postulando, para el caso de declararse la improcedencia del despido, una indemnización de 21.981,48€, calculada conforme a una antigüedad de 3-7-01, salario regulador de 1924,43€ y 33 días/año trabajado.

2. La Disposición Adicional Primera, apartado 4, del Real Decreto-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, en la redacción vigente a la fecha

de la contratación del actor decía, “Contrato para el fomento de la contratación indefinida. 4. Cuando el contrato se extinga por causas objetivas y la extinción sea declarada improcedente, la cuantía de la indemnización a la que se refiere el art. 53.5 del Estatuto de los Trabajadores, en su remisión a los efectos del despido disciplinario previstos en el art. 56 del mismo texto legal, será de treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de veinticuatro mensualidades”.

3. De la declaración de hechos probados, con la revisión admitida, se desprende que el actor fue contratado el 3-7-01, mediante Contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, al amparo del RD Ley 5/2001 (folio 6 del ramo de prueba de la demandad), en el que aparece marcada la casilla “bonificado” y la de “Contrataciones de desempleados mayores de 45 años”, y aunque ciertamente se marca la casilla “NO” en la cláusula séptima relativa a la aplicación al contrato de la Disposición Adicional primera del RD Ley 5/2001 de 2 de marzo, también se marca la casilla “Mayores de 45 años”, en el apartado a rellenar solo en caso de ser afirmativa la aplicación del indicado RD Ley 5/01; por lo que debe concluirse que dicho error material no empece para concluir que la contratación del actor lo fue al amparo del RD Ley 5/01, y tratándose de una cuestión jurídica que puede plantearse en vía de recurso, procederá su admisión, y en consecuencia la indemnización derivada del despido objetivo improcedente del actor, a razón del salario diario que consta en el fallo de la sentencia de 64,15€, asciende a 22.040€.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203.2 y 3 LRJS, se acuerda la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación parcial de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, y la devolución de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de G.B SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.16 de los de Valencia de fecha 9-3-2012, en virtud de demanda presentada a instancia de A.J.M.M.; y, en consecuencia, con revocación parcial de la sentencia recurrida, declaramos que la indemnización a abonar al actor asciende a 22.040 euros, manteniendo en el resto el fallo de la sentencia de instancia.

Se acuerda la devolución parcial de las consignaciones, en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas, y la cancelación parcial de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, y la devolución de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 2.038, de 11 de julio de 2012.

Materia: Personal docente que presta servicios como profesora de educación primaria en centro de enseñanza privada concertada. Aplicación del convenio colectivo de empresas de enseñanza privada. Reclamación de cantidad: reconocimiento paga única correspondiente a una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio de antigüedad cumplido, tras 25 años de servicio en la empresa. Calendario de pago para el abono. Abono complemento autonómico e intereses por mora.

Juzgado: Estima la demanda de la actora condenando a la Conselleria demandada al abono de determinada cantidad, teniendo en cuenta el complemento autonómico para el cálculo de la indemnización, cantidad incrementada con el 10% de interés por mora.

Sala: Estima parcialmente el recurso condenando a la Conselleria demandada en la instancia al abono de determinada cantidad, sin que sea de aplicación en el cálculo de la misma el complemento retributivo autonómico ni a los intereses en concepto de mora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora condenó a la Generalidad Valenciana (Consejería de Educación), al pago a la actora la cantidad más el incremento del 10% de interés por mora, teniendo por desistida a la demandante respecto de la empresa demandada, interpone recurso de suplicación la parte demandada la Abogacía de la Generalitat, y en el conjunto de su recurso, tras aludir a la posibilidad de revisar el derecho aplicado sin necesidad de que este vaya precedido de una previa revisión de los hechos probados, con amparo procesal en el artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia que se ha vulnerado el artículo 61 y la Disposición Transitoria Tercera del IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada Sostenida total o parcialmente con Fondos Públicos y del artículo 59 del mismo Convenio y la jurisprudencia que cita, alegando que debe excluirse del cálculo de la paga extraordinaria los llamados complementos autonómicos, señalado en el hecho probado primero como complemento de homologación y ello porque ya ha sido excluido de su cómputo por la jurisprudencia que cita, por lo que la sentencia recurrida debe ser modificada en el sentido postulado en el recurso.

La cuestión debe quedar resuelta en el sentido de considerar excluido del importe de la paga de antigüedad tras 25 años de servicios el denominado complemento autonómico, ya que la expresión “mensualidad extraordinaria” utilizada por el art. 61 del Convenio Colectivo “derecho a una única paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido”, debe entenderse que se

alude a la mensualidad extraordinaria y no a la ordinaria, y por lo tanto a una paga distinta de esta última, y en concreto ha de referirse a la paga extraordinaria que se regula en el art. 59 del Convenio Colectivo y que comprende “una mensualidad del salario, antigüedad y complementos específicos”, y no consta que entre los complementos específicos se encuentre el complemento autonómico que se discute, ya que en el art. 65 del Convenio Colectivo a propósito de los complementos específicos se cita tan solo el complemento por función y el complemento de Bachillerato, mientras que el “complemento retributivo autonómico” aparece recogido en el art. 67 del Convenio al tratar otros complementos. Y al no haberlo entendido de ese modo la sentencia impugnada debe ser revocada en parte para acomodarla a lo procedente en derecho, sin que tampoco debe aceptarse la cantidad que indica la parte recurrente, dado que la suma de los conceptos que integran la base del cálculo de la paga postulada de antigüedad de 25 años comprenden: 1519,73 euros por salario, antigüedad 290,85, y complemento ESO1 129,88 euros, lo que da como resultado la cantidad de 1940,46 euros, que multiplicado por 5 arroja un total de 9.702,3 euros, salvo error u omisión, a lo que se condena a la parte demandada.

SEGUNDO.- Con adecuado amparo procesal basado en el artículo 191, c) de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia aplicación indebida del art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, así como la jurisprudencia asociada, alegando que la acción entablada es objeto de razonable controversia.

En el presente supuesto no procede la condena al abono del interés por mora, al existir controversia entre las partes y proceder la estimación parcial de unas concretas pretensiones y no de otras que por tal hecho se consideran rechazadas. La desestimación de uno de los conceptos que debían integrar, en opinión de la parte demandante, la cuantía de la paga extraordinaria de antigüedad, en concreto el complemento retributivo autonómico, debe acarrear que no proceda el abono de intereses por mora, ya que la doctrina unificada que se plasma en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Noviembre del 2006 (ROJ: STS 7172/2006), Recurso: 1990/2005 y que sigue el criterio mantenido por las precedentes de 15 de marzo del 2005 (recurso nº 4460/2003) y de 15 de Junio de 1999 (Recurso 1938/98), según las cuales "es doctrina constante de esta Sala en interpretación y aplicación del citado precepto estatutario, sentada en la sentencia de contraste de 14-10-85 (dictada en interés de ley y en relación con el art. 29.3 de la Ley 8/80 de 10 de Marzo, pero con doctrina aplicable igualmente en casación unificadora y en relación con el mismo precepto del Real Decreto Legislativo 1/1.995 de 24 de Marzo que no ha variado su texto) y también en las anteriores de 7 de junio y 21 de diciembre de 1.984 y en las posteriores de 28 de septiembre 1989, 28 de octubre de 1.992, 9 de diciembre 94 y 1 de abril de 96 - que "...el recargo por mora sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes" (Sentencias de 14-10-85 y 28-8-89), de modo que "cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses" (sentencia de 2-12-94 y 1-4-96). Afirmación esta última que, como es lógico, debe entenderse referida a una oposición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos, o controvertidos sin base legal suficiente, a la que se alude en la sentencia recurrida". “Debe añadirse que esta doctrina la

mantienen también, además de las sentencias citadas por la reseñada de 15 de marzo del 2005, las de 7 de febrero del 2005 (recurso nº 789/2004) y 27 de enero del 2005 (recurso nº 5686/2003).”

A la vista de las anteriores consideraciones, debe sostenerse que no procede imponer a la Conselleria demandada el pago de los intereses moratorios dado que el importe o cuantía de la deuda salarial reclamada por los actores en la demanda no puede ser calificado como un dato de carácter pacífico e incontrovertido como lo evidencia que la oposición se ha centrado en determinar el importe de la cantidad adeudada, por los conceptos que debían integrar la paga de antigüedad de 25 años, y que ha prosperado, lo que revela que la oposición de la Conselleria demandada era razonable, todo lo cual lleva a denegar los intereses moratorios, lo que determina la revocación de la sentencia impugnada en ese punto.

FALLO

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Generalitat Valenciana, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Alicante, de fecha 11 de noviembre de 2011, dictada en virtud de demanda interpuesta por Doña M.J.G.U., a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar con estimación parcial de la demanda debemos condenar y condenamos a la Generalitat Valenciana Consejería de Educación a abonar a la actora la cantidad de nueve mil setecientos dos euros con tres céntimos, (9.702,3), en lugar de la cantidad establecida en la sentencia de instancia, sin que proceda el abono de intereses por mora, y manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en lo que no se opongan a la presente resolución.

Sentencia núm. 2.051, de 12 de julio de 2012

Materia. Reconocimiento-vulneración de derechos. Reconocimiento reducción jornada para cuidado hijo. Vulneración derecho fundamental. Conciliación vida familiar y laboral.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a disfrutar de la reducción horaria solicitada por guarda legal de hijo menor, absolviendo del resto de pretensiones (acoso laboral y vulneración de derechos fundamentales) formuladas.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. No es posible conceder el derecho del actor en los términos solicitados habida cuenta que éste solicita prestar servicios fuera de su jornada ordinaria.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la empresa demandada A.N. SLU, la sentencia que ha estimado en parte la demanda, aunque no lo diga, y ha declarado el derecho del actor a disfrutar la reducción horaria de 12,50% solicitada por guarda legal de su hijo menor con concreción horaria entre las 8 y las 15 horas de lunes a viernes.

Antes de nada y como cuestión previa que centrará la cuestión a dilucidar, aducida en la impugnación del recurso, conviene precisar que a pesar de que el Magistrado de Instancia afirma que el procedimiento se sigue por los trámites previstos en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, que no posibilitaría el recurso de suplicación que ahora examinamos a tenor de los establecido en el art. 189.1 y 182 de la misma Ley procesal, lo cierto es que la pretensión ejercitada en la demanda no se limita a la concreción horaria por reducción de jornada, sino que excede de dicha pretensión en cuanto que se solicita la realización de una jornada distinta a la que venía desarrollando el trabajador demandante, cuestión que estimamos procede dilucidar siguiendo el procedimiento ordinario cuya sentencia es susceptible de ser recurrida en suplicación.

El recurso se estructura en dos motivos. El primero, con tres apartados, se formula por el apartado b) del art. 191 (sic) de la Ley 36/2011 de 10 de octubre (que no es de aplicación atendiendo a que la sentencia se dicta el 28 de noviembre de 2011 y dicha ley no entra en vigor hasta pasados dos meses de su publicación, por lo que en aplicación de lo establecido en la Disposición Final Séptima en relación con la Disposición Transitoria Segunda 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) se atenderá a la Ley de Procedimiento Laboral que rige la tramitación y resolución del recurso que se examina), solicitando la modificación del relato histórico de la sentencia en los términos que pasamos a exponer:

1.- Interesa en primer lugar el recurso que se añada un nuevo párrafo al hecho tercero que diga: “La empresa ha dado al actor en todo momento diferentes alternativas al disfrute de la reducción de jornada, concretamente una concreción horario de 8:00 a 13:45 de lunes a jueves en horario de invierno, los viernes de 8:00 a 15:00 y en jornada de verano de 8:00 a 15:00”, para lo que señala el folio 58 que es la solicitud con anotación a mano de tal alternativa. Y se rechaza la modificación por no ser necesaria, por no negada en la sentencia, ni discutida por el demandante, aparte de que la anotación a mano de la alternativa no acredita el ofrecimiento al actor ni su recepción.

2.- Seguidamente se solicita la introducción de un nuevo párrafo al hecho cuarto con el siguiente texto: “No existe en la empresa a la entrada y la salida del centro de los trabajadores control de presencia, sino que éstos con la tarjeta asignada graban las horas de trabajo realizadas hasta completar la jornada de trabajo anual. Dentro de los límites, de entrada y salida, determinados en el horario del centro de trabajo, así como del respeto de los periodos no efectivos de trabajo y establecidos en el calendario laboral para el año 2011”. Y tampoco procede acceder a la adición propuesta que se apoya en el calendario Laboral del 2011 (folio 53), dado que ya reconoce la sentencia la jornada laboral y horario de trabajo, así como la flexibilidad de entrada y salida con dichos límites.

3.- Por último, se postula la adición de un nuevo hecho, que ocuparía el ordinal quinto, con el siguiente tenor literal: “La empresa demandada, únicamente tiene en el centro de trabajo de Valencia, una trabajadora con reducción de jornada desde el año 2010, Dña. M.D.C.F., siendo la concreción horaria de ésta en el año 2010 la siguiente de 8:00 a 13:45 y de 15:15 a 16:10 de lunes a jueves en horario de invierno, los viernes de 8:00 a 14:15 y en jornada de verano de 8:00 a 14,15, y la concreción horaria para el 2011, de la siguiente manera de 8:00 a 13:45 y de 15:15 a 18:10 de lunes a jueves en horario de invierno, los viernes de 8:30 a 14:10 y en jornada de verano de 8:30 a 14:15.”, lo que apoya en los documentos situados a los folios 54 y 55 que así lo acreditan; pero tampoco va a servir este dato para resolver la cuestión que se suscita en el procedimiento en cuanto afecta a otra trabajadora cuya situación no sirve para legalizar la que afecta al demandante y se discute en el procedimiento y por irrelevante se desestima.

SEGUNDO.- Con equivocado amparo en el art. 193 c) de la LRJS, cuando debía haber sido invocado el art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo, la infracción por indebida aplicación del art. 37.6 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, al considerar que partiendo del horario que tiene establecido la empresa y que consta en el calendario laboral, lo que pretende el demandante los viernes y en verano es incrementar la jornada de trabajo única y exclusivamente para él, sin respetar la jornada establecida en el centro de trabajo, lo que supone una extralimitación del contenido del derecho, con uso abusivo del mismo, añadiendo que el trabajador no ha aportado prueba alguna que justifique su petición y alegando la doctrina contenida en la sentencia de la Audiencia Nacional dictada en los autos 157/2004 y en la STJ de Madrid 70/2009 de 27 de enero.

En la demanda, sobre derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y en la que se alega acoso desde la solicitud y comportamiento discriminatorio de la empresa con alegación de los arts. 14 y 24 de la Constitución Española, se solicita el derecho a reducir la jornada por cuidado de una menor en un octavo desde el 1 de

septiembre de 2011 hasta que la menor cumpla 8 años, pasando a realizar una jornada semanal de 35 horas prestadas de lunes a viernes de 8:00 a 15:00 horas, con condena a la empresa a reconocer el derecho cesar en su comportamiento y el pago de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por su política de discriminación que cifra en 12.000 €.

La sentencia, niega la vulneración de los derechos fundamentales aducidos por inexistencia de indicios que lo fundamenten y desestima la demanda en este particular, y solo declara el derecho a reducir la jornada en los términos interesados.

Los hechos probados de la sentencia, con conforma el supuesto fáctico cuya legalidad se cuestiona, relatan en lo que aquí interesa que el demandante ha prestado sus servicios para la empresa, dedicada a la actividad de ingeniería y estudios técnicos, con antigüedad de fecha 14 de enero de 2008, categoría profesional de titulado de grado medio - nivel 2 - y percibiendo un salario mensual de 1951,06 €; incluido el prorrateo de pagas extraordinarias; que en el centro de trabajo que la empresa tiene en Paterna - Valencia -, donde el actor esta adscrito, el horario trabajo es el comprendido entre las siguientes horas según la época del año que a continuación se indica: INVIERNO (1 de septiembre a 30 de junio): DE LUNES A JUEVES: Desde las 8-9 a 13,45 horas por la mañana y desde las 15,15 a 18-19 horas; y los VIERNES: Desde las 8-8,30 horas hasta las 14,45-15,15 horas. VERANO: Desde las 8-8,30 horas hasta las 14,45-15,15 horas; que en fecha 1 de agosto de 2011 el actor formuló a la empresa solicitud de reducción de la jornada habitual teórica de trabajo en un octavo, con horario de 8 a 15 horas de lunes a viernes, para atender a su hija menor nacida el día 24 de febrero de 2011; y la empresa, en escrito de fecha 1 de septiembre de 2011, le contesta en el sentido de que cómo se le había indicado telefónicamente el día 4 de agosto la reducción de jornada debería estar dentro de la ordinaria de trabajo: desde las 13,45 a 15,15 horas según el calendario del centro no era tiempo de trabajo - se dedicaba a la comida - y no se encontraba allí responsable alguno que pudiera verifica la realización de sus tareas, así como que la concreción horaria interesada suponía incrementar el horario diario de trabajo los viernes y en los días verano. Añade la sentencia que la empresa tiene una plantilla de 2.400 trabajadores, 110 de ellos con reducción horaria por guarda legal de los cuales el 93% son mujeres y el 7% hombres. Ninguno de los 78 trabajadores del centro de la empresa Paterna -Valencia-, por haber solicitado de reducción de jornada debida a esta causa, disfruta de un horario diferente al resto de los compañeros.

Como señalábamos en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación nº 1911/2011 la doctrina contenida en la STC 26/2.011 sostiene que “la prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE [EDL1978/3879](#)), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su Sentencia Roca Álvarez, de 30 de septiembre de 2010, asunto C-104/2009, que considera que la exclusión de los padres trabajadores del disfrute del permiso de lactancia cuando la madre del niño no tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena (art. 37.4 LET) constituye una diferencia de trato por razón de sexo no justificada que se opone a los arts. 2 y 5 de la Directiva 76/207/CEE. Y ello porque tal exclusión "no constituye una medida que tenga como efecto eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pudieran existir para las mujeres en la realidad de la vida social..., ni una medida

tendente a lograr una igualdad sustancial y no meramente formal al reducir las desigualdades de hecho que puedan surgir en la vida social", y sí, en cambio, una medida que puede "contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer, al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental". La prohibición de discriminación entre mujeres y hombres (art. 14 CE [EDL1978/3879](#)), que postula como fin y generalmente como medio la parificación, impone erradicar de nuestro ordenamiento normas o interpretaciones de las normas que puedan suponer la consolidación de una división sexista de papeles en las responsabilidades familiares."

La jurisprudencia de la Sala IV del TS (Ss 13 y 18 de junio de 2008 (rec. 897 y 1625 de 2007), de 20 de mayo de 2009 (rec. 2286/2008) y de 19 de octubre de 2010 (rec 3910/2.008), viene manteniendo que no cabe tampoco elaborar a partir de la Ley 39/1999 de 5 de noviembre sobre **Conciliación** de la **Vida** Familiar y Laboral un nuevo catálogo de derechos, al arbitrio de una de las partes, lo cual ha de llevarnos a afirmar, y sin perjuicio de las normas que de carácter programático se establecen entre otros en los arts. 14.8 y 44 de la LO 3/2007 de igualdad efectiva entre mujeres y hombres que en todo caso y desde el punto de vista jurisdiccional habrán de ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar y aplicar las normas jurídicas, lo cierto es que en el ámbito de la relación laboral no existen otros derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar que aquellos que sean objeto de reconocimiento por las fuentes propias de la relación laboral (art. 3.1 E.T), esto es, por la ley, el convenio o el pacto individual. Y ello ha de implicar que se estime lesiva al principio de igualdad, aquellas decisiones empresariales que impidan o entorpezcan el ejercicio de los derechos de conciliación reconocidos por la normativa aplicable.

De acuerdo con esta doctrina, que combate la discriminación en el ejercicio de estos derechos y que impone la interpretación de los reconocidos en las fuentes de aplicación de manera que se hagan efectivos, el límite para el ejercicio de los mismos es la regulación legal o convencional en cada caso expresamente prevista, por lo que deberá concluirse que hay que estar a los requisitos establecidos en la regulación del derecho que condicionan su ejercicio. Y ya en ello, tal y como fundamenta el recurso el art. 37.6 del Estatuto de los Trabajadores solo permite al trabajador reducir la jornada y concretar el horario dentro de su jornada ordinaria, que funciona como límite para el ejercicio del derecho, de modo que el trabajador puede reducir su jornada, pero no imponer una jornada distinta. En efecto, después de reconocerse el derecho a reducir la jornada por cuidado de un menor y hasta que alcance los 8 años entre un octavo y la mitad en el art. 37.5 párrafo primero, el art. 37.6 dispone: "La concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute...de la reducción de jornada...corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria...", remitiéndose en el párrafo segundo para dirimir las discrepancias surgidas entre el empresario y el trabajador sobre concreción horaria y determinación del periodo de disfrute al procedimiento especial previsto en el art. 138 bis de la ley de Procedimiento laboral.

Sentado cuando antecede, resulta diáfano que no es posible conceder el derecho en los términos solicitados, ya que de acuerdo con la jornada pactada en el calendario laboral, al menos en la jornada de invierno de lunes a jueves, el trabajador solicita prestar servicios fuera de su jornada ordinaria, de ahí que al invadir un tiempo que no está contemplado en su jornada, resulta que es el procedimiento ordinario el adecuado para dirimir la pretensión ejercitada, al no encontrarnos ante una simple concreción

horaria o la determinación del periodo de disfrute del derecho. En un supuesto similar la Sala ya ha resuelto en el sentido que aquí adoptamos (S^a 3774/2005 de 29 de noviembre -rec. 683/2005-)

Consecuencia de todo lo expuesto es que proceda la estimación del recurso, y la revocación de la sentencia para desestimar de la demanda.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A.N. SLU, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Valencia de fecha 28 de noviembre de 2011; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de don J.C.L.C., contra la recurrente, absolviendo a ésta última de las pretensión frente a la misma ejercitada.

Se acuerda la devolución del depósito.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.064, de 17 de julio de 2012

Materia: Conflicto colectivo. Empresa dedicada al envasado y comercialización de productos hortofrutícolas. Acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores para ofrecer trabajo a trabajadores fijos discontinuos en cada una de las dos temporadas de envasado de productos. Como consecuencia de la “crisis del pepino” se ha producido una merma en las exportaciones, impidiendo el respeto de los mínimos de plantilla aprobados. Situación de fuerza mayor. Incumplimiento del acuerdo suscrito: Vulneración del acuerdo.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La falta de llamamiento se debe a razones de fuerza mayor que han quedado acreditadas y que han afectado tan solo a tres días. No procede abonar los salarios ni las cotizaciones a la seguridad social por los referidos días.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Antonia Pérez Alonso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción social se interpone recurso de suplicación por el demandante por el que se interesa la revisión del hecho declarado probado número octavo de la sentencia de instancia, concretamente la supresión de la segunda y tercer línea, con base en el folio 119 pues en él se indica, en general se refiere a las frutas y hortalizas, sin especificar producto por producto.

El motivo no puede prosperar por cuanto que si bien en el folio 119 al que se refiere el recurrente- referido a Reglamento de Ejecución de la Comisión de 17 de junio de 2011, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea- en su primer apartado se indica lo que afirma el recurrente, en el segundo párrafo de dicho documento sí que se hace una especificación de las frutas y hortalizas de la Unión, “especialmente en el caso de los pepinos, tomates, pimientos calabacines y determinados productos de las familias de la lechuga y la escarola producidos en ella”. De este modo, la modificación propuesta por el recurrente es sólo una visión partidista de su posición, por lo que procede su desestimación.

SEGUNDO.- Al amparo de la letra c) del artículo 193 de la LJS se denuncia infracción errónea del acuerdo suscrito por la empresa demandada y el comité de empresa de la SAT número X. B. S.A. de 23.03.2010 en el punto segundo del acuerdo (folio 61 y 62 de los autos y folios 83 y 84 de los autos), pues en el fundamento de

derecho de la sentencia se viene a justificar que como consecuencia de la crisis del pepino, la empresa tuvo que tirar una gran cantidad de tomate, sin que haya quedado acreditado que “el tomate desechado procediera del tomate exportado a los países de la Comunidad Europea como Alemania o Francia, por ejemplo o del mercado interior. Y, en todo caso, el tomate retirado era tomate envasado con anterioridad al mes de septiembre del 2011”. Aduce el recurrente que la jueza sin tener la certeza de los hechos argumenta que el no llamamiento se debió a dicha fuerza mayor, en consecuencia, y por ello, las trabajadoras que son de envasado de tomate y hortalizas y frutas en general debieron ser llamadas en el mes de septiembre de 2011, conforme a lo pactado y que consta en el hecho probado segundo de la sentencia. Por tanto, el recurrente considera que la empresa incumplió el pacto suscrito con el comité de empresa, sin que esté justificada la fuerza mayor alegada por la empresa, debiendo, en consecuencia abonar a las mujeres no llamadas durante los días 1,2 y 5 de septiembre de 2011 los salarios, así como cotizar a la Seguridad Social por los referidos días y sin que exista relación causa efecto entre la bacteria E-coli aparecida en Alemania y el no llamamiento de parte de las que mujeres que debían haber sido llamadas por la empresa.

Pero, el motivo no puede prosperar por cuanto que, como se deduce del hecho probado número octavo de la sentencia de instancia en relación con el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia- con resultancia fáctica- la denominada crisis del pepino- “del todo indubitada pues fue de conocimiento general por su amplia difusión a través de los medios de conocimiento- como la influencia que la misma produjo en la producción del tomate” y ello unido al hecho, como expresa en el fundamento jurídico segundo, segundo párrafo de la sentencia de instancia con resultancia fáctica, se determina el número de kilos de tomate retirados y destruidos en el período de junio a septiembre de 2011” .

A mayor abundamiento, tal y como consta en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia con resultancia fáctica, la empresa tuvo una reducción en 2011 en la producción del tomate en relación con la de año 2010, lo que afectó al número de trabajadores afectados y ello unido al Reglamento de Ejecución (UE) nº 585/2011, de la Comisión de 17 de junio de 2011, que expresamente indica que “Varios Estados miembros y terceros países han adoptado medidas cautelares. Una pérdida repentina de confianza de los consumidores debido a los riesgos percibidos para la salud pública está causando una perturbación muy importante en el mercado de frutas y hortalizas de la Unión, especialmente en el caso de los pepinos, tomates”. De este modo, a diferencia de lo aducido por el recurrente la crisis sí que afectó al tomate, hasta el punto de que la Unión concedió apoyo adicional para la retirada del mercado de dichos productos, tal y como consta en el hecho probado octavo de la sentencia de instancia.

Por todo ello, atendiendo a la situación de fuerza mayor que afectó a la empresa, pues el incumplimiento por parte de la empresa del acuerdo obedeció, tal y como ya lo indicara el juez de instancia a una situación inevitable y un evento o acontecimiento imprevisible, pues la situación procedía del círculo externo de la empresa, máxime teniendo en cuenta además que la falta de llamamiento sólo afectó a tres días; por todo ello procede desestimar el recurso de suplicación y la confirmación de la sentencia de instancia en todas sus partes.

TERCERO.- De conformidad con el artículo 235.2 de la Ley de la Jurisdicción social, al tratarse de un conflicto colectivo cada parte se hará cargo de las costas causadas a su instancia.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por CONFEDERACION SINDICAL DE CC-OO contra la sentencia dictada por el Juzgado nº4 de Alicante de fecha 23 de diciembre de 2011; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida en todas sus partes.

Sin pronunciamiento en costas.

Sentencia núm. 2.075, de 17 de julio de 2012

Materia: Despido. Trabajador que suscribe un contrato de prestación de servicios como trabajador autónomo económicamente dependiente con mercantil demandada. Posteriormente, ambas partes deciden de acuerdo con la condición 8ª letra a) del Contrato de Trabajador Autónomo Dependiente, proceder a la rescisión del mismo. Para el desempeño de su actividad, la empresa facilita teléfono móvil, coche y tarjetas de visita de la empresa, identificándose el actor como ejecutivo de cuentas. Laboralidad de la relación contractual: naturaleza del vínculo entre las partes.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las pretensiones dirigidas en su contra. No existe relación de laboralidad entre las partes.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Queda probada la relación de dependencia y ajenidad del trabajador con la empresa. Las partes han extinguido mutuamente el contrato de trabajo autónomo económicamente dependiente pero existe una relación laboral ordinaria entre las partes. El cese de la relación laboral por parte de la mercantil demandada conlleva a calificar la situación como de despido improcedente.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. María Remedios Roqueta Buj.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 14 de los de Valencia, de 24 de febrero de 2011, desestimó la demanda de despido deducida por D. H.M.M. frente a la empresa V.A.S.S., S.A., al considerar que, con independencia de la naturaleza del vínculo entre las partes, hubo una extinción del contrato por mutuo acuerdo de las partes.

Se recurre en suplicación el referido pronunciamiento por la propia parte en la instancia demandante, quien interesa en primer término, al amparo de lo previsto en el artículo 193.b) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia. El recurso de suplicación ha sido impugnado de contrario.

En primer lugar, insta el escrito de recurso la modificación del ordinal fáctico quinto del texto en los términos que obran en aquel escrito, texto ese al esencial servicio de consignar la existencia acreditada de las notas de dependencia y ajenidad, remitiéndose en apoyo de tal propuesta a la prueba testifical practicada en el acto de juicio, al video de la grabación del acto del juicio y a los documentos obrantes a los folios 25 y 29 de los autos, consistentes, respectivamente, en dos fotocopias no adveradas con su original, sin firma ni sello alguno; el primero no ha sido admitido por

la demandada pero ha sido reconocido por un testigo. Teniendo en cuenta que, por una parte, las meras fotocopias no adverbadas con su original carecen del valor de documento que exige el art. 193.b) de la LJS para servir de soporte probatorio en este trámite de Suplicación (SSTS de 2-11-1990 o de 25-2-1991 por todas), y que no tienen tampoco tal naturaleza los documentos privados no ratificados en el acto de juicio, y menos aún si están carentes de toda firma, al margen ello del eventual valor probatorio que, en ejercicio razonado de la función que le atribuye el art. 97.2 de la LJS, le pueda conferir el órgano judicial de instancia, pero sin eficacia a estos efectos de servir de soporte probatorio en este trámite de revisión fáctica en el Recurso de Suplicación. Además, como ha declarado reiteradamente esta Sala, las pruebas testificales y los interrogatorios de las partes son pruebas cuya valoración no se puede revisar en el recurso salvo a través de un prueba documental fehaciente e idónea, pues su práctica va acompañada de unos elementos de convicción que también tienen eficacia probatoria y que permiten al Magistrado tener en cuenta no sólo las declaraciones concretas de los testigos y las partes, sino también cualidades como la credibilidad, claridad, contundencia, vacilación, certidumbre o precisión; aspectos de las declaraciones que no pueden ser valorados por la Sala por ser el trámite del recurso de suplicación esencialmente escrito, situación que no ha variado porque actualmente las actas de juicio se documenten en un soporte videográfico, ya que no ha existido una modificación legislativa que atribuya a la prueba testifical efectos revisores, manteniéndose esta limitación en los medios probatorios que pueden justificar la revisión fáctica en el recurso de suplicación en el art. 193.b) de la LJS.

En segundo lugar, insta la parte recurrente la modificación del hecho probado segundo a fin de que quede redactado como sigue: “Que ambas partes han acordado, según lo dispuesto en la condición 8ª, letra a) del Contrato de Trabajador Autónomo Dependiente celebrado en fecha 01 de marzo de 2010, proceder, de mutuo acuerdo, a la rescisión del mismo. No pretendiendo la actora renunciar por ello a sus derechos como trabajador por cuenta ajena, y firmado con un evidente vicio en el consentimiento por error y violencia de la situación”. En este sentido se alega que el juez de instancia ha omitido un hecho sustancial para este caso, a saber: la inexistencia del mutuo acuerdo en la resolución del contrato laboral. Además, se aduce que no ha sido posible interrogar a la parte demandada por su inasistencia, pidiendo la parte actora que se la tuviera por confesa. Más la adición que se interesa, en realidad, no constituye una cuestión fáctica, sino jurídica, por lo que no resulta procedente su examen en sede de revisión fáctica. A mayor abundamiento, la "ficta confessio" es una facultad que la ley otorga al Juez de instancia, pero en ningún caso una obligación o un deber, ya que tanto el art. 91.2 de la LJS como el art. 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil utilizan las expresiones "podrá ser tenido por confeso" o "podrá considerar reconocidos", o sea, siempre es una facultad o potestad del Juez de instancia, pero nunca una obligación [por todas, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de junio de 2004 (Rec. núm. 1577/2004), 3 de mayo de 2005 (Rec. núm. 4211/2004) y 15 de noviembre de 2005 (Rec. núm. 2545/2005)].

SEGUNDO.- Ya en el territorio del debate jurídico sustantivo, esto es, con la habilitación que proporciona lo previsto en el artículo 193.c) de la Ley procesal, atribuye la parte recurrente a la sentencia de origen la infracción de lo establecido en los arts. 3.5 y 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores, cuando dice que “el mutuo acuerdo entre las partes opera como causa de extinción del contrato, distinta de la decisión unilateral de la empresa, tanto en el caso del contrato de trabajo (artículo 49.1.a) del Estatuto de los Trabajadores), como en el de trabajador autónomo económicamente

dependiente (artículo 15.1.a) de la Ley 20/2007)”. En esencia, se argumenta que en el documento en el que se hacía constar que “ambas partes han acordado, según lo dispuesto en la condición 8ª, letra a) del Contrato de Trabajador Autónomo Dependiente celebrado en fecha 01 de Marzo de 2010, proceder, de mutuo acuerdo, a la rescisión del mismo”, la parte actora nunca renunció a ningún derecho laboral, ni reconoce que no fuera un trabajador por cuenta ajena. Además, se denuncia la infracción por la sentencia de instancia de lo dispuesto en el art. 97.2 de la norma procesal y en el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores, al no pronunciarse sobre la existencia de laboralidad en la relación que une a las partes.

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 fórmula 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 los 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 aquélla se manifiesta y por los elementos y condicionamientos específicos del contrato que se finiquita. En el caso aquí analizado, concurren varias circunstancias relevantes para privar al acuerdo transaccional firmado por las partes en fecha 2 de septiembre de 2011 de los pretendidos efectos liberatorios o extintivos del vínculo laboral. En efecto en dicha fecha las partes suscribieron un documento en el que se hacía constar lo siguiente: “Que ambas partes han acordado, según lo dispuesto en la condición 8ª, letra a) del Contrato de Trabajador Autónomo Dependiente celebrado en fecha 01 de Marzo de 2010, proceder, de mutuo acuerdo, a la rescisión del mismo. La mencionada rescisión tendrá efectos el día 2 de septiembre de 2011”. En rigor y en atención a la interpretación literal del mencionado acuerdo, las partes sólo acuerdan poner fin al contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente, pero no se dice nada a propósito de la eventual relación laboral que pudieran mantener las partes; no existe ninguna manifestación expresa y clara de renuncia a no reclamar a la empresa los derechos que como trabajador pudiera tener el actor.

Por consiguiente, y contrariamente a lo que indica la sentencia de instancia, la naturaleza del vínculo entre las partes sí es relevante para la resolución del procedimiento. Y, en este sentido, hay que indicar que, según el juzgador de instancia, se pudo comprobar con la prueba testifical que los medios fundamentales para realizar la actividad de comercial, a la que se dedicaba el demandante, los proporcionaba la empresa (vehículo y móvil), lo que implica la falta de uno de los requisitos que define el trabajo autónomo dependiente, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11.2.c) de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo. En efecto, según el referido precepto para el desempeño de la actividad económica o profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente, éste deberá “disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente”. Y, sin embargo, en el supuesto de autos, para el desempeño de su

actividad la empresa proporcionaba al actor un teléfono móvil y un vehículo con distintivos que identificaban a la empresa, así como los modelos de contrato y tarjetas de visita donde constaban el nombre de la empresa y el del demandante y se le identificaba como ejecutivo de cuentas, división de hogar. Y tales datos vienen a ser demostrativos de que el demandante no disponía de infraestructura productiva y material propio, como tampoco eran propios los criterios organizativos. Por lo tanto, el actor ha desarrollado su actividad con los medios de producción de la demandada, siendo la media de la facturación del demandante en el último año de 2.396,11 euros mensuales, más el porcentaje correspondiente al IVA, lo que excluye la asunción de riesgo que es propia de toda empresa y lleva a considerar la relación entre las partes como relación laboral ordinaria. En resumen, siendo laboral la relación que une a las partes el cese del mismo acordado por la mercantil demandada, se habrá de calificar como despido improcedente de conformidad con lo establecido en el art. 55.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, con la consiguiente condena de la empresa demandada a las consecuencias legales establecidas en el art. 56 del mismo texto legal y en el art. 110 de la LJS, esto es, se le condena a que, a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días, a contar desde la notificación de esta resolución, readmita al demandante en su precedente puesto de trabajo o le indemnice en la cantidad de 5.613,08 euros (78,78 euros salario diario por días que corresponden a una antigüedad de un año y siete meses) y en todo caso, al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 78,78 euros salario trámite diario, sin perjuicio, en su caso, del abono por el Estado de los salarios de tramitación que excedan de los sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda y hasta la fecha de esta sentencia (art. 116 de la LJS).

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^o. H.M.M, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 14 de los de Valencia y su provincia, de fecha 24 de febrero de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra V.A.S.S., S.A; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido del actor y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días, le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores o le indemnice en la cantidad de 5.613,08 euros, debiendo abonarle en cualquier caso los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución en la cuantía diaria de 78,78 euros, sin perjuicio, en su caso, del abono por el Estado de los salarios de tramitación que excedan de los sesenta días hábiles desde la presentación de la demanda y hasta la fecha de esta sentencia.

Sentencia núm. 2.091, de 18 de julio de 2012

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora al servicio de empresa dedicada a la actividad de comercio textil. Modificación en el sistema retributivo (incentivos): sustitución complemento retributivo E, por complemento retributivo asociado a la tienda.

Juzgado: Desestima la excepción de inadecuación de procedimiento y estima la demanda, condenando a la empresa demandada a dejar sin efecto retributivo la modificación del sistema retributivo impuesto a la trabajadora, desde determinada fecha y a reponerla en las condiciones anteriormente vigentes.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No existe base alguna para estimar ninguno de los preceptos que denuncia el recurso. La decisión se ha acordado unilateralmente por parte de la empresa, sin seguir el procedimiento oportuno y sin acreditar causa económica, técnica o productiva que lo justifique.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada de la empresa C. SA, la sentencia que ha desestimado la excepción de inadecuación de procedimiento y ha estimado la demanda sobre modificación de condiciones de trabajo tramitada por el procedimiento ordinario reponiendo a la trabajadora demandante en las condiciones anteriores a agosto de 2011.

El recurso, contiene un único motivo que se impugna de contrario en el que por el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la infracción de lo dispuesto en los arts. 41, 26.3 y 5 en relación con el art. 20.2, todos del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene, en resumen, el recurso que admitiendo los hechos probados la medida adoptada por la empresa no es una modificación sustancial de condiciones de trabajo tratándose de un cambio en el sistema retributivo amparado por el ius variandi que ostenta el empresario que de forma unilateral impuso en el año 2007 una mejora en las retribuciones de los encargados de tienda y en 2011 ha adecuado dicha mejora a las ventas reales, y que no se trata de una modificación colectiva porque no hay base para concluir que se superen los umbrales necesarios para que pueda considerarse una modificación de tal clase.

El recurso no puede prosperar. Dicen los hechos probados de la sentencia que la actora L.P.H., viene prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada, C., S.A., dedicada a la actividad de comercio textil, con antigüedad desde el 14-9-2005, categoría profesional de Jefe de Sucursal y salario de 1.523,72 euros mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias; que la demandante

percibía en su nómina mensualmente la cantidad fija de 229,50 € en concepto de “complemento puesto de trabajo (E)”; que el 10-8-2011 la empresa comunicó a la trabajadora mediante una carta, lo siguiente: “Adjunto le acompañamos detalle explicativo del nuevo sistema de incentivos para los encargados de SPF que será de aplicación a partir del mes de agosto 2011 respecto de la venta de julio de 2011. Con ello pretendemos mejorar la equidad en las retribuciones variables de un colectivo tan importante para la compañía como son los encargados y premiar a cada uno en función a la importancia y al volumen de la tienda donde presta sus servicios. Esperamos con esto mejorar en cómputo global las retribuciones y que éstas se adapten a las necesidades de la cadena en un momento comercial difícil para todos.” Junto con la carta se entregó a la trabajadora un documento con el título “Nuevo sistema retributivo flexible para jefatura de tienda 2011”, cuya copia consta en autos, en el que se establecía un nuevo concepto en la nómina de los encargados denominado “Comisión Venta Tienda”, que sustituiría al “Complemento puesto de trabajo (E)” y que se calculará con un porcentaje sobre la venta neta de la tienda del mes (venta bruta menos IVA), con un tope máximo de 450 € mensuales, complemento que se pierde por la ausencia justificada o no de 9 o más días al puesto de trabajo en un mes, salvo ausencia por vacaciones, permiso retribuido o viajes de trabajo o formación ordenados por la compañía. El incentivo se establece como complemento retributivo asociado a la tienda y su cuantía dependerá del volumen de venta de la misma, por lo que no se incorpora como variable estable y consolidable en el salario del encargado y el cambio de tienda implicará la aplicación del CVT de la nueva tienda y pérdida del de la anterior. La empresa se reserva la posibilidad de anular o cambiar este nuevo concepto retributivo en el futuro si temas comerciales o de estrategia de negocio así lo aconsejan. Añade la sentencia que desde la nómina de agosto de 2011 la empresa ha dejado de abonar a la trabajadora el “complemento puesto de trabajo (E)”, que ha sido sustituido por el concepto “Comisión venta tienda”, por el que la actora ha percibido 138 € en agosto, 86 € en septiembre, 40 € en octubre, 98 € en noviembre y 92 € en diciembre. Aparece así mismo en los hechos probados que en el mes de septiembre de 2007 la empresa comunicó a sus empleados el “nuevo procedimiento de comisión fija nuevos encargados”, en el que se indicaba: que las responsabilidades de los encargados de sucursal llevan aparejadas funciones de gestión de tienda y para compensar la nueva responsabilidad y dedicación que ello implica, se le establece al nuevo encargado un complemento de puesto de trabajo que consistirá en la media mensual de las comisiones que ha percibido los dos últimos años o los últimos meses si no llevara ese tiempo en la empresa; si dejara de realizar las funciones de encargado por cualquier motivo perderá ese complemento y volverá a percibir la comisión que percibe el personal de venta. En el documento se incluía en los puntos C) y D), lo siguiente: “C- Reglas: 1 las comisiones fijas no son complementos de puesto de trabajo así que no se pueden utilizar para incrementar el salario. 2 Por norma la comisión fija es la obtenida por el trabajador en su tiempo en SPF y no depende de la tienda donde vaya a ejercer su función (no se admiten incrementos de comisión porque en la tienda donde es trasladado la media de comisiones sea más alta). 3 las comisiones fijas se asignan al encargado cuando cumpla un mes entero de permanencia en su puesto (si empieza un día 8 ese mes no cobra comisión fija lo hará desde el mes siguiente). D- Beneficios: 1 las comisiones fijas se cobran los doce meses del año sin discriminar los periodos vacacionales. 2 las comisiones fijas se cobran con independencia de las bajas por enfermedad, etc. 3 las comisiones fijas no se cobran en las pagas extraordinarias.”

Pues bien, como de desprende de los hechos que se han descrito, no cabe sino confirmar la sentencia que considera ser una modificación sustancial de condiciones de trabajo la que afecta al sistema retributivo, y en concreto en la percepción comisión por ventas, que afecta a la retribución en si y a la forma de calcularla con perjuicio económico para la demandante que no cabe sino ser calificada como una modificación sustancial que ha sido acordada unilateralmente por la empresa sin seguir el procedimiento previsto en el art, 41 del Estatuto de los Trabajadores para las modificaciones colectivas que evidentemente lo son por afectar a todos los encargados de la diferentes tiendas que la empresa tiene repartidas por el territorio nacional.

En consecuencia y dado que la empresa no ha seguido el procedimiento previsto en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores y siendo que en la fecha en la que se acordó la medida estaba vigente la Ley de Procedimiento Laboral, no hay base para estimar vulnerado ninguno de los preceptos que denuncia el recurso debiéndose confirmar la sentencia que así lo considera sobre todo cuando lejos de constituir una medida que pudiera estar amparada en el ius variandi del empresario, se ha acordado unilateralmente por la empresa sin seguir el procedimiento oportuno y por lo tanto sin acreditar la causa económica, productiva o técnica que la justifica. Y se desestimará el recurso.

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

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuestos en nombre de C. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de los de Valencia, de fecha 8 de febrero de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de doña L.P.H.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

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

Sentencia núm. 2.166, de 11 de septiembre de 2012

Materia: Prestación por desempleo: Solicitud prestación por agotamiento de prestación contributiva. Denegación prórroga subsidio. La trabajadora percibe una pensión de la seguridad social incompatible con el subsidio por desempleo. El importe de dicha pensión había superado, desde el inicio de la percepción del subsidio, el límite de rentas permitido por la ley. Cómputo de las pagas extraordinarias a efectos de la fijación del importe de las rentas.

Juzgado: Estima la demanda anulando y dejando sin efecto la resolución dictada por el organismo demandado, declarando a la actora tributaria de los derechos reconocidos en el Servicio Público de Empleo Estatal, con el alcance que legalmente corresponda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El demandante no tiene derecho al subsidio interesado en tanto de sus rentas, incluido el prorrateo de las pagas extraordinarias, sobrepasan el umbral del 75% del SMI establecido por ley.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Recorre en suplicación la entidad gestora la sentencia que estimó la demanda del trabajador y dejó sin efecto la resolución del SPEE de fecha 13-8-2010 por la que se declaró indebida la percepción de 5.061'91.-€ correspondiente al periodo del 04/01/2009 al 03/01/2010, reclamándole a la actora la devolución de dicha cantidad.

El recurso de la entidad gestora se estructura en dos motivos formalizados al amparo de los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL, proponiendo por el primero de ellos la modificación del hecho probado 3º, cuya redacción quedaría así redactada: “Por Resolución de fecha 12/01/2010 el SPEE deniega a la actora la siguiente prórroga del subsidio. Por Resolución de fecha 19/05/2010 se procede a la revisión de oficio y a la reclamación del cobro indebido tras detectarse que la actora era beneficiaria de una pensión de incapacidad permanente cuya cuantía mensual en 2009 ascendía a 458'83.-€, a lo que hay que añadir las dos pagas extraordinarias a que tenía derecho (y que percibió en los meses de junio y noviembre por un valor de 226,57 euros cada una de ellas), por lo que la cuantía mensual imputable asciende a 496,59 euros, cantidad resultante de sumar a los 458,83 euros la parte proporcional de las pagas extraordinarias”.

Se admite parcialmente la modificación solicitada, por tener apoyo documental suficiente del que claramente deriva, suprimiendo del hecho probado existente el último inciso del mismo que dice: “excluida de la pensión mensual, en ambos años, la parte proporcional de pagas extras”. En lugar de tal inciso (y tras la referencia a 458'83.-€) se acepta la última parte del texto propuesto que dice: “a lo que hay que añadir las dos

pagas extraordinarias a que tenía derecho (y que percibió en los meses de junio y noviembre por un valor de 226,57 euros cada una de ellas), por lo que la cuantía mensual imputable asciende a 496,59 euros, cantidad resultante de sumar a los 458,83 euros la parte proporcional de las pagas extraordinarias”.

SEGUNDO.-Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia la infracción por inaplicación de los arts. 215.1.1 y 1215.3.2 de la LGSS, así como del art. 7.1 del RD 625/1985 de 2 de abril. También de la jurisprudencia del TS que considera que los ingresos de las pagas extraordinarias necesariamente ha de computarse a efectos de la fijación del importe de las “rentas de cualquier naturaleza” a que se refiere el art. 215.1 de la LGSS.

Pues bien, la solución al conflicto planteado pasa por determinar si para la determinación de las rentas que percibe el actor hay que tener en cuenta la pensión de Incapacidad Permanente Total que el mismo percibe con o sin pagas extras, habiendo hecho los cálculos la juez a quo con el importe mensual percibido pero sin tener en cuenta el montante de las pagas extras, es decir, como si al año cobrara 12 mensualidades de pensión y no 14, que son las que efectivamente percibe el beneficiario.

Como esta Sala ha dicho en multitud de sentencias (entre ellas la recaída en el rec. 1241-05 y 1599-07 de este Tribunal Superior de Justicia): “Previamente a los requisitos particulares de este subsidio, se exigen los generales de todo subsidio por desempleo, como carecer de rentas el beneficiario superiores al 75% del salario mínimo, sin incluir pagas extras, lo que no depende del número de familiares ni de sus ingresos (T. Supremo:6-11-92,18-7-94, 15-3-95,etc.). Se incluyen, para este requisito todas las rentas de cualquier naturaleza, brutas, computando las pagas extras, las rentas del capital inmobiliario y mobiliario, incluidas las derivadas de indemnizaciones por cese en el trabajo, y las prestaciones de Seguridad Social, hasta las percibidas de otro Estado (T. Supremo: 23-4 y 23-12-94, 23-5 y 4-7-95 y 23-7-2002). Tales rentas son de cómputo mensual, al tiempo del hecho causante, sin promediar las del año anterior en general, más que en caso de rentas de capital, variables o de corta duración, o ingresos esporádicos, aislados; y para evitar que el cómputo mensual al momento del hecho causante sea aleatorio y no refleje la realidad, en cuyo caso se precisa valorar los ingresos anuales promediados (T. Supremo: 28-6-94, 23-3-95, 13-5-97, 24-9-98)”.

En el plano legal aplicable al momento del hecho causante tenemos que la LGSS en su art. 215.1.1, establece que serán beneficiarios del subsidio: “Los parados que, figurando inscritos como demandantes de empleo durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales, y careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75% del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, se encuentren en alguna de las siguientes situaciones(...)”, situaciones que aquí no se discuten. Por su parte el art. 215.3.2 de la citada LGSS dispone que: “Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social.

También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50% del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezca reglamentariamente”. Y que: “No obstante lo establecido en el párrafo anterior, el importe correspondiente a la indemnización legal que en cada caso proceda por la extinción del contrato de trabajo no tendrá la consideración de renta. Ello con independencia de que el pago de la misma se efectúe de una sola vez o de forma periódica. Así como que: “Las rentas se computarán por su rendimiento íntegro o bruto”. Por su parte el art. 7.1 del RD 625/1985 en su apartado c) preceptúa que si las rentas se perciben con periodicidad superior a la mensual, se computarán a prorrata mensual sobre el período a que corresponda. Por último, en el art. 215.3 de la LGSS se dispone que a efectos de determinar el requisito de carencia de rentas y en su caso de responsabilidades familiares: “Los requisitos deberán concurrir en el momento del hecho causante y, además, en el de la solicitud del subsidio, así como en el momento de la solicitud de sus prórrogas o reanudaciones y durante la percepción de todas las modalidades del subsidio establecidas en el presente artículo”.

Teniendo en cuenta lo indicado, así como la jurisprudencia del TS que también hemos adelantado y que considera que los ingresos de las pagas extraordinarias necesariamente han de computarse a efectos de la fijación del importe de las “rentas de cualquier naturaleza” a que se refiere el art. 215.1 de la LGSS, y a la vista de que la cuantía de la pensión mensual del actor en 2009 contando la prorrata de pagas extraordinarias ascendió a 496,59 € (458,83 € más la parte proporcional), siendo el 75% del SMI, 468 € al mes, es por lo que al quedar el límite legal sobrepasado en 2009, como también en el año 2008 (el subsidio se solicitó el 17-12-2008) el demandante no tiene derecho al subsidio interesado, lo que determina la revocación de la sentencia de instancia.

TERCERO.- No procede la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con el art. 233 LPL en relación con la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto en nombre del SPEE-INEM, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de CASTELLON de fecha 20 de julio de 2011 y, con revocación de la misma, desestimamos la demanda formulada y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.170, de 11 de septiembre de 2012

Materia: Vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora al servicio de empresa dedicada a almacenaje y distribución de utillaje y piezas para la industria del automóvil. Extinción del contrato por causas económicas, organizativas y productivas. La empresa pone a disposición de la trabajadora la indemnización por despido. Demanda por impugnación de despido. Se declara la improcedencia del despido por no haber puesto a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente en el momento del cese. Readmitida la trabajadora, posteriormente se extingue su contrato por causas económicas. El sindicato demandante, en nombre de la trabajadora, alega vulneración de los derechos fundamentales: acceso a los tribunales y derecho a la igualdad por razón de sexo.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta por el sindicato demandante, en nombre e interés de la trabajadora, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda probada la existencia de vulneración alguna de los derechos fundamentales de la trabajadora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia que desestimó íntegramente la demanda interpuesta por la actora, no reconociendo la existencia de vulneración de derecho fundamental alguno, se alza en suplicación la parte actora al amparo del apartado c) del art. 191 de la L.P.L., que entenderemos referido al apartado c) del art. 193 de la LRJS ya de aplicación al presente supuesto (DT 2^a Ley 36/2011). En un primer motivo la recurrente denuncia el incumplimiento de los arts. 24.1 de la CE y 5.e) del Convenio núm. 158 de la OIT en relación con los arts. 4.2.g) del ET por entender, en resumen, que la actuación de la empresa consistente en su persistente y grave contumacia en el impago a la actora de los salarios y liquidación practicada en el mes de mayo de 2011, con ocasión de su primer despido, constituyó una respuesta de la empresa en represalia por interponer demanda y posterior recurso, al igual que contra el segundo despido.

Como se preocupa de señalar el T.S. (Sala de lo Social) en Sentencia 31 mayo 2005, N^o de Recurso: 108/2004 “es jurisprudencia consolidada que en los procesos en que se invoque la violación de un derecho fundamental, corresponde a la parte actora acreditar unos mínimos indicios de su vulneración y, tras la verificación de tales mínimos indicios, es cuando corresponde a la demandada la prueba de que su

actuación ha sido ajena a lesión alguna a tal derecho fundamental.” Se trata de un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto del empleador; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 166/1987, 114/1989, 21/1992, 266/1993, 293/1994, 180/1994 y 85/1995)”. Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto, “sobre la parte demandada recae la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios”.

SEGUNDO.-En el presente caso, del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia no se desprende la existencia de indicios de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a la indemnidad denunciada por la recurrente ya que el alegado impago de la mensualidad de mayo es anterior a cualquier reclamación judicial o extrajudicial efectuada por la actora. Del relato histórico resulta que: A).- En el periodo comprendido entre el 11/03/11 y el 31/05/11, causaron baja en la empresa demandada 32 trabajadores. Además de éstos, entre el 27/05/11 y el 25/06/11 la empresa procedió la extinción de un total de diez contratos de trabajo por causas objetivas al amparo del Art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores. B).- Mediante escrito de fecha 18 de mayo de 2011 la empresa notificó a B.D.O. la extinción de su contrato de trabajo al amparo del Art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores con efectos de fecha 27 de mayo siguiente y por causas, según la carta, económicas, organizativas y productivas. C).-La empresa demandada puso a disposición de B.D.O. documento de liquidación y finiquito de fecha 27/05/11 por importe total de 13.001,90 euros, de los que 8.974 correspondían a la indemnización por despido, y 4.027,90 euros al salario de mayo, paga extraordinaria de junio y parte proporcional de las pagas extraordinarias, sin que consten en autos más circunstancias respecto a la entrega o no de la cantidad referida. D).-La trabajadora presentó papeleta de conciliación frente al despido de 27-5-2011 en fecha 15-6-2011. E).- Interpuesta demanda de impugnación de despido, en la que inicialmente se solicitó se declarase la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido, desistiendo al inicio de la vista de la pretensión de nulidad por vulneración de derechos fundamentales ejercitada, en fecha 10/10/11 se dictó Sentencia declarando la improcedencia el despido de fecha de efectos 27/05/11, por no haber puesto a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente en el momento del cese, optando la empresa por la readmisión. En fecha 17/11/11 la mercantil demandada consignó en la cuenta del Juzgado de lo Social Nº 16 de Valencia la cantidad de 7.896,40 euros en concepto de salarios de tramitación que, en ejecución provisional de Sentencia, han sido abonados a la trabajadora. F).- Mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2011 la empresa notificó a B.D.O. la extinción de su contrato de trabajo al amparo del Art. 52.c) del Estatuto de los Trabajadores con efectos de fecha 27 de mayo siguiente y por causas, según la carta, económicas, organizativas y productivas, eximiéndola de reincorporarse a su puesto de trabajo. En fecha 24/10/11 la mercantil demandada transfirió a la trabajadora la cantidad de 10.063,90 euros en concepto de indemnización por despido.

Así las cosas, del inmodificado relato fáctico y de los asertos que con valor de hecho obran a la fundamentación jurídica, se desprende bien a las claras que ninguna vulneración de derechos se ha producido en relación con la actora, no habiendo sido

atacado ni su derecho de acceso a los Tribunales ni el derecho a la igualdad por razón de sexo. Para que opere el desplazamiento del “onus probandi” al que hemos hecho referencia, el trabajador ha de aportar previamente un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales, no siendo suficiente con verter meras alegaciones (art. 179.2 LPL y TS 9-2-96 y 25-3-98), como tampoco sospechas. En el caso de autos ningún indicio, apariencia o sospecha en relación con la producción de una conducta empresarial lesiva de derechos se constata ya que la trabajadora no ejercitó acción alguna contra la empresa previa a la extinción objetiva de su contrato decretado por la demandada con efectos de 27-5-2011. A partir de ahí la demandante va a impugnar el despido objetivo, el citado (en 15-6-2011) y después el de 26-10-2011, pero el impago de la mensualidad de mayo y la liquidación que lo cuantificaba ya existía con anterioridad, por lo que no detectamos el orden cronológico habitual de: reclamación, reacción de la empresa en represalia, y relación de causalidad entre una y otra. La empresa se hallaba inmersa en un proceso de numerosas extinciones de contrato y lo único que se trasluce es un tema de legalidad ordinaria en relación con una reclamación de cantidad, no una conducta vulneradora de derechos fundamentales, sin que tampoco haya quedado acreditado un principio de prueba en relación con la vulneración del derecho a la igualdad. Que la empresa haya tomado sus decisiones por la razón oculta de la condición de mujer de la demandante no se sustenta en un mínimo sustrato. Se dice que ha sido la única mujer que se negó a aceptar las propuestas de la empresa como lo han hecho los varones, pero lo cierto es que hubo un número importante de despidos objetivos y que no se ha demostrado una comparativa tal de circunstancias que permita inferir la existencia de indicios razonables de la lesión denunciada. Es más, en el procedimiento por despido, se desistió de la pretensión de vulneración de derechos fundamentales. En el fondo lo que se aprecia es una situación laboral problemática y delicada por el despido casi masivo de trabajadores, y en concreto, por lo que atañe a la actora, un tema de legalidad ordinaria que no podemos entrar a conocer (ni el juzgador de instancia, ni por supuesto la Sala) en este proceso especial de tutela de derecho fundamental, de cognición limitada, preferente y sumario y estrictamente dirigido a la comprobación de la existencia de lesión del derecho alegado y en su caso la pertinente reparación del daño.

TERCERO.- En un segundo motivo la recurrente denuncia la infracción del art. 24 CE y 180.1 de la LPL, en relación con los arts. 4.2.f), 29 y 49.2 del ET y 8.12, 39.1 y 2 del RD Leg 5 /2000 de 4 de agosto y doctrina del TC por cuanto la sentencia impugnada no condena al pago de la liquidación practicada el 27-5-2011 por importe de 4.027,90 € y de la indemnización a la que se refieren los expresados preceptos que fue solicitada en importe de 30.000 €.

El motivo no puede prosperar ya que se basa en la estimación del primero, es decir en la apreciación de las vulneraciones denunciadas, lo que no ha acontecido, por lo que ni podemos dar lugar al salario y liquidación que se reclama que constituyen tema de legalidad ordinaria, ni procede fijar indemnización alguna pues falla la inicial premisa de existencia de vulneración de derecho fundamental.

Por todo lo expuesto, en concordancia con las conclusiones del Ministerio Fiscal, y no habiendo incurrido la sentencia de instancia en las infracciones jurídicas denunciadas, la misma ha de quedar confirmada, quedando con ello desestimado el recurso de suplicación interpuesto.

CUARTO.- No procede la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en la LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA B.D.O. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de VALENCIA, de fecha 20 de abril de 2012, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Sentencia núm. 2.175, de 11 de septiembre de 2012

Materia. Declaración de invalidez: Enfermedad profesional. Trabajador afiliado al RGSS que presta servicios como albañil para empresa demandada. El trabajador presenta una serie de lesiones que le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual. A pesar de utilizar medidas de protección y tratamiento sintomático se viene produciendo un agravamiento de las lesiones. Solicitud de declaración de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional.

Juzgado: Desestima las excepciones de falta de legitimación activa y falta de litisconsorcio pasivo necesario, desestimando la demanda y absolviendo a los codemandados de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente para el ejercicio de profesión habitual de albañil derivada de enfermedad profesional, con derecho a la prestación correspondiente en los términos que normativamente correspondan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado por la representación letrada de la Mutua codemandada –la sentencia ha sido consentida por todos los codemandados- se estructura en un solo motivo que se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, cuyo contenido se reitera en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denunciando “aplicación errónea de los Artículos 136 y 137.1.b) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) en relación con lo dispuesto en el Artículo 116 del mismo texto legal así como del Anexo 2 lista 5 grupo 01 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, que aprueba el cuadro de enfermedades profesionales y de la jurisprudencia menor de diferentes Tribunales Superiores de Justicia que se indicará”. Argumenta en síntesis que de acuerdo con los hechos declarados probados la enfermedad del actor está objetivada médicamente (alergia a determinados componentes así como los efectos que le producen), siendo su evolución crónica, no siendo relevante a los efectos pretendidos que se hayan producido o no bajas de incapacidad temporal, sin que el hecho de que el actor haya compatibilizado las alergias con el trabajo pueda significar que se vea obligado a hacerlo a perpetuidad, de ahí que la pretensión ejercitada debió ser estimada, citando en apoyo de su tesis las sentencia de las Salas de lo Social del TSJ de Galicia de 28 de enero de 2005, de Castilla/La Mancha de 20 de diciembre de 2000, de Asturias 5 de diciembre de 2008 y de Valencia de 7 de junio de 2005.

2. Del inalterado e incombustible relato histórico de la sentencia impugnada destacamos: A) El demandante, nacido el día 30-3-1959, se encuentra afiliado a la Seguridad Social (Régimen General) siendo su profesión habitual la de albañil. B) El actor ha prestado servicios para la empresa E.R.C., S.L. desde el 18-2-2010 hasta el 5-5-2010, tras un periodo de desempleo desde el 26-6-2009, si bien ha venido trabajando en el sector de la construcción desde los 18 años prestando servicios para un importante número de empresas. C) En fecha 7-5-2010 el demandante presentó solicitud de declaración de la incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional. Tramitado el correspondiente expediente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, mediante resolución de 14-6-2010 se acordó la no calificación del trabajador demandante como incapacitado permanente por no presentar reducciones anatómicas funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral, previo dictamen-propuesta del EVI de fecha 8-6-2010. Disconforme la actora interpuso reclamación previa el día 23-7-2010 solicitando ser declarado en situación de incapacidad permanente que le fue desestimada por resolución del ente gestor de fecha 9-9-2010. D) El demandante presenta el siguiente cuadro clínico residual (informe del EVI, folio 60-61):- Deficiencias más significativas: eccema de contacto por sensibilización (carbás mix +++, cobalto cloruro ++, dicromato potásico +++++, tiuram mix +++++). -Limitaciones orgánicas y funcionales: dermatológicas por exposición a alérgenos. Discapacidad para exposición a los tóxicos anteriormente mencionados. El actor viene siendo asistido desde febrero de 1995, por lesiones eccematosas, eritematosas y pruriginosas en muñecas y dorso de manos y ligeramente en los párpados, hasta febrero de 2010 su evolución ha sido mala, acentuándose sus lesiones con su trabajo a pesar de utilizar medidas de protección y tratamiento sintomático. Las sustancias indicadas se encuentran presentes en ciertos tipos de cemento, dependiendo de su composición y del fabricante.

3. Con tales antecedentes estimamos que el actor tiene derecho a la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de albañil, en tanto en cuanto la evolución de las lesiones que sufre (eccematosas, eritematosas y pruriginosas en muñecas y dorso de manos y ligeramente en los párpados) ha sido mala acentuándose con su trabajo y ello a pesar de utilizar medidas de protección y tratamiento sintomático, al encontrarse las sustancias químicas que le producen tales lesiones presentes en el cemento que usualmente maneja en su actividad laboral, por lo que está discapacitado para la exposición a esas sustancias tóxicas y por ende para su trabajo habitual, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 116, párrafo segundo de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el Anexo 2 Grupo 5 del Real Decreto 1299/2006, de 10 de noviembre, y en los artículos 136.1, párrafo primero, y 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, éste último en la redacción originaria de esa ley, atendiendo a lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª bis de la misma, que ni requieren necesariamente una situación de incapacidad temporal previa a la misma (véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2001 y de 12 de marzo de 2003), ni que las dolencias sean continuas, bastando que sean permanentes, tal y como se destaca en las sentencias de las Salas de lo Social de los TSJ de Galicia y de Asturias, invocadas en el recurso. En definitiva, acreditada la existencia de la enfermedad profesional, no se debe exigir al actor que continúe la prestación de sus servicios, pese a que los mismos estén contraindicados con la enfermedad, aunque haya compatibilizado la enfermedad con el trabajo durante algún tiempo.

SEGUNDO.-Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y correlativa revocación parcial de la sentencia impugnada para dar lugar a la pretensión ejercitada, tal y como quedó determinada en el suplico del escrito de interposición del recurso confirmándola en lo demás. Sin costas dada la revocación de la resolución recurrida.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.T.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón el día 12 de diciembre de 2011 en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSS, U.M. y contra E.R. 2010, S.L., y revocamos en parte dicha sentencia declarando que el actor se halla afecto de una incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de Albañil derivada de enfermedad profesional, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al reconocimiento de la prestación correspondiente en los términos que normativamente correspondan. Se confirma en lo demás la aludida sentencia. Sin costas.

Sentencia núm. 2.179, de 13 de septiembre de 2012

Materia: Reconocimiento de derecho. Validez de contrato de trabajo suscrito por la mercantil con trabajador administrador. Concurrencia de los elementos esenciales para la validez del contrato.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, declarando la nulidad del contrato de trabajo indefinido a tiempo completo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa actora, frente a la sentencia que desestimó su demanda solicitando la declaración de nulidad del contrato de trabajo indefinido a tiempo completo de 1 de septiembre de 2007. El recurso se articula en un único motivo redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, en el que se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en los art. 1261, 1254 y 129 del Código Civil y en el art. 62 de la Ley de Sociedades Limitadas vigente entonces. Sostiene el recurrente que la sentencia incurre en incongruencia pues la naturaleza de la relación no es objeto de la litis, y se reconoce que el Sr. B. no tenía facultades para firmar el contrato de trabajo por lo que es nulo, con cita de sentencias de TSJ que no conforman jurisprudencia (art. 1.6 CC).

De la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de instancia se desprende que en fecha 1-9-2007, el Sr. B.V., actuando como Administrador de E.C.SA, suscribió contrato de trabajo indefinido a tiempo completo con el codemandado Sr. P., indicándose en el contrato que el Sr. P. era contratado como contable, con un salario base mensual de 2000€ másdemás conceptos según convenio, y que se le reconoce una antigüedad desde el 30-8-1988 a todos los efectos, declarándose asimismo probado que dicho contrato le fue puesto a la firma del Sr. B. por el Sr. P. a consecuencia de desavenencias entre el Sr. P. con el Sr. L.O., titular de la mayor parte de las participaciones de la sociedad, de la que también es participe el Sr. P., quien ostentó el cargo de apoderado desde 28-2-07 hasta el 7-2-08, y que el Sr. B. fue cesado en el cargo de administrador único el 31-8-07, cargo que ostentaba desde el 22-2-07; asimismo consta que el Sr. P. solicitó excedencia por cuidado de familiares el 7-1-08. De todo lo cual debe concluirse que efectivamente quien suscribió el contrato de trabajo en calidad de administrador de la mercantil actora ya no ostentaba dicha representación, por lo que conforme a lo dispuesto en el art. 1259 del Código Civil, la validez de dicho contrato quedaba condicionada a su ratificación, y del relato fáctico de la sentencia no se constatan hechos tácitos de los que se infiera dicha ratificación, pues no consta que el Sr. P. fuese retribuido conforme al contrato cuya nulidad se insta ni que la mercantil le concediese excedencia. En definitiva, no consta cambio alguno en la función desempeñada por el Sr. P., constanding por otra parte las desavenencias con el

titular mayoritario de las participaciones y la puesta a la firma del contrato por el propio Sr. P., apoderado y participe de la sociedad, a quien ya no ostentaba el cargo de administrador, dato que como participe debía conocer, por lo que teniendo en cuenta, tal como se indica en STS de 10-12-80, nº 319/80, que la ratificación de carácter tácito “siempre ha de inferirse de actos que signifiquen de manera indubitada que la parte que aparece obligada en un contrato, consienta y acepte lo concertado en su nombre, la cual además, ha de resultar de hechos que necesariamente impliquen una aprobación del "aminus" (Sentencias de 13 de diciembre de 1965 y 15 de junio de 1966) añadiéndose por la propia doctrina jurisprudencial, que para que la ratificación, á que alude el párrafo segundo del artículo 1259 del Código Civil, convalide el negocio jurídico concertado a nombre de otro por quien carezca de su representación o autorización, y, lo purifique desde su nacimiento en los términos antes expresados, es menester que se realice en forma expresa o tácita por el interesado, y en este último caso, que esta se deduzca de actos concluyentes o inequívocos que reflejen con toda claridad la intención del ratificante, que en ningún caso puede deducirse de simples conjeturas presunciones”, siendo además que no consta que la mercantil actora tuviese un total y completo conocimiento de los términos en los que el contrato se llevó a efecto ni puede deducirse que la ausencia de su consentimiento haya sido suplida de forma indubitada por actos que así lo demuestren, todo lo cual conlleva la estimación del recurso, pues como se indica en la citada Sentencia del Tribunal Supremo, con referencia al art. 1278 del CC, “... si bien es cierto que este precepto proclama la obligatoriedad de los contratos, cualesquiera que sea la forma en la que se hayan celebrado, no es posible desconocer que a tenor de lo dispuesto en el artículo 1261 del dicho Cuerpo legal la virtualidad de la relación contractual, se halla vinculada la concurrencia de los elementos esenciales, consentimiento, objeto y causa, por lo que faltando en el contrato de referencia el primero de los enunciados requisitos por parte de la entidad recurrida ha de implicar la inexistencia del mismo, con las consecuencias que tal conclusión lleva anejas”.

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 E.C. SL, 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; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones declaramos la nulidad del contrato de trabajo indefinido a tiempo completo de fecha 1-septiembre-2007 mencionado en el hecho probado 1-VIII de la sentencia de instancia, condenando a los codemandados a estar y pasar por esta declaración.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito.

Sentencia núm. 2.181, de 11 de septiembre de 2012

Materia: Declaración de invalidez: Incapacidad temporal. Trabajador en alta en el RGSS que presta sus servicios como vigilante de seguridad .El actor ha permanecido en situación de IT con diagnóstico de cólicos nefríticos. Agotado el plazo máximo de 12 meses más prórroga de 6 meses es dado de alta. Posteriormente, solicita nueva baja por recaída de la citada enfermedad a los solos efectos de prestación económica por IT. Mediante resolución del INSS se resuelve que no procede la continuación de los efectos económicos de una prestación ya agotada. Reclamación previa. Más tarde se concede al trabajador la incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El trabajador tiene derecho a cobrar la prestación de incapacidad temporal, obligando a los organismos codemandados al abono de la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.-Se interpone recurso de suplicación por la parte actora, frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interesando el derecho a percibir la correspondiente prestación de incapacidad temporal. El recurso se articula en un único motivo redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, en el que denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 131 bis y 2 de la LGSS, y STS de 15-7-09. Sostiene el recurrente que debe abonarse al actor la prestación de incapacidad temporal, pues la entidad demandada no ha argumentado nada referente a la inexistencia de una patología que limite la capacidad funcional del actor, limitándose a denegarla por ser la misma o similar patología y no mediar seis meses de actividad laboral.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 23-6-09, rec. 2983/08, señala que "... conviene comenzar por transcribir, en la parte que aquí interesa, los dos preceptos citados. art. 128.1.a), en sus dos primeros párrafos: 1. Tendrán la consideración de situaciones determinantes de incapacidad temporal: a) Las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos puede el trabajador ser dado de alta médica por curación. (párrafo 1º).- Agotado el plazo de duración de doce meses previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la

iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, a los efectos previstos en los párrafos siguientes. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes. (párrafo 2º). art. 131.bis.1, también en sus dos primeros párrafos: 1. El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento. (párrafo 1º).- En el supuesto de que el derecho al subsidio se extinga por el transcurso del plazo máximo establecido en el apartado a) del número 1 del artículo 128 y el trabajador hubiese sido dado de alta médica sin declaración de incapacidad permanente, sólo podrá generarse un nuevo proceso de incapacidad temporal por la misma o similar patología si media un período de actividad laboral superior a seis meses o si el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal. (párrafo 2º). De la conjugación armónica de ambos preceptos (interpretación sistemática: "sentido propio de sus palabras en relación con el contexto" a tenor del art. 3.1 del Código Civil), se obtiene la conclusión en el sentido de que una vez transcurrido el tiempo máximo de permanencia en la situación de IT (12 meses con prórroga de otros 6, que fue lo sucedido en el caso que nos ocupa), el INSS debe evaluar (pues es "el único competente" al efecto) si procede o no incoar expediente de incapacidad permanente o bien emitir el alta médica "a los efectos previstos en los párrafos siguientes" del art. 128.1.a). No interesa aquí hacer referencia alguna a la posibilidad de nueva baja una vez transcurridos seis meses desde el alta anterior, pues no ha sido ésta la situación que se produjo. Únicamente debe ponerse de manifiesto que, dentro de las facultades reconocidas al INSS por el segundo párrafo del art. 128.1.a), dicha Gestora decidió prorrogar por seis meses más la situación de IT de la trabajadora, e incoar expediente sobre posible incapacidad permanente, resolviendo, en cuanto a este último extremo, que no concurría en el caso dicha incapacidad permanente, y emitió el alta motivadora del cese en la situación de IT. Acudiendo ahora al art. 131.bis.1, se observa -conforme a su párrafo segundo- que, para generar un nuevo proceso de IT por igual o similar patología tras recibir el alta por agotamiento del período máximo de permanencia en la misma (incluida en su caso la prórroga), no cabe, como única posibilidad, que transcurran 6 meses desde dicha alta, sino que también es posible que el INSS, "a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emite la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica incapacidad temporal". Por ello, la única duda que podría suscitarse a este respecto sería si la posibilidad que se atribuye a la Entidad Gestora para emitir esta nueva baja constituye una facultad omnímoda de aquélla, que no esté sujeta a regla alguna, o si, por el contrario, en la decisión acerca de adoptar o no esta medida el INSS viene obligado a tener en cuenta el estado del trabajador para decidir en función de ello. Dilema éste que, sin duda alguna, habrá de resolverse en el segundo de los sentidos apuntados, y ello no sólo porque el INSS, como ente público que es, viene

constitucionalmente obligado (arts. 9 y 103 de la Ley Fundamental) a someterse a la legalidad, evitando cualquier decisión arbitraria, sino además porque la propia norma que comentamos le impone adoptar, o no, la medida de referencia" a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad...". De esta forma, la repetida decisión viene regulada legalmente, de tal suerte que, al decidir acerca de su adopción, el INSS habrá de ajustarse a la normativa aplicable y, por ello, su decisión al respecto es susceptible de impugnarse judicialmente”.

Asimismo el Tribunal Supremo, en Sentencia de 11-11-09, rec. 3082/08, dice que, “... lo que esta Sala ha dictaminado es que, "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", y que " llegados a este punto, parece que el criterio por el que la Entidad Gestora decida si procede o no reconocer los efectos económicos a este nuevo período de IT, no puede ser discrecional" sino que "debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación de tales efectos. Y es la justificación sobre el estado actual del trabajador que ha obtenido esa baja médica, sobre lo que debe pronunciarse el INSS para fundar su decisión" (TS 13-7-2009, R. 2576/08)”.

Igualmente, la STS de 23-7-10, rec.3808/09, en cuyo supuesto se dice, “...la entidad demandada dictó la resolución administrativa que se combatió con la demanda, en la que con base en un dictamen de la Unidad de Valoración en el que únicamente se contenían datos relativos a la similitud de las patologías en los dos proceso de incapacidad temporal, únicamente se denegaba la prestación solicitada por esta causa, sin argumentarse o valorarse nada que pudiese hacer referencia a la inexistencia de una patología que limitase la capacidad funcional de la demandante, limitándose a denegar los efectos económicos por los motivos antes expuestos”

3. Esta Sala en sentencia firme de 19-1-12, recurso nº 1754/11, estimó el recurso del aquí actor y declaró su derecho a percibir prestación de incapacidad temporal desde el 7-7-09, indicándose en la fundamentación de dicha sentencia que “...el actor, vigilante de seguridad, inicio situación de incapacidad temporal el 11-7-07, situación en al que permaneció hasta que el INSS, el 5-6-09, acordó la no calificación del actor como afecto de incapacidad permanente, cesando los efectos económicos de la incapacidad temporal prorrogada, - debe tener en cuenta que esta Sala en Sentencia de 1-3-2010, ha desestimado el recurso de suplicación del actor frente a la sentencia que desestimó su demanda solicitando incapacidad permanente, asimismo esta Sala en Sentencia recaída en el recurso de suplicación nº 1692/11, ha desestimado el recurso de suplicación del actor frente a la sentencia que desestimó su demanda impugnando el alta médica de 5-6-09-; y, transcurrido un mes desde la referida alta médica, el actor solicita, el 7-7-09, baja por recaída, que fue denegada en resolución de 6-8-09, declarándose probado que el actor padece cólicos nefríticos varios con prostatitis de repetición e hidronefrosis derecha secundaria a cruce vascular con limitaciones vasculares y nefrourológicas, y que se trata de la misma patología por la que permaneció en situación de incapacidad

temporal hasta que se emitió el alta médica de 5-6-09, obrando en el expediente administrativo “informe médico sobre baja laboral tras denegación de la incapacidad permanente”, emitido el 31-7-09, en el que se indica como “diagnóstico: cólico nefrítico renal”, y como “juicio clínico-laboral: similar patología que el proceso anterior”; de lo que debe concluirse, aplicando la doctrina expuesta, que no hay atisbo en las actuaciones administrativas previas ni en la resolución administrativa impugnada de ningún elemento que pudiese hacer ver que se tuvieron en cuenta factores referidos a la capacidad funcional del trabajador, distintos a la mera cuestión de si se trataba de igual o similar patología en la baja médica anterior...”.

4. Pues bien, en el presente procedimiento, se acciona frente a la resolución del INSS denegatoria de la baja médica solicitada el 24-9-09 por recaída de cólicos nefríticos a los solos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal, e igualmente consta probado que la única causa de denegación es tratarse de la misma o similar patología que la anterior baja, agotada por el transcurso del plazo máximo y prórroga el 5-6-09, indicándose en el informe médico facultativo del INSS de 20-10-09, como diagnóstico: cólicos de repetición; lo que lleva a la estimación del recurso por las mismas razones expuestas en la citada sentencia de esta Sala de 19-1-12, y en consecuencia al reconocimiento del derecho del demandante a la prestación económica de incapacidad temporal iniciada el 24-9-09.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de S.L.S.D., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de los de Castellón, de fecha 24-7-2011; y, en consecuencia, con revocación de la resolución recurrida, estimamos la demanda del actor, y con revocación de la resolución impugnada del INSS, declaramos el derecho del actor a percibir la prestación de incapacidad temporal desde el 24-9-2009, condenado a los demandados INSS y TGSS al abono de la prestación.

Sentencia núm. 2.227, de 18 de septiembre de 2012

Materia: Prestación de viudedad: Solicitud. La actora está divorciada del causante de la prestación con convenio regulador. No existe desequilibrio económico. Se deniega el derecho de la prestación al haber transcurrido un periodo de tiempo superior a diez años entre la fecha del divorcio y la fecha del fallecimiento del causante. La actora sí percibía pensión compensatoria de su exmarido aunque en el convenio regulador de la separación y posterior divorcio no se nombrara con dichas palabras.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al Ente Gestor de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La ayuda recibida por la excónyuge no debe ser interpretada como una pensión compensatoria por desequilibrio económico tras el divorcio, puesto que ésta obtenía rentas derivadas del arriendo de inmuebles.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por la representación letrada de la parte actora se formula recurso contra la sentencia que desestimó la pensión de viudedad reclamada en la demanda, en razón a entender que la demandante no percibía pensión compensatoria a raíz del divorcio con su esposo, causante de la expresada prestación.

El único motivo de dicho recurso se apoya en el artículo 193 “c” de la LRJS, alegándose el artículo 174 de la LGSS como norma infringida por la decisión recurrida, en tanto considera que la denegación de dicha pensión se basa en una interpretación muy restrictiva de la norma acabada de citar, ya que consta que tras la ruptura del vínculo matrimonial en el año 1992 se pactó entre los cónyuges, y dentro del convenio regulador, que el esposo pasaría la suma de 50.000 pesetas al mes para atender al hijo de ambos llamado A.A., cantidad que se seguiría pasando a la ahora recurrente, como “ayuda complementaria”, aún después de que aquél obtuviera un puesto de trabajo y se independizara, pues constan transferencias a la cuenta corriente de la actora hasta mayo de 2010, interrumpiéndose dicho trasvase económico tras la muerte del esposo.

La sentencia razona que no puede equipararse la llamada pensión compensatoria, definida en el artículo 97 del Código Civil, con las rentas que se hayan podido establecer para subvenir a las cargas familiares, como ocurre con las sumas que se abonaban a la demandante para atender al hijo común citado, y aún después de su emancipación de hecho, de la que no existe reflejo en la sentencia, pues en el convenio aludido se expresaba que el divorcio no producía desequilibrio económico para la otra parte, que obtenía rentas derivadas del arriendo de unos inmuebles.

Para decidir el recurso debe valorarse si las sumas que se siguieron abonando a la ahora recurrente después de la emancipación económica de su hijo, y aunque en la sentencia no consta un dato cronológico referente a esa situación concreta, a pesar de que en el año 2010 contaba aquél con 34 años, pueden o no ser equiparadas a la pensión compensatoria definida en el Código Civil, y a mayor abundamiento desde que dicha suma entra dentro de lo que se llama “ayuda complementaria” en el convenio regulador. Es presumible que dada la edad del hijo citado, éste ya estuviera trabajando mucho antes del óbito de su padre, de modo que a partir de ese momento lo que en principio era una obligación alimenticia en provecho del hijo pasa a ser una ayuda para su ex cónyuge, pero que aún en este caso no debe ser interpretada como una pensión que venga a compensar un desequilibrio económico tras el divorcio, pues si esa hubiera sido la voluntad de las partes, se hubiera añadido a la suma citada como alimentos otra más con dicha calificación o similar, lo que debe descartarse por la apostilla que se hizo constar en el punto D del convenio referente a la obtención de rentas propias por la aquí recurrente.

Consecuentemente, no se puede entender que la resolución judicial recurrida interpretara erróneamente la norma que se cita como infringida en el recurso, de modo que debe desestimarse este y confirmarse la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a M.P.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Valencia, de fecha 4 de enero de 2012, en virtud de demanda formulada contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.237, de 18 de septiembre de 2012

Materia: Prestaciones. Trabajadora afiliada al RETA que solicita prestación por maternidad. El INSS le deniega la prestación por no estar afiliada y en alta en la fecha del hecho causante de la prestación. Aplicación nueva normativa al respecto. RD 295/2009, de 6 de marzo, sobre prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y lactancia.

Juzgado: Estima la demanda reconociendo el derecho de la actora a percibir la prestación por maternidad, condenando al INSS al abono de la misma.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No queda contemplado en la nueva normativa de aplicación la situación de asimilada al alta de los 90 días siguientes a la baja en el régimen de la seguridad social, por lo que no procede el abono de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada y reconoció a la demandante el derecho a percibir la prestación de maternidad sobre una base reguladora de 841,80 euros mensuales y fecha de efectos económicos de 7 de octubre de 2010.

El recurso se sustenta un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que se alega la infracción de los artículos 124.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y 1, 3.1 y 4 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Se argumenta por la Entidad Gestora que la demandante no tiene derecho a percibir la prestación de maternidad pues en la fecha del hecho causante no se encontraba en situación de alta o asimilada al alta, toda vez que causó baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos el día 31 de julio de 2010 y el parto se produjo el 7 de octubre de ese mismo año, sin que en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, se incluya, como situación asimilada al alta, los noventa días siguientes a la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.

2. La cuestión planteada por el INSS ha sido resuelta por esta Sala en sentencias de 8 y 20 de marzo de 2012 (rrss. 2333/2011 y 2689/2011), que son firmes, por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la

ley aconsejan seguir el criterio expuesto en ellas. Así, como se razona en estas sentencias, “es cierto que antes de la entrada en vigor del Real Decreto 295/2009, el día 1 de abril de 2009 (Disposición Final Sexta), esta Sala y el TS venían manteniendo que en situaciones como la que aquí decidimos, podía considerarse en situación asimilada al alta para acceder a la prestación de maternidad el hecho causante producido dentro de los 90 días siguientes a la baja en el RETA porque así se disponía en los arts. 29.1 del Decreto 2530/1970 y 36.1 15 del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, y lo posibilitaba el Real Decreto 1251/2001 de 16 de noviembre que contemplaba una lista abierta de situaciones asimiladas al alta de modo que podían encajarse aquellas previsiones. Sin embargo a partir del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo por el que se regulan las prestaciones económicas por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia, dicha doctrina no se puede mantener. En efecto, de lo que establece la Disposición Derogatoria Única del Real Decreto 295/2009: “Quedan derogadas cuantas disposiciones de inferior o igual rango se opongan a lo establecido en este Real Decreto y, expresamente, el Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo”, en relación con el art. 4 de esta nueva norma que dice:” Situaciones asimiladas al alta. Para el acceso a la prestación económica por maternidad únicamente se considerarán situaciones asimiladas al alta las siguientes:..... (no se contempla la de los 90 días siguientes a la baja en el Régimen), claramente se infiere que han sido derogadas las Disposiciones que consideraban como situación asimilada al alta la que se pretende hacer valer por la recurrente. En consecuencia, a partir de la vigencia de la nueva norma no es de aplicación la doctrina que veníamos manteniendo que se sustentaba en disposiciones derogadas. Tampoco se observa la discriminación alegada, sino todo lo contrario, el trato de igualdad en esta materia para las beneficiarias de cualquiera de los Regímenes de la Seguridad Social”.

3. Procede, por consiguiente, estimar el recurso de la Entidad Gestora, revocar la sentencia de instancia y desestimar la pretensión ejercitada en la demanda.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la LRJS no procede la imposición de costas.

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. 1 de los de Castellón de fecha 9 de enero de 2012 en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA L.C.F.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda absolvemos a la Entidad Gestora de la pretensión deducida en su contra.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.244, de 18 de septiembre de 2012

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de empresa de seguridad que prestan sus servicios en instalación aeroportuaria. Convenio colectivo empresas de seguridad. Percepción de dietas en el supuesto que las acciones formativas se prolonguen más allá de la jornada laboral. Abono de dietas por desplazamiento. El conflicto afecta a 180 trabajadores.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando que la empresa debe abonar la dieta del convenio cuando las acciones formativas obligatorias se prolonguen fuera de la jornada de trabajo, sin necesidad de justificación de gastos. No reconoce el abono de los desplazamientos.

Sala: Estima el recurso, reconociendo el derecho de los trabajadores a recibir el importe del billete de transporte público o el abono del kilometraje.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La sentencia de la instancia, que aplica los arts 12 y 35 del Convenio Colectivo estatal de empresas de seguridad entiende que las dietas que se reclaman, se devengan al precio establecido en el Convenio Colectivo, cuando la acción formativa se prolongue fuera de la jornada y ello sin necesidad de justificarlas. Sin embargo, y en cuanto al kilometraje, entiende que la situación del aeropuerto del Altet, situado a 12 de kilómetros de Alicante, encaja con la definición convencional de localidad, a pesar de que se trate de dos municipios distintos (Elche y Alicante), pues está unidos entre sí por medios de transporte público con servicio regular y frecuencias de 20 minutos. Por ello estima, solo en parte, el conflicto colectivo planteado por el Comité de Empresa.

Contra el anterior pronunciamiento recurre el citado Comité de Empresa, que, a través de un motivo único amparado en el apartado c) del art 193 de la LRJS considera infringido el art. 12 del CC en sus párrafos 3º y 4º, pues la aplicación del art. 35 del mismo se limita a la determinación del pago de los complementos, al que se remite el art 12, que regula una cuestión muy puntual que es el abono de los desplazamientos en las actividades de formación, no por necesidades del servicio.

Y efectivamente, el recurso debe prosperar, pues lo que aquí se pretende no se puede equiparar con anteriores reclamaciones sobre desplazamiento y kilometraje relacionados con cambios de centro de trabajo o de residencia del trabajador. Lo que aquí se discute se relaciona con actividades de formación, realizadas fuera del tiempo de servicio, cuyo carácter de obligatorias impone condiciones especiales a la empresa.

El artículo 12 del CC regula, de forma particularizada y al margen del Capítulo VII, las actividades formativas obligatorias, que se realizan fuera de la jornada laboral, estableciendo de forma expresa que “cuando en éste caso, deba el trabajador desplazarse por sus propios medios, dicho desplazamiento será abonado en la forma prevista”. Esta no puede ser otra que la establecida en el art. 36 por ser el único que regula el abono de los desplazamientos. En dicho precepto se establecen los desplazamientos por necesidades del servicio, que a su vez remite al artículo anterior (art. 35) donde se establece el concepto de localidad y concentración urbana, entendiéndose que si están comunicados por medio de transporte público con intervalos no superiores a ½ hora a los efectos de excluir el pago de dietas. En lo relativo a los desplazamientos, se distingue entre los desplazamientos por necesidades del servicio, fuera o dentro de la denominada “localidad”, pero también y de forma exclusiva a los efectos del cobro de dietas. Tales preceptos, así conectados, son los que han venido siendo aplicados en diferentes reclamaciones ante ésta misma Sala, en relación con desplazamientos por necesidades del servicio.

Sin embargo, en el presente supuesto, la conexión se establece entre los artículos 12 y 36 antes citado, en cuyos dos siguientes apartados se establece lo que constituye el texto a aplicar al presente supuesto, y es que señala el precepto en relación con el desplazamiento que: “En el caso de que (el trabajador) no se desplace en el vehículo de la empresa (que es el caso), tendrá derecho a que se le abone, además (de la dieta) el importe del billete en medio de transporte idóneo. Y sigue señalando: “Si el desplazamiento se realizase en un vehículo particular del trabajador, se abonará durante 2005 a razón de 0,22 euros el kilómetro. En los años 2006, 2007 y 2008 se revisarán en el IPC real del 2005, 2006 y 2007 respectivamente”. La interpretación literal de los preceptos mencionados es tanta clara, desde su propia visión gramatical, que no exige más que atenerse a su propio tenor.

Por tanto, y en relación con el caso, no se trata de valorar desplazamientos por razones del servicio, para los cuales debe tenerse en cuenta los conceptos de localidad y macroconcentración definidos en el art. 35 del convenio. En éste supuesto, y para las actividades de formación obligatorias, que se realicen fuera de la empresa, y el trabajador tenga, de acuerdo con el art. 12 que “desplazarse por sus propios medios”, tiene derecho, bien a que le sea abonado el importe del billete de transporte público o el abono del kilometraje, conforme a lo dispuesto en el art. 36, actualizado a los años posteriores en los que el Convenio sigue vigente al haber sido prorrogado.

FALLO

Estimar el recurso declarar la obligación de la empresa de abonar el desplazamiento de los trabajadores, para la realización de actividades formativas obligatorias, en alguna de las formas establecidas en el artículo 36 del convenio colectivo.

Sentencia núm. 2.247, de 18 de septiembre de 2013

Materia: Clasificación profesional: categoría profesional. Trabajadores que con la categoría de guarda rural se les nombra personal interino para cubrir puestos de trabajo destinados a vigilancia del término municipal. Los actores realizan funciones de vigilancia en suelo rústico y urbano, realizan informes sobre incidencias, efectúan funciones de control. Los actores solicitan regularización de su situación laboral y que se les catalogue como auxiliares de policía. En el término municipal no hay policía local. Competencia de jurisdicción.

Juzgado: Estima la demanda declarando que la categoría de los actores es la de auxiliar de policía, condenando a la corporación local demandada a estar y pasar por esta declaración con los efectos económicos correspondientes.

Sala: Estima el recurso declarando la incompetencia de jurisdicción del orden social para conocer sobre el fondo del asunto. Compete a la jurisdicción contencioso-administrativa conocer sobre el fondo del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo dedicado al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, y partiendo de lo indicado por el Ministerio Fiscal en su informe, obrante al folio 109 de los autos, el conocimiento de este pleito corresponde al orden contencioso-administrativo, al demandarse el reconocimiento de derecho de auxiliar de policía local, respecto de una Administración Pública Local, promovida al amparo del Derecho Administrativo, que el artículo 18 de la Ley 6/1999, de 19 de abril, de Policías Locales de la Comunidad Valenciana, dispone que es de sujeción al estatuto funcional, centra su argumentación en que reconocer la categoría de auxiliar de policía a un guarda rural sin que la entidad pública haya optado por la creación de puestos de auxiliar de policía local es reconocer un derecho quebrantando los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad, debiendo interpretarse el artículo 2 de la Ley 6/1999, de 19 de abril, de Policías Locales de la Comunidad Valenciana, en conexión con el contenido de su artículo 18, que denuncia como infringido, incidiendo en que los actores, además de las funciones propias de guarda rural, realizan según el informe emitido por la Inspección de Trabajo (folios 30 a 36 de los autos), otras tareas administrativas que ningún vínculo tienen con las propias de auxiliar de policía, concluyendo que se han quebrantado “las tres normas básicas: -la referida Ley CV 6/1999, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la CV. – Decreto 89/2001 desarrolla la disposición transitoria cuarta de la Ley CV 6/1999. – Decreto 88/2001 Bases y Criterios generales uniformes para la selección, promoción y movilidad de todas las escalas y categorías de las policías locales y auxiliares de policía local de la CV”.

2. Como quiera que el artículo 18 de la Ley 6/1999, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana, subraya el estatuto funcional de los puestos de trabajo de Auxiliar de la Policía Local, al indicar textualmente en su artículo 18, bajo la rúbrica “Municipios sin Cuerpo de Policía” que “los municipios que no cuenten con Cuerpo de Policía Local podrán crear puestos de trabajo de Auxiliar de la Policía Local hasta un máximo de cuatro, con las mismas condiciones y requisitos que los correspondientes a la categoría de Agente de la Escala Básica, que, en todo caso, estarán sujetos al estatuto funcional. A partir de dicho número deberán crear el Cuerpo de Policía Local tras la tramitación del oportuno expediente”, entendemos con la parte recurrente que ese precepto legal debe informar también el artículo 2 de dicha Ley autonómica, cuando al tratar de su ámbito de aplicación señala que “se extiende a todos los municipios valencianos que posean Cuerpo de Policía Local y al personal que desempeñe total o parcialmente sus funciones y cometidos. En los municipios donde no exista Cuerpo de Policía Local, la coordinación se extenderá al personal que realice funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de Auxiliares, Agentes, Guardas, Guardias, Vigilantes, Alguaciles o análogos, que a partir de la entrada en vigor de la presente Ley pasarán a denominarse Auxiliares de Policía”.

3. Cualquiera que sea la denominación que deba otorgarse al personal que realice funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, como los guardas, lo cierto es que ello concierne exclusivamente a la coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana, según establece el artículo 1 de la Ley de referencia, que al referirse a su objeto señala: “La presente Ley tiene por objeto establecer los criterios básicos para la coordinación de la actuación de las Policías Locales en el ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, sin perjuicio de su dependencia de las respectivas autoridades municipales”. En consecuencia, estimamos que nos hallamos ante una norma administrativa –y no laboral - y el control de los actos aplicativos de la misma debe residenciarse en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 9.4, párrafo primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio) al que corresponderá por ello determinar si de la misma pueden derivar aspectos laborales como los aquí concernidos, teniendo en cuenta además que, según indica el artículo 51.2 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, “en los municipios donde no exista policía municipal, los cometidos de ésta serán ejercidos por el personal que desempeñe funciones de custodia y vigilancia de bienes, servicios e instalaciones, con la denominación de guardas, vigilantes, agentes, alguaciles o análogos”, disposición que explica lo establecido en el artículo 2 de la Ley 6/1999, de Policías Locales y de Coordinación de las Policías Locales de la Comunidad Valenciana, que quedó transcrito en el apartado anterior de este fundamento jurídico, y de la que no cabe inferir la distinción que se indica en el escrito de impugnación del recurso, que afirma que el estatuto funcional no cabe predicarlo del personal laboral ya existente, todo ello, desde luego, sin perjuicio de lo que pueda decidir el orden jurisdiccional competente.

SEGUNDO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto en cuanto en él se postula la incompetencia de este orden jurisdiccional para conocer de la cuestión debatida, si bien de ello no cabe derivar la “desestimación de la

demanda”, tal y como se postula en el suplico del escrito de interposición del recurso, que por ello se estimará solo en parte. Sin costas ante la estimación parcial del recurso.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre del AYUNTAMIENTO DE X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Valencia el día 26 de septiembre de 2011 en proceso sobre clasificación profesional seguido a instancia de D. J.G.R. y D^a P.A.A. contra el referido Ayuntamiento y declaramos la incompetencia por razón de la materia de este orden jurisdiccional para conocer de la cuestión debatida, previniendo a la parte actora de que puede hacer uso de su derecho ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, de acuerdo con la normativa que regula el proceso contencioso-administrativo. Sin costas.

Sentencia núm. 2.250, de 18 de septiembre de 2012

Materia: Determinación contingencias. Trabajador que causa baja por accidente de trabajo. Incapacidad temporal. Posteriormente se le da de alta con secuelas y propuesta de lesiones permanentes no invalidantes por déficit en la movilidad inferior al 50%. Posteriormente causa baja por enfermedad común. Se le reconoce una prórroga de incapacidad temporal. Iniciado el expediente de determinación de contingencia se declara que el proceso de incapacidad tiene su origen en la contingencia de enfermedad común. No queda acreditado el origen laboral de la IT, a pesar de la existencia de un proceso anterior derivado de accidente de trabajo.

Juzgado: Desestima la demanda formulada sobre determinación de contingencia, absolviendo de la misma a los demandados.

Sala: Estima el recurso declarando que la situación de incapacidad del demandante deriva de la contingencia de accidente de trabajo, teniendo derecho a percibir la prestación derivada de dicha situación de incapacidad temporal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1.Frente a la resolución de instancia, que desestimó la demanda presentada, se formula recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, planteándose al efecto un único motivo de impugnación que va dirigido a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

2.Se denuncia -amparándose en lo previsto en el art. 191 c) de la Ley de procedimiento laboral - la infracción del art. 115-1 y 115-2-f) de la LGSS. Se discrepa en el motivo de los argumentos expuestos en la sentencia impugnada que acogiendo los planteamientos de la pericial médica propuesta por la Mutua entendió que el proceso de baja causado por el demandante en fecha 24/11/2009 derivaba de enfermedad común dado que el mismo no había acreditado vínculo causal con el proceso anterior, ni tampoco la existencia de una enfermedad preexistente agravada, mientras que la parte que recurre entiende que fue la caída de la escalera constitutiva de accidente laboral la que ocasionó la lesión en el hombro derecho y por lo tanto no existiría impedimento para que producida una reagudización o complicación posterior se determine la contingencia como derivada del inicial accidente de trabajo al no existir además antecedentes de enfermedad común, por lo que el proceso de baja de fecha 24/11/2009 derivaría en definitiva de la contusión del hombro o aún siendo anterior su presencia afluó con el accidente de trabajo.

3. Para dar respuesta al motivo es necesario partir del relato de hechos probados que contiene la sentencia y que reflejan que el demandante sufrió accidente de trabajo el día 25/2/2009 causando baja por incapacidad temporal con el diagnóstico de “fractura

cerrada de cuatro costillas no especificadas y dolor en hombro derecho”, siendo dado de alta médica por la mutua X. en fecha 5/10/2009 con propuesta de LPNI. Impugnada la misma recayó sentencia en fecha 7/3/2011 confirmando el alta médica. El día 24/11/2009 el actor causó baja por enfermedad común con diagnóstico de “dolor articular en el hombro”. El EVI en reunión de 24/11/2010 fijó el cuadro clínico en una rotura parcial manguito rotador hombro derecho pendiente de intervención y hernia discal C6-C7; y tras expediente de determinación de contingencia declaró que el proceso de IT del día 24/11/2009 derivaba de EC. La demanda va encaminada a que se establezca el origen profesional de la dolencia determinante de la referenciada baja de fecha 24/11/2009.

4. En el presente caso entendemos que la resolución de instancia vulnera los preceptos señalados pues existe constancia fáctica de un accidente de trabajo por caída desde una escalera y daño en el costado derecho sufrido por el demandante el día 25/2/2009 cuyo diagnóstico principal no solo fue la fractura de cuatro costillas sino también la constatación de dolor en el hombro derecho del trabajador accidentado, siendo dicho cuadro doloroso el mismo que generó el diagnóstico de la baja posterior de fecha 24/11/2009 que posteriormente quedó delimitado en una rotura parcial de manguito rotador derecho por lo que regiría al efecto lo dispuesto en el art. 115.1 de la LGSS en cuanto que debe entenderse por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena. El hecho de que el primer proceso de baja culminara con un alta médica pese a su impugnación por la parte actora y una catalogación de aquellas dolencias definitivas como lesiones permanentes no invalidantes no impide que el trabajador pueda cursar nuevo proceso de baja por incapacidad temporal si se produce una nueva reagudización o manifestación del inicial proceso de baja, como aquí ha acontecido. De otro lado, respecto a la existencia de un proceso degenerativo en el hombro afectado (tendinitis) por parte del demandante tampoco impide su consideración como derivada del inicial accidente pues si la manifestación de aquella afectación queda conectada al accidente laboral inicial regiría al efecto lo dispuesto en el art. 115.2 f) del mismo texto legal que encuadra dentro de la consideración de accidente de trabajo a las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente por lo que la recaída de dicha dolencia que afecta al hombro derecho que resultó dañado a raíz del golpe sufrido por el actor sin haber agotado el mismo el período máximo de duración de la incapacidad temporal y sin mediar un lapso de actividad laboral superior a seis meses entre la anterior alta médica y la nueva baja médica se ha de considerar también derivada de accidente de trabajo, por estar ante un mismo proceso de incapacidad temporal, según se desprende de lo establecido en el art. 128 LGSS y art. 9.1 OM 13/Octubre/67. Y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia se ha de revocar, estimando el recurso y declarando que la situación de incapacidad temporal del demandante de fecha 24/11/2009 deriva de la contingencia de accidente de trabajo y por consiguiente tiene derecho a percibir la prestación derivada de dicha situación de incapacidad temporal.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. F.L.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 8 de Valencia de los de

Valencia y su provincia, de fecha 13 de octubre de 2011, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSS, la Mutua X. DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº X., TGSS, D. D.L.G. y la empresa I.L. SL; y, revocando la sentencia recurrida, estimamos la demanda y declaramos que la situación de incapacidad temporal del demandante de fecha 24/11/2009 deriva de la contingencia de accidente de trabajo, y que el actor tiene derecho a percibir la prestación de dicha situación de incapacidad temporal con una base reguladora de 42,87 €/día, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a las consecuencias legales inherentes a la misma.

Sentencia núm. 2.254, de 21 de septiembre de 2012.

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora con contrato de trabajo para obra o servicio determinado al servicio de empresa pública. Finalizado el contrato suscribe uno nuevo de la misma modalidad, procediendo a posteriori a extinguir su relación laboral al amparo del art. 52 e) del ET. En el momento de la extinción laboral la actora se encuentra en estado de gestación. Ausencia de consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de trabajo.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido objetivo de la trabajadora, declarando extinguido el contrato de trabajo entre las partes y absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La falta de consignación presupuestaria hace inviable el mantenimiento del puesto de trabajo de la actora. No procede decretar nulo el despido puesto que se ha despedido también a otros dos trabajadores y se ha seguido correctamente el criterio de extinción en función de la antigüedad de éstos en la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se formula frente a la resolución de instancia, que desestimó la demanda presentada, el presente recurso de suplicación por la representación letrada de la parte demandante, planteándose al efecto dos motivos de impugnación, referidos a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

2. Se solicita -amparándose en lo previsto en el art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) - la revisión del hecho probado décimo de la sentencia para que se indique que “La empresa ha procedido al despido de tres de los seis Técnicos Superiores adscritos al proyecto 60/2979 sin justificar causa objetiva, entre ellos la trabajadora demandante”. El motivo deberá ser desestimado no solo por no desprenderse de los folios 49 y 50 invocados en el recurso ninguno de los datos propuestos sino porque el contenido que se pretende incorporar en el que se aduce ya una falta de justificación de la causa aducida respecto al despido resultaría predeterminante del fallo a dictar al contener dicha expresión un carácter valorativo y no fáctico de las circunstancias que en su caso deben figurar en un relato de “hechos” probados.

3. Plantea la parte recurrente en un segundo apartado que respecto a la falta de cobertura presupuestaria para gastos de personal alegada por V. para justificar los despidos objetivos bastaría acudir a las Leyes de Presupuestos de la Generalitat para los años 2011 y 2012 para demostrar que se produjo un incremento para gastos de personal

de V., y con ello se desvirtuaría la justificación del despido al no existir reducción económica. Se indica igualmente que las extinciones no se habrían efectuado de manera objetiva por menor antigüedad al despedirse a una Técnico Superior con mayor antigüedad que otros tres Técnicos Superiores y por lo tanto el despido de la actora debió declararse nulo por obedecer a su condición de reducción de jornada y estado de embarazo.

4. En realidad, las alegaciones antes expuestas no se centran ni localizan en ningún hecho probado de los contenidos en la resolución que se combate (que si que analiza precisamente la existencia de un reajuste derivado de la disminución de las cantidades presupuestadas para dichos ejercicios por la GV) sino que la parte va planteando determinadas manifestaciones sin citar los elementos fácticos que a su juicio debieron quedar modificados por lo que se incumpliría de manera evidente los requisitos que deben concurrir dentro de un motivo de revisión y que exige para que pueda apreciarse error en la valoración de la prueba los condicionamientos siguientes:

1).- Que se concrete con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido que se entiende equivocado, contrario a los acreditados o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato histórico (S.T.S 24/5/2000).

2).- Se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración censurada de errónea, bien sustituyendo a alguno de sus puntos, ya completándolos, sin contener al efecto valoraciones o conclusiones de carácter jurídico.

3).- Se citen de forma precisa y concreta, los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea viable admitir su invocación genérica ni plantearse revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso.

4).- Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente y, de forma incuestionable, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o a argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables. 5).- Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, y con clara influencia en la variación del signo del pronunciamiento, pues en otro caso resultaría inútil la modificación y por el principio de economía procesal debe impedirse la incorporación de hechos cuya inclusión no conduzca a nada práctico por no resultar suficientes para cambiar la resolución del litigio aunque deben tomarse en consideración todas las diferentes soluciones que con respecto al fondo del asunto se puedan adoptar, y con el fin de no incurrir en la denominada incongruencia omisiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 17/7/00). Así, es necesario que lo pretendido por el recurrente no quede desvirtuado por otras probanzas que hayan podido ser consideradas por el juzgador/a de instancia, y de las que no quepa deducir una interpretación distinta a aquella que obtiene la parte, ya que, ante posibles contradicciones debe prevalecer el criterio del órgano jurisdiccional, que actúa de manera imparcial y objetiva frente al interés de una parte, correspondiendo al juzgador/a la facultad privativa sobre la valoración de todas las pruebas aportadas al proceso, de acuerdo con el artículo 97.2 de la Ley de procedimiento laboral y en iguales términos a lo instituido en el mismo precepto de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- 1.El siguiente motivo, dedicado al examen de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, debidamente encajado en la letra c) del art. 193 de la citada LRJS, denuncia la aplicación equivocada del art. 52 e) del Estatuto de los Trabajadores y falta de aplicación del art. 55.5 del mismo texto legal. Se argumenta en el motivo que aunque la sentencia si que lo entiende acreditado no existió falta de cobertura presupuestaria para gastos de personal de V. y al no haberse utilizado un criterio objetivo de antigüedad para la elección de los trabajadores despedidos la demandante tendría derecho a que su despido se declarara nulo por derivar de su situación de reducción de jornada y embarazo.

2.Según previene el art. 52 e) del ET el contrato de trabajo podrá extinguirse por razones objetivas en el caso de contratos por tiempo indefinido concertados directamente por las Administraciones públicas o por entidades sin ánimo de lucro para la ejecución de planes y programas públicos determinados, sin dotación económica estable y financiados mediante consignaciones presupuestarias o extrapresupuestarias anuales consecuencia de ingresos externos de carácter finalista, por la insuficiencia de la correspondiente consignación para el mantenimiento del contrato de trabajo de que se trate.

3.Pues bien, en el caso que nos ocupa y al igual que el resuelto por esta misma Sala en sentencia resolutoria de recurso nº 3030/2011, de 10 de enero de 2012, en proceso por despido objetivo frente a la misma empresa V., nos encontramos ante una empresa de la Generalitat Valenciana que considerada como medio instrumental de aquella se encuentra condicionada a la ejecución de la actividad que le encomiende aquella, constando que la trabajadora ahora recurrente había venido realizando sus funciones como técnico superior en el centro de trabajo de dicha empresa sito en Paterna con una relación reconocida como indefinida. Su participación reflejada en los hechos probados 2º y 3º de la sentencia fue la prestar asistencia técnica en el fomento de las tecnologías limpias y ecodiseño de la CV según orden de ejecución de la Conselleria de Medi Ambient, Aigua, Urbanisme i Habitatge de la Generalitat Valenciana y luego en el fomento del desarrollo sostenible en las actividades económicas de la CV. Se da por probado y acreditado que a fecha del despido aludido en el ordinal 4º la actora se encontraba embarazada y con reducción de jornada. Figura que junto a la demandante fueron igualmente despedidos otros dos técnicos superiores quedando ahora 3 de los 6 que habían desarrollado sus servicios en tales encomiendas. Consta que la Conselleria en fecha 22/12/2011 emitió informe señalando que al existir una drástica disminución de los presupuestos de la GV previstos para 2012 se hacía necesario un reajuste en las condiciones de los pliegos de prescripciones técnicas mantenidos con la empresa demandada y señalaba el personal que debía prestar servicios, entre ellos 3 titulados superiores.

4. Teniendo en cuenta la falta de respaldo económico para la ejecución de los proyectos llevados a cabo por la empresa demandada la decisión de proceder al despido de la actora devenía justificado a tenor de la normativa expuesta que no deja margen de apreciación diferente a la tomada por el Juzgador de instancia en su razonada sentencia y que deriva de la existencia acreditada de una ausencia de consignación presupuestaria para el mantenimiento del puesto de trabajo de la demandante. Tampoco aprecia la Sala causa alguna para decretar la nulidad del despido de la actora ya que de un lado el indicado despido afectó no solo a la demandante sino a otros trabajadores que prestaban servicios en la misma encomienda y en cualquier caso parece que la elección de todos

ellos se efectuó siguiendo el criterio de menor antigüedad desde la condición de indefinición del vínculo de todos ellos y en atención asimismo a la diferente titulación profesional ostentada por los diversos trabajadores adscritos a la concreta encomienda de gestión (como señala y matiza al efecto la entidad recurrente al impugnar el recurso aludiendo no solo a criterios de antigüedad, sino de idoneidad) y con base en la situación acreditada de carencia de la debida consignación económica para el mantenimiento de los indicados puestos de trabajo a partir del día 1 de enero de 2012, tal y como refleja el informe de la Conselleria aludido en el hecho probado 9º de la sentencia, que obligaba ante la reducción de la consignación presupuestaria a la ejecución de la actividad pero con una menor adscripción de personal, por lo que ninguna conexión aparece determinada entre el despido de la demandante y su situación de embarazo y de reducción de jornada por guarda legal de menor, lo que obliga a la desestimación del recurso entablado con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LRJS, 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 R.M.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 16 de los de VALENCIA de fecha dos de mayo de 2012 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.266, de 19 de septiembre de 2012

Materia. Reclamación de cantidad. El actor, que presta sus servicios para la ONCE, sufre un accidente de tráfico mientras circulaba con su bicicleta. El actor padece lesiones de diversa consideración declarándose por el INSS en situación de incapacidad permanente en el grado de gran invalidez. La empresa para la que trabaja tiene concertada una póliza de seguro colectivo de accidentes, cubriendo la gran invalidez con independencia de que el accidente tenga carácter laboral o no. No han sido atendidas las reclamaciones extrajudiciales ante la compañía aseguradora a fin de que el actor cobre la indemnización correspondiente. Mejora voluntaria de la Seguridad Social pactada en convenio colectivo.

Juzgado: Se condena a la entidad aseguradora a abonar la suma reclamada más los intereses legales desde la fecha de la declaración de su gran invalidez por parte del INSS.

Sala: Estima el recurso y anula la sentencia recurrida, por insuficiencia de hechos probados e incongruencia de la sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Recurre en suplicación la demandada M.F., la sentencia que la ha condenado a abonar al actor la suma de 60.101,21 €.

Se da la circunstancia de que la sentencia de esta Sala nº 1476/2011 de 16 de mayo ha anulado la sentencia primeramente dictada en este procedimiento de fecha 24 de junio de 2010, reponiendo las actuaciones al momento procesal anterior al dictado de la misma, por insuficiencia de hechos probados e incongruencia de la sentencia, y que habiéndose dictado la que ahora se recurre de 7 de julio de 2011, ésta es reproducción literal de la que había sido anulada, sin dar cumplimiento a lo ordenado por la sentencia de esta Sala como no sea la introducción de un hecho probado quinto que no es tal en cuanto que interpreta la petición del actor con conclusiones propias de otro lugar o un último inciso en el fundamento de derecho tercero que tampoco completa la sentencia en los términos ordenados.

Nuevamente por la parte recurrente, se formula un primer motivo de recurso por el cauce que permite la letra a) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, interesando que se repongan los autos al momento de dictar la sentencia, al estimar infringidas normas o garantías de procedimiento que han producido indefensión. Se vuelve a denunciar la infracción de los arts 71, 139, 141, 142 de la Ley de Procedimiento Laboral, y art. 80 y 81 del Convenio Colectivo de aplicación, en relación con el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y art. 24 de la Constitución Española, argumentando, en síntesis, como ya se hiciera en el recurso presentado por la misma parte contra la sentencia

anulada, que en la demanda se solicita el pago de una cantidad en concepto de mejora voluntaria de la Seguridad Social pactada en el Convenio Colectivo, y en la sentencia no constan los hechos necesarios para resolver el debate, y los que se reflejan en el relato probado no son ciertos de acuerdo con la documental que aportan las partes, y además la sentencia decide el cambio de contingencia de la Gran Invalidez declarada por el INSS en su resolución de 2007, que no fue impugnada por el actor, extralimitándose al juzgar en un procedimiento de reclamación de cantidad sobre la calificación y contingencia de una Invalidez, alegando vulneración del principio de libre disposición de las partes del procedimiento y el de tutela judicial efectiva. Añadiendo que no se solicitó el cambio de contingencia de la Invalidez que da lugar a la mejora voluntaria reclamada, no ha sido llamado el INSS como Entidad Gestora con competencia para decidir sobre tal cuestión y que falta la reclamación previa contra el INSS sobre ese particular; y que, por consiguiente, no se ha podido aportar el expediente administrativo, lo que causa indefensión y vulnera el derecho de defensa, imputando a la sentencia incongruencia interna, al admitir que lo que se reclama es la cantidad por mejora voluntaria prevista en el Convenio e introducir seguidamente un elemento extraño al debate procesal en el fundamento jurídico segundo en el que se entra a valorar la contingencia de la Invalidez que pudiera dar lugar a la referida mejora, lo que no se solicita. Trae a colación el recurso la doctrina sentada en las sentencias del TCo 369/1993, 111/1997 y 136/1998, alegando concurrir en el supuesto la “incongruencia por error” a que las mismas se refieren. Añadiendo que la sentencia nuevamente dictada no corrige los defectos de la anulada.

Pues bien, constatada la veracidad de lo alegado en el recurso, según se ha expuesto más arriba y no habiéndose completado la sentencia, como no podía ser de otra forma, ésta vuelve a incurrir en el vicio de nulidad por las razones ya expuestas en nuestra anterior sentencia, por lo que se impone decretar esta necesaria medida, si bien, y constando que el Magistrado que presidió el juicio se ha jubilado por incapacidad, la nulidad se retrotraerá al momento anterior al juicio dado que el Magistrado que lo presidió no puede por incapacidad dictar la sentencia que ponga fin al procedimiento, y no corresponde a la Sala redactar los hechos probados como se pide en el siguiente motivo, ni en definitiva construir la sentencia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 6 de los de Valencia y su provincia, de fecha 7 de julio de 2011, en virtud de demanda presentada a instancias del Sr. G.F.; y, en consecuencia anulamos la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al momento procesal anterior al juicio, a fin de que se continúe el procedimiento con las garantías legales hasta dictar una nueva sentencia, que contenga en su hechos probados los datos precisos para resolver el debate y en la que se decida la cuestión planteada de modo congruente con las pretensiones y alegaciones sustanciales formuladas por las partes.

Una vez firme esta resolución se procederá a la devolución de la consignación y el depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 2.280, de 20 de septiembre de 2012.

Materia: Contingencia incapacidad. Trabajadora al servicio de establecimiento hotelero con categoría profesional de gobernanta. La actora sufre un intento de agresión sexual que le ocasiona un estado de ansiedad según parte médico presentado ante la policía. La actora ha estado en situación de IT con diagnóstico estado de ansiedad, habiéndosele reconocido una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Posteriormente se le reconoce el grado reincapacidad permanente absoluta. Consideración de laboralidad de la contingencia. Falta de solicitud de informe previo a la Inspección de Trabajo. Nulidad de la sentencia de instancia.

Juzgado: Desestima la demanda.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de lo actuado en la instancia ya que no se ha cumplido con lo previsto en el art. 141.2 de la LPL, además de conculcarse el art. 24.1 de la CE. Falta de informe previo de la Inspección de Trabajo. El juez “a quo” deberá adoptar los acuerdos necesarios para la celebración de un nuevo juicio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda sobre determinación de contingencia, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por las mutuas demandadas y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 191 a) de la Ley de Procedimiento Laboral, se interesa la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, alegando, en síntesis, que por el Juzgado no se ha cumplido lo prevenido en el artículo 141.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, además de conculcarse el artículo 24.1 de la Constitución Española, por la falta de solicitud del informe a la Inspección de Trabajo, ya que la desestimación de la demanda se basa en que el accidente no se considera que fuera “in itinere”, por cuanto resulta insuficiente la prueba aportada al efecto, por lo que con estimación del recurso debe declararse la nulidad interesada.

Disponía el artículo 141.2 de la Ley de Procedimiento Laboral vigente al tiempo del juicio en la instancia que “En los procesos por accidente de trabajo, el Juez, antes de la celebración del juicio, deberá interesar de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social, si no figurase ya en los autos, informe relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente, trabajo que realizaba el accidentado, salario que percibía y base de cotización, que será expedido necesariamente en el plazo máximo de diez días”, y si bien es cierto que en el presente supuesto se aportó por la Inspección Provincial de Trabajo en el expediente de determinación de contingencia interesado por el INSS

informe, lo que podría hacer innecesario su requerimiento en el trámite procesal antes de la celebración del juicio, no es menos cierto que el informe aportado se circunscribe a una contratación producida entre el 22 al 27 de diciembre de 2007, fecha posterior al que se interesa en la presente litis relativa al 5-3-2007 en que la parte actora alega se produjo el accidente “in itinere”, por lo que no consta en los autos informe de la Inspección Provincial de Trabajo relativo a las circunstancias en que sobrevino el accidente, entre las que debe figurar la hora y día en que este aconteció, horario de trabajo de la actora y cuantas demás circunstancias sean necesarias para cumplir con la exigencia del artículo 141.2 de la L.P.L., dado que se trata de un requisito esencial del procedimiento, cuya falta determina la nulidad de las actuaciones aun antes de la celebración del juicio, salvo que, como se ha estimado por los Tribunales, no se tenga el mismo por imprescindible por no resultar necesaria su información para la resolución del litigio o por afectar a materias no controvertidas en el proceso. Pero precisamente en el presente caso, se debate, entre otras cuestiones, el carácter “in itinere” del supuesto accidente y las circunstancias en que se produjo, la hora de la agresión alegada y el horario de trabajo de la actora. Y en el presente caso debe solicitarse el aludido informe o hacerse constar la imposibilidad de obtenerlo, lo que debía cumplimentarse antes de la celebración del juicio para que las partes conozcan el informe, por todo lo cual procede anular la sentencia de instancia y el juicio que le precedió, retrotrayendo las actuaciones al momento de presentación de la demanda, para que por el Juzgado de lo Social se interese de la Inspección Provincial de Trabajo la remisión del preceptivo informe circunscrito a los concretos términos del debate, y adopte el Juez “a quo” los demás acuerdos que estime necesarios para la celebración de nuevo juicio, declaración de nulidad que impide examinar los demás motivos del recurso.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora Doña M.M.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia, de fecha 30 de octubre de 2011, debemos declarar y declaramos la nulidad de lo actuado en la instancia a partir de la presentación de la demanda interpuesta por la actora, para que por el Juzgado de lo Social se interese de la Inspección Provincial de Trabajo la remisión del preceptivo informe circunscrito a los concretos términos del debate, y adopte el Juez “a quo” los demás acuerdos que estime necesarios para la celebración de nuevo juicio.

Sentencia núm. 2.283, de 20 de septiembre de 2012

Materia. Conflicto colectivo. Trabajadores a los cuales la empresa donde prestan sus servicios les incluye el servicio de restauración. En un primer momento se incluía la bebida pero por problemas económicos se dejan de servir refrescos y cervezas sin alcohol. Impugnación. Infracción condición más beneficiosa. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las peticiones de la demanda.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto pretende la modificación del ordinal segundo para el que propone la siguiente redacción: “SEGUNDO.- La empresa tiene, Valencia tres centros de trabajo: en G., en Valencia capital y en la Urbanización M.P.. El Conflicto Colectivo presenta y afecta solo a los trabajadores del centro de trabajo de la Urbanización de M.P.. Por resolución de la Autoridad Laboral de Diciembre 2011 se aprobó un ERE para los centros de trabajo de G. y de Valencia capital (documento 12 de la demandada). Esos centros han tenido pérdidas en los dos últimos años de 6.273.924,79 euros y de 3.019.004,52 euros (documento 13 de la demandada)”.

Modificación fáctica que no puede prosperar en cuanto a que el presente conflicto colectivo solo afecta a los trabajadores del Centro de trabajo de la Urbanización de M.P., ya que en el hecho primero de los declarados probados ya se alude a las comidas y cenas que se servían a los trabajadores en el centro de trabajo sito en la Urbanización M.P., por lo que su reiteración deviene innecesaria. Y tampoco es posible admitir el resto de la modificación fáctica ya que su contenido no resulta directamente sin necesidad de conjeturas de los documentos que cita, ya que el documento 13 de los de parte demandada no especifica con la concreción exigida las cuantías de las pérdidas a las que alude la revisión interesada, y en el documento 12 que se refiere a una resolución de la Dirección Territorial de Empleo y Trabajo sobre suspensión y extinción de contratos de los trabajadores de la empresa se indica que toda la información económica, financiera y contable va referida de forma global al conjunto de la sociedad sin inclusión de diferencias por centros, señalando que existen datos negativos y pérdidas que afectan al conjunto de la empresa. Y la extinción de contratos de los empleados del centro de G. no se produce solo por causas económicas, sino también por la coexistencia de causas organizativas y productivas. Todo lo cual hace irrelevante la modificación fáctica interesada.

También se interesa que se añada un hecho probado cuarto en el que se diga: “CUARTO.- En el centro de trabajo de M.P. de Puzol, se ha venido facilitando, en la comida y cena una consumición que se concretaba en bebida refrescante o cerveza “sin” y que argumentando una grave situación de crisis se deja de servir a partir del 1-abril-2011”, pero la adición fáctica no puede alcanzar éxito ya que se encuentra reflejado su contenido en el hecho probado primero, por lo que debe evitarse su reiteración.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque debió efectuarlo por el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de la jurisprudencia relativa a la condición más beneficiosa, en relación con el artículo 19 del Convenio Colectivo de aplicación.

El artículo 19 del Convenio Colectivo se refiere a una consumición y cuando aborda la consumición durante el tiempo de descanso alude a que tendrán derecho a libre consumición de agua, leche, café e infusiones durante sus tiempos de descanso, y si bien para acompañar las comidas o las cenas se alude solo a consumición sin especificar en que consistirá esta, no debe olvidarse que se especifica en el precepto que “El personal incluido en el ámbito funcional del presente Convenio tendrá derecho a una comida o cena, dentro de su tiempo de descanso, con consumición”. Como se observa la comida o cena se produce dentro del tiempo de descanso y por lo tanto en el segundo párrafo del artículo 19 del Convenio aplicable si que matiza que bebidas se puede obtener de la empresa durante el tiempo de descanso (agua, leche, café e infusiones), por lo que la circunstancia de que la empresa permitiese a los empleados la consumición de refrescos y cervezas sin alcohol en las comidas y cenas no estaba expresamente contemplada en el Convenio que solo alude a agua, leche, café e infusiones con relación al tiempo de descanso en general, y no puede considerarse una condición más beneficiosa, ya que el Convenio Colectivo dispone otro tipo de bebidas, tratándose de una situación meramente tolerada o consentida, que aunque se de modo reiterado se haya prolongado en el tiempo no comporta aquella condición, porque es sabido que la tolerancia o condescendencia, si bien deben funcionar para facilitar al trabajador/es superiores asistencias a las fijadas legal o convencionalmente, no pueden servir para integrar título alguno de génesis adquisitiva de derechos que, por tanto, se incorporen por arriba en el contenido de la relación laboral, cuando no ha concurrido presupuesto alguno de componente volitivo determinante de un consenso tácito causante de la atribución sino, como se dice, esa circunstancia así creada procede de la discrecionalidad dispensadora de la empleadora, que en vía de provisión, permite o no impide que funcione una particular manera de disfrutar o aprovecharse de algo por sus trabajadores, que al superar la legalidad o convenio existente al respecto, carecen de derecho alguno al respecto por lo que debe confirmarse la sentencia impugnada.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de F.M.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia de fecha 21 de marzo de 2012, en virtud de la demanda formulada contra C.C.V. SA, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.295, de 24 de septiembre de 2012

Materia: Reclamación de cantidad: salarios dejados de percibir. Trabajador al servicio de empresa dedicada al transporte de mercancías por carretera. Reconocimiento intereses de demora.

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

Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo el derecho del trabajadora a obtener determinada cantidad más los intereses por demora con respecto a la cantidad objeto de la condena, puesto que reconocida la deuda por la empresa en su escrito de impugnación y habiendo solicitado en dicho escrito la estimación parcial del recurso, debe considerarse que no se trata de una cantidad controvertida, ni existe discusión entre las partes acerca de la procedencia de su abono.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Carmen Viqueira Pérez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Trae su causa el recurso de una reclamación de salarios (8 meses de salario y paga extra de beneficios, junio y diciembre) por cuantía de 23.725,49 Euros en la que, ante la ausencia de recibo oficial que demuestre su abono, la empresa aporta como documento acreditativo el Libro Mayor, que se admite como medio probatorio suficiente. La sentencia de instancia (tras declarar que el actor sólo tiene vínculo laboral con C.) absuelve a la empresa por entender que, de resultas del examen de aquel documento, resulta probado que se ha abonado al trabajador la cantidad de 22.486,23 euros y que esa cantidad “*se corresponde con el neto de las cuantías reclamadas, por lo que se entiende acreditado el pago*”. Frente a la sentencia de instancia que desestima su reclamación, el trabajador interpone recurso de suplicación articulado en dos motivos: uno relativo a la revisión fáctica y otro de censura jurídica, todos ellos formulados con adecuado encaje procesal, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme queda expuesto en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- En el primer motivo del recurso se solicita la revisión del hecho tercero de la sentencia de instancia en el que se declara probado que, entre el mes de enero y el de diciembre de 2009, la empresa “*abonó al actor mediante cheque o le transfirió las cantidades que constan reflejadas en el Libro Mayor*”, figurando, a renglón seguido, un reflejo detallado de cada una de estas cantidades con indicación de la fecha, y señalando, finalmente, que la cuantía total a la que ascienden las mismas es de 22.486,23 euros. Se considera, en consecuencia, probado que la empresa ha satisfecho al trabajador la cantidad de 22.486,23 euros. El recurrente denuncia error en la valoración de la prueba y solicita la sustitución de la redacción original por la redacción alternativa que propone y que, al constar en el escrito de formalización del

recurso, damos por reproducida.

De entrada, insta el recurrente la revisión de este hecho tercero por entender que el Libro Mayor de la empresa no puede considerarse un medio de acreditación del pago del salario (máxime cuando –como es el caso- la empresa aporta como Libro Mayor un folio que no cumple con los requisitos formales que exige el Código de Comercio), aduce también que sólo puede considerarse abonada aquella cantidad que cuente con otro soporte documental que lo acredite (justificante de transferencia, extracto bancario) y señala que sólo cuentan con ese soporte añadido las cantidades que detalla y que, en su conjunto, ascienden a 10.600 euros. La modificación propuesta no puede ser acogida porque, como es sabido, con relación a la valoración de la prueba, la doctrina constitucional ha señalado, que *"por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia"* (por todas, sentencia 44/1.989, de 20 de febrero). Y esta libertad del órgano judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala el Tribunal Constitucional (sentencia 175/1.985, de 15 de febrero) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas.

Además y en otro orden de consideraciones, la revisión de hechos que insta el recurrente denuncia también que la magistrada de instancia ha interpretado erróneamente los datos contenidos en el Libro Mayor, en dos concretos aspectos.

(a) Aprecia el recurrente este error, en primer lugar, porque la magistrada ha sumado las cantidades reflejadas en la columna del *"debe"* y en la del *"haber"* de modo que, a consecuencia de esa operación, se consideran como pagadas determinadas cantidades que, en realidad, la empresa adeuda ya que, desde el punto de vista contable, en el *"debe"* siempre se hace figurar las cantidades que se abonan en tanto que en el *"haber"* se consignan las cantidades devengadas. Aduce el recurrente que el error de la magistrada es, amén de relevante para la resolución del pleito, patente y se evidencia sin más a la luz del examen visual del documento valorado. Y ciertamente resulta incontestable que la cuantía que en el hecho probado tercero se declara satisfecha al trabajador (22.486,23 euros) es el resultado de sumar algunas cantidades de la columna *"debe"* y algunas cantidades reflejadas en la columna *"haber"*.

Ello no obstante, ha de tenerse en cuenta que lo que la sentencia considera probado es que la empresa *"abonó esas cantidades ...mediante cheque o le transfirió"* las cantidades que constan reflejadas en el Libro Mayor, lo que permite pensar que puede la juzgadora de instancia haber formado su criterio en base a otros elementos de convicción distintos de la simple consulta del Libro Mayor. El fracaso de la revisión pretendida es inevitable desde el momento en que el recurrente no aporta documento hábil ni pericia alguna en la que apoyar la revisión pretendida, porque la suplicación, como se sabe, no constituye una segunda instancia que permita una revisión *"ex novo"* de las pruebas practicadas en el juicio sino que cualquier modificación o alteración en el relato de hechos declarados como acreditados por el juzgador *"a quo"* ha de apoyarse en concreto documento auténtico o prueba pericial que obrante en autos patentice de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable el error del juzgador.

(b) Las mismas razones han de conducir a la desestimación de la alegación que (aunque con amparo procesal inadecuado, por incluirlo en el motivo referente a la censura jurídica, donde también este dato tiene su relevancia) denuncia error en la apreciación de la prueba por computar como abonada al trabajador la cantidad de 4.486,23 euros que aparece en la columna “*debe*” con fecha 31 de diciembre de 2009 bajo la indicación “*Asiento de Cierre*”. Aduce el recurrente que el “*asiento de cierre*” es un instrumento contable que tiene por objetivo cuadrar la caja al final del año para comenzar un nuevo ejercicio y no un medio de pago, pero no aporta ningún documento o pericia en el que apoye esta aseveración, por lo que la revisión no puede ser estimada.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c LPL (debe querer decir 193.c LRJS) denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 29.1 y 29.4 ET y en el artículo 1.170 del Código Civil, por cuanto la sentencia de instancia considera acreditado el pago de los 23.725,49 € que reclama el trabajador en su demanda.

Debe apreciarse la infracción denunciada. La infracción existe, ya de entrada, porque la sentencia estima saldada la deuda salarial de 23.725,49 € que reclama el trabajador con el abono de una cantidad inferior (22.486,23 euros) en base a la idea de que esa cantidad “*se corresponde con el neto de las cuantías reclamadas por lo que se entiende acreditado el pago*”, lo que choca frontalmente con lo establecido en el Código Civil a propósito del pago de la deuda cuando indica, en su artículo 1.157 que “*No se entenderá pagada una deuda sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía*”.

Por otro lado, como acertadamente aduce el recurrente, puede observarse también infracción de las normas que ordenan el pago de la deuda salarial porque la sentencia de instancia, a la hora de determinar las cantidades abonadas al trabajador para fijar el montante de la deuda de la empresa, toma en cuenta la cuantía correspondiente a los salarios de a los meses de enero y febrero de 2009 (que aparecen en el Libro Mayor identificadas con las leyendas “*Nómina enero José*” y “*Nómina febrero José*”), que no deben ser computados puesto que el trabajador reclama las retribuciones correspondientes al periodo comprendido entre marzo y diciembre de 2009, y es evidente que los salarios de enero y febrero no pueden venir a minorar la deuda salarial que se reclama. Resultado de ello es que el parámetro de comparación que la magistrada debía haber utilizado es el de 19.286,23 euros que es la cantidad que resulta de restar el importe de los salarios de enero y febrero (3.200 euros) a la cuantía total declarada probada en la sentencia (22.486,23 euros)

CUARTO.- En su escrito de impugnación al recurso, la empresa, tras indicar la plena conformidad con los hechos y fundamentos de derecho que recoge la sentencia de instancia, “*muestra su conformidad a que la cantidad adeudada es la de 8.600 euros*” en concepto de salarios devengados y no abonados correspondientes al periodo comprendido entre marzo y diciembre de 2009, y, en consecuencia solicita la estimación parcial del recurso con condena al pago de la indicada cantidad.

QUINTO.- En consecuencia, el recurso debe ser parcialmente estimado, declarando el derecho del recurrente a percibir la cantidad de **8.600 euros** que la empresa reconoce adeudar al trabajador.

SEXTO.- Se solicita en el suplico la condena al pago de los intereses legales de demora. Como es conocido, reiteradísima jurisprudencia mantiene que *"...el recargo por mora sólo será procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida, sin que la procedencia o improcedencia de su abono se discuta por los contratantes (...) de modo que "cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses" (sentencia de 2-12-94 y 1-4-96). Afirmación esta última que, como es lógico, debe entenderse referida a una oposición empresarial razonablemente fundada, no a la mera negativa a abonar unos salarios no discutidos, o controvertidos sin base legal suficiente, a la que se alude en la sentencia recurrida".*(STS 15.05.05 –Rec. 4460/2003-).

Ello no obstante, aun aplicando esta estricta doctrina general, procede en este caso condenar a la empresa al pago de los intereses por demora con respecto a la cantidad objeto de condena (8.600 euros) puesto que, producido el reconocimiento de deuda por parte de la empresa en su escrito de impugnación y habiendo solicitado en dicho escrito la estimación parcial del recurso, debe considerarse que no se trata de una cantidad controvertida, ni existe discusión entre las partes acerca de la procedencia de su abono. Este interés, como es sabido, se cifra en el 10% anual de lo adeudado y se calcula en proporción al tiempo de la demora, contabilizándose ésta desde la fecha del devengo hasta la de la sentencia.

FALLO

Que debemos estimar parcialmente el recurso de suplicación formulado por J.B.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 8 de los de Valencia, de fecha 19 de octubre de 2011, recaída en el procedimiento número 674/2010 sobre reclamación de cantidad, revocando la resolución recurrida, y declarando la improcedencia de la extinción, condenamos a C. SL al abono de la cantidad de **8.600 euros** incrementada con los correspondientes intereses legales de demora.

Sentencia núm. 2.296, de 24 de septiembre de 2012

Materia: Extinción de contrato. Trabajador que presta sus servicios con carácter indefinido y a tiempo completo en empresa dedicada a la compraventa y reparación de vehículos, con categoría profesional de viajante. Se le aplica el convenio de la industria siderometalúrgica de la provincia de Alicante. El trabajador había sido despedido previamente por la empresa, declarándose improcedente el mismo. Posteriormente, se cesa al trabajador alegando razones económicas. El actor alega vulneración de los derechos fundamentales y discriminación en el cese de su relación. Falta de comunicación escrita. Procedencia.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando la procedencia del cese del trabajador, debiendo consolidar el trabajador la cantidad ya percibida en concepto de indemnización, condenando a la empresa al abono de determinada cantidad. Se condena al FOGASA, en su condición de responsable legal subsidiario, a estar y pasar por esta declaración.

Sala: Estima el recurso declarando la improcedencia de la extinción laboral por defectos formales. El cese del trabajador debía haber sido comunicado por escrito. El Tribunal no entra a valorar la acreditación de la causa económica del cese alegada en la instancia, habida cuenta que ya ha sido declarado improcedente el despido.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Carmen Viqueira Pérez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso trae su causa de la extinción del contrato que liga al trabajador con la empresa, dedicada a la venta de vehículos de motor e inmersa, en los últimos años, en un descenso de ventas e ingresos. Tras el fracaso de una negociación tendente a lograr una extinción por mutuo acuerdo, el trabajador insta y gana un pleito por despido verbal del que resulta su readmisión que, finalmente, no llega a materializarse porque en esa fecha inicia una situación de IT por ansiedad. Transcurridos unos meses la empresa extingue el contrato por causas objetivas (causa económica) y el trabajador reclama por entender que la empresa no le ha comunicado por escrito la extinción. Contra la sentencia de instancia que declara la procedencia del cese, el trabajador interpone recurso de suplicación articulado en nueve motivos: cuatro de revisión fáctica y cinco de censura jurídica, todos ellos formulados con adecuado encaje procesal y habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme queda expuesto en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- Aunque formulada en último lugar (Motivo IX), interesa comenzar por la denuncia de infracción de los artículos 14, 18.1, 35 y 43 CE en relación con el artículo 4.2 (apartados c, d, e y f) y 29 ET; artículo 55 del Convenio Colectivo de la Industria Siderometalúrgica de la provincia de Alicante y artículos 128 a 131 LGSS,

porque, de apreciarse este motivo del recurso, carecería de sentido entrar en el análisis de los restantes. Solicita el recurrente, en base a esa infracción, la declaración de nulidad del despido por entender que éste no obedece a las causas económicas alegadas por la empresa sino que trae su causa de la prolongada situación de IT en la que el trabajador se encontraba. Además, y aunque no lo expresa abiertamente, parece que también el recurrente alega que el despido puede obedecer al hecho de que el trabajador hubiese interpuesto en su día una demanda por despido que finalizó con declaración de improcedencia y readmisión del trabajador. Denuncia, en definitiva, el recurrente, aunque no lo formule con la claridad necesaria, que el despido del demandante implica vulneración de derechos fundamentales.

Conviene recordar que la selección de trabajadores afectados en un despido objetivo por causa económica corresponde en principio al empresario, que su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección implique violación de derechos fundamentales (STS 15. 10.2003 –Rec.1205/2003-), y que cuando, como es el caso, se alegue discriminación (por enfermedad) o violación de derechos fundamentales (por vulneración de la garantía de indemnidad) corresponde a quien la alega probar, siquiera sea por medio de indicios, la presunción de verosimilitud de la vulneración alegada y sólo cuando queda acreditada la existencia de indicios corresponderá al empresario probar la justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas.

El recurrente no ha logrado probar esa presunción de verosimilitud en instancia porque la sentencia, en su fundamento jurídico 4, después de explicar que no puede ponerse en duda que la necesidad de la extinción del contrato de trabajo viene justificada por la reducción de ventas de la empresa, asevera que *“en modo alguno cabe hablar de vulneración de derechos fundamentales por el hecho de que la empresa hubiese elegido al demandante por encontrarse en situación de IT”* y que *“tampoco cabe hablar de represalia contra el actor por haber interpuesto demanda por despido en un juicio anterior cuando en dicho proceso ya quedó acreditado que F., desde el 31.01. 2011, ante el descenso de ventas, había decidido amortizar su puesto de trabajo”*.

Frente a este contundente planteamiento, el recurrente, a lo largo de 10 folios, trata de demostrar que la juzgadora de instancia se equivoca y que la verdadera razón del despido no son las causas económicas sino la situación de *“enfermedad tan prolongada”* del trabajador o, alternativamente, una represalia por el litigio que en su día enfrentó al trabajador con la empresa. Pero no logra hilar un argumentario coherente que conduzca a apreciar una actuación ilícita de la empresa. El recurrente vierte en su extenso discurso un desordenado cúmulo de datos, manifestaciones de parte y discrepancias sobre la valoración de la prueba realizada por la jueza *“a quo”*, buscando sustituir el convencimiento alcanzado por la juzgadora, tras el examen de los medios de prueba, por su propio criterio. El motivo debe, por ello, ser desestimado.

Conviene, ello no obstante, poner de manifiesto que, por lo que a la garantía de indemnidad se refiere, del hecho de que a la extinción precediera un despido no puede inferirse, sin más, que la actuación de la empresa constituye una represalia. Y que tampoco puede apreciarse vulneración de derechos fundamentales por el hecho de que el trabajador se encuentre en IT porque, como se sabe, reiterada doctrina jurisprudencial mantiene que la enfermedad, en sentido genérico, no es un factor discriminatorio en el

sentido estricto que este término tiene en el artículo 14 CE (STS 23.05.05 – Rec.2639/2004-) y que desde una perspectiva estrictamente funcional la incapacidad para el trabajo no puede ser considerada como un factor discriminatorio en el ámbito del contrato de trabajo (STS 29.01.01 –Rec.1566/2000-) por cuanto se trata de una contingencia inherente a la condición humana –no específica de un grupo o colectivo de trabajadores- cuyo acaecimiento puede determinar, cuando se produce con frecuencia inusitada, que el mantenimiento del contrato de trabajo no se considere rentable por parte de la empresa; de ahí que si el empresario decide despedir al trabajador afectado podría, ciertamente, incurrir en conducta ilícita si no demuestra la concurrencia de la causa de despido, pero no en una actuación viciada de nulidad por discriminación (STS 13.02.08 –Rec.4739/2006-).

TERCERO.- En los motivos primero, segundo, tercero y cuarto se insta la revisión de los hechos probados en la sentencia de instancia.

Solicita en primer término el recurrente (Motivo I) la revisión de los datos contenidos en el hecho probado primero al entender que la sentencia yerra al indicar que el trabajador ostenta la categoría de “*viajante*” cuando la correcta es la de “*comercial*”; y que también es equivocado el salario que en ella se acredita como probado (56,91 euros/día, salario promedio, con inclusión de pagas extras y comisiones) ya que, en aplicación de lo establecido en el Convenio Colectivo aplicable, a partir de enero de 2012 tendría derecho el trabajador a percibir la cuantía correspondiente a un quinquenio y, por ello, dicho quinquenio habría de ser tenido en cuenta para fijar el salario del trabajador a los efectos de determinar los efectos económicos de la improcedencia o nulidad de la extinción en el caso de que de resultas del recurso se revisara la calificación de procedente que ha merecido en instancia. En consonancia a las modificaciones que propugna propone el recurrente una nueva redacción que al constar en el escrito de formalización del recurso, damos por reproducida.

El motivo no puede ser estimado porque, aunque la modificación referida a la categoría profesional cuenta con el suficiente apoyo documental, no se acierta a ver la trascendencia que pueda tener para resolución del juicio y porque la modificación relativa a la cuantía del salario no encierra, en realidad, revisión de error alguno, porque lo que el recurrente cuestiona es la correcta aplicación de la norma a la hora de determinar el salario, que es una cuestión que debe plantearse con otro amparo procesal (el que ofrece el 193.1.c LRJS para instar la censura jurídica).

Tampoco puede estimarse la revisión de hecho probado segundo en sus párrafos tercero, cuarto, quinto, sexto y último (Motivo II) por no concurrir los requisitos precisos para la revisión de hechos probados. En efecto, para las modificaciones referidas a los párrafos tercero, cuarto, quinto y último ofrece el recurrente como apoyo la grabación del juicio, instrumento que resulta ser inadecuado para la revisión de hechos probados como indubitadamente mantiene la STS de 16 de junio de 2011 (Rec.3983/2010) al afirmar que “*la grabación de audio y vídeo no tiene naturaleza de prueba documental, a efectos de fundar una revisión de hechos probados*”. Por otro lado, el recurrente insta también la modificación del párrafo sexto pero no acierta a decir en qué documento o pericia basa la modificación pretendida ni es posible deducir qué trascendencia puede tener para el pleito, habida cuenta de que la redacción alternativa propuesta apenas difiere del texto contenido en la sentencia.

Esta última razón es la que conduce a desestimar la revisión del párrafo tres del hecho probado tercero (Motivo III) en el que el recurrente pretende que se introduzca el dato de que *“el número de comerciales en plantilla era de cuatro”*. Con independencia de que no se acierta a ver qué peso específico pueda tener este dato de cara a la resolución del litigio, la modificación no viene sustentada por documento o pericia alguna, alegándose como único apoyo las declaraciones de testigos recogidas en la grabación del juicio que, como ya se indicó anteriormente, no constituye instrumento válido para sustentar la revisión de hechos probados.

Idéntica suerte desestimatoria merece la revisión del hecho probado cuarto (Motivo IV) para el que el recurrente propone una nueva redacción que coincide enteramente con lo señalado en la sentencia (que durante los años 2009 y 2010 el único trabajador despedido ha sido el actor y que la elección del actor ha venido motivada por encontrarse en IT desde el mes de abril), salvo una parte: aquella en la que la sentencia acredita probado que la situación de IT comenzó al día siguiente de recibir la comunicación de readmisión en la empresa tras un anterior despido que había sido declarado improcedente. En realidad, lo que el recurrente interesa es la supresión de ese dato que la sentencia tiene por acreditado.

Aduce para ello que desconoce *“de donde obtiene esa información la magistrada de instancia”* ya que sólo hizo referencia a esa cuestión el letrado de la demandada y que *“dar valor de hecho probado a una simple manifestación de parte interesada es vulnerar todo principio de seguridad jurídica, imparcialidad de los órganos judiciales y racionalidad”*. No ha advertido el recurrente que, en el fundamento de derecho primero, explicita la magistrada de instancia los documentos, pericias e interrogatorios que apoyan cada uno de los hechos probados, incluido, claro está, el cuarto. Por contra, para conseguir la supresión de los datos que en opinión del recurrente vulneran buena parte de los principios esenciales del Derecho, no se aporta documento o pericia alguna en la que basar la modificación que se pretende (únicamente alude el recurrente a un aviso de correos) lo que conduce a desestimar la modificación propuesta.

Si bien se mira, no parece que el recurrente persiga evidenciar la existencia de un error cometido por la magistrada de instancia sino ofrecer su peculiar versión sobre los hechos. A este respecto, conviene recordar que la doctrina constitucional (por todas, sentencia 44/1.989, de 20 de febrero) ha señalado, con relación a la valoración de la prueba, que *“por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia”*. Y esta libertad del órgano judicial para la libre valoración de la prueba, implica, como también señala el Tribunal Constitucional (sentencia 175/1.985, de 15 de febrero) que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas.

Solicita también la revisión de los hechos contenidos en los párrafos 3º y 4º del hecho probado cuarto en los que se afirma que la empresa abonaba las nóminas del trabajador con retraso y se detalla, mes a mes, el día en el que fueron abonadas. Tampoco puede acogerse esta alegación porque la modificación propuesta no añade nada que en la sentencia no quede reflejado y porque el recurrente apoya su pretensión de revisión en documentos privados (justificantes de transferencias y documentos

bancarios de similar naturaleza) que, como se sabe, no son idóneos para sustentar la revisión de hechos probados.

CUARTO.- En los motivos quinto, sexto, séptimo, octavo y noveno, articula el recurrente la censura jurídica.

Inicialmente y al amparo del artículo 193.c LRJS, denuncia el recurrente la infracción del artículo 97.2 LRJS por cuanto en los hechos probados primero y segundo no se acompaña a la relación fáctica la indicación de las pruebas obrantes en autos que le dan sustento (Motivo V). El motivo no puede ser estimado porque una lectura de la sentencia evidencia que ésta cumple todos los requerimientos contenidos en el artículo 97.2 LRJS: resume suficientemente los hechos objeto de debate; se pronuncia sobre todas las cuestiones planteadas en el pleito y, por lo que aquí importa, se indican los elementos de convicción que sustentan los hechos probados que aparecen minuciosamente relacionados en el Fundamento Primero.

El sexto motivo del recurso, por su parte, sostiene que la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 26 ET en relación con los artículos 50, 52 y 53 del Convenio Colectivo de la industria Siderometalúrgica de la provincia de Alicante, dado que considera el recurrente que la sentencia debería reflejar el salario correspondiente al año 2012 (esto es, y según su cálculo, 58,69 euros diarios). Antes de examinar este motivo de censura jurídica, esta Sala debe recordar que este motivo de suplicación no sólo exige citar los preceptos o la doctrina jurisprudencial presuntamente infringida, sino que pide también argumentar jurídicamente qué infracción ha cometido el magistrado de instancia que deba ser corregida por el Tribunal “*ad quem*”. Aunque el recurrente incumple éste último requisito y ello sería suficiente para rechazar este motivo del recurso, la Sala estima que en aras a garantizar la tutela judicial efectiva del recurrente, sin causar indefensión a la contraparte, puede examinarse la censura jurídica planteada incorrectamente.

Como acertadamente razona la magistrada de instancia, en consonancia con reiterada y pacífica doctrina jurisprudencial (por todas: STS 30.05.03 –Rec.2754/2002-; 27.09.04 –Rec.4911/2003- y 11.05.05 –Rec.5737/2004-), el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido debe ser el que corresponde al trabajador en el momento del despido y, en el momento del despido (noviembre 2011), el trabajador no tiene derecho a percibir el salario que resultaría de aplicar la revisión salarial prevista en Convenio porque esa revisión tendrá lugar después de producida la extinción (a 31.12. 2011), y no tiene tampoco derecho a percibir el complemento de antigüedad que, en atención a su fecha de ingreso en la empresa, sólo podría percibir a partir de enero de 2012. Por ello, el motivo debe ser desestimado.

Se alega en el séptimo motivo del recurso la infracción de lo dispuesto en los artículos 33.2; 33.8 y 53.1 ET y 122.3 LRJS; así como la doctrina jurisprudencial sentada en las STS 26.07.2005; 23.09.2005 y 13.10.2005 y la doctrina judicial establecida en la STSJ de Valencia de 14.12.2000. Entiende el recurrente que la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 53.1 ET y el artículo 122.3 LRJS al declarar la procedencia del despido ya que, en aplicación de esos preceptos, debería haber declarado su improcedencia porque no se cumplen los requisitos formales exigidos para el despido objetivo, concretamente, el requisito relativo a la comunicación escrita al trabajador (en tanto que el documento que la empresa envía al trabajador no es

la comunicación extintiva) y el relativo a la puesta a disposición de la indemnización (puesto que la empresa puso a disposición del demandante el 60% de la indemnización).

(a) Por lo que hace a la exigencia de la comunicación escrita, un repaso de los datos contenidos en el hecho probado segundo evidencia que el día 19 de octubre de 2011 la empresa hace una transferencia al trabajador (3.414 euros) indicando en el concepto “*indemnización por despido*”, entrega copia de la comunicación extintiva a la representación de los trabajadores (Delegado de Personal) y envía al trabajador un burofax en el que, en lugar de la comunicación extintiva del despido, contiene un “*report*” de otro burofax enviado al mismo trabajador en el mes de febrero. El trabajador tiene noticia de su despido porque al día siguiente (20 de octubre) el Delegado de Personal le llamó por teléfono para informarle de que había firmado una carta en virtud de la cual la empresa procedía a su despido y también porque en dos ocasiones que la esposa del trabajador acudió a la empresa para entregar los partes de baja había hablado de ello con el administrativo que, además, en la última ocasión (22 de noviembre), se negó a recoger el parte de baja alegando que el trabajador estaba despedido desde el 2 de noviembre. El 14 de noviembre el trabajador interpone demanda de conciliación ante el SMAC por despido, de la que se siguieron las actuaciones que dan lugar al presente recurso. En el acto de conciliación el trabajador manifiesta que no ha recibido la comunicación extintiva de la empresa y que el burofax que recibió contiene un “*report*” de otro burofax que la empresa le había enviado en el mes de febrero. Le empresa le entrega, entonces, una copia de la comunicación extintiva que, con fecha 19.10.11 le anuncia la extinción de su contrato por causas económicas con efectos el 2 de noviembre, refiere la puesta a su disposición de la indemnización y le concede un preaviso de 15 días.

El recurrente tiene razón cuando afirma que la sentencia infringe lo dispuesto en el artículo 53.1 ET porque de los hechos probados se deduce que la empresa no cumple el requisito formal de comunicar por escrito al trabajador la causa motivadora de la extinción y este defecto formal tiene como efecto la declaración de improcedencia de la extinción. A este respecto, y a mayor abundamiento, conviene tener en cuenta que es pacíficamente admitido que la posterior observancia por el empresario de los requisitos de forma incumplidos no constituye en ningún caso subsanación del primitivo despido; y que, en el procedimiento de extinción por causas objetivas, se exige que la comunicación escrita y la puesta a disposición de la indemnización hayan de hacerse simultáneamente. Procede, por ello, estimar esta alegación.

La magistrada de instancia entiende que el defecto no obliga en este caso a declarar la improcedencia de la extinción por dos motivos. Por un lado, porque aunque la empresa, por error, no envió la comunicación extintiva al trabajador, debe entenderse que la finalidad que cumple la comunicación (evitar la indefensión del trabajador) puede tenerse por cubierta ya que el trabajador conocía la existencia de su despido por otros medios (había recibido una transferencia en la que se indicaba que se trataba de la indemnización por despido; el delegado de personal de la empresa le dijo que había firmado la carta; el administrativo de la empresa rechazó su último parte de baja aduciendo que estaba despedido) y, por otro lado, porque el relato de los hechos probados evidencia que la empresa muestra voluntad de cumplir los requisitos formales de la extinción, incluida la notificación al trabajador, por cuanto le envía a éste un burofax en el que cree comunicarle la extinción, y le entrega copia de la comunicación extintiva al Delegado de Personal. Partiendo de esa base, afirma la magistrada que,

como ya ha tenido ocasión de señalar la jurisprudencia, no cabe imputar los defectos en la notificación a quien ha puesto para ello todos los medios adecuados a la finalidad perseguida (FJ tercero).

Sin desconocer que el relato de los hechos probados apunta a que, en efecto, la ausencia de comunicación escrita obedece a un error de la empresa (el hecho de que entregue copia al Delegado de Personal es un dato muy expresivo en este sentido), es lo cierto que la dicción de la norma no deja margen a la interpretación y que su tenor no permite entender que la ausencia de comunicación escrita pueda ser compensada si concurren en el caso motivos suficientes para concluir que no se ha producido una situación de indefensión del trabajador. En este sentido, es significativo observar cómo, con respecto a la exigencia de comunicación escrita al trabajador, la jurisprudencia se ha mostrado especialmente celosa en la exigencia de su estricto cumplimiento y no ha admitido mecanismo alguno que atempere su exigencia como sí ocurre con el requisito relativo a la indemnización que, de algún modo, se ha visto flexibilizado a través de la doctrina del error excusable en el cálculo de su cuantía y de la admisión de diversos medios para articular el cumplimiento de la puesta a disposición.

Aplicando estas consideraciones al concreto asunto enjuiciado ha de concluirse que la ausencia de comunicación escrita al trabajador debía haber conducido a la declaración de improcedencia de la extinción, por lo que al no haberlo entendido así la juzgadora "*a quo*" ha incurrido en la infracción que se postula en el motivo, que debe ser estimado.

(b) No puede prosperar, por el contrario, la segunda de las alegaciones que dan cuerpo al motivo séptimo del recurso y que denuncia la infracción del artículo 33.2 y 33.8 ET por cuanto la empresa puso a disposición del trabajador la cuantía correspondiente al 60% de la indemnización y entiende el recurrente que ello implica una actitud prepotente de la empresa que, además, carece de cobertura legal porque "*la empresa disponía de liquidez suficiente para abonar la totalidad de la indemnización*". Teniendo en cuenta que la responsabilidad que a FOGASA incumbe con respecto al pago de parte de la indemnización en empresas de menos de 25 trabajadores –como es el caso- es una responsabilidad directa, que opera con independencia de la situación patrimonial de la empresa, no se acierta a ver en qué consiste la infracción denunciada.

Yendo al fondo del asunto, el octavo motivo del recurso denuncia infracción del artículo 52.c ET por entender que no queda acreditada la causa económica en la que la extinción se basa, ni la razonabilidad de la decisión extintiva adoptada. Habiéndose concluido ya que el despido debía haber sido declarado improcedente por defectos formales (falta de comunicación escrita) no procede analizar, por razones de economía procesal, este motivo por cuanto su estimación conduciría, igualmente, a la declaración de improcedencia de la extinción.

QUINTO.- En consecuencia, el recurso debe ser estimado, declarando la improcedencia de la extinción contractual que en instancia se tuvo por procedente. Aunque el confuso suplico del recurso no solicite de abono de indemnización alguna, ha de entenderse que esta petición se encuentra implícita en la genérica solicitud de declaración de improcedencia del despido y, por ello, a esta declaración han de anudarse los efectos previstos en la norma (art. 56 ET): la opción empresarial entre la readmisión o el abono de la indemnización correspondiente que, en este caso, atendiendo a la fecha

en que el despido se produjo (2 de noviembre de 2011) y en aplicación de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012, es de 45 días de salario por año de servicio con un tope máximo de 42 mensualidades, esto es, **13.018,16 €**.

Habida cuenta de que la empresa ya ha abonado 3.414 euros al trabajador en concepto de indemnización, de optarse por la readmisión el trabajador tendrá que reintegrar la indemnización percibida y de optarse por la indemnización se deducirá de ésta la ya percibida.

En ambos casos tiene el trabajador derecho a percibir salarios de tramitación (salvo por los días que permanezca en IT). Aunque el RDL 3/2012 de 10 (RCL 2012, 147) excluye el derecho a percibir los salarios de tramitación en los supuestos de improcedencia del despido, cabe mantener que los despidos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 3/2012 se rigen a todos los efectos materiales por la norma vigente cuando se produjeron. No otra puede ser la conclusión habida cuenta de que el art. 2.3 CC no permite que las normas desplieguen efectos retroactivos sobre situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor y dado que la situación jurídica que da lugar a la percepción de los salarios de tramitación se crea con el despido (que tiene carácter constitutivo de la extinción) y no con su posterior calificación judicial (que sólo tiene un carácter declarativo acerca de la licitud de la extinción que el despido opera) (En este sentido, JS nº 1 Valencia, 29.02.12, sentencia nº 106/2012; STSJ Castilla y León 15.03.12 –Rec.123/2012-; STSJ País Vasco 21.02.12 –Rec.221/2012-; TSJ Extremadura 29.03.2012 –Rec. 27/2012-; y TSJ Galicia 23.04.2012 –Rec.5228/2011-). Teniendo en cuenta que el despido tuvo lugar el 2 de noviembre de 2011, ha de concluirse que no resulta de aplicación lo establecido en el RDL 3/2012 respecto del derecho a percibir salarios de tramitación.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. J.C.P.A.contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Alicante, de fecha 22 de marzo de 2012, recaída en el procedimiento número 1005/2011, sobre extinción del contrato de trabajo, revocando la resolución recurrida y declarando la improcedencia del despido, y condenamos a F. SL a readmitir al recurrente en su puesto de trabajo en las mismas condiciones o, a su opción, a que le indemnice en la cantidad de **13.018,16 €** condenándole a pagar en todo caso, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, a razón de 56,91 €/día, descontando los días que el trabajador haya permanecido en situación de incapacidad temporal.

Sentencia núm. 2.299, de 25 de septiembre de 2012

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS. Tramitación de expediente de incapacidad permanente. Se declara al actor afecto de una incapacidad permanente en grado de total cualificada por razón de la edad para la profesión habitual, derivada de enfermedad común. Solicitud revisión grado de incapacidad: absoluta para todo trabajo. Estimación.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta para toda profesión u oficio, derivada de enfermedad común. Condena al instituto demandado a abonar una prestación del 100% de la base reguladora más los incrementos y actualizaciones que hubiere lugar, así como la compensación de las prestaciones reconocidas por la Entidad Gestora, ya abonadas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las dolencias que padece el demandante y las secuelas que de ellas se derivan no le incapacitan para el ejercicio de cualquier profesión u oficio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente absoluta, interpone la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social –en adelante, INSS- recurso de suplicación, y lo hace en base a un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1995 –aunque dada la fecha de la sentencia la ley procesal aplicable sería la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, de conformidad con su disposición transitoria segunda-, en el que se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por la entidad gestora recurrente, que las dolencias que padece el demandante y las secuelas que de ellas derivan no le incapacitan para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, pues la EPOC es muy leve y el trastorno mixto ansioso depresivo es igualmente de grado leve moderado.

2. Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte el artículo 137.5 del mismo texto legal

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

3. Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia se desprende que en la parte actora no concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente absoluta. En efecto, si atendemos al cuadro clínico descrito en el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, nos encontramos que se dice en él que el demandante presenta una discapacidad significativa para esfuerzos físicos que eleven la presión abdominal, así como para flexoextensiones del tronco, consecuencia, al parecer, del tratamiento al que fue sometido para combatir un adenocarcinoma rectal del que no presentaba recidiva al tiempo de ser evaluado. Es verdad que además de esto también se describe en el hecho probado cuarto una EPOC y un trastorno mixto ansioso depresivo, pero ambos son de carácter moderados, por lo que el conjunto de tales dolencias no impedirían al demandante realizar trabajos livianos o sedentarios, sin perjuicio de los periodos de incapacidad temporal que pudieran ser convenientes en cuando la sintomatología depresiva así lo aconseje.

4. Es por ello que procede estimar el recurso del INSS contra la sentencia de instancia y, con desestimación de la demanda, confirmar la resolución administrativa impugnada.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de Benidorm de fecha 3 de febrero de 2012 en virtud de demanda presentada a instancia de DON G.R.L.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de la presentes actuaciones absolvemos al organismo demandado de la reclamación formulada contra él.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.308, de 25 de septiembre de 2012

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA), que solicita prestación de incapacidad permanente, la cual le es denegada al no alcanzar las lesiones que padece grado suficiente para ser constitutivas de la misma. El actor trabaja como electricista debiendo permanecer en bipedestación mucho tiempo.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para permanecer largo tiempo en bipedestación, situación en la que se encuentra constantemente al realizar sus tareas como electricista. Declara al actor en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de la profesión habitual, derivada de enfermedad común, con derecho a una pensión vitalicia a abonar por parte de la entidad gestora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia del Juzgado que desestima las pretensiones ejercitadas por el demandante en materia de incapacidad permanente, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El indicado recurso se compone de un único motivo formulado al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en el que se denuncia la infracción del art. 137.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social al entender que la sentencia de instancia confunde bipedestación con deambulación y deniega la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual al considerar que el oficio de electricista no exige deambulaciones prolongadas, de más de dos horas, y que además al estar afiliado al RETA puede contar con auxiliares en la realización de las tareas más pesadas, cuando lo cierto es que la mayoría de las ocupaciones de un electricista se han de realizar de pie y son las mismas tanto si trabaja por cuenta de otro como por su propia cuenta.

Conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Supremo contenida entre otras coincidentes sentencias de 9 de febrero de 1987 (RJ 1987, 816) y 28 de octubre de 1988 (RJ 1988, 8171), la valoración de la invalidez permanente en cualquiera de sus grados ha de llevarse a cabo atendiendo, fundamentalmente, a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador que únicamente podrá ser declarado en situación de invalidez permanente total cuando las dificultades derivadas de sus lesiones le inhabilitan para desarrollar todas o las más importantes tareas de su

profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia (TS 26-2-79 [RJ 1979\652]) y con rendimiento económico aprovechable (TCT 26-1-82) y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS 16-2-87 [RJ 1987\869], 6-11-87 [RJ 1987\7831]).

En el presente caso del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se evidencia que el demandante padece varices en miembros inferiores con limitaciones orgánicas y funcionales de insuficiencia venosa en dichos miembros y que a pesar de la intervención sigue con notables cordones venosos en ambas piernas, con signos de insuficiencia venosa que le limita para tareas de bipedestación muy prolongadas. Puestas en relación las referidas limitaciones orgánicas y funcionales con la profesión habitual del actor que es la de electricista cuyas principales tareas son la realización de instalaciones y reparaciones relacionadas con la electricidad, especialmente en máquinas e iluminación, ocupaciones que normalmente se han de llevar a cabo en bipedestación mantenida, lleva a concluir que la situación del actor es incardinable en el apartado 4 del art. 137 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción original, vigente por mor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta bis del mismo texto legal, sin que el hecho de que el actor pueda auxiliarse de otras personas para la realización de sus tareas profesionales dada su condición de trabajador autónomo, obste a la conclusión expuesta ya que aun cuando se auxilie de colaboradores o de trabajadores asalariados a su cargo difícilmente podrá eludir la bipedestación mantenida que exige de forma habitual el desempeño de su trabajo, todo lo cual lleva a estimar el recurso y revocar la sentencia impugnada, declarando al demandante en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad común con derecho a percibir una pensión vitalicia y mensual del 55% de la base reguladora no controvertida de 359,90 euros mensuales y efectos no discutidos de 27 de julio de 2010.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. P.G.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cuatro de los de Alicante y su provincia, de fecha 14 de diciembre de 2011 y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia, estimando la demanda interpuesta contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y declaramos al demandante D. P.G.S. en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y a abonar al demandante una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador de 359,90 euros mensuales, más los incrementos legales correspondientes y con efectos de 27 de julio de 2010.

Sentencia núm. 2.316, de 25 de septiembre de 2012

Materia: Prestaciones de seguridad social. Trabajador afiliado en el RGSS, que presta sus servicios como conductor de basura. Mediante resolución del INSS se le reconoció una incapacidad permanente total para su trabajo derivada de enfermedad común. Posteriormente, se produce una revisión del grado de invalidez por variación en las lesiones. El actor no se encuentra afecto de IP por mejoría observada y por tanto no tiene derecho a recibir la prestación. Disconformidad con la resolución. Solicitud reconocimiento situación de invalidez. Falta de motivación de la resolución impugnada.

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

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. El actor tiene derecho a percibir una pensión vitalicia mensual con las mejoras, revalorizaciones, limitaciones y efectos económicos que legalmente procedan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en tres motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), “para reponer los autos al estado en el que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión”. Argumenta en síntesis que la sentencia de instancia adolece de una clara y manifiesta falta de motivación que producía indefensión “ya que se limita a argumentar que ha habido mejoría de las dolencias sufridas por el actor que justifica la revisión declarada en cuanto a la permanencia en la actora de las mismas patologías no es suficiente para mantener el grado de incapacidad, únicamente recogiendo las limitaciones establecidas en el parte médico de síntesis aportado por el INSS y sin conectar en absoluto estas dolencias que dice acreditadas con los requerimientos físicos exigidos por la profesión habitual del actor, la de conductor-operario de limpieza de vías públicas y recogida de residuos”.

2. Como el Tribunal Constitucional viene indicando (véase por todas su sentencia de 24 de julio de 2006 que cita muchas otras), “...la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; y 214/2000, de 18 de septiembre). También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6 31).

Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2 ; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; y 5/1986, de 21 de enero , entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3 ; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6).

3. La sentencia de instancia recayó en proceso donde se reclamaba por el actor la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual que había sido revisada por mejoría, y dejada sin efecto desde el día 1 de octubre de 2010.

4. En los hechos probados 3º, 6º y 8º se recogen las dolencias sufridas por el actor y que motivaron su inicial declaración de incapacidad permanente (3º) y las que el actor presenta en la actualidad (6º y 8º), y en el fundamento jurídico segundo, sobre esa base fáctica argumenta "...que se aprecia la mejoría con su anterior estado limitativo que presentaba: ánimo deprimido, labilidad emocional y tratamiento con Prozac, en tratamiento de deshabitación a consumo de alcohol, insulino terapia, sintomatología de ansiedad. Por lo que se concluye que tiene capacidad residual para poder ejercer las tareas fundamentales de su profesión de conductor camión de recogida de basura y no se considera que las limitaciones actuales sigan impidiendo desarrollar su trabajo con la profesionalidad e idoneidad suficientes. Se considera que está acreditada la mejoría de la parte actora que justifica la revocación de la IP total para su profesión, como se desprende de los informes médicos especializados de la sanidad pública y del INSS que obran en la prueba y de las propias conclusiones del informe médico de síntesis que aprecia menores limitaciones a las que motivaron en su día que se le reconociera la IP total por el INSS y en concreto por el informe de 11/11/10 de servicio de digestivo (doc 11 del ramo del actor) en el que el especialista que trata el actor expone su actual situación a la fecha del hecho causante. Y ello ante la ausencia de otros informes públicos que acrediten la situación actual que se alega de no mejoría por el actor, ya que del examen comparativo de la situación de la parte actora cuando se reconoció su IP total y las limitaciones que presenta en la actualidad, se aprecia mejoría bastante para variar su grado de incapacidad y dejarla sin efecto. Y no es posible tener en consideración los informes médicos aportados de fechas muy posteriores al hecho causante y sobre enfermedades y limitaciones que no son crónicas y permanentes a la fecha del hecho causante, sino que están todavía en observación o tratamiento y no estaban presentes ni habían aparecido en la propia fecha del hecho causante, por lo que no pueden ser objeto de examen a efectos de la incapacidad permanente que se pide y sin perjuicio del derecho del actor a solicitar nueva incapacidad por nuevas lesiones permanentes.

5. El examen de la resolución impugnada en relación con la doctrina constitucional de referencia, lleva a la Sala a la convicción de que a través de la misma

se puede conocer perfectamente las razones de la decisión que contiene, posibilitando su control mediante el sistema de recursos, conteniendo los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (la comparación exigida por el artículo 143.2 del TRLGSS, según se indica en su fundamento jurídico segundo, debiendo estimarse que la misma es consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad; se podrá estar o no de acuerdo con la decisión finalmente adoptada, pero la misma no adolece de falta de motivación, por lo que este motivo se desestima.

SEGUNDO.- 1. El siguiente motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.b) de la LJS propugnando la revisión del hecho probado 6º del que ofrece esta redacción: “SEXTO: La parte actora padece las siguientes dolencias y secuelas: Pancreatitis crónica, con destrucción de cola y cuerpo de páncreas, Pseudoquistes ascésicos, Diabetes Mellitus, Serología con VHC positiva, trastorno ansioso depresivo, vértigo periférico, enolismo crónico, cardiopatía isquémica crónica y descompensación hiperglucémica crónica. El actor se encuentra limitado para actividades de altos requerimientos energéticos y esfuerzos físicos intensos”.

2. La revisión propuesta debe seguir esta suerte: A) La basada en la cita genérica de los documentos obrantes a los folios 20, 21 y 22 de los autos, olvida que como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas", de ahí que no deba prosperar la primera parte de la modificación fáctica propuesta (“Pancreatitis crónica, con destrucción de cola y cuerpo de páncreas, Pseudoquistes ascésicos, Diabetes Mellitus, Serología con VHC positiva, trastorno ansioso depresivo”). B) En lo que hace al “Scacest Inferior” cuya inclusión en el relato histórico no se expresa quizá por referencia al hecho probado 8º en que se alude al mismo, basta dejar esa constancia que implica apreciar reiteración para su rechazo. C) En cuanto al vértigo periférico, se basa en una hoja de Urgencias del Hospital de Elda (ingresó en 29-10-2011 siendo dado de alta en la misma fecha por mejoría de los síntomas) que diagnostica ese vértigo periférico como “probable” y no consta ulterior evolución de esa dolencia, por lo que no cabe considerarla como permanente sino meramente episódica. D) Respecto al enolismo crónico, cardiopatía isquémica crónica y descompensación hiperglucémica crónica, se basa también en una hoja de informe de alta hospitalaria de fecha 9 de diciembre de 2011 (ingresó en 3 de diciembre de 2011), donde consta como “otros diagnósticos”, el enolismo crónico y la cardiopatía isquémica crónica, por lo que en estos aspectos la revisión se acepta, no así en cuanto a la descompensación hiperglucémica no cetósica que fue lo que motivó el ingreso hospitalario, pero cuyo carácter crónico no consta.

TERCERO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando “infracción, por aplicación indebida, de lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social y en el artículo 12.2 de la Orden Ministerial de 15 de abril de 1969, y en la jurisprudencia sobre los mismos”. Argumenta en síntesis que aún respetando los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, el actor seguiría imposibilitado para la

realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual de conductor-operario de recogida de residuos urbanos que requiere enormes y constantes esfuerzos, y que la revisión prevista en el artículo 143.2 de la LGSS requiere en caso de mejoría una recuperación importante de la capacidad laboral perdida, es decir “un restablecimiento o curación de las secuelas físicas o psíquicas que en su día determinaron la anulación de la capacidad profesional”, no bastando el mero alivio de las dolencias si, a la vez no suponen una recuperación de su capacidad laboral para desarrollar su trabajo en condiciones habituales y con un rendimiento y eficacia normales.

2. El instituto de la revisión por mejoría o agravación regulado en el artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social, de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2005), exige “conceptualmente la comparación entre dos situaciones: la contemplada en la resolución que concedió la prestación, declarando el grado que se pretende revisar, y el estado actual del beneficiario, de tal modo que si la situación ha mejorado deberá efectuarse la revisión a la baja, pero si el estado actual del beneficiario coincide con el pretérito que dio lugar al reconocimiento, no puede efectuarse la revisión por mejoría...”.

3. El cuadro clínico que dio lugar a la concesión al actor de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual era el siguiente (según consta en el inalterado ordinal 2º del relato histórico): “Pancreatitis crónica con destrucción de cola y cuerpo de pancreas, pseudoquiste ascetificado drenado en julio-03, diabetes secundaria en tratamiento con insulina, serología con VHC positivo, en tratamiento de deshabitación a sustancia tóxica en UCA, trastorno ansioso depresivo. Y limitaciones: ánimo deprimido, labilidad emocional y tratamiento con Prozac, en tratamiento de deshabitación a consumo de alcohol, insulino terapia, sintomatología de ansiedad.

4. El cuadro clínico que presenta en la actualidad (hechos probados 6º y 8º con las modificaciones introducidas) es el siguiente: Secuelas de pancreatitis crónica, pseudoquiste ascetificado drenado en julio-03, diabetes secundaria en tratamiento con insulina, serología con VHC positivo con carga viral indetectable. Diagnosticado de SCACEST inferior. Enolismo crónico, cardiopatía isquémica crónica. Y limitaciones: clínicamente controlado con tratamiento médico, se realizó un TAC en 2007 observando: cabeza pancreática de tamaño normal y densidad homogénea, no se visualiza cuerpo y cola, circulación perigástrica prominente, insulino terapia, estuvo en tratamiento de deshabitación a consumo de alcohol del que está abstinentes desde hace 3 años, no psicofármacos, actualmente precisa suplemento farmacológico de enzimas pancreáticas y tratamiento con insulina, sin complicaciones o descompensaciones, mantiene peso. Limitado para actividades de altos requerimientos energéticos y esfuerzos físicos intensos.

5. Si bien las dolencias psíquicas que presentaba el actor parece que hayan remitido y está abstinentes de alcohol desde hace tres años, la pancreatitis crónica (que es su dolencia básica) sigue existiendo con sus secuelas, si a ello añadimos la cardiopatía isquémica crónica, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial contenida por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Febrero de 2006 que cita otras muchas, en la que se sostiene que en el artículo 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social cuando contempla la posibilidad de revisión de la incapacidad por mejoría o por agravación, no se alude a “las lesiones”, sino a la eventual alteración “del estado

invalidante”, de lo que se desprende que tal expresión “estado” hace referencia a la situación completa y global del incapacitado, no sólo a las concretas dolencias en que se basó el reconocimiento anterior del grado inferior de invalidez ..., todas las dolencias y secuelas del interesado han de ser apreciadas conjuntamente, a los efectos de la revisión del grado de invalidez, entendemos que el actor sigue estando en situación de incapacidad permanente y precisamente en el grado que tenía declarado (dado el tenor del artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción originaria por mor de la Disposición Transitoria Quinta bis de dicha ley) todo ello atendiendo a su profesión habitual de conductor-operario de recogida de residuos urbanos que es patente requiere enormes y constantes esfuerzos, constituyendo por ende una actividad de alto requerimiento energético y esfuerzos físicos intensos, para los que está limitado de acuerdo con lo declarado al final del hecho probado sexto. No se dan en consecuencia los requisitos para la revisión por mejoría, y el motivo se estima.

CUARTO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto en su petición subsidiaria, y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para conceder al actor la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, al encontrar sus dolencias y limitaciones funcionales su adecuado encaje, como ya se adelantó, en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en su redacción originaria, por mor de lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª bis de la Ley mencionada al no haberse producido el desarrollo reglamentario previsto en la misma. La base reguladora será la indicada en el inalterado ordinal 5º del relato histórico.

FALLO

Estimamos en su petición subsidiaria el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don R.A.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Alicante el día 9 de marzo de 2012 en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del 55% de la base reguladora de 560,03 euros mensuales, con las revalorizaciones, mejoras y limitaciones y efectos económicos que legalmente procedan condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por tales declaraciones y a que abone al actor la prestación correspondiente.

Sentencia núm. 2.344, de 25 de septiembre de 2012

Materia: Extinción de contrato. Trabajadora que presta sus servicios como dependienta para la empresa demandada. La actora se encuentra en situación de IT por contingencia común. La empresa debe a la actora dos mensualidades y no ha pagado importe alguno en concepto de prestación de IT. Gravedad del impago. Solicitud de extinción de la relación laboral e indemnización correspondiente. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La empresa empleadora ha incumplido las justas causas de extinción de la relación laboral, al incumplir de forma voluntaria, grave y reiterada sus obligaciones de pago.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia, desestima la demanda de extinción, pues aunque admite que existen incumplimientos de la empresa consistentes en el impago de los meses de Octubre, Noviembre y 11 días de Diciembre, y el impago de los complementos de IT a partir de esa fecha, en éste caso aparece como una medida desproporcionada, si bien se echa de menos la explicación sobre las razones del rechazo de la demanda, salvo el hecho de que la trabajadora obtiene directamente de la Mutua la prestación de IT.

Contra el anterior pronunciamiento, recurre en suplicación la trabajadora que en un único motivo, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS alega que la gravedad del impago se desprende, fundamentalmente, del importe total de lo debido abonar por la empresa, que en el momento de la vista oral equivalía a tres meses y medio de salario. Por ello, y con cita de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (entre ellas la de 13.07.1998, rec. 48/2008) y TSJs solicita la revocación de la sentencia de la instancia.

SEGUNDO.- Para entrar a conocer de la pretensión deducida en el recurso, es necesario conocer las pautas jurisprudenciales que han venido estableciendo el marco de valoración de incumplimientos tales como los alegados en el presente supuesto, pues como ya expuso esta Sala en sentencias de 11 de Enero del 2001, n^a 114/01 y de 16 de febrero del mismo año, (n^o 941/01), los casos de incumplimiento empresarial son no solo casuísticos sino de una variedad casi particularizada al caso concreto. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1999, que menciona la jurisprudencia de esa misma Sala, reflejada, entre otras, en las sentencias de 24 de marzo de 1992 (rec. 413/1991) 29 de diciembre de 1994 (rec. 1169/1994), 25 de septiembre de 1995 (rec. 756/1995) y 28 de septiembre de 1998 (recurso 930/1998), considera que :”Conforme a la jurisprudencia de esta Sala, cabe entender que una interpretación conjunta de los apartados b) y c) del art. 50.1 ET exige para que prospere la causa resolutoria a instancia

del trabajador basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado", que es necesaria la concurrencia del requisito de "gravedad" en el incumplimiento empresarial, y que a los efectos de determinar tal "gravedad" debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2.f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado)." La particularización de la gravedad se pone de manifiesto en otras resoluciones, como la del mismo Tribunal de fecha 13 de Julio de 1998 (rec.3688/97), en la que se entiende, al analizar si existe contradicción entre dos supuestos en que existía, respectivamente, retrasos por impago de tres meses de salario y una paga extra y otro de cuatro meses y una extra, que: "La igualdad en los supuestos de hecho en materia de extinción de contratos de trabajo por falta de pago de salarios, es difícil que pueda producirse, salvo casos excepcionales, por lo que es preciso realizar una cuidada individualización de cada uno de los casos, atendiendo a las peculiares circunstancias subjetivas y objetivas configuradoras de los mismos. La falta de pago o retrasos continuados en el abono de los salarios pactados, y su incardinación o no en el artículo 50.b del Estatuto de los Trabajadores, depende fundamentalmente de las circunstancias, datos y elementos que en cada caso específico concurren." Del mismo modo, no es lo mismo un retraso de unos días en el abono de los salarios que un impago, que coloca al trabajador en situación de impedirle cumplir, a su vez, con sus obligaciones civiles y mercantiles en el ámbito de su vida cotidiana, con las graves consecuencias que ello puede tener tanto personalmente, como para su familia y en sus obligaciones con terceros.

En relación con las prestaciones de IT cuyo incumplimiento de pago también puede estimarse causa eficiente para resolver de forma indemnizada el contrato de trabajo, nuestro Tribunal Supremo, en sentencia de 2 noviembre 1996 (rec1176/1996), en la que se recoge que: "El artículo 1258 del Código Civil, establece que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»; es decir, el precepto obliga a estar a las consecuencias lógicas del pacto libre, extendiendo la responsabilidad contractual no sólo al texto literal, sino a sus derivaciones lógicas; derivaciones en las que actúan como referencia la buena fe, el uso y la ley. Precisamente, el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974, establecía en su artículo 129.1 (hoy artículo 131 del Texto Refundido de 1994, según la redacción dada por el artículo 6.1 de la Ley 24 noviembre 1992, de Medidas Presupuestarias Urgentes), que «el subsidio, en caso de enfermedad o accidente no laboral se abona, respectivamente, a partir del decimosexto día de baja, estando a cargo del empresario el abono de la prestación al trabajador desde los días cuarto al decimoquinto de baja, ambos inclusive», y que -ordinal 2.º- «el subsidio se abonará mientras el beneficiario se encuentre en situación de incapacidad laboral transitoria -hoy incapacidad temporal, como antes se ha dicho- correspondiendo su pago, en concepto de delegado, al propio empleador. Así pues, el contrato de trabajo impone «ex lege» al empleador una doble obligación; de una parte, el pago directo de la prestación de incapacidad temporal durante los días cuarto a decimoquinto, de otra, el pago delegado de la misma, durante el tiempo posterior de enfermedad, con una duración máxima de doce meses y prórroga -artículo 127 del Texto Refundido de 1974; artículo 128 del Texto de 1994-. Ambas obligaciones derivadas «ex lege» del contrato de trabajo, y cuyo cumplimiento cabía esperar, lógicamente, en el comportamiento del empresario,

constituyen la causa rescisoria de incumplimiento grave tipificada en el artículo 50.1, c) del Estatuto de los Trabajadores, y a ello no se opone que la cobertura de incapacidad temporal forme parte de la acción protectora de la Seguridad Social, pues, en todo caso, se trata de obligaciones legales de prestación impuestas por la Ley General de la Seguridad Social al empresario en favor del trabajador, que constituyen efecto reflejo del contrato de trabajo”.

TERCERO.- En el presente supuesto consta que la trabajadora ha dejado de cobrar el salario correspondiente a su trabajo los meses de Octubre, Noviembre y los primeros 11 días de Diciembre, sin que conste, como señala la sentencia de la instancia en su hecho tercero, la concurrencia de causa alguna que justifique tales impagos, y sin que la empresa haya procedido posteriormente a la demanda, a satisfacer las cantidades devengadas como salario. Pero, además del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia también se constata que la actora está de baja por incapacidad temporal desde el día 12 de diciembre del 2011, y desde esa fecha la demandada no paga la prestación correspondiente mediante pago delegado, habiendo tenido que solicitar la prestación a la Mutua X., por incumplimiento de la empresa. Asimismo, consta que la empresa, que tiene por Convenio (art. 31 del aplicable al sector de Comercio de marroquinería), la obligación de satisfacer a la actora un complemento de las prestaciones por Incapacidad temporal, que complete hasta el 100% del salario, tampoco lo ha satisfecho, constando tal mejora impagada en la fecha de celebración de la vista oral celebrada el día 18 de abril del 2012.

La proyección de la anterior doctrina al presente caso obliga a concluir que la entidad empleadora ha incurrido en las justas causas de extinción del contrato de trabajo, tipificadas en el artículo 50.1, b) y c) del Estatuto de los Trabajadores, al haber incumplido de forma voluntaria, grave y reiterada sus obligaciones tanto salariales como en materia de Seguridad Social, con la consiguiente merma de la capacidad económica de la trabajadora accionante para atender sus necesidades más inmediatas y al no haberlo entendido así la sentencia de instancia ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas, lo que obliga a estimar el recurso y revocar la resolución impugnada, declarando la extinción del contrato de trabajo y condenando a la empresa demandada a que abone a la parte actora la cantidad prevista en el apartado 2 del artículo 50 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de Dña R.G.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º UNO de los de Benidorm, de fecha 24 de Abril del 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra M.L SL; y, en consecuencia, declaramos la extinción del contrato de trabajo que ligaba a la actora con la empresa demandada, condenando a ésta a que le indemnice en cuantía de de 19.361 euros mediante calculo a razón de 45 días/año más 799,92 a razón de 33 días/año desde el 1º3/02/2012 hasta la fecha de la presente resolución: total 20.160,92 euros.

Sentencia núm. 2.365, de 1 de octubre de 2012

Materia: Despido disciplinario. Tránsito de la buena fe contractual. Trabajador al servicio de empresa de alimentación con categoría profesional de especialista en la sección de frutería. Al actor le es de aplicación el convenio colectivo de empresa. El actor procede a cobrarse a sí mismo una compra efectuada a título personal. El vigilante de seguridad tan solo ve una operación en la caja, pero sin mostrarse la mercancía a la salida del establecimiento. El importe de la compra asciende a 2,48 €. Revocación de la sanción de despido. No se desprende consecuencias graves para la empresa ni ha habido una voluntad directa, intencional y consciente del trabajador dirigida al incumplimiento de los deberes de buena fe.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido del trabajador, declarando convalidada la extinción del contrato de trabajo sin derecho alguno a indemnización ni salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso declarando la improcedencia del despido. La conducta del actor no es merecedora de la sanción interpuesta por la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora y declaró procedente el despido sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto respecto del hecho probado cuarto que quede la frase relativa a las mercancías que llevaba el actor del siguiente modo: “cobrasen la mercancía que llevaba en una bolsa, consistente en una botella de agua, queso fresco y pan de aceite, cuyo importe ascendía a 2,48 euros, ...”, modificación fáctica que debe alcanzar éxito por cuanto así resulta del documento en que se basa.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 57 bis II y C), 1 del Convenio Colectivo Estatal de la empresa S. S.A., así como los apartados 1 y 2 d) del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que la sanción de despido debe ser objeto de interpretación restrictiva, que deben valorarse las especiales circunstancias que concurren en cada caso, que no se ha tenido en cuenta la doctrina gradualista, no hay antecedente de sanciones por algún incumplimiento contractual, ni apercibimiento, habiendo realizado la conducta del actor

a la vista de dos cajeras y de un vigilante jurado y en la zona de cajas y el pago lo hace el trabajador con su tarjeta de crédito o débito.

Los hechos declarados probados de la sentencia impugnada ponen de manifiesto que el actor el día 3-09-2011, sobre las 14:48 horas cuando se encontraba finalizando su jornada laboral se dirigió a una de las cajas existentes en el establecimiento a fin de que le cobrasen la mercancía que llevaba en una bolsa, consistente en una botella de agua, queso fresco y pan de aceite, cuyo importe ascendía a 2,48 euros, si bien la cajera se encontraba en ese momento efectuando el arqueo de caja, y le dijo que se esperase un momento, encontrándose la otra caja que en ese momento estaba abierta con una cola de dos o tres clientes esperando. A continuación, el actor se dirigió a la caja nº 6 y se realizó a sí mismo la operación, pasando la mercancía por el lector óptico y cobrándose a sí mismo. El vigilante que se encontraba presente, tan sólo vio como el actor realizaba una operación en la caja, pero sin mostrar la mercancía a su salida.

Como sostiene la doctrina del Tribunal Supremo, de la que es muestra la sentencia de 6 de octubre de 2011 (rcud. 3583/2010), en los despidos disciplinarios la decisión judicial se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, y para llegar a la conclusión de que un incumplimiento contractual es “grave y culpable” se deben, como regla, valorar todas las circunstancias concurrentes no solo en lo afectante al hecho cometido, sino también en lo relativo a la conducta y persona del trabajador y al entorno empresarial en que acontece.

Y si bien es cierto que en el Convenio Colectivo de aplicación, se considera como una falta muy grave “venderse o cobrarse a sí mismo, sin expresa autorización de la empresa”, estableciendo para tal conducta, entre otras, una sanción muy importante como es la de despido, no es menos cierto, como a continuación se argumentará, que la aplicación formal y automática del precepto, en un supuesto como el presente produciría una injusticia sino se contemplaran y ponderaran debidamente las circunstancias que concurren en el caso. Y en este sentido debe tenerse en cuenta, que el trabajador desde el principio ha tratado de aplicar los criterios empresariales intentando que le cobrasen la mercancía que llevaba en una bolsa pasando por las cajas existentes, si bien dado que una cajera se encontraba en ese momento efectuando el arqueo de caja y le dijo que esperase, mientras que la otra caja que en ese momento estaba abierta tiene una cola de dos o tres clientes esperando, el actor optó por dirigirse a la caja nº 6 y realizó por sí mismo la operación. Pero esta conducta la efectuó porque no había caja libre en ese momento, a la vista de todos, en concreto de dos cajeras y de un vigilante jurado y en la zona de cajas, sin esconderse, pasando la mercancía por el lector óptico y cobrándose así mismo, encontrándose el vigilante presente, y si bien éste tan solo se limitó a presenciar como el actor realizaba la operación en la caja, y aunque se indica que el demandante no mostró la mercancía a su salida, tampoco consta que fuera requerido para ello por el vigilante que había presenciado la operación. Sin olvidar que la resultancia fáctica deja establecido que la mercancía que llevaba el actor en una bolsa consistía en una botella de agua, queso fresco y pan de aceite, cuyo importe ascendía a 2,48 euros, por lo que no se acredita que el trabajador se apropiara de otros productos de la empresa, habiendo abonado los que se llevó. Tampoco se acredita que el empleado a lo largo de su vida laboral haya sido objeto de sanción por esta u otra causa.

Por lo que atendida la conducta del trabajador no se aprecia transgresión de la buena fe contractual que exige que la conducta del mismo este presidida por una

voluntad directa, intencional y consciente del operario dirigida al incumplimiento de los deberes de buena fe, lo que no se constata en el presente caso. Y la omisión de la exigencia empresarial por parte del trabajador no ha sido fruto de una voluntad dirigida a negar en sí la norma o a resistir su cumplimiento de forma terminante y mantenida, decidida y reiterada con el objeto de incumplir las normas de la empresa, sino un hecho episódico y puntual sin que conste ánimo de perjudicar a la empresa o incumplir sus criterios, no bastando cualquier actitud desobediente, y la conducta analizada no contiene la suficiente gravedad, transcendencia e injustificación que permita aplicar la sanción impuesta. Y al no haberlo entendido de ese modo por la sentencia impugnada, debe ser revocada previa estimación del recurso que se examina, declarando la improcedencia del despido con las legales consecuencias.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor D. G.C.C. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Alicante, de fecha 10 de febrero de 2.012, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y en su lugar con estimación de la demanda de despido debemos declarar y declaramos la improcedencia del despido del actor, estableciendo que el empresario S. S.A., en el plazo de cinco días desde la notificación de esta sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador, con abono de los salarios de tramitación, o el abono de las siguientes percepciones: indemnización de 4.584,9 euros y salarios de tramitación a razón de euros 19,72 euros diarios, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia del despido o hasta que se hubiese encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación.

Sentencia núm. 2.372, de 2 de octubre de 2012

Materia: Impugnación de alta médica. Trabajadora afiliada al RGSS.

La trabajadora presta sus servicios como limpiadora en empresa codemandada la cual tiene cubierto el riesgo de accidentes con mutua también codemandada. La trabajadora es intervenida quirúrgicamente de lesión en la mano. También tiene problemas degenerativos en rodilla que le impiden el desarrollo de su actividad laboral. En la fecha del alta médica presenta cuadro degenerativo en rodilla. Impugnación del alta.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones que en ella se contienen.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. La trabajadora tiene derecho a permanecer en situación de baja. Queda probado que las lesiones que padece la actora no estaban consolidadas pues fue necesaria una intervención posterior al alta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la demandante doña I.M. la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba el alta médica cursada por la mutua X. con efectos 21 de abril de 2010.

2. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1995 –cuya aplicación en el presente recurso se deriva de la disposición transitoria segunda de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social- una amplia revisión del relato fáctico de la sentencia en los términos que pasamos a examinar:

a) Que se añada al hecho probado cuarto tras la frase “si se trata de una degeneración importante”, lo siguiente: “o si se ha producido ya una fractura a ese nivel dado el edema que parece rodear a este menisco interno”. Petición a la que se accede, pues así resulta del informe del doctor G.N. en el que se basa la propia sentencia para redactar el hecho probado y que ofrece una visión más completa de la situación del menisco en el momento en que se le practicó la resonancia magnética (febrero de 2010), pues ya entonces no se descartaba que estuviera fracturado.

b) Se propone en segundo lugar, o bien que se suprima del hecho probado cuarto las cuatro últimas líneas, o bien que se diga que responden a un informe de la mutua X. emitido el 26 de abril de 2010. Petición que se rechaza, pues lo que debe figurar en el relato de hechos probados de la sentencia es lo que la juez que presidió el acto del juicio considera probado, siendo en los fundamentos de derecho donde deberá hacer referencias a los razonamientos jurídicos que le han llevado a tal conclusión (artículo

97.2 LPL). Por tanto, el hecho de que en este caso la juez de instancia haya dado credibilidad al informe de la mutua no implica ningún error susceptible de ser corregido por el cauce previsto en el apartado b) del artículo 191 de la LPL.

c) Se solicita que se añada al hecho probado quinto un párrafo nuevo en el que se deje constancia de que el médico inspector evaluador del INSS informó el 3 de mayo de 2010 sobre la improcedencia del alta emitida por la mutua. Petición a la que se accede, pues así resulta del documento de valoración médica citado por la recurrente obrante a los folios 44 a 46 de las actuaciones que fue emitido en el procedimiento especial de revisión del alta.

d) Se interesa, a continuación, que se añadan al hecho probado quinto los siguientes extremos que se expresan resumidamente:

d.1. Que en la resonancia magnética que se le practicó a la demandante el 20 de mayo de 2010, se apreció la fractura de cuerno posterior del menisco izquierdo. Se accede, pues así resulta de la documental citada.

d.2. Que la actora asistió a rehabilitación en la que se le indicó que debía acudir al traumatólogo. Se rechaza, porque se trata de un dato intrascendente para resolver el litigio.

d.3. Que el 27 de mayo de 2010 el traumatólogo le diagnosticó la rotura en cuerno posterior menisco externo y aconsejó la intervención quirúrgica. Se rechaza, porque es reiterativo respecto del apartado d.1.

d.4. Que el 28 de mayo de 2010 el servicio médico de la empresa emitió un informe según el cual la trabajadora no se había podido incorporar a su puesto de trabajo debido a los signos inflamatorios que presentaba en la rodilla derecha, entendiéndose que debía continuar de baja hasta su recuperación. Se accede, pues así resulta del documento número 8 de la parte actora.

d.5. Que el 17 de junio de 2010 la demandante comunicó a la mutua el diagnóstico de lesión meniscal. Se rechaza, porque tampoco este dato es relevante para calificar el alta médica cursada en el mes de abril de 2010.

e) También se propone que se complete el hecho probado séptimo con los siguientes datos:

e.1. Que el 17 de septiembre de 2010 se le practicó a la demandante una menisectomía parcial artroscópica de la que fue dada de alta el 14 de abril de 2011 tras proceso de rehabilitación. Se accede, pues así resulta de los documentos que se citan en el escrito de recurso.

e.2. Que el diagnóstico de baja que figura en un parte de confirmación es de trastorno depresivo y desgarró de cartílago. Se rechaza, porque una vez constatada la intervención quirúrgica a la que fue sometida la demandante, el dato que se pretende introducir resulta irrelevante.

f) Finalmente se interesa que se añada al relato fáctico de la sentencia un hecho

nuevo en el que se deje constancia de que tras ser reconocida la demandante a instancia de la mutua por el Dr. Ll. el 8 de noviembre de 2011, este perito no fue llamado a juicio por la mutua. Petición que se rechaza no solo porque lo que se trata de introducir no es estrictamente un hecho probado, sino también porque pueden ser muchas las razones por las que el Dr. Ll. no compareció al acto del juicio, sin perjuicio de señalar que, además, también la parte actora pudo proponer su declaración en juicio.

SEGUNDO.- 1. En el segundo y último motivo se denuncia la infracción del artículo 128. 1 a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Se argumenta por la recurrente que no se cumplieron por parte de la mutua los requisitos necesarios para otorgar el alta médica, pues a la trabajadora le era imposible desarrollar las tareas habituales de su profesión de peón de limpieza.

2. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 128.1.a) de la LGSS, tendrán la consideración de situaciones determinantes de la incapacidad temporal, “las debidas a enfermedad común o profesional y a accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social y esté impedido para el trabajo, con una duración máxima de doce meses, prorrogables por otros seis cuando se presuma que durante ellos pueda el trabajador ser dado de alta médica por curación”. Dos son las condiciones exigidas por el legislador para ser tributario de la incapacidad temporal: la necesidad de recibir asistencia sanitaria y la imposibilidad temporal de prestar servicios. Por su parte, el artículo 131.bis.1 de la misma LGSS, también en sus dos primeros párrafos dispone lo siguiente: 1. El derecho al subsidio se extinguirá por el transcurso del plazo máximo establecido para la situación de incapacidad temporal de que se trate; por ser dado de alta médica el trabajador, con o sin declaración de incapacidad permanente; por haber sido reconocido al beneficiario el derecho al percibo de la pensión de jubilación; por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social; o por fallecimiento.

3. La aplicación sistemática de ambos preceptos nos conducen a la estimación del recurso. Y ello es así porque tal y como ha quedado configurado el relato de hechos probados tras las modificaciones introducidas a instancia de la parte actora, resulta que en la fecha del alta médica la demandante continuaba presentando una patología en su rodilla derecha que le impedía incorporarse a su trabajo habitual de peón de limpieza. Así se constató por el servicio médico de empresa, que a la vista de la resonancia magnética practicada el 20 de mayo de 2010 y de los signos inflamatorios que presentaba en su rodilla, informó que la trabajadora no había podido incorporarse a su trabajo habitual. Y así lo había apreciado también la médico inspectora del INSS, que en informe emitido el 3 de mayo de 2010 en el procedimiento especial de revisión del alta, entendió que no procedía el alta médica emitida por la mutua. Así pues, ni las lesiones estaban consolidadas, como se afirma en la sentencia recurrida, pues fue necesaria una intervención quirúrgica posterior que se llevó a cabo el 17 de septiembre de 2010, ni la rodilla había recuperado su capacidad funcional, tal y como pudo constatar el servicio médico de empresa. Es por ello que procede la estimación del recurso en los términos recogidos en la parte dispositiva.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA I.M.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.6 de los de Valencia de fecha 9 de diciembre de 2011 en virtud de demanda presentada a su instancia contra la mutua X., el INSS, el SERVICIO PÚBLICO DE SALUD y la empresa A.V.V. S.A.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda dejamos sin efecto el alta médica de la demandante cursada con efectos 21 de abril de 2010 y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.374, de 2 de octubre de 2012

Materia: Extinción de contrato: contrato de trabajo y reclamación de cantidad. Retraso en el abono mensual del salario. Reconocimiento y cobro de atrasos derivados de la aplicación del VIII convenio colectivo estatal de Entrega Domiciliaria.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada d los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima en parte el recurso confirmando la resolución recurrida, si bien la absolución de la empresa respecto de lo reclamado en concepto de atrasos derivados de la aplicación del VIII convenio colectivo estatal de Entrega Domiciliaria lo será en la instancia y sin perjuicio del derecho de la demandante a presentar nueva demanda una vez concluido el proceso de conflicto colectivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de doña M.M.D.P. la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que pretendía que se acordara la extinción indemnizada de su contrato de trabajo con fundamento en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET), así como el pago de determinadas cantidades en concepto de atrasos salariales, a consecuencia, muy particularmente, del retraso con que la empresa vino abonando sus retribuciones.

2. El recurso cuenta con un primer motivo en el que al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) se solicita la modificación de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida en los términos que pasamos a examinar:

a) Se pretende, en primer lugar, que se modifique el hecho segundo para que se suprima la referencia a que la demora en el pago del salario tiene su causa en el retraso con que la empresa demandada recibe el pagaré por los servicios prestados para la empresa franquiciadora, y para que se deje constancia de que la regularización en el pago de los retrasos se produjo cuando la demandada tuvo conocimiento de la demanda de extinción presentada por la trabajadora doña M.C.A.. Esta petición no puede prosperar por varias razones. En primer lugar, por su irrelevancia para alterar el fallo de la sentencia, pues no incide ni sobre la realidad de que los atrasos en el abono del salario se prolongaron durante el periodo de tiempo al que alude la sentencia, ni sobre el hecho de que los pagos se habían regularizado al tiempo en que la Sra. D. presentó la demanda. Por lo demás, tampoco se cuestiona la situación de crisis por la que ha venido atravesando la empresa en los últimos años, de la que son manifestación tanto el expediente de regulación de empleo aprobado el 11 de mayo de 2009 que supuso la

extinción de 52 contratos de trabajo, como el acuerdo de descuelgue salarial alcanzado en octubre de ese mismo año 2009.

b) En segundo lugar se propone la sustitución de los párrafos segundo, tercero y cuarto del hecho probado tercero, en los términos que se exponen en el escrito de recurso que se dan por reproducidos. Esta petición también se rechaza no solo por innecesaria, pues la remisión que hace la sentencia recurrida a los distintos acuerdos alcanzados por la dirección de la empresa para el descuelgue salarial permite a la Sala examinarlos íntegramente sin necesidad de reproducir todos y cada uno de sus extremos, sino también porque lo que en definitiva pretende obtener la recurrente con tal petición es una declaración sobre la legalidad de aquellos acuerdos, lo que excede del objeto del presente procedimiento. Téngase en cuenta que según se relata en el hecho probado quinto de la sentencia, pende ante el Juzgado de lo Social número 1 de Valencia un proceso de conflicto colectivo cuyo objeto versa, precisamente, sobre la legalidad del acuerdo suscrito el 27 de enero de 2011 entre la empresa y determinados representantes de los trabajadores, relativo a la inaplicación del régimen salarial del VIII convenio colectivo estatal de Entrega Domiciliaria. Por tanto, será en el marco de ese procedimiento judicial donde, con plenitud de conocimiento y de prueba, se deberá decidir acerca de la legalidad del mencionado acuerdo. Entre tanto, lo que interesa a efectos de la acción extintiva ejercitada por la demandante, es que la nota de “gravedad” de la conducta empresarial, en cuanto presupuesto de aplicación del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET), queda muy atenuada desde el momento en que la aquella actuación aparece revestida de un principio de legitimidad que le proporciona la misma existencia de los acuerdos alcanzados con determinados representantes de los trabajadores, sin perjuicio de lo que se pueda decidir en el proceso de conflicto colectivo.

c) También se propone una nueva redacción para el hecho probado cuarto, pero que no supone una alteración sustancial de lo que se relata en la sentencia, pues no se cuestiona ni que el 11 de mayo de 2009 se autorizara una expediente de regulación de empleo extintivo que afectó a 52 trabajadores, ni que en la actualidad se ha pactado una reducción de jornada. Así pues, el motivo se rechaza pues el objeto de la revisión de los hechos no es mejorar la redacción de la sentencia, sino denunciar un error en la apreciación de la prueba que resulte de una determinada prueba documental o pericial y que sea relevante para el fallo. Lo que, como hemos dicho, no ocurre en este supuesto.

d) La misma razón expuesta en el apartado anterior nos conduce a desestimar la modificación que se propone para el hecho probado quinto, pues lo relevante es la existencia del proceso de conflicto colectivo que se sigue ante el Juzgado de lo Social número 1 de Valencia, como exponente de la discrepancia jurídica de una parte de los representantes de los trabajadores con la actuación empresarial.

e) También se rechaza el motivo sexto, pues es irrelevante que la hoy recurrente desistiera de un procedimiento anterior en el que se reclamaba el pago de las cantidades que también son objeto del presente procedimiento.

SEGUNDO.- 1. El séptimo motivo del recurso está redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS y se denuncia en él la infracción de los artículos 49.1 j) y 50.1 b) y 2 del ET, en relación con los artículos 4.2 f) y 29.1 del ET, 33 del convenio colectivo estatal de Entrega Domiciliaria y con la doctrina jurisprudencial

contenida en la STS de 22 de diciembre de 2008. Así pues, lo que en definitiva se trata de valorar, es si los hechos, tal y como aparecen descritos por la sentencia recurrida, constituyen un incumplimiento grave de las obligaciones empresariales que habilita a la demandante para solicitar la extinción indemnizada de su contrato de trabajo.

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

3. Por tanto, lo que debemos ponderar a la vista de las circunstancias que concurren en el presente caso, es si los hechos descritos tienen la suficiente gravedad para que la acción extintiva pueda prosperar. Ciertamente el trabajador tiene derecho a la percepción puntual y documentada de su salario –art. 29.1 del ET-, de ahí que, ya no el impago, sino también los retrasos en el abono de los salarios cuando no son esporádicos sino persistentes en el tiempo, se ha venido considerando como razón suficiente para que el trabajador pueda demandar la extinción indemnizada de su contrato con causa en el incumplimiento empresarial. Ahora bien, en el presente supuesto concurren circunstancias específicas que no pueden ser desconocidas y que han sido debidamente valoradas por el Magistrado de instancia para desestimar la demanda. Y así nos encontramos con lo siguiente: a) Que no estamos ante una situación de impago sino de retrasos en el pago puntual del salario. De modo que tal y como hemos señalado en reciente sentencia de esta Sala de 16 de enero de 2012 (rs.3055/2011) “Es cierto por otro lado que la doctrina citada ha considerado incumplimiento grave el impago de prestaciones delegadas, pero también lo es que en el presente caso no nos encontramos ante un impago sino ante un retraso (...). Situación

que matiza los supuestos fácticos examinados por la Sala Cuarta en los casos anteriormente mencionados. Por lo tanto entendemos que no son reproducibles en el presente caso los argumentos jurídicos que interpretan la rescisión por impago o retraso en el pago de salarios, ni tampoco los que rescinden por impago de prestaciones de IT, al considerar que existía un incumplimiento grave y culpable del empleador”; b) que tales retrasos son consecuencia de una situación de dificultad por la que atraviesa la empresa demandada, que ya se manifestó en el mes de mayo de 2009 cuando por la Autoridad Laboral se aprobó un expediente de regulación de empleo extintivo que afectó a 52 trabajadores y que ha llegado hasta nuestros días en que consta que se ha instaurado una reducción de la jornada de trabajo; c) y, particularmente, que la empresa se puso al corriente con la Sra. D. en el mes de mayo de 2011, de tal manera que cuando se presentó la papeleta de conciliación –septiembre de 2011-, y desde luego cuando al mes siguiente se presentó la demanda, la recurrente percibía puntualmente sus retribuciones, situación en la que se encontraba en la fecha de celebración del acto del juicio.

Es cierto que quedan pendientes de abonar a todos los trabajadores de la empresa determinados atrasos derivados de la aplicación del VIII convenio colectivo estatal de Entrega Domiciliaria, pero esta es una cuestión que está siendo debatida en el proceso de conflicto colectivo instado por el sindicato Comisiones Obreras que se sigue en el Juzgado de lo Social número 1 de Valencia, por lo que en ningún caso se puede calificar como un incumplimiento contractual susceptible de provocar la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

4. Por consiguiente y a la vista de lo expuesto, no se considera contraria a derecho la decisión de la sentencia recurrida que entendió que el incumplimiento empresarial no reviste la suficiente gravedad para legitimar la acción extintiva ejercitada por la trabajadora. Es cierto que la doctrina jurisprudencial se pronuncia de una manera clara y constante en el sentido de no exigir que la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario tengan su origen en una actuación culpable del empresario, pero también lo es que las normas deben de ser interpretadas en relación con la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (artículo 3.1 del Código Civil). De ahí que un supuesto como el presente en que la empresa se encuentra en una situación de crisis y en que, pese a ello, logró regularizar los pagos hasta ponerse al día con anterioridad a que la demandante iniciara los trámites para obtener la extinción indemnizada de su contrato, la gravedad del incumplimiento empresarial queda muy matizada y, a juicio de la Sala, no sería razonable condenarla a abonar una indemnización que dista mucho de las previstas para tales situaciones de crisis.

TERCERO.- 1. El recurso contiene un último motivo –el octavo- en el que se denuncia la infracción del artículo 160.5 de la LRJS. Entiende la recurrente que el Juzgado debió haber procedido a desacumular la acción de reclamación de atrasos o diferencias salariales, en cuanto se encuentra pendiente un conflicto colectivo en el que se solicita la nulidad del acuerdo de 27 de enero de 2011 alcanzado con una parte de los representantes de los trabajadores, relativo a la inaplicación del régimen salarial previsto en el VIII convenio colectivo estatal de Entrega Domiciliaria, por lo que, a su entender, debió haberse dictado un fallo interlocutorio de absolución en la instancia.

2. Pues bien, sin perjuicio de señalar que lo que se plantea en este motivo es una cuestión de marcado carácter procesal cuyo cauce más correcto hubiera sido el

previsto en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS, es lo cierto que, dada la forma en que ha sido planteada la cuestión y a efectos de evitar las consecuencias que se derivarían de una declaración de nulidad de las actuaciones, procede entrar a resolverla.

3. Pese a que el fallo de la sentencia recurrida no lo diga expresamente, es lo cierto que de la lectura de la fundamentación jurídica se puede concluir que aquella no contiene un pronunciamiento de fondo en relación con los atrasos derivados de la aplicación del VIII convenio colectivo estatal de Entrega Domiciliaria. En efecto, entiende la sentencia que no cabe un pronunciamiento sobre la referida cuestión dado que “se está discutiendo si es o no conforme a derecho el acuerdo al que ha llegado para su abono a consecuencia de haberse admitido previamente el descuelgue salarial”. Por tanto, no hay un pronunciamiento sobre el derecho de la demandante a percibir los referidos atrasos, sino que se condiciona ese derecho a lo que se decida en el proceso de conflicto colectivo, lo que equivale a una absolución en la instancia. Es por ello que debe entenderse que la demandante conserva su derecho a reclamar los atrasos una vez recaída sentencia firme en el proceso de conflicto colectivo.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA M.M.D.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Valencia de fecha 2 de mayo de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida, si bien la absolución de la empresa respecto de lo reclamado en concepto de atrasos derivados de la aplicación del VIII convenio colectivo estatal de Entrega Domiciliaria lo será en la instancia y sin perjuicio del derecho de la demandante a presentar nueva demanda una vez concluido el proceso de conflicto colectivo que se sigue para reclamar la nulidad del acuerdo de 27 de enero de 2011.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.375, de 2 de octubre de 2012

Materia: Conflicto colectivo: modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo. Empresa dedicada al transporte de viajeros por vía férrea. Modificación de gráficos de trabajo para el personal de estaciones que no realiza tareas de circulación. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de esta personal. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa ha cumplido con la disposición legal establecida al efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada del Sindicato Independiente Ferroviario (SIF) la sentencia de instancia que desestimó la demanda de conflicto colectivo presentada frente a la decisión de la empresa Ferrocarrils de la Generalitat Valenciana (FGV) de introducir, con efectos 1 de enero de 2012, una modificación del sistema de distribución de jornada y distribución zonal de estaciones de las líneas 1 y 3/5 de Valencia del personal de estaciones que no realiza tareas de circulación.

2. La sentencia recurrida entendió, de un lado, que pese a la falta de acuerdo con la representación de los trabajadores, la empresa podía llevar a cabo de forma unilateral tal modificación sustancial de condiciones de trabajo, dado que no se veían afectadas condiciones pactadas en convenio colectivo del Título III del Estatuto de los Trabajadores (ET); y, de otro lado, estimó que la medida empresarial estaba justificada en razones tecnológicas y organizativas derivadas de la progresiva implantación de un plan de eficiencia y gestión en la organización de las líneas, plasmado en el programa EGEO.

3. Frente a este pronunciamiento judicial se interpone el presente recurso de suplicación que se sustenta en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) –aunque, sin duda por error, se cita el artículo 191-. Sostiene el sindicato recurrente, que la sentencia recurrida infringe los artículos 10.10.1 de la Normativa Laboral Vigente de FGV, en relación con el Derecho Supletorio, con el artículo 41 del ET y con el Acuerdo de 9 de noviembre de 1998, pues, a su entender, la modificación en los gráficos de horarios solo es posible por acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores –concretamente con la Comisión de Turnos y Gráficos- y no por decisión unilateral de aquella, en cuanto afecta a condiciones pactadas en acuerdos con valor de convenio colectivo.

4. Así pues, la única cuestión que se somete a la consideración de la Sala, es si la empresa actuó correctamente cuando introdujo la modificación cuestionada, a pesar de no haber alcanzado un acuerdo con la representación de los trabajadores durante el periodo de consultas que se siguió al efecto. Sin que, por tanto, se cuestione en este recurso el carácter justificado o injustificado de la medida introducida.

Centrado el debate en estos términos, el recurso no puede ser estimado de acuerdo con los resuelto por esta Sala en sentencias anteriores y, específicamente, en la de 15 de diciembre de 2011 (rs. 2828/2011), a cuyos fundamentos nos remitimos. Así, como se decía en ella, conviene comenzar recordando que el artículo 41.6 ET dispone que cuando “la modificación se refiera a condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el título III de la presente Ley, sean éstos de sector o empresariales, se podrá efectuar en todo momento por acuerdo, de conformidad con lo establecido en el apartado 4”. Esta previsión, en el seno del precepto citado, ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en el sentido de que “la modificación de las, condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto sólo podrá producirse de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Mientras que la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario, una vez finalizado el período de consultas que establece el art. 41.4 ET” (STS de 6 de octubre de 2009, Rec. nº 3012/2008). Doctrina que había sido la sostenida por esta Sala en su sentencia de 29 de septiembre de 2009 (Rec. nº 2282/2009) al establecer que en las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo resulta innecesario el acuerdo con los representantes de los trabajadores cuando afectan a condiciones reguladas en convenios o pactos no estatutarios.

Pues bien, como hemos visto, en el presente supuesto se alude en el recurso a la infracción del artículo 10.10.1 de la Normativa Laboral de la empresa demandada, pero sin embargo no se razona en qué medida la sentencia recurrida infringe la citada disposición, pues lo que se regula en ella son las “generalidades” de los “gráficos”, sin que en ningún lugar se exija que los cambios que se introduzcan en ellos tengan que ser fruto, necesariamente, del acuerdo entre la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores. Por otro lado, tampoco consta que tal Normativa Laboral tenga valor de convenio colectivo, tal y como ya resolvió esta Sala en sentencia de 7 de junio de 2011 (rs.831/2011), pues para que un pacto o acuerdo colectivo pueda ser calificado de Convenio Colectivo estatutario es necesario que cumpla los requisitos que para tal tipo de convenios se establecen en los artículos 82 y siguientes del ET. Principalmente, que sea negociado y acordado por los sujetos legitimados para ello (artículos 87.1 y 88 ST); que, en su seno se establezca, al menos, el contenido mínimo que exige para este tipo de convenios el artículo 85 ET; que en su tramitación se cumplan las exigencias de orden público que contiene el artículo 89 del indicado cuerpo legal y, finalmente, que se observen los requisitos de depósito registro y publicación previstos en el artículo 90 del texto estatutario. Y nada de esto consta que se haya cumplido en relación con la referida Normativa Laboral. En este punto debemos volver a los razonamientos de nuestra sentencia de 15 de diciembre de 2011 (rs.2828/2011) en la que se recuerda que “el convenio colectivo, regulado en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, conocido como convenio estatutario, no es en nuestro Derecho la única forma de regulación de las relaciones laborales. Se reconoce igualmente la eficacia de los pactos acordados entre empresa y representantes de los trabajadores que no cumplen los requisitos establecidos

para los convenios estatutarios, habiendo acuerdo en estimar que la eficacia obligatoria de estos últimos, al igual que los contratos, deriva del reconocimiento de la eficacia de la voluntad plasmada en los artículos 1254 a 1259 del Código Civil. Esta diferencia entre unos y otros instrumentos de negociación colectiva ha sido tomada en consideración por el legislador al disciplinar los medios de modificación sustancial de las condiciones del contrato, en la nueva regulación del Estatuto de los Trabajadores, que vino a suprimir la solución heterónoma existente en la legislación anterior, estableciendo, en el artículo 41.2 ET, que la modificación de las condiciones fijadas en los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto sólo podrá producirse de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores y respecto a las materias que autoriza. Mientras que la modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, derivadas de cualquier otra fuente diferente del convenio estatutario, puede ser acordada por el empresario, una vez finalizado el período de consultas que establece el artículo 41.4 ET (STS de 6 de octubre de 2009, Rec. nº 3012/2008)”.

5. Los argumentos expuestos nos conducen a la desestimación del recurso y a la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.2 LRJS no procede la imposición de costas.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del SINDICATO INDEPENDIENTE FERROVIARIO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Valencia de fecha 23 de abril de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.377, de 2 de octubre de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como dependiente en empresa demandada. El actor reclama determinadas cantidades en concepto de diferencias salariales no cobradas. La cuantía reclamada es inferior a 1800 euros. Competencia de jurisdicción.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la mercantil demandada de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Desestima el recurso declarando la incompetencia funcional de la Sala al ser improcedente la interposición del recurso por razón de la cuantía.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En un solo motivo, formulado al amparo del apartado b 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. Seis de los de Valencia que desestima la demanda sobre reclamación de salarios por cuantía total de 763,25 € más los intereses legales por mora.

Con carácter previo al examen de la cuestión de fondo planteada y por razones de orden público procesal, la Sala se ve en la necesidad de examinar si, a pesar de lo indicado por el Juzgado de instancia, el supuesto ahora contemplado entra dentro de su competencia funcional, esto es, si la resolución impugnada es o no susceptible de ser recurrida en suplicación. Respuesta que debe ser negativa a la luz de la vigente legislación. La pretensión ejercitada por el demandante en el presente proceso es una acción de condena al abono de salarios, partes proporcionales de pagas extraordinarias y vacaciones cuya cuantía total, como ya se ha dicho, no excede del importe de 1.800 € que es el límite por encima del cual se abre la vía al recurso de suplicación. Tampoco consta que la cuestión debatida afecte a un gran número de trabajadores, pues se trata de dilucidar si el demandante ha devengado o no los salarios cuyo abono reclama en el presente proceso, por lo que se trata de una cuestión que solo atañe a la parte actora, sin que quepa apreciar afectación general respecto a la cuestión debatida, lo que determina que frente a la reclamación de cantidad, objeto de la litis, y posterior sentencia, no procede recurso alguno, al ser en tal caso aplicable la regla general prevista en el artículo 189.1 de la LPL según la redacción dada por la Ley 13/2009, que limita el acceso al recurso de suplicación cuando el umbral de la cuantía excede la suma de 1.800 €.

Las consideraciones jurídicas expuestas obligan a concluir que el recurso de suplicación en su día interpuesto no debió ser admitido y siendo la materia relativa a la competencia funcional de derecho necesario por afectar al orden público del proceso, procede declarar la firmeza de la sentencia recurrida, y la nulidad de todas las

actuaciones practicadas, desde la publicación de la resolución judicial (Sentencia Tribunal Supremo 7/2/00 y 20/3/00).

FALLO

Declaramos la incompetencia funcional de la Sala al ser improcedente por razón de la cuantía el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.I.M.A.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Seis de los de Valencia, de fecha 17 de junio de 2011 en proceso sobre diferencias salariales de prestaciones de Seguridad Social contra la empresa N.R.O.S., S.A., habiendo sido llamado el Fondo de Garantía Salarial; y, en consecuencia, anulamos las actuaciones practicadas por dicho Juzgado a partir del momento inmediatamente posterior al de la notificación de la sentencia, la cual alcanzó firmeza desde que fue dictada, así como las realizadas en la sustanciación del recurso de suplicación indebidamente interpuesto contra la misma.

Sentencia núm. 2.385, de 2 de octubre de 2012

Materia: Recargo por falta de medidas de seguridad en empresa demandada. Trabajador que sufre accidente de trabajo mientras operaba una máquina de la empresa demandante: atrapamiento de manos. El trabajador no ha recibido ninguna información sobre la máquina utilizaba. Además, ésta estaba en servicio desde hacía tan solo dos meses y servía para otro tipo de cometidos.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta por la empresa contra los organismos codemandados y confirma la resolución del INSS impugnada en el proceso, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La lesión sufrida por el trabajador no puede ser considerada como consecuencia de una acción temeraria del mismo. Es la conducta omisiva del empresario, al no haber previsto el peligro de atrapamiento, a la que se puede imputar la negligencia en el accidente sufrido por el trabajador. Procede el recargo por falta de medidas de seguridad en la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone por la empresa actora recurso de suplicación, frente a la sentencia de instancia que desestimó su demanda instada en materia de recargo impuesto sobre las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador codemandado. Los dos primeros motivos del recurso se dicen redactados al amparo de la letra b) del art.193 de la LRJS, -debe entenderse referido al art. 191-b) de la LPL conforme a la disposición transitoria segunda de la LRJS-, para interesar, en el primero, la revisión del hecho probado sexto, a fin de que se le adicione el siguiente texto, "...por lo que el expediente no es definitivo en vía administrativa, estando en la actualidad en fase de Recurso de Alzada. Se da por reproducida la resolución del Director Territorial de Empleo y Trabajo de la Conselleria de Economía, Hacienda y Ocupación, que desestimó las alegaciones de la empresa interpuestas contra el Acta de Infracción nº 462009000309306", basándose en el folio 48.

La revisión no se admite, pues en cualquier caso es intrascendente ya que la imposición del recargo no exige una previa acta de infracción (art. 27 del RD 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social), estando el INSS legitimado para tramitar el expediente sobre recargo.

2. En el segundo motivo, se solicita la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal noveno-bis, que diga, "Según manifiestan las personas entrevistadas el día de la visita al centro de trabajo D. J.V.S. junto con D. R.F.S. (responsable de la sección de onduladoras) y a D. M.L.P. (oficial de onduladora 1700) recibieron una formación teórica-práctica en el puesto de trabajo FAN FOLD antes de la primera puesta en marcha del equipo impartida por: D. V.LI. y D. J.V., constructores y responsables de la parte eléctrica del equipo pertenecientes a la empresa G. SL. D. V.P., constructor y responsable de la parte mecánica del equipo y perteneciente a la empresa O. SL. D. J.F., Jefe de mantenimiento de C.B. SA", basándose en el folio 50.

La revisión no se admite, pues la Magistrada de instancia ha obtenido su convicción, tal como indica en la fundamentación jurídica de la sentencia, en el informe del INVASSAT, demás documental y testifical, convicción que ha plasmado en el hecho probado noveno, sin que se aprecie error, que ha de ser patente y evidente, en la valoración de la prueba, debiéndose tener en cuenta que en un recurso extraordinario como es el de suplicación no puede pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el Juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera.

SEGUNDO.-1. El tercer motivo del recurso se dice redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, -debe entenderse referido al art. 191-b) de la LPL conforme a la disposición transitoria segunda de la LRJS-, y en el mismo se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en 123.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 24 de la Constitución. Sostiene el recurrente que no ha existido relación de causalidad entre la pretendida infracción y el daño producido, que el Acta de infracción no es firme en vía administrativa, con cita de sentencias de esta Sala de 11-6-01, 15-6-01, 9-5-96, 1-10-96, 16-4-96, 17-12-01, que la causa del accidente fue la imprudencia temeraria del trabajador que introdujo sus manos con los rodillos en movimiento, acción que al estar fuera del comportamiento lógico no puede responsabilizarse a la empresa, y que el trabajador había recibido formación.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 12-7-07, rec. 938-06, señala, "1) El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e 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 las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador". Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma Ley en su artículo 14.2, que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario

adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores".

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que 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 en la persona del 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 (STS 6 de mayo de 1998)."

3. En el presente caso, de la relación de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, se desprende que el accidente se produjo cuando el trabajador al tener que alimentar la maquina con cartón la puso en marcha desde el cuadro de mandos existente a nivel de planta y fue empujando el cartón hacia arriba por el lateral de la máquina, cuando el cartón llegó arriba subió por una escalera hasta la plataforma elevada donde se encontraba la máquina y una vez arriba se dio cuenta que en la entrada de rodillos el extremo de cartón no entraba bien y se atascaba, por lo que intentó ayudar (empujar) con su mano izquierda el cartón hacia los rodillos produciéndose el atrapamiento de la misma entre los rodillos, por acto reflejo intento con la mano derecha sacar su otra mano quedándosele atrapada también dicha mano; asimismo se declara probado que la maquina había sido modificada sin que el trabajador hubiese recibido información sobre los riesgos, pues únicamente recibió instrucciones de funcionamiento, careciendo la maquina de elementos de protección que impidiesen el contacto con el rodillo, no disponiendo la empresa, a la fecha del accidente, de evolución de riesgos en el puesto de trabajo donde se produjo el accidente; de todo lo cual debe concluirse que, en el presente caso, fue la conducta omisiva del empresario, al no haber previsto el peligro de atrapamiento entre los rodillos, sin que el intento de empujar el cartón por el trabajador pueda calificarse de temerario, que de concurrir tal carácter afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo, configurado en el artículo 115.4.b) LGSS y por lo tanto, al recargo de prestaciones. La imprudencia profesional o exceso de confianza en la ejecución del trabajo no tiene, en el presente supuesto, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a la empresa, que es la que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia no temeraria que pudiera cometer el trabajador. Procediendo, en atención a lo expuesto, desestimar el recurso.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir. Tal como ordena el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de C.B. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Valencia, de fecha 3-11-2011; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

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

Sentencia núm. 2.406, de 3 de octubre de 2012

Materia: Trabajador que se ve afectado por un Expediente de Regulación de Empleo. Suspensión de los contratos de trabajo. Derecho a la prestación por desempleo durante los días de suspensión. Diferencia en el cálculo de los días a que tiene derecho a la prestación.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando al organismo demandado a abonar al actor por el periodo reclamado un total de prestación por desempleo de 6 días, con la base reguladora que tiene reconocida, absolviendo a la empresa de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso reconociendo al trabajador el derecho a obtener 10 días de prestación en lugar de los 6 ya concedidos en primera instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia del Juzgado de instancia estima parcialmente la demanda, y reconoce al demandante más días de prestación de desempleo de los que reconoce la Entidad Gestora en relación con el período correspondiente del mes de marzo al 1 de agosto, desestimando los correspondientes al período que sigue hasta el 31 de diciembre, por hallarse ya en vigor el RD 1300/2009. Contra ella se plantea por los demandantes recurso de suplicación cuya representación letrada articula un solo motivo, formulado al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y que no ha sido impugnado de contrario.

Dicho motivo denuncia la infracción del art. 9.3, 117.1 y 14 de la Constitución Española por inaplicación de los mismos y del art. 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en relación con los artículos 204.2, 210.1 y 211.1 de la Ley General de la Seguridad Social que también dice infringidos por su inaplicación. Razona la defensa de los actores que la Entidad Gestora mediante una instrucción interna y a efectos de cuantificar la duración de la prestación de desempleo de aquellos trabajadores que en virtud de ERE suspendían su relación laboral un determinado número de días a la semana, venía satisfaciendo, como práctica, la prestación correspondiente a 1.25 de desempleo por día laboral no trabajado, siendo el exceso del 0.25 el coeficiente correspondiente al descanso semanal, sistema que era incorrecto cuando el descanso semanal comprendía dos días ya que lo correcto sería que el INEM calculase la prestación en consideración a la proporción que existe entre la jornada trabajada y la jornada suspendida, siendo esta la solución que se aplica legalmente en el caso del desempleo parcial (Art. 211.4 LGSS). El criterio aplicado por el INEM que fue rechazado mayoritariamente en vía judicial por carecer de amparo normativo, es ahora acogido al haber entrado en vigor en fecha 20-8-2009 el RD 1300/2009 que adiciona un nuevo apartado, el 6º al art. 22 del RD 625/85, cuyo tenor literal es el siguiente: “En los supuestos de suspensión de la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo, o de resolución judicial en el seno de un procedimiento concursal, cuando el

período de suspensión se refiera exclusivamente a días laborables, a efectos del pago y consumo de las prestaciones por desempleo, a fin de computar la parte proporcional del descanso semanal, dichos días laborables se multiplicarán por el coeficiente 1,25, salvo en el supuesto de que la suspensión afecte a cinco o seis días laborables consecutivos, en que se abonarán y consumirán siete días. Dicho coeficiente se aplicará sobre el total de los días laborables del mes, sin que en ningún caso la suma de los días a percibir por el trabajador en concepto de salarios y de prestaciones por desempleo puedan superar los días naturales de dicho mes.”

Dicho precepto es tachado por la defensa de los actores tacha de ilegal o inconstitucional, al entender que ha incurrido en “ultra vires” por oponerse a las directrices legales de la protección por desempleo, en concreto las que se desprenden del art. 204.2 LGSS ya que no sustituye íntegramente los días en que se dejan de percibir las rentas salariales por la reducción de la jornada laboral en virtud de ERE y porque establece un trato desigual según los días laborales del período de suspensión de la jornada laboral sean o no consecutivos, lo que vulnera el art. 14 de la Constitución.

La cuestión, así suscitada, ha sido objeto de resolución anterior por ésta misma Sala, criterio que debemos seguir en aras de la necesaria seguridad jurídica. Señalaba la sentencia de ésta Sala resolutoria del recurso de suplicación nº 2948/2011, tras cita de la jurisprudencia que establece la diferencia entre el principio de igualdad y el igual tratamiento legal, lo que sigue: “En el presente caso, no cabe duda que el apartado 6 del art. 22 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo, y que fue introducido por la Disposición Final Tercera del Real Decreto 1300/ 2009 de medidas urgentes de empleo destinadas a los trabajadores autónomos y a las cooperativas y sociedades laborales, quiebra el principio de igualdad ante la ley que consagra con rango constitucional el art. 14 de nuestra Carta Magna, ya que establece un trato desigual respecto a la duración de la prestación de desempleo en los supuestos de suspensión de la relación laboral en virtud de expediente de regulación de empleo o de resolución judicial en el seno de un procedimiento concursal, cuando el período de suspensión se refiera exclusivamente a días laborables, según dicha suspensión afecte a días laborables consecutivos o a días laborables no consecutivos, ya que cuando afecta a cinco o seis días laborables consecutivos, la indicada norma establece que la prestación se abonará siete días, mientras que si dichos días laborables no son consecutivos, aunque sean cinco o seis días los que abarque el periodo de suspensión, a efectos del pago de la prestación se multiplican dichos días por el coeficiente 1.25 para determinar su duración, lo que supone un trato menos favorable para aquellos trabajadores cuya jornada laboral semanal sea de cinco días y vean suspendidos sus contratos de trabajo por cinco días laborables no consecutivos, pues estos percibirán como prestación de desempleo no siete días, sino 6.25 días. Ante dicha desigualdad de trato, la única justificación que ofrece la exposición de motivos del RD 1300/2009 es “por seguridad jurídica y para simplificar y agilizar la gestión de las prestaciones”, principios que aun siendo, en principio, loables y dignos de protección no pueden prevalecer sobre el de igualdad ante la ley, por lo que al obedecer la duración de la prestación reconocida en la sentencia de instancia a lo establecido en el apartado 6 del art. 22 del RD 625/1985, que resulta contrario al principio de igualdad por las razones expuestas, la misma se ha de revocar en el sentido de reconocer a los demandantes la prestación de desempleo en cuanto a su duración, conforme a los días que resultan de multiplicar los días laborables en que tuvieron sus contratos de trabajo suspendidos por el porcentaje de 1.4 que es el cociente

de dividir los siete días que tiene la semana entre cinco días laborables que es la jornada de trabajo que en cómputo semanal tienen los demandantes, lo que determina la revocación de la sentencia del Juzgado y la estimación de las demandas”

SEGUNDO.- La sentencia que se cita como precedente, señala igualmente que: “la conclusión expuesta también se alcanza por aplicación de lo establecido en el art. 204.2 de la Ley General de la Seguridad Social, según el cual el objeto de la protección contributiva, es la de sustituir las rentas dejadas de percibir como consecuencia de la pérdida de un empleo anterior o de la reducción de la jornada y aunque el argumento de que la prestación por desempleo no es estricto reintegro de lo cotizado por tal contingencia es válido, cabe afirmar que durante la situación legal de desempleo el trabajador tiene derecho a prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir tras la pérdida del empleo y dicha correlación entre situación legal de desempleo y duración de la prestación de desempleo, pese a tener cotizaciones suficientes para cubrir por completo los días a los que se extiende la contingencia, se rompe con la introducción del apartado 6 del art. 22 del RD 1300/2009, cuando los días laborables del período de suspensión no son consecutivos o son menos de cinco y también se quiebra la proporcionalidad que debe existir entre salario percibido, cotización realizada y prestación percibida que caracteriza el nivel contributivo de la prestación de desempleo, en los indicados supuestos, siendo insuficientes las razones aducidas (seguridad jurídica y agilización de la gestión de la prestación) en apoyo del meritado precepto para justificar la ruptura de la correlación que según la ley debe existir entre la situación legal de desempleo y la duración de la prestación que cubre dicha contingencia, por lo que también se ha de rechazar la aplicación del apartado 6 del art. 22 del RD 1300/2009, en la medida en que resulta contrario a la ley, como sucede en el caso que nos ocupa”.

TERCERO.- En el presente supuesto, la aplicación de las premisas anteriores obligan a estimar el recurso interpuesto, concediendo a los actores los días de desempleo solicitados en su totalidad, por el período correspondiente entre los meses de marzo a diciembre del 2009 que estuvieron en situación de desempleo, con la base reguladora ya reconocida, por el total de 10, de los cuales 6 han sido ya declarados en la sentencia de instancia.

CUARTO.- Al estar en el caso de estimarse el recurso de suplicación, no procede efectuar pronunciamiento alguno sobre las costas procesales.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON P.L.M.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º CUATRO de los de Valencia y su provincia, de fecha 15 de Julio del 2011, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de Empleo; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, estimando íntegramente la demanda y declarando el derecho del actor a percibir DIEZ DÍAS de prestación por desempleo, con la base reguladora que tienen reconocida y por el período comprendido entre marzo y diciembre de 2009, y condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación reconocida.

Sentencia núm. 2.437, de 4 de octubre de 2012

Materia. Prestación de viudedad por fallecimiento de ex esposo. Pensión compensatoria. Transcurso del periodo necesario desde la fecha de divorcio o separación judicial para obtener la prestación. Aplicación D.T. 18 de la LGSS introducida por la Ley 26/2009.

Juzgado: Desestima la demanda. La actora no tiene derecho a la prestación solicitada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No es aplicable a la parte demandante ninguno de los preceptos legales contemplados en el objeto de la demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora, la sentencia que ha desestimado su demanda sobre pensión de viudedad.

El recurso contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que, en tres apartados, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el apartado 3 del art. 9, en el apartado 1 del art. 39 y en el art. 41, todos de la Constitución Española, por aplicación indebida de la Disposición Transitoria Décimo octava de la Ley de Procedimiento Laboral (será de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS-). Aduce el recurso, en esencia, que la modificación del art. 174 LGSS y el añadido posterior de la Disposición Transitoria décimo octava conculcan el principio de legalidad de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales, de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, porque cuando se separó la demandante ignoraba la importancia del establecimiento una pensión compensatoria a efectos de la viudedad, violentando el mandato a los poderes públicos de protección social, económica y jurídica de la familia y el de mantener un régimen público de seguridad social.

El recurso no puede prosperar. La pensión de viudedad para el caso de los separados o divorciados, está condicionada por Ley la 40/2007 a la previa existencia de pensión compensatoria (art. 174.2 de la LGSS), requisito o condición que debe darse en la fecha del hecho causante, en el que se valoran la concurrencia de los requisitos para el acceso a las prestaciones, sin que esta previsión legal conculque los principios constitucionales a que se refiere el art. 9.3 de nuestra carta magna, ni los principios programáticos establecidos en los arts 39 y 41 de la Constitución, ya que precisamente por razones de seguridad jurídica corresponde al legislador establecer los requisitos de acceso a las prestaciones que deben concurrir en la fecha del hecho causante de las mismas, para la viudedad el del fallecimiento del causante. La sentencias de los distintos Tribunales Superiores de Justicia, entre otras las mencionadas en la sentencia

recurrida, han dado respuesta a las cuestiones que plantea el recurso, explicando las razones por las que el legislador crea una nueva prestación de viudedad mas acorde con el diseño actual de la familia y respondiendo a la finalidad de compensar la pérdida de rentas adecuándola al momento social en que debe ser aplicada. De cualquier forma hay que aplicar la Ley vigente en el momento del fallecimiento del causante, y así lo viene haciendo el Tribunal Supremo en supuestos semejantes sin plantearse la posible inconstitucionalidad de la norma. En efecto, Esta Sala y el resto de Tribunales Superiores de Justicia, han indicado con reiteración interpretando el art. 174.2 párrafo primero de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) que: “... la literalidad del contenido del precepto vigente (el art. 174.2 en su primer párrafo, de la LGSS) es clara y de su lectura solo puede desprenderse una conclusión en la que superando disfunciones anteriores sobre la asignación de pensión de viudedad en casos de divorcio en relación al tiempo de convivencia entre cónyuges condiciona la prestación a la previa existencia de una pensión compensatoria que se ve extinguida por el fallecimiento del causante. Si dicha pensión compensatoria, según la valoración de las circunstancias expresamente contempladas en el art. 97 del Código Civil, atendiendo a diversos factores, entre ellos los medios económicos de los cónyuges, no se estableció en el presente caso al no existir presupuestos legales para hacerlo ya no cabría hablar de derecho a pensión de viudedad en los términos previstos en la nueva regulación que requiere no solo de dicho establecimiento sino también de una posterior extinción ante el fallecimiento del causante, requisitos que no se daban en el caso que contempla la sentencia combatida.”, añadiendo que: “ No está de más indicar que la pensión de viudedad viene a compensar la pérdida de rentas o de recursos que provenían del fallecido asociándose así a una función claramente de resarcimiento de daños y perjuicios causados por el fallecimiento del causante a modo de renta de sustitución por la merma o disminución en tales recursos, y que con la legislación anterior, aún existiendo separación o divorcio entre cónyuges, venía a compensar el tiempo de convivencia habido entre ambos. La nueva normativa solo establece el derecho a prestación de viudedad en casos de separación o divorcio a la previa existencia de dicha pensión compensatoria, y al efecto de su pérdida por el fallecimiento del pagador, buscándose un equilibrio económico objeto de mantenimiento o protección entre la extinción de la pensión y la posterior prestación de seguridad social, de ahí que encontrándose ausente la percepción de pensión ya no cabría hablar de desequilibrio patrimonial y derivado de ello decaería el derecho a la prestación interesada que exige de una previa condición instituida legalmente y fijada en la existencia a favor de la solicitante de la tantas veces aludida pensión compensatoria que se extingue por el fallecimiento del causante. Es cierto que en la fecha de la sentencia de divorcio de ambos cónyuges no existía tal condicionamiento y podríamos hablar de mera expectativa de un derecho pero la consolidación del mismo tan solo se produce con la fecha del hecho causante y la normativa vigente en dicho momento.”. Como señalábamos en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación 1117/2010: “se ha puesto de manifiesto en la doctrina judicial que la exigencia de **pensión compensatoria** establece un modulo objetivo necesario para el devengo de la pensión de viudedad que acredite la dependencia económica en el momento de la muerte del ex-cónyuge, en consonancia con las exigencias de dependencia económica que también se exige a las parejas de hecho tras la Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social, de conformidad con lo expresado en el artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, cumpliéndose mediante esta norma el Acuerdo sobre Medidas en Materia de Seguridad Social, suscrito por el Gobierno, los sindicatos UGT y CC.OO. y las asociaciones patronales CEOE y CEPYME en fecha 13 de julio de 2006, y cuya firma

dio lugar a la confección del proyecto de ley presentado por el Gobierno que en el punto III.3 .a acordó: "La pensión de viudedad debe recuperar su carácter de renta de sustitución y reservarse para aquellas situaciones en las que el causahabiente contribuía efectivamente al sostenimiento de los familiares supérstites" (STSJ Asturias de 20-11-2.009), de ahí que la pensión de viudedad en estos supuestos actúe como renta de sustitución de las rentas dejadas de percibir en concepto de pensión compensatoria a consecuencia del óbito del causante."

A la misma conclusión interpretativa se llega si se consideran las modificaciones introducidas en el precepto denunciado por la ley 26/2009 de 23 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado, que ordena se disminuya la cuantía de la pensión de Viudedad hasta alcanzar la cuantía de la pensión compensatoria si aquella fuera superior.

Por lo demás, tampoco le es de aplicación a la demandante, ni se discute en el recurso, lo establecido en la Disposición Transitoria Décimo octava de la LGSS que fue introducida por la Ley 26/2009 y que no exige pensión compensatoria.

En cualquier caso, tanto el precepto que se dice mal interpretado, como la normativa que con posterioridad la modifica, así como los antecedentes y acuerdos que dan lugar a su confección, claramente determinan el sentido en el que debe ser interpretado el precepto, que ha sido el que ha realizado la Magistrado de Instancia, en la resolución recurrida que procede confirmar desestimando el recurso.

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 doña M.G.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Elche, de fecha 1 de diciembre de 2010; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.438, de 4 de octubre de 2012

Materia: Prestación a favor de familiares. Derecho a la prestación tras la muerte de los padres. Cumplimiento de los requisitos a los que da derecho la prestación: edad y dependencia. Procedencia.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El actor no se encuentra en ninguna de las situaciones protegidas por no haber sido la madre beneficiaria de pensión alguna ni encontrarse de alta o en situación asimilada a la misma con el periodo de carencia específica señalado en la normativa aplicable. Tampoco tiene derecho a subsidio alguno ya que éste no cumplía con el requisito de edad ni vivía a expensas de la madre, sino todo lo contrario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor la sentencia que ha desestimado su demanda en la que se reclama la prestación en favor de familiares o subsidiariamente el subsidio con causa en el fallecimiento de sus progenitores.

El recurso contiene un único motivo, formulado por la letra c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que denuncia la vulneración del art. 176.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), así como la de los arts. 22 apartado e) y 25 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. Argumenta el recurso que la causa de las prestaciones solicitadas es el fallecimiento de su madre el 20 de agosto de 2010, en que se cumplían los requisitos que señala el art. 172.2 de la LGSS, y en especial el carecer de medios de vida propios, negado en la sentencia.

Para decidir el recurso se debe partir de los datos que constan en los hechos probados. El actor, nacido el día 15 de junio de X., está afiliado a la S. Social con el nº 46/X. en el Régimen General, figurando empadronado en el domicilio de Burjasot C/ X. desde 27 de diciembre de 1991, donde convivía con sus padres D. C.A.C. y D.^a A.N.H.. El padre del actor era el único perceptor de prestación de Seguridad Social y falleció el día 04 de agosto de 2006, cuando el actor tenía la edad de 42 años. Por tal motivo el actor desistió en la vista oral de la solicitud de prestación a favor de familiares, manteniendo sólo la solicitud del subsidio. D.^a A.N.H. tenía reconocida por la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, una minusvalía del 80 por ciento desde el 16 de noviembre de 2000, siendo el actor quien estaba encargado principalmente de su cuidado tras el fallecimiento de su padre. D.^a A.N.H. falleció el día 20 de agosto de 2010. No consta que D.^a A.N.H. percibiera prestación alguna. El actor

inició su vida laboral el día 08 de junio de 1981, alternando trabajos temporales con prestación y subsidio por desempleo. En los últimos años consta que percibió la prestación de desempleo del 14-11-03 al 13-03-2004; trabajó del 29-12-04 al 04-01-05, del 19-07-05 al 02-09-05, del 02-01-06 al 27-01-06, del 14-11-06 al 20-02-07, del 05-03-07 al 31-05-07; percibió subsidio por desempleo del 09-06-07 al 08-12-07; trabajó del 05-05-08 al 15-05-08; subsidio desempleo del 17-06-09 al 16-05-10; suscribió convenio especial del 11-06-10 al 20-08-10. Permanece inscrito como demandante de empleo desde el día 25 de mayo de 2008. El demandante ha solicitado la prestación de favor de familiares en fecha 11 de noviembre de 2010.

El art. 176 LGSS dispone: “1. En los reglamentos generales de desarrollo de esta Ley se determinarán aquellos otros familiares o asimilados que, reuniendo las condiciones que para cada uno de ellos se establezcan y previa prueba de su dependencia económica del causante, tendrán derecho a pensión o subsidio por muerte de éste, en la cuantía que respectivamente se fije.

Será de aplicación a las prestaciones en favor de familiares lo establecido en el párrafo segundo del [artículo 174.1 de esta Ley](#).

2. En todo caso, se reconocerá derecho a pensión a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación e invalidez, en quienes se den, en los términos que se establezcan en los Reglamentos generales, las siguientes circunstancias:

- a. Haber convivido con el causante y a su cargo.
- b. Ser mayores de cuarenta y cinco años y solteros, divorciados o viudos.
- c. Acreditar dedicación prolongada al cuidado del causante.
- d. Carecer de medios propios de vida.

3. La duración de los subsidios temporales por muerte y supervivencia será objeto de determinación en los Reglamentos generales de desarrollo de esta Ley.

4. A efectos de estas prestaciones, quienes se encuentren en situación legal de separación tendrán, respecto de sus ascendientes o descendientes, los mismos derechos que los que les corresponderían de estar disuelto su matrimonio.”.

Y dicho tenor (art. 3,1 Cc) evidencia que es la norma reglamentaria la que identificará al beneficiario de la pensión, siendo el único mínimo legal al que deberá atenerse la habilitación reglamentaria el de reconocer tal pensión a los hermanos e hijos de beneficiarios de pensiones de jubilación e invalidez, y resultando que la norma reglamentaria (el art. 22 de la O de 13-2-1967) extiende las prestaciones a nietos, abuelas y abuelos de los causantes en determinadas circunstancias, resulta que si el actor en relación con su madre no se encuentra en ninguna de las situaciones protegidas, por no haber sido la difunta beneficiaria de pensión alguna ni encontrarse de alta o en situación asimilada a la misma con el periodo de carencia específica señalado en la

normativa aplicable expuesta, no puede resultar merecedor por el fallecimiento de su madre de pensión en beneficio de familiares alguna.

b) Respecto del subsidio resulta claro que la norma legal habilita a la reglamentaria para determinar al beneficiario y en este caso es el artículo 25 el que lo identifica, remitiéndose al 22 de la propia Orden, que no tiene por causante a aquellos que fallezcan sin ser pensionistas como sucede en nuestro caso.

En definitiva a la muerte de su padre el actor solo contaba con 42 años y al no vivir a expensas de su madre, sino mas bien todo lo contrario, aquella no puede ser la causante de la prestación ni del subsidio reclamados. Y se desestimará el recurso.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don Enrique Aranda Naranjo, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia, de fecha 7 de febrero de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.440, de 4 de octubre de 2012

Materia. Prestación de jubilación: reconocimiento. Cumplimiento del requisito de carencia. Fecha del hecho causante.

Juzgado: Reconoce el derecho de la actora a lucrar pensión de jubilación, condenando al organismo demandado al pago de la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La actora no cumple con el número mínimo de días de cotización para tener derecho a la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que estima la pretensión de la parte actora y le reconoce el derecho a percibir la pensión de Jubilación, interpone recurso la entidad gestora.

Como único motivo del recurso redactado al amparo de la letra c) del artículo 191 de la antigua LPL, aplicable en virtud de la DT 2^a de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, el INSS denuncia la infracción por inaplicación del artículo 90 de la Orden de 24 de septiembre de 1970 que desarrolla el Decreto 2530/1970 de 20 de agosto en el que se regula el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y el artículo 3, a) de la Orden de 18/01/1967 reguladora de la pensión de Jubilación en el Régimen General.

Entiende el INSS que cualquiera que sea la norma que se aplique, tanto la prevista para el Régimen General como para el Especial, la fecha del hecho causante de la pensión de jubilación debe ser la del último día del mes en el que se cursó la solicitud en este caso el 31/05/2010, fecha en que de acuerdo con la norma vigente la trabajadora no alcanzaba el periodo de cotización mínimo exigido para causar la pensión de jubilación.

La sentencia de instancia rechaza este argumento porque dice no encuentra sustrato legal que lo ampare, pero tanto la norma contenida en el Régimen General como la prevista para el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en el que la actora cotizó durante más tiempo determinan que la fecha del hecho causante de la pensión cuando el trabajador sigue cotizando después de cumplir la edad de jubilación y accede desde situación de alta debe ser la del último día del mes de solicitud.

En este caso, en la fecha del hecho causante no era de aplicación el régimen transitorio contenido en la DT 4^o de la Ley 40/2007, que había quedado sin efecto por el RDL 8/2008, que entro en vigor el 25/05/2010. Por lo que la cotización mínima para acceder a la jubilación era de 5.475 días y no de 5.008, teniendo la actora cotizados 5.114 días.

TERCERO.- sin costas

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 DE LOS DE ELCHE de fecha 21/07/2011, en virtud de demanda presentada a instancia de A.P.R.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y absolvemos a la entidad gestora de los pedimentos efectuados en su contra.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.443, de 4 de octubre de 2012

Materia: Accidente de trabajo. Trabajadora afiliada al RGSS que es declarada afecta de IPT para el ejercicio de su profesión habitual, por contingencias comunes. Solicitud de que la IPT reconocida tenga su origen en accidente de trabajo.

Juzgado: Estima la demanda declarando que la incapacidad permanente total para ejercicio de la profesión habitual de la actora tiene su origen en accidente de trabajo, condenando a los demandados a pasar por esta declaración y al abono de la pensión correspondientemente establecida.

Sala: Estima el recurso con revocación parcial de la sentencia en lo que respecta al cálculo de la base reguladora mensual para el abono de la prestación. Confirma la sentencia de instancia en cuanto que la IPT deriva de accidente de trabajo sufrido por la actora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por la actora en materia de reconocimiento de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo (el INSS le reconoció dicha incapacidad pero derivada de enfermedad común) y sobre una determinada base reguladora, se alza en suplicación la Mutua demandada al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL mostrando su disconformidad únicamente en cuanto a la base reguladora fijada de la pensión de invalidez. Alega que se han infringido el RD 1131/2002 de 31 de octubre, que en su art. 7.3 regula el salario diario de los trabajadores fijos discontinuos para la incapacidad permanente. Dicha norma así como el Decreto de 22-6-1956 son, para la mutua, aplicables al caso enjuiciado y admite la interpretación que del art. 7.3 del RD 1131/2002 hace la sentencia de instancia en cuanto a que el tiempo de campaña computable es el transcurrido desde que la trabajadora es llamada hasta que se accidenta. Ahora bien (sigue diciendo la recurrente) es en la interpretación que de “días naturales” da la sentencia en lo que existe disconformidad, puesto que días naturales son todos los días del año, sin que se excluyan inhábiles y festivos. Por eso hay que considerar que los días trabajados son 5 y los naturales 13 (desde el 28-9-2006 a 10-10-2006) y no 7 como erróneamente interpreta la juez a quo. Y en consecuencia la base reguladora es de 9.166,34 euros anuales o 763,86 euros mensuales.

Planteada la cuestión en estos términos y vista la normativa aplicable así como lo resuelto por esta Sala en sentencias como la recaída en el recurso nº 1245-07, ya desde ahora adelantamos que el recurso de la Mutua merece prosperar. En efecto, el artículo 7.3 del RD 1131/2002, de 31 de octubre, es claro al disponer en su último párrafo que "en el caso de contratos de trabajo fijo-discontinuo, el salario diario será el que resulte de dividir, entre el número de días naturales de campaña transcurridos hasta la fecha del hecho causante, los salarios percibidos por el trabajador en el mismo

período". Por lo tanto, por un lado tenemos que el periodo de cálculo del salario diario no es el del último año completo, sino "el que comprende los días transcurridos entre el que dio comienzo la campaña laboral del fijo discontinuo y aquel otro en el que se produjo el accidente". Por otra parte, (y por lo que atañe al tema nuclear de este recurso), los días entre los que se dividen los trabajados son días naturales de campaña, es decir, "días naturales", lo que significa todos los del año, sin excluir los inhábiles y los festivos. De este modo, los días naturales entre el 28-9-06 (fecha de inicio de la prestación de servicios de la actora) y el 10-10-2006 (fecha de la IT) son 13, y no 7 como interpreta la juez a quo.

En consecuencia, la base reguladora surge de las siguientes operaciones: 5 (días trabajados) x 50,24 € (de salario) = 251,20 € que dividido entre 13 (días naturales de campaña hasta la baja) resulta 19,32 que multiplicado por 365 da una cifra de 7052,92 €. Sumando el plus de productividad y las horas extras arroja una suma anual de 9.166,34 € de base reguladora anual o 763,86 € de base reguladora mensual. Procede por lo tanto estimar el recurso en este particular extremo, declarando que la base reguladora mensual de la prestación reconocida es de 736,86 €.

SEGUNDO.- Estimándose el recurso de la Mutua no procede efectuar imposición de costas (art. 235.1 LRJS), procediéndose una vez sea firme esta resolución y de conformidad con el art. 203 LRJS a la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir y así como del exceso de la consignación que resulte entre la cantidad tenida en cuenta según el fallo recaído en la instancia y la fijada en la presente sentencia, o, en su caso, la reducción en estos términos de los aseguramientos presentados.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la Mutua X. contra la sentencia de fecha 10-5-2011 del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Valencia, y con parcial revocación de la misma, declaramos que la base reguladora mensual de la incapacidad permanente total reconocida es de 736,86 €. Confirmamos el resto de pronunciamientos del fallo de la sentencia de instancia.

Procédase a la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir y así como del exceso de la consignación que resulte por minoración de la base reguladora fijada.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.469, de 16 de octubre de 2012

Materia: Prestación de jubilación. Diferencias en la base reguladora de la pensión de jubilación. Trabajadora que ha prestado sus servicios como profesora de enseñanza primaria y que accede a jubilación parcial. Posteriormente, accede a la jubilación definitiva. El INSS le reconoce una base reguladora, aplicando un cálculo en la base reguladora distinto al que reclama la actora.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al demandado de las peticiones de la demanda.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Reconoce el derecho de la trabajadora a percibir la pensión de jubilación sobre la base reguladora reclamada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia del Juzgado que desestima la demanda sobre diferencias de la base reguladora de la pensión de jubilación interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora que no ha sido impugnado de contrario, conforme se adelantó en los antecedentes de hecho.

El indicado recurso se formula al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) y en él se imputa a la sentencia recurrida la infracción del art. 18.2 del Real Decreto 1131/2001 y de la sentencia del TSJCV de 6 de abril de 2009. Razona la defensa de la recurrente que ni en el procedimiento administrativo ni en la fase declarativa del juicio hubo controversia sobre la corrección de las bases de cotización de la actora durante su situación de jubilación parcial, limitándose la Entidad Gestora a aplicar para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación de la demandante en el período en que la misma estuvo en situación de jubilación parcial un cálculo estimativo que se aparta de lo establecido por el art. 18.2 del Real Decreto 1131/2001 y que, por lo tanto, es ilegal.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar ya que como se dijo por esta Sala al resolver, entre otros el recurso de suplicación n.º 2123/2008 en la sentencia n.º 1109/09 "Atendiendo al período trabajado a tiempo parcial (hecho probado 2º) y de acuerdo con el tenor del artículo 18.2, párrafo primero del R.D. 1131/2002, de 31 de octubre, de conformidad con el cual "para el cálculo de la base reguladora de la pensión se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiere correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial, y siempre que la misma se hubiese simultaneado con un contrato de relevo", y acudiendo a la interpretación literal que es el criterio preferente (artículo 3.1 del Código Civil), apreciamos que las bases de cotización a considerar (no resulta contradicho que la trabajadora antes de pasar a jubilación parcial, trabajaba a

jornada completa) no son el resultado del promedio de las correspondientes a los doce meses anteriores a la jubilación parcial, incrementado ese promedio en el porcentaje de incremento interanual de las bases de cotización, como ha realizado de modo estimativo la Entidad Gestora de acuerdo con las Instrucciones obrantes en los dos últimos folios del expediente administrativo, sino que deben tenerse en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial en la empresa donde redujo su jornada y salario, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiere correspondido de haber realizado en la empresa, en dicho período, el mismo porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial (no se discute que no se hubiera simultaneado con un contrato de relevo).”

La proyección de la doctrina expuesta al presente caso conlleva la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia al no haber aplicado correctamente lo establecido en el art. 18.2 del R.D. 1131/2002, teniendo que añadir tan solo que es a la Entidad Gestora a la que correspondería haber acreditado que la actora cuando estuvo trabajando a tiempo parcial percibió conceptos retributivos de idéntica cuantía a los que hubiera percibido de haber trabajado a tiempo completo, pues conforme a lo establecido en el art. 217. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil incumbe al demandado la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Es decir, a la actora le basta acreditar que durante el tiempo que ha estado en situación de su jubilación parcial se le ha reducido su jornada laboral y su salario, para que se le aplique lo establecido en el art. 18.2 del R.D. 1131/2002 para el cálculo de la base reguladora de su pensión de jubilación, siendo a la Entidad Gestora a la que corresponde acreditar que durante la situación de jubilación parcial de la demandante a la misma no se le han reducido determinados conceptos salariales, a fin de poder excepcionar la regla establecida en el meritado art. 18.2, de modo que la falta de dicha prueba no puede sino conducir a la aplicación literal del precepto controvertido.

Por último señalar que al margen de que la Entidad Gestora no ha alegado en el expediente administrativo ni en la fase declarativa del juicio, como motivo de oposición a la pretensión ejercitada por la actora, el incremento desproporcionado de las bases de cotización de la misma durante la situación de jubilación parcial, que es lo que justifica según el Magistrado de instancia la no aplicación en el presente caso de lo establecido en el art. 18.2 del R.D. 1131/2002, la Sala no aprecia dicho incremento desproporcionado, pues, basta observar la pequeña diferencia que existe entre el importe de la base reguladora de la pensión de jubilación que resulta de aplicar el art. 18.2 del R.D. 1131/2002 y el importe de la base reguladora de la pensión de jubilación reconocida a la actora por la Entidad Gestora para descartar el incremento “considerablemente superior” de las bases de cotización de la actora durante su situación de jubilación parcial respecto a las bases de cotización previas a dicha situación.

La estimación de la censura jurídica deducida por la representación letrada de la recurrente determina la revocación de la sentencia de instancia con la consiguiente estimación de la demanda, declarando el derecho de la actora a percibir la pensión de jubilación sobre la base reguladora de 2.369,29 euros mensuales.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.^a S.S.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Diez de los de Valencia y su provincia, de fecha 16 de enero de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida y estimando la demanda, declaramos el derecho de la demandante a percibir la pensión de jubilación sobre la base reguladora de 2.369,29 euros mensuales, condenado a la Entidad Gestora a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la prestación sobre la base reguladora ahora reconocida.

Sentencia núm. 2.479, de 16 de octubre de 2012

Materia: Reintegro de prestaciones: Pensión de jubilación. Trabajadora que solicita pensión de jubilación la cual le es denegada. Acto seguido solicita prestación por desempleo la cual le es reconocida por el SPPE. Nuevamente, solicita pensión de jubilación la cual le es reconocida mediante resolución del INSS. Revisión de oficio para conocer si ha lugar a la prestación concedida. Error en el cálculo de la pensión.

Juzgado: Estima la demanda del organismo demandante y anula la resolución que reconocía a la demandada la pensión de jubilación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La Sala reconoce a la trabajadora un determinado número de días cotizados que no se tuvieron en cuenta en primera instancia. La actora acredita el número mínimo de días necesarios para tener derecho al cobro de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda planteada por el INSS sobre anulación de la resolución de 24-4-2009 que reconocía a la trabajadora la pensión de jubilación y condena a la misma al correspondiente reintegro, se alza en suplicación la parte actora al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 del art. 191 de la LRJS.

Por el primero de ellos la recurrente indica que en fecha del hecho causante la trabajadora tenía acreditados 5.313 días, lo que es muy superior a los 4.854 días exigidos en el hecho causante, pues el INSS no ha tenido en cuenta ni los días computables por nacimiento de cada uno de sus hijos así como los períodos reflejados por parte de la Inspección de Trabajo en las actas de liquidación de cuotas levantadas a C. M. SL, todo lo cual aparece en los informes de vida laboral y documental que cita. Para ello propone una nueva redacción al hecho probado 4º que dice “La actora acredita a fecha 15-3-2009 un total de 5.313 días con el siguiente desglose:” recogiendo a continuación los períodos en el RETA, en el Régimen General (entre ellos los trabajados en C.M.), los días cuota computables conforme a los cálculos efectuados por el INSS y los días computables por nacimiento de sus 2 hijos (112+112). Damos por reproducido el listado que obra a los folios 12 y 13 del recurso y admitimos la revisión planteada por desprenderse directamente y sin lugar a dudas de los documentos citados (especialmente del Acta de Liquidación de cuotas) que la demandante trabajó en C.M. S.L., del 15-12-2003 al 29-12-2005 al 50% de jornada, siendo tal extremo trascendente, así como computando asimismo las cotizaciones ficticias de conformidad con lo que posteriormente e indicará, quedando el hecho 4º del siguiente modo: “La actora acredita a fecha 15.03.09 un total de 5.313 días con el siguiente desglose:

REGIMEN AUTONOMOS (Folio 76).

REG. ESPECIAL TRABAJADORES AUTONOMOS

Del 01-01-1983 al 28-02-1989.....2.251 días.

REG. ESPECIAL TRABAJADORES AUTONOMOS

Del 01-02-1990 al 28-02-1991.....393 días

REGIMEN GENERAL (Folio 76)

S.Y.L. COOP.

Del 02-08-2001 al 08-09-2001, 62,5% jornada.....24 días

S. Y L. COOP.

Del 12-11-2001 al 31-08-2002, 62,5% jornada.....170 días

A.S.C., S.L.

Del 01-10-2002 al 30-11-2003, 32,5% jornada.....167 días

DESEMPLEO

Del 01-12-2003 AL 02-12-2003.....2 días

C.M., S.L. (folios 80-104)

Del 15-12-2003 al 29-12-2005, 50% jornada373 días
(Acta liquidación cuotas n° 408/06 del 23-03-2006)

C.K., S.L.

Del 03-12-2003 al 31-07-2006.....486 días

VACACIONES

Del 01-08-2006 al 18-08-2006.....9 días

DESEMPLEO

Del 30-12-2005 al 18-08-2006.....232 días

DESEMPLEO

Del 19-08-2006 al 29-08-2006.....11 días

C.K., S.L.

Del 15-02-2007 AL 30-06-2008.....502 días

VACACIONES

Del 01-07-2008 al 15-07-2008.....15 días

DESEMPLEO

Del 16-07-2008 al 14-3-2009.....243 días

TOTAL DIAS COTIZADOS.....4.878 días

Descuento por sía superpuestos.....116 días

TOTAL DIAS COMPUTABLES.....4.762 días

Total días cuota computables conforme a los cálculos

efectuados por el I.N.S.S.....327 días

Días computables por nacimiento de hijos (folios 77-79):

Hijo: R.H.M.

Fecha nacimiento: 22-06-1964.....112 días

Hijo: J.F.H.M.

Fecha nacimiento; 26-08-1966.....112 días

TOTAL DIAS COMPUTABLES.....5.313 días

SEGUNDO.-Al amparo del art. 193-c de la LRJS se denuncia la infracción de la DA 44ª de la LGSS que establece el cómputo a favor de la trabajadora solicitante de la pensión de un total de 112 días completos de cotización por cada hijo, no habiendo tenido en cuenta el juez dicho periodo, como tampoco los 373 días cotizados en C.M. SL, de conformidad con el Acta de liquidación de cuotas levantada por la Inspección de Trabajo.

Pues bien, respecto de la primera cuestión, debemos indicar que la Disposición Transitoria Séptima de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en su apartado tercero dispone: “La consideración como cotizados de los períodos a que se refieren el apartado 6 del artículo 124 y la disposición adicional cuadragésimo cuarta del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, será de aplicación para las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la presente Ley . (...)”. Y como esta Sala ha indicado a propósito de la pensión SOVI, pero cuyo argumento es trasladable aquí: “el beneficio otorgado en la Disp. Ad. 44ª se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad -ex Disp. Transitoria 7ª. 3-, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan. En consecuencia, el criterio para acudir a la suma de los 112 días ficticios es el de la fecha en que se cause la prestación y no la de la vigencia del régimen en que se cause” (sentencia recaída en el recurso 2834-11). Dado que la trabajadora tuvo dos hijos, nacidos en 1964 y 1966, deben serle computados un total de 224 días de completos de cotización por tales nacimientos.

Por otra parte, también deben computarse los días correspondientes al periodo en que la interesada trabajó para C.M. sin estar de alta, incumplimiento que no puede recaer sobre ella dado que concurre trabajo efectivo y un alta de la Inspección de Trabajo; y siendo grave el incumplimiento, pues impide alcanzar la carencia en la vía administrativa, como dijo esta Sala en sentencia de 11-7-2002, “no podemos desconocer que al existir un acta de liquidación de cuotas por un período de cinco años (en nuestro caso es de dos) la deuda del empresario está liquidada y es ejecutiva (y el trabajador está de alta de oficio como consecuencia del Acta de Liquidación, por aplicación del R.D. 84/96 EDL/13910) y si el mismo no pagó (extremo que desconocemos puesto que nada consta en los hechos probados), la administración pudo y debió proceder en vía de apremio para cobrarse tal deuda, y si no actuó de este modo, dejando perder los ingresos correspondientes, sólo a ella le es imputable tal dejación”.

Por lo expuesto, y sumando a los 4.799 días que reconoce el INSS y la juez de instancia a la trabajadora, los 373 trabajados en “C.M. SL”, se alcanza una suma de 5.172 días computables y a tener en cuenta como período cotizado, por lo que exigiéndose 4.854 días para causar derecho a la pensión de jubilación, la conclusión es que la demandante tiene derecho a tal prestación, por lo que la sentencia de instancia debe ser revocada y la demanda del INSS quedar desestimada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por M^a P.M.G. contra la sentencia de 27-1-2012 del Juzgado de lo Social n^o 4 de los de Alicante, y, con revocación de la misma, desestimamos la demanda formulada por el INSS y absolvemos a la parte demandada, M.P.M.G., de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas.