

Sentencia núm. 2.486, de 16 de octubre de 2012

Materia: Prestación de viudedad: Fijación de los efectos económicos de la prestación. Interpone la acción en reclamación la hija del tutor fallecido, la cual ha solicitado ser tutora de la madre tras el fallecimiento del padre. La beneficiaria de la prestación de viudedad se encuentra incapacitada.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los organismos demandados del pago de los efectos económicos reclamados.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Se le reconoce a la parte actora los efectos económicos desde la fecha solicitada en la instancia, condenando a los demandados a pasar por esta declaración y al abono de los mismos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que desestimó su demanda sobre efectos económicos de la pensión de viudedad reconocida. El recurso se formula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, en el que denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en los art. 178 y 43.2 de la LGSS, art. 1973, 267 y 222.2 del Código Civil, art. 16.4 de la LPL y art. 24 de la Constitución. Sostiene la recurrente que al mes siguiente del fallecimiento del tutor la hija de la beneficiaria comunicó al Juzgado el fallecimiento y el proceso judicial duró siete meses, lo que no puede perjudicial a la beneficiaria, y apenas nueve días tras la toma de posesión de la tutora se solicitó ante el INSS la pensión, lo que acredita la celeridad observada por la hija de la beneficiaria.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 23-11-1998, rec. 2116/1998, si bien desestima el recurso por falta de contradicción, señala como diferencias entre el asunto recurrido y el invocado como contraste, que en esta, "...la Sala establece en esta segunda Sentencia la prontitud con que la accionante acudió a solicitar la pensión, una vez que transcurrieron los plazos legales necesarios para que adquiriera firmeza el fallo que reconoció la filiación natural del beneficiario... por lo que ... se había actuado con la debida diligencia, mientras que en la recurrida, las grandes demoras en cada una de las actuaciones llevadas a cabo, no merecen esta valoración, sino que mantienen su contenido de inactividad".

3. En el presente supuesto, de los hechos declarados probados se desprende que fallecido el causante y tutor de la beneficiaria incapacitada, el 12-5-09, la hija de ambos comunicó tal circunstancia al Juzgado solicitando su nombramiento como tutora, procediendo el Juzgado a dictar auto el 27-11-09, corregido el 11-1-10, aceptando la hija el cargo el 26-1-10, y presentando la solicitud de la pensión de viudedad ante el INSS el 4-2-10; de lo que se deduce que se actuó con prontitud y diligencia, lo que lleva

a estimar la demanda y fijar los efectos económicos de la pensión reconocida en la fecha del hecho causante, el 12-5-09.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de M^aC.G.M. y M^a C.M.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º. 2 de los de Alicante, de fecha 18-1-2011; y, en consecuencia, con revocación de la resolución recurrida, estimamos la demanda instada por las recurrentes contra el INSS y TGSS y declaramos que los efectos económicos de la pensión de viudedad reconocida lo son desde el 12-5-09, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a su abono.

Devuélvase el depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 2.489, de 16 de octubre de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa demandada que presta sus servicios como vigilante de seguridad. Valor de la hora ordinaria y extraordinaria. Complementos: pluses de hora nocturna, festividad, transporte, vestuario, peligrosidad. Reconocimiento derecho.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa al pago de determinada cantidad.

Sala: Estima en parte el recurso. Se revoca la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la entidad demandada a abonar al mencionado demandante la cantidad correspondiente a la diferencia entre el importe de las horas extraordinarias realizadas por el período reclamado, adicionándose el importe de los pluses de festividad, peligrosidad, radiofrecuencia aeroportuaria y nocturnidad respecto a las horas realizadas en estas condiciones, calculado de la forma establecida en la presente resolución y el importe que por dicho concepto le ha abonado la empresa demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate estimó en parte la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la empresa demandada S.I. S.A., proponiendo un único motivo de impugnación encaminado a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que aparece desglosado en diversos puntos o apartados. Así, en el primero se limita la parte a reflejar lo que denomina “Antecedentes” respecto a la reclamación de diferencias en el pago de horas extraordinarias realizadas por el actor en el año 2009 con referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2007, en relación con los artículos 35 del Estatuto de los Trabajadores y la nulidad del art. 42 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, realizándose unos cálculos sobre el salario ordinario del actor. En el segundo apartado se denuncia la vulneración de lo establecido en el art. 69 g) y h) del convenio colectivo al haber incluido dentro del valor de la hora ordinaria lo percibido en concepto de hora nocturna y hora festiva, e indicándose que dichos pluses solo se perciben cuando se realiza la prestación de servicios en determinadas circunstancias y su inclusión en las horas extras solo procedería si se da la efectiva prestación. En los apartados tercero y cuarto del recurso se plantea la vulneración a lo establecido en los arts. 12 y 36 del CC ante la inclusión en el valor de la hora ordinaria de lo percibido en concepto de formación y dietas y kilometraje. Finalmente se citan como vulnerados los art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación a la carga de la prueba de las horas extras reclamadas que entiende corresponde al actor la debida acreditación y del art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores sobre la condena al pago del interés anual del 10%.

El recurso plantea, en definitiva, discrepancias sobre el valor de las horas extras reclamadas por el actor, debiendo señalarse que no se alcanza a comprender la cita normativa que se efectúa respecto a los conceptos de “formación y dietas y kilometraje” así como al devengo del “interés por mora” cuando la parte actora no ha postulado reclamación alguna por dichos conceptos y la sentencia precisamente no ha impuesto el interés moratorio previsto en el art.29.3 del ET.

Hecha la anterior puntualización y respecto a los pluses de transporte y vestuario es preciso asimismo señalar que la sentencia los excluyó expresamente del precio del valor de la hora extra reclamada por el actor que si pedía su inclusión por lo que huelga toda referencia a las alegaciones vertidas en el recurso sobre dichos complementos que ante su carácter extrasalarial fueron objeto de expreso rechazo por la sentencia impugnada. En cuanto a los demás conceptos, esta misma Sala en sentencia que resolvió recurso precedente nº 2947/2012 y cuya solución ha sido seguida en recurso nº 3416/2012 ya se ha pronunciado sobre la materia y que no es otra que la determinación de las horas extraordinarias realizadas en festivos y en período nocturno y por idénticas cuestiones las ejecutadas en circunstancias especiales como serían las horas extras efectuadas con derecho al llamado complemento de peligrosidad en cuanto el mismo forma parte de uno de los complementos que integran la estructura salarial que serviría para la base de la determinación del valor hora postulado.

Se indica en dichas sentencias que son dos las cuestiones que deben ser objeto de tratamiento: la primera de ellas si efectivamente, los pluses de nocturnidad y festividad deben incluirse en el cómputo del valor de la hora extraordinaria sean cuales sean las condiciones de la prestación de esa hora extra, y la segunda de ellas, caso que fuera necesario acreditarlo, a quién le corresponde la carga de probar en qué circunstancias fueron realizadas las mentadas horas extras si a los trabajadores o a la empresa. Al respecto, son citadas por el recurrente varias Sentencias dictadas por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, pero muchos han sido los pronunciamientos de diferentes Salas de lo Social que, tras la anulación por parte del Tribunal Supremo –STS de 21-2-2007- del art. 42.2º del convenio colectivo estatal de empresas de seguridad - precepto que regulaba los conceptos económicos que deben tenerse en cuenta para el cálculo del valor de la hora extraordinaria para los trabajadores encuadrados en el ámbito de aplicación de esta convenio- han debido adoptar una postura al respecto. Sobre las cuestiones ahora planteadas ya se ha pronunciado esta Sala al resolver el recurso de suplicación núm. 2947/2012, haciéndose eco de la doctrina establecida por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sendos recursos de casación de unificación de doctrina (SSTS de fechas de 7 de febrero y de 1 de marzo 2012), a raíz de la cual ya adelantamos que debe estimarse, aunque parcialmente, el recurso presentado por la empresa. Tal doctrina del Alto Tribunal es la que pasamos a exponer:

Acerca de la cuestión debatida, la STS de 1 de marzo de 2012 señala que:
“Llaman la atención en relación con la cuestión aquí planteada, dos peculiaridades que se aprecian tanto en la sentencia recurrida como en la de contraste y que no suelen darse en una pretensión de condena al pago de una cantidad como lo es la que constituye el objeto del presente procedimiento y son las siguientes: que la cuestión haya girado exclusivamente sobre las cantidades que integran el concepto "hora extraordinaria" sin atender a qué concretas horas extraordinarias se reclaman (diurnas, nocturnas, realizadas en festivo, etc.) y que ambas sentencias hayan aplicado de distinta forma la sentencia de esta Sala de 21-2-2007 (RJ 2007, 3169) (rco.-

33/2006) por la que se declaró nulo el cálculo de las horas extraordinarias que se contenía en el art. 42.1.a) del Convenio Colectivo Estatal de las empresas de Seguridad (RCL 2005, 1185), y el punto 2 del artículo 42 que fija un valor de la hora ordinaria a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias en dicho sector de la actividad laboral. El hecho de que sea la interpretación de aquella sentencia en relación con lo que respecto del alcance del valor de la hora ordinaria dispone el art. 26 del ET (RCL 1995, 997) y el mínimo a retribuir la hora extraordinaria según el art. 35 ET, y de que ése sea el principal objeto de discusión en estos procesos exige situar aquella sentencia en su verdadero contexto para llegar a un entendimiento adecuado de lo que en ella se dispuso en aplicación de lo dispuesto en los anteriores preceptos estatutarios, partiendo de la base de que lo que se dijo en otra sentencia posterior de fecha 10-11-2009 (RJ 2010, 69) (rco.- 42/2008), también citada por ambas partes no hizo más que confirmar la anterior aplicando el principio de la cosa juzgada. A tal efecto es necesario partir del hecho de que lo que en dicha sentencia se dijo, después de hacer un excursus por los antecedentes legislativos sobre el particular, era que, conforme a lo dispuesto en el art. 26 ET, debía considerarse como salario a tomar como referencia para el cálculo de la hora ordinaria no solo el salario base como se disponía en el art. 42.2 del Convenio sino todos los complementos salariales, entendiéndose por ello que en dicha norma convenida no se respetaba la exigencia de derecho necesario del art. 35 del Estatuto de los Trabajadores cuando establece que el valor de la hora extraordinaria será como mínimo el de la hora ordinaria, entendiéndose en base a ello (con cita de copiosa jurisprudencia en el mismo sentido), que lo dispuesto en dicho art. 42.2 del Convenio y en correspondencia con él el cálculo que para cada categoría profesional se contenía en el art. 41.2 a) del mismo era contrario a derecho. Y con arreglo a dicho criterio declaraba nulos ambos preceptos, pero derivado el segundo del inaceptable art. 42.2 en el que, recordemos que se decía lo siguiente (textual): "2. Valor de la Hora Ordinaria. A los únicos efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias incluidas en los apartados a) y b) precedentes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores, ambas partes acuerdan que el Valor de la Hora Ordinaria es igual al cociente de dividir el salario base mensual de cada categoría profesional entre el número de horas mensuales de trabajo efectivo... quedando excluidas las pagas extraordinarias, así como los complementos retributivos sean fijos o variables, salariales o extrasalariales de Convenio o fuera de Convenio". Esta declaración de nulidad era claramente acomodada a lo dispuesto en el art. 35 ET en cuanto que en el cálculo de las horas extraordinarias sólo incluía el salario base y excluía cualquier complemento, lo que se dijo en aquella sentencia, en concreto en el fundamento tercero era que "en definitiva, y como aconteció en su regulación histórica, la retribución de las horas extraordinarias nunca perdió el cordón umbilical que le unía con el salario ordinario, y no a un solo componente del mismo como es el salario base, y de aquí que la proclamada conformidad que hace la norma convencional litigiosa contenida en el art. 42 del Convenio, con lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores no existe y ello por una sencilla razón: la hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base sino también con todos los componentes salariales que integran el salario ordinario". Siendo esto lo que la sentencia dijo, la interpretación que de ella se ha hecho por la recurrida, es, tomando en su estricta literalidad lo dicho en la misma con el carácter general y abstracto propio de una sentencia de conflicto colectivo, que todas las horas extraordinarias se deben retribuir a partir del valor de la hora ordinaria calculada con todos los complementos salariales previstos, sin tomar en consideración ni distinguir entre complementos personales o generales y otros

complementos fijados en función de concretas y especiales circunstancias en las que se ha desarrollado el trabajo; y en base a ese entendimiento ampliado de lo que la sentencia aquélla vino a decir, ha sostenido, siguiendo la tesis del demandante, que en el cálculo de la hora ordinaria y con repercusión en todas las horas extraordinarias, debían incluirse todos estos conceptos sin distinción. Por el contrario, la sentencia de contraste ha sabido distinguir entre lo que se dijo en la sentencia de conflicto colectivo con carácter general y abstracto y lo que procedía decir en aplicación de la misma, y de los preceptos estatutarios, al caso concreto planteado”.

Habiendo quedado claras las posturas de ambas sentencias, el Alto Tribunal acoge la postura de la sentencia de contraste:

“Siendo esta segunda interpretación la que procede mantener, (...) En efecto, una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas las horas extraordinarias", y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias ", en particular.

En el presente caso el actor solicita que se le abonaran todas las horas extraordinarias con inclusión en las mismas de pluses como los de "plus de peligrosidad, plus nocturnidad y plus festivos", cuando los tres primeros vienen establecidos en el art 69 del Convenio para retribuir las horas que se prestan utilizando la indicada radioscopia, o en horario nocturno o en días festivos, etc. (sin que se conozca con arreglo a Convenio el concepto de "plus baleares" aunque cabe pensar que por analogía con lo que expresamente se dispone con el trabajo en Ceuta y Melilla se retribuye la residencia fuera de la península. Si se parte de la base de que estos complementos vienen calificados en el art. 69 del Convenio como "complementos de puesto de trabajo" de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se solicite cuando no se preste el trabajo en tal situación. Por lo tanto, el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cuales quiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria. Se infringiría el art. 35ET , a salvo que el Convenio dijera lo contrario, si se abonara en el caso como hora extraordinaria lo que no se tenía derecho a percibir como hora ordinaria que es la garantía de referencia conforme a dicho precepto legal.

A partir de esta realidad, la interpretación que se hizo de lo dicho en nuestras sentencias de 2007 y 2009 por la recurrida no puede ser aceptada por cuanto lo que se dijo con carácter general, aplicable a lo que podrían ser consideradas horas extraordinarias de factura ordinaria, no puede ser extrapolable, en un buen entendimiento de nuestra normativa jurídica, a las horas extraordinarias trabajadas en

circunstancias especiales. Siendo adecuada a lo que se dijo y se quiso decir la interpretación y aplicación que de la misma sentencia hizo la sentencia de contraste de la Sala de lo Social de Madrid. Todo lo cual destruye desde la base la aplicación de la cosa juzgada mal aplicada que hizo la sentencia recurrida de lo que entendió que constituía el contenido de aquella sentencia”.

Por tanto, en respuesta a las cuestiones que debe resolverse a la luz del recurso presentado por la empresa recurrente, solamente se deben computar el plus de peligrosidad, nocturnidad, radiofrecuencia aeroportuaria y el plus de festividad cuando efectivamente se demuestre o acredite que las horas extraordinarias cuya parte de su cuantía se reclama se hubieran realizado en las condiciones precisas para acceder a tal pago más elevado en atención a las especiales condiciones de prestación de la actividad.

SEGUNDO.- Queda por resolver la segunda de las cuestiones, es decir, lo referido a la acreditación de que las horas reclamadas se trabajaron en las circunstancias que justifican el pago de los importes incrementados antedichos. Al respecto, el TS, en la STS de 1 de marzo de 2012 continúa señalando que:

“De acuerdo con lo dicho hasta ahora, el actor para poder obtener la diferencia que reclama por el pago de las horas extraordinarias debió acreditar que las que reclama las trabajó de noche, utilizando radioscopia portuaria, en día festivo y en baleares, y sólo entonces podría aceptarse su pretensión. Siendo ésta la tesis que, para otro supuesto semejante, ha aplicado la Sala en su reciente STS de 19-10-2011 (RJ 2012, 527) (rec.- 33/2011).

Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque los actores no tienen derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa les ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso interpuesto contra la sentencia recurrida, se condene a la demandada a abonar a los actores la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución. Para la efectividad de este acuerdo procederá que en el Juzgado de origen se mantenga la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado”.

Esta misma ha de ser la solución a adoptar en la presente situación, idéntica a la resuelta por el Alto Tribunal, razón por la cual, y, en relación con el pago del complemento de peligrosidad, festividad, radiofrecuencia aeroportuaria y el complemento de nocturnidad, éstos deben abonarse al demandante por parte de la empresa ahora recurrente cuando las horas extras realizadas lo fueron en tales circunstancias. Y no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo por este concepto, se condena a la empresa a abonar al actor la cantidad diferencial adeudada calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución.

En conclusión, el valor de la hora extra que se determinará en la ejecución de la sentencia será la cantidad que resulte de dividir el importe de la retribución total percibida en el año 2009 entre 721,30 horas extraordinarias excluyendo los

complementos de puesto de trabajo mencionados, y en estos términos se estimara el recurso de la empresa.

TERCERO.- No ha lugar a imponer las costas a la empresa demandada al haber sido estimado parcialmente su recurso (art. 233.1 de la LPL). Manténgase la cantidad consignada hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, devolviéndose la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por S.I SA. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Valencia, en la que se estimó parcialmente la demanda formulada por el demandante D. S.S.M. contra la recurrente; se revoca la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la entidad demandada a abonar al mencionado demandante la cantidad correspondiente a la diferencia entre el importe de las horas extra realizadas por el período reclamado, adicionándose el importe de los pluses de festividad, peligrosidad, radiofrecuencia aeroportuaria y nocturnidad respecto a las horas realizadas en estas condiciones, calculado de la forma establecida en la presente Resolución y el importe que por dicho concepto le ha abonado la empresa demandada .

Sin costas.

Sentencia núm. 2.498, de 16 de octubre de 2012.

Materia: Reclamación prestación de viudedad y reintegro de prestaciones indebidamente cobradas. Reconocimiento inicial de una prestación de viudedad sobre una base errónea. Prescripción de la acción ejercitada por el organismo demandante.

Juzgado: Estima la excepción de prescripción de la acción de revisión de acto declarativo de derecho, desestimando la demanda y absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas contra los mismos.

Sala: Estima el recurso formulado por el INSS, declarando que la acción ejercitada por la Entidad Gestora no está prescrita. Se acuerda la devolución de las actuaciones al Juzgado de instancia para que éste dicte nueva sentencia y se entre a conocer sobre la cuestión de fondo planteada en la demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la sentencia de instancia que estimó la excepción de prescripción de la acción de revisión ejercitada por el citado Organismo y, consecuentemente, desestimó su demanda presentada contra la herencia yacente de doña C.U.U., representada por sus hijos don J. y don R.P.U..

Se interpone el recurso al amparo de un único motivo redactado por el cauce procesal del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción del artículo 146.3 de la citada ley procesal, en relación con el artículo 1973 del Código Civil. Sostiene la Entidad Gestora que la prescripción de la acción ejercitada quedó interrumpida por las reclamaciones efectuadas, primero, en vía administrativa el 25 de mayo de 2004, y, posteriormente, con la presentación el 1 de octubre de 2007 de la demanda judicial que ha dado lugar al presente procedimiento.

2. A efectos de resolver la cuestión planteada, debemos recordar que lo que se reclama en este procedimiento es el reintegro de la cantidad que el INSS considera que abonó indebidamente en concepto de pensión de viudedad a doña C.U., ya fallecida, en el periodo comprendido entre el 1 de febrero de 2002 y el 30 de septiembre de 2007 cuantificada en 40.685,74 euros.

Como ya hemos reseñado, la sentencia que ahora se recurre acogió la excepción de prescripción opuesta por los demandados, al entender que entre el 20 de febrero de 2002 y el 1 de octubre de 2007 en que se presentó la demanda en el decanato de los Juzgados de Valencia, había transcurrido el plazo de prescripción de 5 años (sic) del que dispone la Entidad Gestora para interponer la acción de revisión, al entender que las resoluciones administrativas de 25 de mayo y 7 de julio de 2004 por las que el INSS reclamaba a la Sra. Ú. el reintegro de las cantidades no habían producido la interrupción de la prescripción dado que fueron anuladas por sentencia del Juzgado de lo Social número 16 de Valencia de 29 de diciembre de 2005, confirmada por esta Sala de lo Social en sentencia de 12 de septiembre de 2006.

3. Planteada la cuestión en estos términos, el recurso debe prosperar. Debemos comenzar recordando que la prescripción extintiva es un modo de extinción de los derechos por la inacción del titular de los mismos durante el tiempo determinado por la Ley. Conforme establece el artículo 1961 del Código Civil «las acciones prescriben por el mero lapso del tiempo fijado por la Ley». Pero como dice la doctrina científica, no es completamente exacto que el tiempo sea el único elemento de la prescripción extintiva, pues son tres los requisitos que se han de dar para que se produzca la prescripción extintiva, a saber: a) la existencia de un derecho que se pueda ejercitar; b) la falta de ejercicio o inercia por parte del titular; y c) el transcurso del tiempo determinado en la Ley. La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha venido a señalar, reiteradamente, la diferencia entre caducidad y prescripción, aclarando que ésta descansa en la necesidad de poner término a la incertidumbre de los derechos y en la presunción de abandono por parte del titular, mientras que la caducidad se funda exclusivamente en la necesidad de dar seguridad al tráfico jurídico y opera por el transcurso del tiempo, siendo la prescripción estimable sólo a instancia de parte y la caducidad también de oficio por el Tribunal, susceptible la prescripción de interrupción por actos del que por ella puede resultar perjudicado, mientras que la caducidad no admite en ningún caso la interrupción del tiempo cuyo simple transcurso la origina. Asimismo tiene reiteradamente declarado el Alto Tribunal (SSTS -Sala 1ª- de 25-9-1950; 22-12-1950; 5-7-1957; 18-10-1963; 11-5-1966; 30-3-1983 [RJ 1983\1653]) que en la prescripción extintiva, a diferencia de lo que ocurre en la caducidad de derechos, acciones o exigencias, el factor tiempo señalado por la Ley puede ser detenido en su marcha, tendente a la extinción de relaciones jurídicas, si median determinados actos obstativos al designio prescriptivo. La interrupción de los plazos de prescripción, al contrario de lo que ocurre con la suspensión de los de caducidad, supone que el tiempo tenga que volver a contarse de nuevo por entero, una vez cesada la causa interruptiva (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1993).

4. Expuesta sucintamente la doctrina general acerca de la prescripción, es evidente que en el supuesto enjuiciado no hay una presunción de abandono del derecho por parte del INSS durante todo el periodo en el que pudo ejercitar la acción de reintegro, pues consta que en el año 2004 ya solicitó ese reintegro si bien que por un cauce que se estimó inadecuado. En efecto, según se relata en los hechos probados sexto y séptimo de la sentencia recurrida, por resolución del INSS de 25 de mayo de 2004 se procedió a la revisión de oficio de la pensión de viudedad reconocida a doña C.U. y por resolución de 7 de julio del mismo año se reclamó de aquella el reintegro de las prestaciones que se entendían indebidamente percibidas que en ese momento ascendía a 20.230,51 euros. Ambas resoluciones evidencian el interés de la Entidad Gestora en regularizar la situación producida con el reconocimiento inicial de la pensión de viudedad a la Sra. Ú. sobre una base reguladora que estimaba incorrecta, y su intención de no abandonar el derecho que le asistía a reclamar lo pagado indebidamente. La circunstancia de que el cauce elegido por el INSS para reclamar el reintegro no fuera el adecuado, no enerva los efectos interruptivos de aquellas resoluciones, sobre todo cuando en la propia sentencia del Juzgado de lo Social número 16 de Valencia dejaba abierta expresamente la posibilidad de “acudir al Juzgado de lo Social mediante demanda para interesar las modificaciones de la pensión de la actora que considere oportunas y reintegros en su caso”. Es decir, lo que hizo esta sentencia fue negar que el INSS pudiera mediante un acto de autotutela corregir el importe de una pensión previamente reconocida y obtener el reintegro de lo abonado, pero ello no obsta para

que tales resoluciones sirvieran para interrumpir el plazo de prescripción de la acción, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.973 del Código Civil, la prescripción de las acciones no solo se interrumpe por su ejercicio ante los tribunales, sino por “reclamación extrajudicial del acreedor”.

5. Tampoco se puede acoger la tesis que se apunta en el escrito de impugnación del recurso presentado por la defensa de don J.P.U. de que se aplique la prescripción corta de los tres meses. En efecto, de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial de la que es expresión la STS de 14 de junio de 2001 (Recurso 3614/2000) "los términos del nuevo art. 45.3 de la LGSS a través de los criterios de la interpretación jurídica, es preciso constatar que en el enunciado del mismo de un lado se reafirma sin restricciones la regla general de prescripción quinquenal; y de otro lado no sólo se omite cualquier mención expresa de la excepción de equidad apreciada por esta Sala, sino que parece cerrarse virtualmente el paso a la misma al afirmar que la norma de prescripción quinquenal ha de aplicarse "con independencia de la causa que originó la percepción indebida", incluso cuando la misma se ha debido a "error imputable a la entidad gestora". En estas condiciones no cabe mantener la anterior excepción jurisprudencial de equidad, teniendo en cuenta que "las resoluciones de los tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita". Este criterio ha sido seguido en numerosas sentencias posteriores como la STS de 22 de diciembre del 2008 (rcud. 508/2008) en que se insistía en que tras la redacción dada al artículo 45.3 por la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, "la obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los cinco años, contados a partir de la fecha de su cobro, o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora". Plazo de prescripción que la Ley 55/1999, de 21 de diciembre, de acompañamiento a los Presupuestos Generales del Estado, redujo a cuatro años.

6. En virtud de lo expuesto procede estimar el recurso del INSS, pero dado que lo único que se ha discutido en él es la materia relativa a la prescripción de la acción ejercitada por la Entidad Gestora, sin que se haya suscitado ninguna otra referida a cuestión de fondo –que tampoco fue resuelta por la sentencia recurrida-, procede devolver una vez más las actuaciones al Juzgado de instancia para que por la Juez que presidió el acto del juicio se dicte una sentencia que se pronuncie sobre aquella cuestión de fondo.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, no procede la condena en 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.17 de los de Valencia de fecha 24 de enero de 2012; y, en consecuencia, declaramos que la acción ejercitada por la Entidad Gestora no está prescrita y acordamos la devolución de las actuaciones al Juzgado de instancia para que

se dicte una nueva sentencia en la que se entre a conocer y resolver la cuestión de fondo planteada en la demanda.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.526, de 23 de octubre de 2012

Materia: Enfermedad profesional: Lesiones permanentes no invalidantes. Solicitud declaración situación de invalidez derivada de las lesiones que padece el actor.

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

Sala: Estima el recurso reconociendo al actor el derecho a percibir determinada cantidad en concepto de lesiones permanentes no invalidantes, al constatar que la pérdida de audición supera los límites previstos en el baremo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la demanda en materia de Seguridad Social (lesiones permanentes no invalidantes), se formula el presente recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, siendo impugnado de contrario.

2. En un único motivo de recurso, con apoyo procesal en el art. 191 Ley procedimiento laboral --cuya aplicación al presente litigio se deriva de la disposición transitoria segunda de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social- se denuncia la vulneración e los arts. 150 a 152 Ley General de Seguridad Social, arts. 46 a 50 O.M. 15 abril 1969 y el baremo Anexo de acuerdo con la O.M. 1040/2005, de 18 abril, así como la infracción de la doctrina jurisprudencial, en concreto STS 08-03-06, Rec. 4084/04.

En esencia se argumenta que, de acuerdo con lo establecido en hechos probados, el actor sufre un menoscabo auditivo superior a 25 dB en oído izquierdo, pues de la media aritmética de las cuatro frecuencias conversacionales del oído izquierdo se observa claramente que la pérdida es de 28,75 dB, no habiendo sido combatido la existencia de ruido en el puesto de trabajo, así como que únicamente existió protección en los últimos tres años.

3. Pues bien, sin perjuicio de señalar que estos dos últimos datos no vienen recogidos en la declaración de hechos probados de la sentencia, ni a ellos se hace referencia en los fundamentos de derecho, hay que señalar que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expresada en las sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo 2006 (Rec. 4084/04) y 4 de octubre de 2006 (Rec. 80/2005), para determinar si existe o no «hipoacusia que afecta a zona conversacional, se ha de verificar la media aritmética de los niveles de audición medidos en dB, de 500, 1000, 2000, y 3000 Hz. La pérdida auditiva que se produce fuera de la zona conversacional, es decir, por encima de los 3000 Hz -la que nuestra sentencia de 2 de noviembre de 2005 (Rec. 2596/04) denomina hipoacusia simple- es indemnizable con el baremo núm. 8 siempre que rebase el nivel de los 25 dB».

4. En el presente caso del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia interesa destacar que: a) el actor presta servicios para la empresa para la

empresa R.C., S.A., siendo su puesto de trabajo encargado de esmaltadores; la empresa tiene concertada la cobertura de los riesgos profesionales con X.; b) el actor presentó solicitud de declaración de lesiones permanentes no invalidantes; en la tramitación del expediente administrativo el Instituto Nacional de la Seguridad Social requirió al interesado a fin de que aportara informe de la Mutua o del Otorrino que descartara patologías auditivas no debidas al ruido e informe sobre datos del puesto de trabajo y sonometría del mismo. El actor aportó el informe de la Mutua; c) En fecha 01-03-07, X. efectuó una exploración auditiva al trabajador, cuya audiometría dio los siguientes resultados: OD: 25dB a 500 Hz; 20dB a 1000-2000 y 3000Hz; OI: 40dB a 500Hz; 20dB a 1000Hz; 30 a 2000 Hz; 25 a 3000Hz. En el informe de la exploración auditiva se hace constar como conclusión: trauma acústico inicial (OD); e hipoacusia leve (OI); d) el actor sufre sordera de transmisión o conducción, por lo que afecta al oído externo.

Dado que la media aritmética de la pérdida de audición del demandante en el oído izquierdo es superior a los 25 decibelios, en concreto 28,75 dB y, por lo tanto, afecta a la zona conversacional, tiene derecho a percibir la indemnización prevista en el baremo 10 (Hipoacusia que afecta la zona conversacional en un oído, siendo normal la del otro).

Así las cosas, procede la estimación del recurso para que, con revocación de la sentencia de instancia, se reconozca al actor el derecho a percibir 2.020 € en concepto de lesiones permanentes no invalidantes, de lo que será responsable la X., S.A., por ser la entidad con la que la empresa del actor tenía concertada la cobertura de riesgos profesionales.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la CS X. en nombre e interés de D. J.G.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Castellón y su provincia, de fecha 16 de febrero de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, X., la empresa R.C., S.A. y contra los administradores concursales de la misma D. F.M.S., D. G.I.B. y D. F.C.; y en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda declarando al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas conforme al número 10 del baremo recogido en el anexo de la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, condenando a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a la Unión de Mutuas a abonar al actor la suma de 2.020 euros.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.535, de 23 de octubre de 2012

Materia: Extinción de contrato. Trabajadora al servicio de empresa azulejera. Retrasos continuados e impago de salarios. La empresa demandada ha sido declarada en concurso de acreedores. Aplicación art. 50.1 b) del ET.

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

Sala: Estima el recurso y declara el derecho de la trabajadora a extinguir su relación laboral con la empresa demandada, en aplicación del art. 50.1b) del ET, y condena a ésta a pagar determinada cantidad en concepto de indemnización.

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, aunque se numera como primero, y que se formula al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), denunciando infracción del artículo 50.1.b) del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la doctrina jurisprudencial que menciona. Argumenta en síntesis que los impagos de salarios que han resultado acreditados y que se vienen produciendo desde hace más de dos años debieron dar lugar a que se estimara la pretensión, sin que a ello obste el hecho de acumular impagos y encontrarse en situación de concurso o en trámite un expediente de regulación de empleo.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010, recordando doctrina anterior subrayó 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 este línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 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)". En el supuesto decidido por la indicada sentencia los incumplimientos concernían: " la nómina de abril de 2007 le fue satisfecha en cuatro pagos, 9, 21 y 30 de mayo y 7 de junio; la de mayo el 21 de junio; la de junio en tres plazos, 18 de julio, 3 y 13 de agosto; la de julio en tres plazos, 13 y 27 de septiembre y 11 de octubre; la paga de julio en tres plazos, 13 de agosto, 21 de diciembre y 24 de enero de 2008; agosto en tres partes, 5 de septiembre, 2 y 15 de noviembre; septiembre en dos plazos, 28 de noviembre y 2 de diciembre; octubre en dos plazos, el 21 de diciembre y el 7 de febrero de 2008, y las nóminas de noviembre, diciembre, paga extra de Navidad y enero le fueron satisfechas con posterioridad a la interposición de la demanda".

3. Si atendemos a lo declarado en el ordinal 2º del relato histórico de conformidad con el cual: " El trabajador ha devengado los siguientes salarios: paga extraordinaria de verano/09 (17,73 euros), paga extraordinaria de Navidad/09 (658,12 euros), paga extraordinaria de beneficios/10 (614,99 euros), paga extraordinaria de verano/10 (478,60 euros), paga extraordinaria de Navidad/10 (548,16 euros), nómina de diciembre/10 (890,36 euros), paga extraordinaria de beneficios/11 (565,21 euros), nómina mayo/11 (1021,38 euros), paga extraordinaria de verano/11 (816,42 euros), paga extraordinaria de Navidad/11 (462,41 euros), paga extraordinaria de beneficios/12 (393,39 euros). Total: 6.466,78 euros (folios 38 y 63)" deberemos concluir de conformidad con la doctrina jurisprudencial antes transcrita que los retrasos producidos eran lo suficientemente graves para justificar la extinción indemnizada del contrato de trabajo al amparo del artículo 50.1.b) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Si además consideramos lo declarado en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, cuando indica que "Existen unos retrasos en el pago de los salarios del trabajador demandante que tienen gravedad suficiente para constituir la causa de extinción del contrato de trabajo postulada al amparo de lo establecido en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, puesto que son continuados, persistentes en el tiempo y cuantitativamente importantes, desde el momento en que en 336 días alcanzaron un promedio de retraso de 11,20 días. Como antes se dijo, en esa jurisprudencia unificada, en la que se fija la línea "objetiva" en el análisis del incumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso, constituya un factor que module esa situación de impago constatada, hasta el punto de entender, como razona la sentencia recurrida, que esa situación priva del requisito de "gravedad" a la conducta empresarial, solución ésta que, en consecuencia, se muestra como no ajustada a derecho y ha de ser revocada ...". Teniendo en cuenta que la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 2012, que flexibiliza la doctrina "objetiva" en el análisis del incumplimiento se dictó en supuesto donde las demoras en el pago se produjeron durante siete meses ("impago de un mes y el cobro fraccionado de los seis restantes, no pueden calificarse de relevantes y graves en una situación económica como la actual, en la que existen importantes restricciones crediticias") y "que los representantes de los trabajadores estaban informados y aceptaban el retraso en el pago como forma de solventar el mal momento económico, lo que era conocido por trabajadores que habían consentido cobrar con retraso para que la empresa siguiera adelante y no tuviera que

reducir la plantilla... el error de la empresa al creer que era vinculante, impide calificar como graves los retrasos en que incurrió, máxime teniendo en cuenta que la crisis económico-financiera que padecemos provoca, entre otros, importantes problemas de liquidez a las empresas". Y es de ver que los salarios adeudados desde verano de 2009 hasta la fecha de devengo de la paga de beneficios de 2012, asciende a un total de 6.466,78 euros, cuantía que estimamos muy importante atendiendo al importe del salario mensual de la actora de 1.271,64 euros mensuales, con prorrata de pagas extras (hecho probado 1º). Y es que la naturaleza onerosa y conmutativa del contrato de trabajo (artículos 1.1 y 8.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) y la especial naturaleza de la prestación salarial que en general tiende a subvenir las necesidades más elementales de los trabajadores (artículo 35.1 de la Constitución), explica que el legislador haya establecido como una de las causas para que el trabajador pueda solicitar la extinción de su contrato de trabajo la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado, pues de otra forma el contrato dejaría de ser conmutativo y oneroso aproximándose a una especie de contrato de cooperación, donde el trabajador asumiría siquiera parcialmente los riesgos de la empresa, lo que se compagina mal con lo establecido en nuestro ordenamiento jurídico en la materia. El trabajador o trabajadores es obvio que no están obligados a reclamar lo que se les debe (la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico tal y como proclama el artículo 1.1 de nuestra Constitución), pero de ello no cabe inferir un consentimiento del impago o del retraso en el pago del salario generador de una especie de obligación de no reclamar o que justificara la desestimación por ello de la ulterior reclamación, dado el principio general de irrenunciabilidad de derechos garantizado por el artículo 3.5 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

4. Esta Sala no ignora las sentencias 2444/11, de 22 de julio y 1288/12, de 4 de mayo, que desestimaron recursos de suplicación contra sentencias recaídas en procesos seguidos contra la misma empresa por otros trabajadores, que ejercitaban la misma acción resolutoria ex artículo 50.1.b) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y que vieron desestimada su pretensión, confirmándose las sentencias dictadas en la instancia por las reseñadas sentencias de la Sala. La primera de las citadas sentencias partía de la existencia de un pacto con el Comité de empresa respecto de ciertos períodos salariales impagados no coincidentes con los ahora probados, y la segunda partía de la inclusión de los trabajadores allí concernidos en un expediente de regulación de empleo extintivo de su respectiva relación laboral que ya existía en el momento de la celebración del juicio y por supuesto en el de la sentencia. La diversidad de los supuestos de hecho conduce a que no puedan ser determinantes de la resolución de este recurso, que se aproxima más a lo decidido en el mismo sentido por la sentencia de esta Sala recaída en el recurso 949/11, en proceso seguido contra la misma empresa, respecto de otros trabajadores.

SEGUNDO. Los documentos presentados junto con el escrito de impugnación del recurso son de fecha anterior al acto de conciliación celebrado en 30 de mayo de 2012 (folio 30) y por ende al del juicio, ya que la copia de la resolución administrativa que presenta es de 1 de julio de 2011, sin que por otra parte figure la actora, ahora recurrente, en la relación de trabajadores afectados por la extinción de su relación laboral autorizada por el ERE a que se refiere, por lo que la aportación de esos documentos debe rechazarse sin más al faltar el requisito necesario para proseguir el trámite del artículo 233.1 de la LJS.

TERCERO. 1. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para acoger la pretensión ejercitada declarando extinguido el contrato de trabajo con derecho a la indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, partiendo de la fecha de 11 de septiembre de 2006 (hecho probado 1º), y del salario mensual de 1.271,64 euros (hecho probado 1), lo que da lugar a un tiempo de servicios (hasta el 12 de febrero de 2012 – ex disposición transitoria Quinta.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio) de 5 años y seis meses, al deber prorratearse por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y desde 12 de febrero de 2012 a la fecha de la presente sentencia -22 de octubre de 2012- de 9 meses, al deber también prorratearse los períodos de tiempo inferiores a un año. El salario diario a tener en cuenta será el de 41,80€, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial reiterada por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de enero de 2011, con arreglo a la cual “...los parámetros que establece el art. 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios (textualmente: «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio»), y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir -supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden (366 para el caso de año bisiesto); y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días...”. De esta forma: $(1271,64 \times 12) : (365) = 41,80\text{€}$.

2. El cálculo de la indemnización consiguiente atendiendo a lo dispuesto en el artículo 50.2 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que se remite a las “indemnizaciones señaladas para el despido improcedente” –artículo 56.1 de la misma ley-, en relación con la disposición transitoria Quinta.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, (según los datos indicados en el apartado anterior) se realizará atendiendo a estas dos partidas: A) Tiempo de servicios comprendido entre 11-9-2006 y 12-2-2012 (5 años y seis meses): a) $41,80 \times 45 \times 5 = 9405\text{€}$, b) $(41,80 \times 6) : (12) = 156,75$ y $(156,75 \times 6) = 940,50\text{€}$. De ahí que $9405 + 940,5 = 10.345,50\text{€}$. B) Tiempo de servicios comprendido entre 12-2-2012 y 22-10-2012: $(41,80 \times 33) : (12) \times (9) = 1.034,55$. Suma de ambas partidas, salvo error u omisión, $10.345,50 + 1.034,55 = 11.380,05\text{€}$.

Sin costas ante el signo revocatorio de la presente.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña A.G.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Castellón y su provincia el día 1 de junio de 2012 en proceso sobre extinción de contrato, seguido por la mencionada recurrente contra K.C., S.L. y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos extinguido a instancia de la trabajadora el contrato de trabajo que le unía con K.C., S.L. a quien condenamos a estar y pasar por tal declaración y a que abone en concepto de indemnización a doña A.G.C. la cantidad de 11.380,05 euros. Sin costas.

Sentencia núm. 2.637, de 30 de octubre de 2012

Materia: Prestación por desempleo. La causante fue declarada afecta de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión de dependienta de cafetería. También había ejercido como peón de limpieza. Se deniega la prestación al no tener cotizados al menos 360 días en los últimos seis años. Compatibilidad de la prestación de invalidez con la de desempleo. La actora alega indefensión.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al demandado del abono de la prestación contributiva solicitada en la instancia.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de la sentencia recurrida al haberse causado indefensión a la actora. Vulneración del artículo 72 de la LRJS

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurso formulado por la actora frente a la sentencia que desestimó su demanda sobre reconocimiento de derecho a la prestación por desempleo se articula en cinco motivos, todos ellos formulados con adecuado encaje procesal; los tres primeros destinados a la revisión de los hechos declarados probados por el magistrado de instancia y los dos últimos dirigidos a obtener la nulidad de la sentencia recurrida, sin que se haya presentado escrito de impugnación por el Servicio Público de Empleo Estatal, como ya se expuso en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO. 1. Como acabamos de indicar, los dos últimos motivos (cuarto y quinto) del recurso que se analiza, se formulan al amparo de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS). Razones de método nos hacen examinar, en primer lugar, el cuarto de los motivos esgrimidos, porque de ser estimado haría innecesario analizar el resto de los motivos que contiene el citado recurso de suplicación.

2. Denuncia la recurrente, en primer lugar, que el magistrado de instancia ha infringido el mandato contenido en el artículo 72 LRJS que prohíbe a la Administración “alegar en el acto del juicio hechos distintos a los expresados en la resolución denegatoria de solicitud de prestación por desempleo y de la reclamación previa”, causándole una clara indefensión. En su opinión, la infracción de dicho precepto se ha producido porque el juzgador de instancia desestimó la demanda formulada por la hoy recurrente, aceptando el argumento del Servicio Público de Empleo Estatal (en lo sucesivo, SPEE) de que la prestación por desempleo solicitada por la demandante resulta incompatible con la pensión de invalidez que percibe ésta, pese a que dicho hecho impeditivo no había sido alegado por la entidad pública demandada ni en la resolución denegatoria de la solicitud formulada por la actora, de fecha 21 de septiembre, ni en la posterior contestación a la reclamación administrativa previa presentada frente a dicha resolución, sino que el motivo aducido por el SPEE para

denegar la prestación por desempleo a la demandante fue el no reunir el período de carencia exigido por los artículos 207 y 210 LGSS.

3. Para dar respuesta adecuada a esta denuncia, es necesario recordar que constituye doctrina jurisprudencial consolidada (por todas, sentencia de 21 de noviembre de 2.005) que para que prospere el motivo de impugnación previsto en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS deben concurrir tres requisitos: 1º identificarse el precepto procesal que se estime infringido; 2º que se acredite la existencia de indefensión; 3º que la parte que se considera perjudicada por la decisión judicial, haya efectuado la oportuna protesta en el acto del juicio oral, para que no se le pueda reprochar haber contribuido a la indefensión que luego denuncia, salvo que la infracción de la norma procesal se produzca en la sentencia.

Para que pueda declararse la existencia de indefensión a la parte, no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales, sino que éste debe tener una repercusión real sobre los derechos de defensa y contradicción, privando de la posibilidad de justificar el reconocimiento del derecho que se reclama o de la de replicar las posiciones contrarias a esa reclamación (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 168/2.002).

Por otra parte, como manifestó la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de marzo de 2005 (rec. núm. 448/2004), la finalidad de la reclamación administrativa previa es doble: “por un lado, tratando de evitar la incoación de un proceso, por lo que se otorga a la futura demandada –que está obligada a ajustar su actuación a la legalidad– la posibilidad de reconocer por sí misma el derecho o prestación que se le reclama; y por otro, con el fin de que esté alertada acerca de qué es lo que posteriormente va a pretender en su contra el actor, y con base en qué argumentos básicos se va a sustentar la pretensión. De esta situación se deriva una exigencia de congruencia entre la fase preprocesal y la procesal propiamente dicha, congruencia que, para respetar el principio de igualdad de las partes en el proceso, impone a ambos litigantes la carga de no introducir en el proceso variaciones sustanciales acerca de lo que antes había sido objeto, respectivamente, de ataque y de defensa, de tal manera que el actor no podrá, en sede judicial, pedir más o cosa distinta de lo postulado en vía administrativa, y la demandada tampoco podrá oponerse a más de lo que, en su caso, hubiera resistido con anterioridad, ni tampoco podrá alegar hechos o aducir motivos de oposición diferentes de los puestos de manifiesto en el expediente administrativo”.

Como se indica en la jurisprudencia constitucional (por todas, STC 15/1990 de 1 de febrero), la congruencia no debe exigirse de una forma tan excesivamente rígida que llegue a suponer, de hecho, un obstáculo a la tutela judicial efectiva, porque tal congruencia no debe tener como único criterio el contenido de la reclamación previa, sino también el conjunto de pretensiones y argumentos suscitados en los trámites previos al proceso; pero esa flexibilidad no puede conducir a que la falta de congruencia produzca indefensión a la parte correspondiente.

En relación con los procesos de Seguridad Social, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ya manifestó en su sentencia de 28 de junio de 1994 (recurso 2946/93 que «en el proceso de seguridad social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección...) y la entidad gestora

tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho. Pero en cuanto a los otros hechos el juez debe apreciarlos cuando se prueben aplicando las normas correspondientes, aunque no exista oposición del demandado o aunque éste no comparezca en juicio para oponerse».

Por consiguiente, de acuerdo con esta doctrina jurisprudencial, nunca puede producir indefensión al demandante la alegación «ex novo» en sede judicial de un hecho impeditivo no aducido en el expediente administrativo, que guarde relación con los requisitos necesarios para dar nacimiento a la prestación de Seguridad Social que el actor reclame, siempre que hubiera perfecta constancia del mismo en dicho expediente.

La aplicación de la doctrina expuesta a la denuncia formulada por la recurrente nos lleva a la estimación del presente motivo y, por su efecto, del recurso, toda vez que la incompatibilidad de la prestación por desempleo que solicita la demandante con la pensión de invalidez que percibe ésta, es un hecho impeditivo alegado por el SPEE, por primera vez, en el acto del juicio al contestar a la demanda, sin que de tal hecho exista constancia en el expediente administrativo tramitado, ni se haya puesto de manifiesto a la actora en la contestación a su reclamación administrativa previa, vulnerándose, en consecuencia, el citado artículo 72 de la LRJS y causando una evidente indefensión a la actora, al verse privada de la posibilidad de justificar el reconocimiento del derecho a la prestación por desempleo que reclama.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Dña. A.M.L.V. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de los de Valencia, de fecha 16 de diciembre de 2011 y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la sentencia recurrida. Devuélvanse los autos al Juzgado de origen, a fin de que por el magistrado de instancia se proceda a dictar nueva sentencia en la que se decida si Dña. A.M.L.V. posee el período de carencia necesario para tener derecho a la prestación por desempleo que reclama.

Sentencia núm. 2.663, de 31 de octubre de 2012

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por aplicación de un ERE en la empresa por causas objetivas. Posteriormente la empresa rectifica la extinción del contrato y reconoce la improcedencia del despido. Carta con ofrecimiento de readmisión.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando la nulidad del despido y condenando a la demandada a la inmediata readmisión del trabajador en las mismas condiciones, así como al abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido a la del acto de conciliación administrativa.

Sala: Estima el recurso de la parte actora reconociendo a la misma del derecho a percibir los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la efectiva readmisión del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Frente a la resolución de instancia, que estimó parcialmente la demanda presentada declarando la nulidad del despido del actor condenando a la empresa T. SLU a la readmisión de aquel en las mismas condiciones laborales y al abono de salarios de tramitación desde la fecha del despido a la del acto de conciliación administrativa, a razón de 52,13€, se formula recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora planteándose al efecto un único motivo de impugnación referido a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

2. Se denuncia -amparándose en lo previsto en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) - la incorrecta aplicación del art. 55.6 y 56.b del Estatuto de los Trabajadores (tras la reforma de la Ley 35/2010) y que establecen los efectos del despido nulo e improcedente con abono de los salarios dejados de percibir, argumentándose en el motivo que existe criterio jurisprudencial consolidado que establece que la retractación empresarial una vez consumada su decisión extintiva con ofrecimiento de readmisión no tendría cabida al no poder reestablecerse un vínculo contractual ya roto, teniendo derecho el despedido a obtener una resolución judicial e impide compeler al trabajador a aceptar una readmisión en base a un derecho de opción efectuado antes de dictarse sentencia y limitándose así los salarios de tramitación de forma artificiosa sin que además en el presente caso existiera opción dado que el despido producido en fecha 19/10/2011 era nulo por haberse llevado a cabo sin haber obtenido la correspondiente autorización de la Autoridad Laboral por lo que la calificación de aquel que correspondía efectuar al Juzgador era la de nulidad del despido con inmediata readmisión del despedido y con abono de los salarios dejados de percibir.

3. Lo único que se cuestiona en el recurso es la limitación que fija el fallo recurrido en cuanto al abono de los salarios de tramitación a favor del trabajador que se concretan a su devengo desde la fecha del despido hasta la del acto de conciliación administrativa al haberse producido una rectificación por parte de la demandada de la comunicación de extinción del contrato comunicada al trabajador demandante, reconociéndose por parte empresarial la improcedencia del despido con opción por la readmisión y abono de salarios de trámite devengados hasta el día del acto de conciliación.

4. La sentencia si bien reconoce que la retractación del despido llevado a cabo por la demandada no tendría efectos salvo su admisión por el trabajador a fin de reanudar el vínculo laboral si que le otorgó efectos para limitar los salarios de tramitación cuyo tope quedó fijado a la fecha de celebración del acto de conciliación administrativa.

5. Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 8/11/2011 –rec.767/2011- : la eficacia extintiva y constitutiva del despido determinan que el trabajador no esté obligado a aceptar la posible retractación de la empresa emitida antes de haberse constituido la relación procesal o de haberse presentado papeleta de conciliación ante el correspondiente organismo administrativo, ni que por tal rectificación unilateral el trabajador se vea privado de su derecho a impetrar la protección jurídica de los órganos jurisdiccionales; a la par que no apreciamos -también como regla general- rasgo alguno definitorio del abuso del derecho en esa posible reclamación frente a una decisión patronal ilegítima, puesto que cuando se solicita la tutela judicial que impone el art. 24.1 CE, no es apreciable anormalidad alguna en el ejercicio de la acción, una voluntad de perjudicar o posibles daños y perjuicios no legítimos (FJ 4º.3.STS 7-10-2009, del Pleno, R. 2694/08, ya citada).

6. En la mencionada sentencia se trasladan los criterios jurisprudenciales que habían sido aplicados al despido disciplinario para el despido por causas objetivas manteniéndose pues la ineficacia de la retractación empresarial sobre la primera decisión extintiva, tal y como acontece en el supuesto que examinamos. Respecto a los efectos que el Magistrado otorgó a la opción por la readmisión hecha por la empresa en el acto de conciliación llevado a cabo en vía administrativa entendemos que la misma no resultaba factible para la empresa en cuanto a la limitación de los salarios de tramitación y ello por cuanto no nos encontramos ante el supuesto previsto en el art. 56.2 del ET -vigente a la fecha del despido- que exige reconocimiento de improcedencia del despido y consignación de la indemnización sino ante un despido nulo y no improcedente de los contemplados en el art.124 de la LPL por haberse acordado el mismo sin la previa autorización administrativa y que impone al órgano judicial la imperativa calificación de nulidad con los efectos establecidos en el art. 113 de la misma norma procesal, es decir, condena a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir, pronunciamiento que asimismo se prevé en el art. 55.6 del ET para el despido nulo, de ahí que ninguna relevancia pueda tener la manifestación empresarial efectuada por una opción de readmisión cuando aquella opción no era legalmente posible dada la calificación del acto extintivo impugnado que abocaba inexorablemente a la determinación de su nulidad sin ser factible pues la opción implícitamente convalidada en el acto de conciliación por parte de la sentencia de instancia para limitar en definitiva el devengo de salarios de tramitación a favor del trabajador accionante que obviamente se ve así más perjudicado. El mismo tiene por

imperativo legal derecho al devengo de salarios de tramitación una vez producida la ruptura unilateral de la relación laboral por parte empresarial siendo el efecto jurídico derivado de aquel cese el derecho a obtener una sentencia que abarque las dos consecuencias del despido nulo decretado que acarrearía no solo la readmisión sino el correspondiente derecho al devengo de los indicados salarios de tramitación pues si no cabe rehabilitar por retractación empresarial un vínculo laboral ya roto de forma precedente, salvo aceptación por parte del trabajador, sino que aquel tiene derecho a obtener un pronunciamiento judicial sobre aquella ruptura ejerciéndose al efecto la tramitación procesal legalmente prevista tampoco es dable beneficiar al empresario de la paralización de aquellos salarios que en definitiva son consecuencia de una irregular y no procedente ruptura. Las razones expuestas conllevan al acogimiento del recurso declarando el derecho del actor al percibo de salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la fecha de la readmisión.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre y representación de D. J.A.L. contra la sentencia de fecha. 13-06-2012 dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Elx y con revocación parcial de la sentencia recurrida condenamos a la demandada T. S.L.U.al abono al actor de los correspondientes salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha de la efectiva readmisión, a razón del salario día de 52,13 €.

Sentencia núm. 2.673, de 6 de noviembre de 2012

Materia: Reclamación de derecho y cantidad. Trabajador al servicio de entidad bancaria. El actor solicita una excedencia voluntaria y prórroga de la misma, reconocidas ambas por la empresa demandada. Al solicitar su reingreso en la empresa se deniega su solicitud al no existir vacantes de igual o similar categoría.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda reconociendo el derecho del actor a ser reincorporado a su puesto de trabajo y a recibir determinada indemnización en concepto de daños y perjuicios.

Sala: Desestima el recurso de la parte demandada y confirma la sentencia de instancia. En el momento de solicitar el ingreso en la empresa, sí existen puestos de trabajo vacantes donde poder incorporar al demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Son dos los motivos que aduce la representación letrada de la mercantil demandada en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de los de Elche, que estima la demanda sobre reconocimiento de derecho y cantidad. En el primer motivo del recurso se solicita la revisión de los hechos declarados probados por el magistrado de instancia, mientras que el segundo, y último, se destina al examen del derecho aplicado en la sentencia impugnada, habiendo sido impugnado por la parte actora, como se expresa en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO. 1. En el primer motivo del recurso se solicita la revisión del de los ordinales tercero y cuarto de la relación hechos probados contenido en la sentencia de instancia que versan, respectivamente, sobre las contrataciones y las extinciones de contratos realizadas por la mercantil demandada a partir del 1 de julio de 2010, proponiendo las redacciones alternativas que, al constar en el escrito de formalización del presente recurso, damos por reproducidas.

Las modificaciones pretendidas no pueden prosperar porque no se evidencia la existencia de error alguno cometido por el juez “a quo” al valorar los medios de prueba aportados por las partes al acto del juicio oral, pues los datos que pretenden incorporarse al relato de hechos declarados probados (fechas de altas y bajas, y motivos de éstas) ya figuran en el mismo.

2. Por último, solicita la revisión del sexto de los hechos declarados probados, proponiendo la redacción alternativa que consta en el escrito de formalización del presente recurso y damos por reproducida.

La modificación solicitada también debe ser rechazada porque de los documentos alegados por el recurrente para fundamentar la revisión fáctica solicitada (folios 70,134, 167 y 169 a 185) no se desprende la existencia de error alguno cometido por el magistrado de instancia al valorar el material probatorio aportado por las partes, pues la ausencia de “puestos de trabajos vacantes” en la oficina bancaria en la que prestaba servicios el actor y las de su entorno, que es el dato que pretende incorporar el recurrente al relato de hechos de la sentencia impugnada, no figura en los citados documentos.

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

TERCERO. En el segundo de los motivos de su recurso la mercantil demandada denuncia, al amparo de lo dispuesto en el artículo 191.c LPL (debe querer decir 193.c LRJS), la presunta infracción de lo dispuesto en el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y “de la jurisprudencia que lo interpreta”, que no cita.

Antes de examinar el motivo de censura jurídica, debemos recordar que este motivo de suplicación exige no sólo citar los preceptos o la doctrina jurisprudencial presuntamente infringida, sino también argumentar jurídicamente qué infracción ha cometido el magistrado de instancia que deba ser corregida por el Tribunal “ad quem”. El escrito de formalización del recurso que ahora resolvemos, sin embargo, no cumple este segundo requisito sino que sólo contiene manifestaciones de parte; 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 interesado, lo que no resulta admisible. Debemos recordar que es al magistrado de instancia a quién corresponde en exclusiva ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado. Desde ésta perspectiva, el juez de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano judicial (artículo 97.2 LRJS).

Ello sería suficiente para rechazar el recurso que analizamos; sin embargo, en aras a garantizar la tutela judicial efectiva del recurrente, la Sala estima que, sin causar indefensión a la contraparte, puede examinarse la censura jurídica planteada incorrectamente.

Razona la recurrente, en esencia, que el actor no ha acreditado la existencia de vacantes “en las oficinas en la que el actor prestaba sus servicios y en las de su entorno” (sic), de igual o similar categoría a la que ostentaba (grupo I nivel IV).

Esta Sala ya se preocupó de indicar al resolver el recurso de suplicación núm.634/2006 que *“Como viene sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo el derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común, a diferencia de las forzosas o especiales, representa un derecho*

potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, no siendo un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso, al no estar amparada ni justificada la conservación del puesto de trabajo, lo que representa un derecho profesional distinto al que se reconoce en las situaciones claramente suspensivas previstas en el art.45 del E.T. y viene a encontrar justificación en la distinta valoración que merecen los intereses en juego en una u otra situación (STS 25/10/2000-RCUD 3606/1998). Asimismo la reciente sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 14/2/2006 (RCUD 4799/2004) también señala la posibilidad de que en el transcurso de la situación de excedencia voluntaria y normalmente solicitada para una propia promoción profesional del trabajador o por motivos o intereses estrictamente personales, “el empresario pueda disponer de la plaza vacante, bien contratando a otro trabajador para el desempeño de la misma, bien reordenando los cometidos laborales que la integran, bien incluso procediendo a la amortización de la misma. Ello significa, desde el punto de vista del trabajador, que el derecho expectante del excedente voluntario común sólo puede ejercerse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa”.

En el presente caso interesa destacar que el demandante solicitó excedencia voluntaria que le fue concedida con efectos de 1 de enero de 2006 que fue prorrogada hasta el 30 de junio de 2010. En fecha 24 de mayo de 2010 solicitó el reingreso que se le deniega por la empresa demandada por inexistencia de vacantes de igual o similar categoría profesional a la del actor, cuya petición. El actor cuando solicitó la excedencia ostentaba la categoría profesional de jefe de 5ª B (hoy grupo I nivel IV) y realizaba las funciones de subdirector de oficina bancaria responsable de unidad de empresas, estando destinado en la oficina de Orihuela (hechos probados primero y segundo).

Desde la solicitud de reingreso del demandante, la mercantil demandada ha contratado de manera indefinida, al menos, a ocho trabajadores mientras que han abandonado la empresa dos trabajadores con la categoría profesional de nivel IV o superior, sin que conste que se hayan amortizado o cubiertos sus puestos de trabajo (hechos probados tercero y cuarto).

De los hechos anteriores cabe deducir, como aprecia el magistrado de instancia, que en la fecha en que el actor solicita el reingreso sí existían puestos de trabajo vacantes donde poder reincorporar al demandante.

CUARTO. Desestimado el recurso de suplicación de quien no goza del beneficio de justicia gratuita, procede imponerle las costas, incluidos los honorarios del abogado de la parte impugnante, en la cantidad de trescientos euros (300 €), con pérdida de la cantidad objeto de depósito para recurrir que se ingresará en el Tesoro Público (artículos 204, 229.3 y 235.1 de la LRJS).

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de BANCO X. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Elche, de fecha 21 de octubre de 2011, en el procedimiento número 1148/2010, promovido por D. D.C.C. frente al recurrente, sobre reconocimiento de derecho y cantidad y, en consecuencia, confirmamos dicha sentencia.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, dándose a la consignación o, en su caso, al aval el destino previsto legalmente.

Se condena a la parte recurrente, BANCO X., S.A., a que abone al letrado impugnante la cantidad de 300 euros (300 €).

Sentencia núm. 2.702, de 7 de noviembre de 2012

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. La actora ha venido prestando sus servicios para la empresa demandada como socia trabajadora. Irregularidades de operaciones en caja cometidas por la misma. Uso fraudulento de tarjeta cliente. Expediente disciplinario: expulsión.

Juzgado: Estima la demanda declarando procedente la expulsión de la demandante de la cooperativa, absolviendo a la demandada de las pretensiones dirigidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Lo que se sanciona es la afectación de la buena fe contractual por parte de la trabajadora, considerándola como falta muy grave, sin entrar a valorar la proporción de la sanción impuesta por la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de la instancia que estima acreditados los hechos imputados y declara la procedencia del despido-expulsión de la trabajadora, recurre ésta a través de varios motivos amparados en los distintos apartados del art 191 LPL (debe entenderse de la nueva 193 LRJS).

En un primer motivo, bajo el apartado a) solicita la nulidad de actuaciones y su reposición hasta el momento en que se vulneraron las garantías del procedimiento, por infracción de los arts 24.1 y 118 de la CE y los arts 94 de la norma procesal laboral y 328 y 329 de la LEC. Señala la recurrente que se vulnera el principio de igualdad de armas, pues la empresa tiene un personal técnico y humano amplio mientras la trabajadora tiene un poder de defensa limitado, y ello en la fase probatoria. Señala en concreto que la trabajadora solicitó la presentación de los cheques regalo de las compras realizadas de Octubre del 2010 a Mayo del 2011 y su incorporación a las actuaciones con una antelación de 30 días al acto oral del juicio, así como el expediente de la instrucción. Pero tal prueba solo se aportó en parte y ello solo en el momento de su práctica, impidiendo a la actora conocer lo debatido en la instrucción, y la falta de aportación de los cheques evidencia que la trabajadora nunca se ha beneficiado de la cuantía de 32,78 euros mencionados. Por ello solicita la nulidad de la sentencia a la que tacha de haber torcido el proceso faltando a la averiguación de la verdad.

A la vista de las actuaciones practicadas, consta que tras recurrirse por la empresa la providencia que admitió la prueba consistente en la aportación previa del expediente disciplinario tramitado por la empresa, éste fue aportado a las actuaciones con fecha de entrada en el Juzgado el 7 de diciembre. Dado que el juicio oral tuvo lugar el día 13 del mismo mes, la defensa de la ahora recurrente pudo conocer su contenido y adoptar las medidas oportunas en orden a la presentación de testigos, sin necesidad de acudir a la citación judicial. Del contenido del acta no se desprende la existencia de protesta alguna, ni respecto a la entrega tardía de dicha prueba ni ante la ausencia de la

presentación de los mencionados cheques, requisito que resulta imprescindible para poder motivar posteriormente un pronunciamiento de nulidad. No obstante constan impugnados por la parte actora los documentos 58 al 103 de la prueba presentada por la empresa que son, precisamente, fotocopias de los listados de las compras en base a las cuales se ha estimado acreditada la realización de la imputación de compras a la tarjeta de socia de la actora, en las que constan la intervención de la actora como cajera (M.M.), que obran como anexo 1 de la anterior documental aportada por la propia empresa. Tal documental es la concreción pormenorizada de los listados aportados antes, por lo que su impugnación carece de valor a los efectos de dejar de valorar tales fotocopias. La conclusión de lo antes mencionado es que no consta la indefensión alegada, de la que la parte debió dejar constancia concreta para poder hacer uso ahora de la supuesta infracción. Respecto a la cita que efectúa del art 217 de la LEC, no es éste el momento procesal para su análisis, lo que se efectuará en el Fº de Dº que procede.

SEGUNDO.- En el tercer motivo (el segundo que se ampara en el apartado c) se verá después por razones sistemáticas), se solicita la revisión de hechos consistente en la supresión del hecho séptimo y la adición de otro, que tomaría su lugar con la siguiente redacción, que se incluiría después de la mención que dice: “identificada con el número 25...” para continuar: “Aunque en las compras que se atribuyen a la actora aparecen otros números de cajeras como los números 31,14,6,10,8,13,23,30,5,12,11,29 etc desde donde se identificaba la compra con el DNI y el numero de socia de la actora”. La supresión del citado hecho se plantea por la documental obrante a los folios 63,65,68,75 y 89. Dicha documental forma parte, precisamente, de la documental impugnada, pues la cita solo puede referirse al numero de documento y no de folio, pues el ramo de prueba de la demandada ocupa los folios 178 al 424; pero, además, a la vista de la citada documental impugnada por ella misma, y en concreto de los folios señalados, en todas las operaciones reflejadas consta la intervención del nº 25 como cajera, aunque el número de caja sea, obviamente, distinto. Por todo ello, no constando la concreción y claridad precisas ni perfecta identidad entre los hechos que se pretende modificar con la documental citada, no procede a efectuar la revisión pretendida.

TERCERO.- Entrando en los motivos amparados en el apartado c) a fin de analizar las concretas infracciones normativas o jurisprudenciales señaladas por la parte recurrente, es preciso entrar a analizar el segundo motivo, que señala de nuevo la existencia de indefensión con cita de los arts 24.1 CE, 105 de la LPL y 268.2 y 334 de la LEC, pues se dice que la juzgadora hace especial hincapié en la acreditación de los hechos consistentes en haberse imputado a su tarjeta de socia compras de clientes que satisfacían el pago de sus compras con tarjeta de crédito, sin explicar como pudo la trabajadora imputarse dichas compras a su cuenta corriente y pagarlas después con su tarjeta, mientras que respecto a las compras satisfechas en efectivo es difícil estimar acreditado que fueron realizadas por terceros. Señala la trabajadora que la mecánica de los hechos resulta inverosímil, y que la impugnación de los documentos aportados como 58 a 103 deja en evidencia la falta de prueba de la empresa. Otro de los motivos basados en el mismo apartado cita la infracción de los arts 14 y 24.1 de la CE en relación con el art. 55.1 ET y art. 17 de los Estatutos de la cooperativa X. señalando que el expediente disciplinario se ha instruido con parcialidad y sin garantías suficientes al haberse realizado dicha instrucción por la Sra N-, que ya con anterioridad había interrogado de manera inquisidora a la trabajadora sin estar presente ningún miembro del Comité de Empresa, señalando la existencia de animadversión de dicha instructora hacia la recurrente. En un nuevo motivo y con cita igualmente de los arts 14 y 24.1 de la CE, así

como el 17 de II ET, en relación con los arts 96 y 108 de la ley procesal, se alega que la trabajadora había denunciado una situación de acoso o pseudo acoso sexual, lo que presenta un panorama propicio para la discriminación y la arbitrariedad. Por último, y en relación con el art 55.4 del ET en relación con los arts 108.1 de la ley procesal laboral y el 217 de la LEC, se señala que falta toda acreditación sobre los hechos que se imputan a la trabajadora, cuya carga corresponde a la empresa.

A la vista del desorden expositivo del recurso, que incluye alegaciones de hechos y de derecho de forma conjunta y reiterativa, debe entrar la Sala a analizar separadamente de cada uno de ellos, con el orden sistemático adecuado.

1.- Respecto a la cita del art 24 CE, siendo una reiteración de la ya efectuada al amparo del apartado a) debe estimarse contestada ante la ausencia de evidencia de indefensión a la actora. Respecto a la mención al art 14 del mismo texto constitucional, la presencia del Ministerio Fiscal en el acto oral del juicio, que se mostró contrario a la existencia de evidencia alguna de discriminación o infracción de Derechos Fundamentales o situación alguna de represalia aporta la inexistencia de señal indicativa de referencia indiciaria sobre una posible inversión de la carga de la prueba. Pero, además, hay que señalar que hasta el momento mismo en que la actora es interrogada por la jefa de personal sobre las irregularidades que después se le imputan formalmente, ésta no había denunciado previamente la existencia de acoso o simplemente de una conducta molesta o insidiosa de ningún trabajador o superior respecto a ella, a pesar de que las menciones que había efectuado a alguna compañera, en las que simplemente citada que la molestaba, la remitían directamente a su comunicación a los superiores. Por tanto, no puede afirmarse el conocimiento por la empresa de tal situación, que, por otro lado, inmediatamente soluciona, incluso de forma preventiva. En cuanto a la situación discriminatoria que se alega por el hecho de habersele facilitado la posibilidad de entrar media hora más tarde con el fin de dejar en el colegio a su hija menor a las horas, que coincidía precisamente con su hora de entrada al trabajado, dicho permiso, que no venía legalmente amparado por una reducción de jornada, sino que constituía una decisión coherente con la política de conciliación de la empresa, no puede servir, por pura incoherencia, para marcar la posible causa de una respuesta empresarial de represalia, pues bastaba que la empresa le hubiera indicado el camino de la reducción de jornada a la que la trabajadora podía tener derecho, pero dentro del marco legal. No existe, pues, ninguna evidencia que permita suponer por la empresa una respuesta que demuestre ningún tipo de represalia.

2.- La cita al art 217 de la LEC y otros de la LPL, que debe entenderse efectuada a la LRJS, nos lleva a mencionar que en su redacción actual, dicho precepto refuerza el carácter de regla de juicio que tenía en su aplicación anterior al establecer de manera expresa lo que antes era una interpretación jurisprudencial. Dice el precepto citado en su párrafo 1: “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el Tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u a otros la carga de los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”. Es decir que la aplicación de la regla de juicio va a determinar que cada parte asuma la carga de la prueba que allí se expresa, pues si bien cuando el hecho es incontestable es indiferente de donde proceda la prueba, en los supuestos de incerteza o duda es imprescindible concretar quien tenía que probar para que sea la parte responsable de la prueba quien sufra las consecuencias de haber faltado

a la que le correspondía, de acuerdo con la distribución establecida en el precepto que se dice infringido.

3.- La anterior mención nos lleva a entrar en la concreta valoración de la prueba efectuada en la instancia, aunque previamente es necesario señalar que la doctrina constitucional (STC. 44/1989, de 20 de febrero) ha señalado que constituye una facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, y que 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 que pueda realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas. Es decir, el órgano de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, exigencia que ha puesto de manifiesto la propia doctrina constitucional (S.TC. 24/1990, de 15 febrero), lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico. Dicho juicio, en la instancia, se ha fundamentado de forma prudente, en hechos cuya constatación no dejaba lugar a dudas tras rechazar la existencia de indefensión en la tramitación del expediente disciplinario, ante la ausencia de previsión alguna en el mismo de la posibilidad de intervenir o examinarlo previamente a su resolución. Dicha conclusión es asumida íntegramente por la Sala que no advierte ni la falta de imparcialidad señalada respecto a la Jefa de personal, pues su intervención y a la vista de los interrogatorios no parece dirigida a un fin concreto ni revela animadversión alguna frente a la actora, ni infracción de las normas que lo regulan, pues dicho expediente se ha seguido de la forma recogida en los Estatutos.

Los hechos que la sentencia afirma como acreditados, y en los que basa su conclusión, se fundamentan en los documentos aportados como 22 a 65 que constatan las operaciones que fueron abonadas mediante tarjetas bancarias, al desprenderse de ellos de forma clara, concreta y obvia, la discordancia entre la persona que efectúa la compra y la satisface con una tarjeta bancaria a su nombre, y aquella a cuya tarjeta de socia se imputa la operación a los solos fines de obtener los puntos que darán lugar posteriormente a la emisión de cheques descuento. Se trata de una valoración, como antes se ha dicho, prudente y garantista, pues las demás compras podrían deberse a una situación de gasto excesivo de la actora realizada a través de familiares y cobrada por ella misma, que aunque irregular, no podría evidenciar fraude; es por ello que la sentencia deja de incluirlas. Y esta Sala aprecia la clara constatación de éstos hechos que en la instancia se ponen de manifiesto, y que no revela ninguna manera “inverosímil” de operar, (como se indica en el recurso) pues como es lógico, no se trata de imputar la cuenta de la compra a la tarjeta de crédito o débito de la trabajadora, para volver apagar la compra, como esta parece señalar que supondría, sino la simple adjudicación de una operación a una cuenta de puntos, a fin de conseguir los beneficios ligados a un determinado gasto.

Por último, y respecto a la gravedad de los hechos imputados y su proporcionalidad con la sanción aplicada por la empresa, es cierto que la sanción de despido puede resultar desproporcionada por el supuesto y en éste caso nunca obtenido beneficio de 32,78 euros, pero lo que se ha sancionado en el presente supuesto no ha sido el perjuicio que haya podido sufrir la empresa, sino la afectación a la buena fe

contractual de una conducta que, contra lo expresamente prohibido por la empresa, como afirman de modo reiterado el resto de trabajadores interrogados, ha supuesto el uso indebido de la tarjeta de socio de la entidad cooperativista, lo que indudablemente integra una situación de deslealtad correctamente razonada por la sentencia de la instancia en el último de sus fundamentos de derecho. La calificación de muy grave, tanto por la vía del ET como de los Estatutos de la entidad demandada, impiden a ésta Sala entrar a valorar la proporcionalidad de la sanción, pues si la calificación es la correcta, corresponde solo a la empresa aplicarla en la extensión que estime oportuna.

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

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA G.M.M.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. CATORCE de los de VALENCIA, de fecha 23 de Diciembre del 2011; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.714, de 8 de noviembre de 2012

Materia: Conciliación de la vida familiar y laboral con vulneración de los derechos fundamentales. Reducción jornada de la trabajadora por guarda legal y concreción horaria. La empresa no puede acceder a la concreción horaria. Competencia funcional.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las prestaciones deducidas en su contra.

Sala: Declara la falta de competencia funcional para conocer sobre el fondo del asunto. No procede recurso de suplicación en los procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que, por su cuantía, pudiera dar lugar al recurso de suplicación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda que inicia las presentes actuaciones interpuesta en reclamación de concreción horaria de la reducción de jornada por guarda legal, se solicita que se declare ajustada a derecho la concreción horaria solicitada por la actora que se distribuye de 10 a 15,30 horas de lunes a jueves y de 10 a 16 horas viernes y sábados.

Contra la sentencia que desestima la demanda, se alza en suplicación la actora en dos motivos que no se amparan en precepto procesal alguno en los que denuncia la vulneración de los apartados 5 y 6 del art. 37 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de la jurisprudencia aplicable al caso y la vulneración de los arts 14 y 39 de la Constitución Española y de la jurisprudencia aplicable al caso. El recurso se impugna por la empresa que plantea una cuestión previa de inadmisibilidad del recurso por el objeto del procedimiento y por incumplimiento de los requisitos formales y de ausencia de rigor técnico (sic), porque conforme a lo establecido en los arts 139 y 191.2 f) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en delante LRJS) no procedía conceder contra la sentencia de instancia recurso de suplicación y porque el recurso se encuentra mal formulado limitándose a manifestar su disconformidad, según los hechos que alega, con lo decidido en la sentencia, haciendo una valoración genérica y desfasada en el tiempo del contenido y alcance del art 37.5 y 6 del Estatuto de los Trabajadores, al ser de aplicación en la fecha de la solicitud de reducción de jornada y concreción horaria el Real Decreto 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral en cuya Disposición Final Primera se modifica sustancialmente el apartado 6 del art. 37 del Estatuto de los Trabajadores, alegando otras cuestiones formales que no han sido respetadas en el recurso.

Se impone contestar en primer lugar a la cuestión previa planteada que al ser de orden publico procedería en todo caso abordar de oficio. Y, en efecto, tal y como propone la parte recurrida la sentencia no es susceptible de ser recurrida en suplicación,

excepto para discutir algún defecto procesal grave que haya producido indefensión material y no que no fuera consentido, por la vía del apartado a) del art. 193 de la LRJS, para conseguir la nulidad de la sentencia para que se subsane el defecto de procedimiento, como permite el art. 191.3 d), y con esta limitación, ya que el fondo del asunto no está comprendido dentro de los límites de la suplicación, porque según establece el art. 191.2 f) no procederá recurso de suplicación en los procedimientos relativos a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral previstos en el art. 139, salvo cuando se haya acumulado pretensión de resarcimiento de daños y perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar a recurso de suplicación. Y no compartimos el razonamiento expresado en la sentencia recurrida que concede recurso porque: “Aunque el Art. 139 de la R.R.J.S. establece la no recurribilidad en suplicación de la sentencia dictada en el proceso en materia de reconocimiento del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar, alegada vulneración de derechos fundamentales en la decisión adoptada por la empresa, conforme a lo dispuesto en el Art. 189.1.f) –será 191.3 f)-) de la L.R.J.S., que señala que procederá en todo caso la suplicación contra las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, debe concederse a las partes la posibilidad de interponer recurso de suplicación contra la presente resolución.”, ya que no estamos ante un procedimiento de tutela de derechos fundamentales, al no figurar en la demanda tal reclamación y haberse decidido en la sentencia recurrida la cuestión innecesariamente para desestimarla ante la inexistencia de indicio de vulneración de derechos fundamentales. Y se dice que no estamos ante un procedimiento de tutela de derechos fundamentales porque no se plantea tal cuestión en la demanda, que hace una simple referencia en el fundamento de derecho cuarto a los arts 14 y 39 de la Constitución sin más ampliación ni petición que se pudiera derivar del ejercicio de la acción de tutela que no se plantea en la demanda, porque no puede confundirse el ejercicio de una acción de tutela de derechos fundamentales que requiere la mención del derecho fundamental que se entiende vulnerado y la actuación de la empresa del que se deriva el ataque al derecho fundamental, con que el fundamento del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral esté en erradicar la discriminación en el trabajo que tiene lugar como consecuencia de compatibilizar el trabajo con obligaciones familiares.

En consecuencia, procede declarar la incompetencia funcional de la Sala para entrar a conocer del recurso de suplicación interpuesto contra sentencia que por la materia no era susceptible de ser recurrida en suplicación, con la consecuencia de declarar firme la sentencia recurrida y nulas todas las actuaciones practicadas en la tramitación del recurso.

FALLO

Que sin entrar a conocer del recurso de suplicación interpuesto en nombre doña M.E.S.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Valencia de fecha 25 de mayo de 2012, declaramos la falta de competencia funcional para conocer del mismo, nulas las actuaciones practicadas en la tramitación del mismo y firme la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.756, de 9 de noviembre de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Empresa con menos de 25 trabajadores que cesa al trabajador por motivos económicos. No se puede poner a disposición del trabajador la indemnización legalmente prevista como consecuencia de los problemas económicos de la misma. El FOGASA abona al trabajador determinada cantidad en concepto de salarios adeudados pero no le indemniza totalmente en concepto de despido objetivo ni por falta de preaviso. Responsabilidad subsidiaria.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando al organismo demandado a abonar al actor determinada cantidad en concepto de responsabilidad subsidiaria por el 60% de la indemnización derivada del despido objetivo del que fue objeto.

Sala: Estima el recurso condenando al FOGASA a abonar determinada cantidad en concepto de responsabilidad subsidiaria por el 100% de la indemnización derivada del despido objetivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor la sentencia que ha estimado en parte su demanda condenando al organismo demandado (FOGASA) a abonar al recurrente la cantidad de 2.759 € en concepto de responsabilidad subsidiaria por el 60% de la indemnización derivada del despido objetivo de que fue objeto el actor en fecha 31-1-2009.

El recurso se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral pide que se introduzca en el hecho sexto la matización de que el FOGASA no acreditó la necesidad de que para despedir al demandante se siguieran los trámites del despido colectivo, lo que apoya en lo fundamentado por el Magistrado de Instancia en la sentencia. Y se rechaza la modificación, ya que tal dato no es susceptible de conformar el relato histórico de la sentencia, no solo por estar formulado de forma negativa, sino porque además se trata de una conclusión jurídica que debe figurar en los fundamentos jurídicos de la sentencia.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo, por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento laboral denuncia el recurso la infracción del art. 33.2, 33.8 y 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores así como la jurisprudencia haciendo alusión a las STS de 3 de febrero de 2008, 14-3-2009, 10-6-2009, al considerar que el FOGASA debe abonar el 100% de la indemnización reclamada por extinción de la relación laboral como responsable subsidiario a tenor de lo establecido en el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, máxime cuando el FOGASA no acreditó la necesidad de que la extinción siguiera los trámites del despido colectivo (STS 22 enero de 2008).

El recurso debe prosperar. En efecto, tratándose de una reclamación de cantidad por el 100% de la indemnización por despido objetivo reconocida por la empresa, que ocupa menos de 25 trabajadores, en acto de conciliación judicial, acordado en proceso donde fue citado el FOGASA, y en base a la responsabilidad subsidiaria que a dicho organismo impone el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, no cabe sino estimar la reclamación efectuada que abarca tanto el 60% de la indemnización concedida en la sentencia como el 40% que no fue abonado en responsabilidad directa por el FOGASA ex art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, ni por la empresa, ya que el acto de conciliación es título habilitante para reclamar la totalidad de la indemnización, pese a que el trabajador no haya impugnado el despido y la empresa es responsable de la indemnización en su totalidad, con lo que declarada en concurso la empresa, nace la responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

Es cierto que no cabe la responsabilidad directa del FOGASA ex art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, respecto al 40% de la indemnización que corresponda al despido objetivo, en empresas de menos de 25 trabajadores, cuando debió acudir a un despido colectivo (STS 16-11-2004 –rec. 127/2004-, 24-9-2002 –rec. 588/2002- y 14-12-1999), pero sí la responsabilidad subsidiaria de este porcentaje no abonado cuando se cumplen los requisitos previstos en el art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, con independencia de que el trabajador haya impugnado el despido, y siempre que esta indemnización del 100% aparezca en un título, que lo es el acta de conciliación. En este sentido se ha resuelto en las STS de 13 de marzo de 2011 (rec. 3020/2011) y las que en ella se relacionan.

En consecuencia y siendo esta la única cuestión discutida en el procedimiento y en el recurso, se está en el caso de estimar el recurso formulado revocando la sentencia y estimando íntegramente la demanda formulada, condenar al organismo demandado al abono del 100% de la indemnización por despido objetivo que reclama.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don A.A.C..P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche, de fecha 28 de mayo de 2011; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimando la demanda interpuesta por el recurrente frente al Fondo de Garantía Salarial condenamos a este último a que abone al actor la cantidad de 4.598,10 €.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.771, de 13 de noviembre 2012

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales.

Trabajador que presta sus servicios como vigilante jurado en empresa de seguridad. Extinción de la relación laboral como consecuencia de falta de respeto a un superior. Reincidencia en la conducta del trabajador.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Procede el despido del trabajador.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La conducta despreciativa e insultante del demandante rebasa el límite en el respeto de los demás. Queda justificada la sanción de despido impuesta por la empresa demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimando íntegramente la demanda sobre despido absolvió a la empresa demandada, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa actora y en el primer motivo del recurso de suplicación, que en realidad es único, con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se entiende vulnerado el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores sobre la calificación del despido y de la Teoría Gradualista de las Infracciones, y de los artículos 52 al 56 del Capítulo XIII del Convenio Colectivo de empresas de seguridad privada. Alegando, en síntesis, que no se aprecia una conducta premeditada con antelación en el actor, sino que se produjo en un momento de acaloramiento, en el curso de una situación tensa y son fruto del acaloramiento de la misma, por lo que constituyen más un desahogo verbal desafortunado que un maltrato de palabra, siendo por lo demás de baja intensidad ofensiva y no existiendo antecedentes de hechos similares.

Los hechos declarados probados en la sentencia de instancia revelan que el actor vigilante en una empresa dedicada a la vigilancia y seguridad el día 1 de diciembre de 2011 y tras ser convocado por el Inspector de Servicios en las oficinas de la empresa para comunicarle unas cartas de sanción por unos incidentes presuntamente acontecidos en el mes de noviembre, se personó en el despacho que compartía dicho Inspector y el Jefe de Seguridad (encargado de firmar todas las sanciones que impone la empresa) quienes se encontraban dentro ya, y después de que el Inspector le entregase al demandante las cartas de sanción, éste en evidente estado de enojo y exaltación, se dirigió al Jefe de Seguridad (quien se encontraba sentado en su mesa y no había participado en la conversación) y le dijo que era un *chulo* (en dos ocasiones y *un mierda*). Asimismo propino dos puñetazos en la mesa de éste. Días después de los hechos y una vez materializado su despido pidió disculpas por lo ocurrido a la Responsable de Personal. La conducta descrita integra la figura contenida en el artículo 54.2 c) del Estatuto de los Trabajadores, consistente en una ofensa verbal a una persona

que trabaja en la empresa y que ostenta el cargo de jefe de Seguridad, sin que la acción del trabajador pueda ser calificada como una respuesta adecuada a una provocación de la otra parte, dado que el ofendido no había participado en la conversación, y no puede entenderse indebidamente aplicado el precepto mencionado a la conducta del trabajador, que en presencia del Inspector de Servicios, exterioriza su disgusto ofendiendo al Jefe de Seguridad, mediante una ofensa verbal a un compañero de trabajo con expresiones con entidad, gravedad y publicidad suficiente para justificar el despido debatido, al estar encuadrados en el precepto citado, dado el desprecio, el menosprecio insultante y la falta de consideración y respeto que entrañan, sin que el hecho de que tales expresiones se hayan producido tras la entrega al demandante de las cartas de sanción, puedan atenuar su evidente intención de ofender, porque lo que para el actor constituye un desahogo verbal desafortunado, entraña una falta de respeto, consideración y menosprecio al destinatario de la ofensa y conculca la disciplina en la empresa y la pacífica convivencia de las personas que trabajan en la misma, habiendo rebasado el límite en el respeto al derecho de los demás y a los principios generales de la convivencia vigentes en toda sociedad civilizada. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de C.G.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 DE ALICANTE de fecha 4 de mayo de 2012 en virtud de demanda formulada contra S.T. S.L., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.795, de 15 de noviembre de 2012

Materia: Prestación de jubilación. Trabajador afiliado al RGSS.

Denegación pensión de jubilación al no acreditar un tiempo efectivamente trabajado a lo largo de su vida laboral equivalente al periodo mínimo de cotización. El actor impugna y presenta grado de discapacidad. Reconocimiento de pensión de jubilación anticipada por encontrarse en situación protegida derivada de su minusvalía.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo de la misma al organismo demandado.

Sala: Estima el recurso y revoca en parte la sentencia de instancia. Se reconoce al trabajador el derecho a percibir la pensión de jubilación anticipada, condenando al instituto demandado a pasar por esta declaración y a abonar dicha prestación con las actualizaciones y revalorizaciones que proceda. Absuelve en costas a la parte demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por don M.E., a través de su Letrada, la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 15 de diciembre de 2010, confirmada por otra de 8 de febrero de 2011, por la que se denegó su solicitud de acceder a la pensión de jubilación anticipada y contributiva, por no estar afectado por alguna de las discapacidades enumeradas en el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre.

2. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida en los siguientes términos:

a) Se interesa, en primer lugar, que se deje constancia en el hecho probado tercero que por resolución de la Conselleria de Bienestar Social de 19 de septiembre de 2011 se le reconoció al demandante una discapacidad global del 65% constando, entre otras patologías, una limitación del miembro inferior por neuropatía periférica. Petición a la que se accede pues así resulta del documento que obra al folio 38 de las actuaciones.

b) También se solicita la adición de un hecho probado nuevo en el que se diga, en síntesis, que de la prueba pericial y documental practicada es “evidente que en 1994, cuando obtuvo el primer certificado de discapacidad ya padecía el SPP que el determinaba el grado de discapacidad del 45%, aunque por su falta de descripción médica y de inclusión en la clasificación mundial de enfermedades neurológicas el propio Certificado no lo recogiera como tal, utilizando la definición clínica de monoparesia por poliomiéлитis infecciosa, que no se correspondía con su real situación clínica, definición que ha sido sustituida por la de neuropatía periférica en los

certificados posteriores, también indicativa del SPP”. Sin perjuicio de lo que seguidamente se razonará, esta petición no puede ser admitida pues lo que se pretende introducir no es tanto un hecho entendido como circunstancia fáctica directamente apreciable de una determinada prueba, sino una valoración o presunción que excede del estrecho ámbito que un recurso extraordinario como es el de suplicación concede a las Salas de lo Social para la revisión de los hechos.

SEGUNDO.- 1. En el segundo y último motivo del recurso se denuncia la infracción de los artículos 1, 2 y 5 del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, interpretado de acuerdo con los principios y disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Se argumenta por el recurrente, que el hecho de que en los certificados de discapacidad emitidos en los años 1994 y 2007 no se hiciera mención al síndrome post-polio como tal, se explica por la circunstancia de que no fue sino a partir del año 2009 cuando se produjo el reconocimiento a nivel mundial de tal síndrome con la publicación de la nueva clasificación de enfermedades por la Organización Mundial de la Salud, y que la monoparesia constatada inicialmente y las posteriores neuropatías eran síntomas inequívocos de lo que después se conoció como síndrome post-polio.

2. A efectos de resolver el recurso debemos comenzar recordando algunos datos de interés. Así, del relato de hechos probados de la sentencia recurrida resulta lo siguiente: a) Cuando el hoy recurrente contaba con un año de edad sufrió una poliomielitis con afectación del miembro inferior derecho; b) En el año 1994 le fue reconocido un grado de minusvalía del 45%, con un grado de discapacidad del 42% y 3 puntos por factores sociales complementarios por monoparesia del miembro inferior por poliomielitis y alteración de alineación vertebral por escoliosis; c) En el año 2007 el grado de minusvalía se fijó en el 54%, y el discapacidad en el 53%; d) En 2011 se le reconoció una discapacidad del 65%, constando entre las patologías la limitación funcional de miembro inferior por neuropatía periférica; e) En ese mismo año 2011, el INSS le reconoció una incapacidad permanente total para su profesión de electrónico, por secuelas de polio con amiotrofia en miembro inferior derecho.

3. Como ya hemos señalado, lo que se reclama en el presente procedimiento es el reconocimiento por parte del demandante de una pensión de jubilación anticipada por encontrarse en la situación protegida contemplada en el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre.

El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 161 bis del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, incorporado por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, establece que la edad mínima de jubilación de 65 años podrá ser reducida en el caso de personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 45%, siempre que se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en las que concurren evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas.

El desarrollo reglamentario de esta previsión legislativa se llevó a cabo por el Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre. El ámbito de aplicación de este Real Decreto se determina en su artículo 1º, conforme al cual: “*Lo dispuesto en este Real Decreto se aplicará a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia incluidos*

en cualquiera de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, que acrediten que, a lo largo de su vida laboral, han trabajado un tiempo efectivo equivalente, al menos, al período mínimo de cotización que se exige para poder acceder a la pensión de jubilación, afectados por alguna de las discapacidades enumeradas en el artículo siguiente y que hayan determinado durante todo ese tiempo un grado de discapacidad igual o superior al 45%”. Se exige, en consecuencia, que durante los 15 años de cotización necesarios para acceder a la pensión de jubilación por el artículo 161.1 b) de la LGSS, el solicitante haya estado trabajando afectado por un grado de discapacidad igual o superior al 45% motivado por alguna de las discapacidades que se enumeran en el artículo 2, entre las que se encuentra “las secuelas de polio o síndrome post-polio” (letra f), introducida tras la reforma llevada a cabo por el Real Decreto 1148/2011, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Finalmente, el artículo 5 de aquella norma reglamentaria dispone que “la existencia de las discapacidades a que se refiere el artículo 2, así como el grado correspondiente, se acreditará mediante certificación del Instituto de Mayores y Servicios Sociales o del órgano correspondiente de la respectiva comunidad autónoma que haya recibido la transferencia de las funciones y servicios de aquél”.

4. En el supuesto enjuiciado consta, como ya hemos señalado, que el demandante padece desde su primer año de vida las secuelas de polio en su miembro inferior de derecho, que acredita un tiempo de trabajo efectivo de casi 40 años, y que por resolución el 29 de agosto de 1994 de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana se le reconoció una minusvalía del 45% por monoparesia de miembro inferior derecho por poliomyelitis de etiología infecciosa y escoliosis, que se ha ido elevando a grados superiores en resoluciones posteriores de 2007 y 2011. Pues bien, con tales antecedentes el recurso debe ser estimado, pues a la fecha de la solicitud de la prestación el actor estaba diagnosticado de secuelas de polio y cumplía el requisito de carencia. En efecto, el hecho de que no sea hasta el año 2006 cuando los certificados médicos del demandante comiencen a mencionar el síndrome post-polio, no puede ser un obstáculo para el acceso a la prestación solicitada, pues como se afirma en el escrito de recurso, el reconocimiento por la Organización Mundial de la Salud de ese síndrome como tal no se produce hasta el mes de octubre de 2008, siendo en febrero de 2009 cuando se incluye en la clasificación de enfermedades. Así pues, lo relevante es que ya en el certificado emitido por la Conselleria de Bienestar Social en el año 1994 a efectos del reconocimiento de la minusvalía se describen las secuelas de la poliomyelitis. También es evidente que la circunstancia de que la enfermedad no se reconozca como tal a nivel internacional hasta el año 2009 y no se incluya hasta el año 2011 en el Real Decreto 1851/2009, no impide que no se pueda acreditar su padecimiento en momentos anteriores, pues, como es obvio, la enfermedad no surge con su reconocimiento legal, sino que este se limita a constatar su existencia y a dotarla de determinados efectos jurídicos, entre los que se encuentra la posibilidad de acceder a la prestación solicitada.

TERCERO.- 1. La sentencia de instancia rechazó la pretensión ejercitada argumentando que en la fecha de la solicitud de la pensión, 2 de diciembre de 2010, “aquella enfermedad de síndrome post polio no formaba parte del listado que daría derecho a la anticipación de la jubilación”. Pero tal argumento también debe ser rechazado. En efecto, es cierto que los efectos del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, que modificó el listado de enfermedades del Real Decreto 1851/2009, de 4 de diciembre, en el sentido de introducir en la letra f) las secuelas de polio o síndrome

post-polio, se fijaron en el 1 de enero de 2011 (D.F. 6ª de la citada norma reglamentaria), y que la solicitud del hoy recurrente se presentó con anterioridad a dicha fecha, pero ello no es óbice para que el reconocimiento de la citada pensión se pueda efectuar con fecha de efectos del 1 de enero de 2011, pues como ha señalado la jurisprudencia de modo reiterado (SSTS de 21 de diciembre de 2010 (rcud. 1245/2010), 13 de julio de 2011 (rcud. 3040/2010), 15 de septiembre de 2011 (rcud.441/2011) y 22 de noviembre de 2011 (rcud. 829/2011), “Los órganos jurisdiccionales deben aplicar a las circunstancias del hecho causante, según lo acreditado, las normas legales aplicables en el momento de enjuiciar y dictar su resolución, siempre que, como aquí acontece, no ocasionen indefensión a ninguna de las partes”. Y es claro que ninguna indefensión existe para el Instituto demandado dado que las circunstancias personales del demandante constan en el expediente administrativo.

2. Procede, por consiguiente, revocar el pronunciamiento de la sentencia de instancia y estimar en parte la demanda presentada, reconociendo al actor el derecho a disfrutar de la pensión de jubilación anticipada con efectos 1 de enero de 2011 y sobre una base reguladora de 1.843,16 euros.

CUARTO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON M.E.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de Valencia de fecha 20 de febrero de 2012; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, declaramos el derecho del demandante a percibir la pensión de jubilación anticipada sobre una base reguladora de 1.843,16 euros y con efectos del 1 de enero de 2011 y condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por esta declaración y abonar la mencionada pensión con las actualizaciones y revalorizaciones que correspondan.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.822, de 16 de noviembre de 2012

Materia: Reintegro de gastos médicos. La actora padece un cuadro clínico agudo de estreñimiento acudiendo a la sanidad pública. Tras diagnosticarle dolor abdominal y estreñimiento y una vez visitada de nuevo la sanidad pública hasta en tres ocasiones, se le remite al médico de cabecera para valoración. Aquejada de fuertes dolencias recurre a la sanidad privada donde se le diagnostica un adenocarcinoma y es operada de urgencia. La actora reclama el reintegro de los gastos derivados de la estancia y tratamiento. No consta que el enfermo o sus familiares acudiesen a la inspección médica para denunciar retraso o inasistencia, ni autorización para acudir a la medicina privada. Procedencia.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Ante la imposibilidad de ser tratada oportunamente en el sistema público y ante la urgencia de la situación, la Sala entiende que no existe una utilización abusiva o desviada de la medicina privada, por lo que considera ajustada a derecho la utilización de ésta y condena al organismo demandado en la instancia al reintegro de los gastos médicos derivados de la intervención quirúrgica de urgencia a que fue sometida la demandante.

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 tres motivos, bajo la rúbrica común de “infracción de normas sustantivas y jurisprudenciales”.

2. El primero dice fundamentarse “al amparo de lo previsto en el art. 193.c) de la LJS, en la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, aplicadas en la sentencia que se recurre, a fin de denunciar los preceptos que se dirán: Artículos 20 letra a) y 102 de la Ley General de la Seguridad Social. Art.4.3 del RD 1030/2006, de 15 de septiembre. Todo ello en relación con la doctrina recogida por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en sentencias de 19 de Diciembre de 2003, 22 de diciembre de 2004 y de 4 y 17 de julio de 2007”. A continuación resume lo que a su juicio se desprende del hecho probado primero de la sentencia impugnada.

3. El motivo segundo comienza indicando el objeto de la solicitud de la actora que es “el reintegro de gastos por Asistencia Sanitaria tras intervención quirúrgica URGENTE al amparo de lo previsto en el RD 1030/2006, art.4.3 por el que se establece la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud. También se refiere a este supuesto excepcional el art.9 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo de Cohesión de Calidad del Sistema Nacional de Salud...”, aduciendo seguidamente en síntesis que el supuesto de reintegro de gastos hace referencia al surgimiento de una patología que genera un riesgo

grave y que requiere de una atención inmediata para evitar un daño a la vida, que la interpretación judicial ha flexibilizado la exigencia de urgencia vital equiparando por otro lado la imposibilidad de acudir a los servicios públicos y la asistencia médica deficitaria. Luego, en tres apartados, trata de lo que denomina (1) “doctrina general del Tribunal Supremo”, sobre los tres requisitos para que proceda el reintegro de los gastos médicos ocasionados fuera del sistema público de salud “ a) Que se trate de una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, b) Que el beneficiario haya intentado la dispensación por el Sistema Nacional de la Salud y no haya podido utilizar oportunamente los servicios del sistema público, y c) Que la actuación no constituya una utilización abusiva o desviada de la excepción”, invocando las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2007 y de 20 de octubre de 2003, y manifestando que la actora había acudido hasta en cuatro ocasiones a los servicios públicos de salud, tanto a Urgencias, como a Ginecología, como al médico de cabecera, y ante la persistencia del dolor abdominal y estreñimiento de más de 15 días de evolución es cuando acude a los servicios privados que al día siguiente emiten un diagnóstico de ADENOCARCINOMA (viernes) siendo intervenida a los dos días laborables siguientes (martes), habiéndose intentado en consecuencia la dispensación del tratamiento por los servicios públicos, si bien éstos no dieron cita para el especialista en digestivo hasta más de un mes después (1 de diciembre), cuando la actora ya había sido intervenida, estándole dispensando esos servicios públicos el tratamiento oncológico, por lo que es evidente que no se trata de una utilización abusiva o desviada, dada la gravedad del diagnóstico; (2) “situación de riesgo vital”, requisito que ha sido extendido (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2007) cuando la asistencia es precisa para conservar la vida, los aparatos y órganos del cuerpo humano o su mejor funcionalidad o incluso para lograr una mejor calidad de vida y menor dolor o sufrimiento, citando otras sentencias del Tribunal Supremo como las de 19 de diciembre de 2003, 1 de julio y 1 de agosto de 1991, 13 de octubre de 1994, 30 de noviembre de 1994, 8 de febrero de 1995, 31 de mayo de 1995, 8 de marzo de 1996, 7 de octubre de 1996, 19 de febrero de 1997, 17 de abril de 1998 y 25 de octubre de 1999 entre otras, destacando la de 20 de octubre de 2003 respecto a la definición de urgencia vital que da el diccionario de la Real Academia Española en el que se encuentran dos acepciones del término “urgencia vital”: uno, perteneciente o relativo a la vida, y otro, de suma importancia o trascendencia; (3) “imposibilidad de acudir oportunamente a los servicios públicos y asistencia médica deficitaria”, subrayando la jurisprudencia existente al respecto de que no existe abandono voluntario si a un paciente que precisa asistencia vital urgente se le aplazó para un momento indeterminado en fecha posterior, no precisada, pues no es exigible que ante la remisión a un tan impreciso como incierto futuro, el beneficiario hubiera de iniciar un peregrinaje por los hospitales públicos en busca de asistencia, invocando diversas sentencias de Salas de lo Social de TSJ, y reiterando la ya invocada sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2003, en la que ante el diagnóstico de cáncer de pulmón, el allí demandante acudió a los Servicios del Sistema de Salud, pero no fue adecuadamente atendido, pues se le aplazó para un momento indeterminado en fecha posterior no precisada, sin suministro de elemento alguno de esperanza.

4. El motivo tercero, comienza señalando “el error de diagnóstico, no como presupuesto para una eventual responsabilidad por daños y perjuicios, sino como el que determina la urgencia vital de la intervención efectuada a mi mandante, y que determinará el reintegro de gastos médicos”, realizando a continuación un alegato sobre el error de diagnóstico como supuesto que posibilita el reintegro de gastos médicos, siempre que

ese error se enmarque en una situación de urgencia vital para el beneficiario de la sanidad pública, citando las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1975 (donde se sienta la doctrina inicial al respecto) y la de 8 de noviembre de 1999, que resume y glosa, citando ahora también diversas sentencias de Salas de lo Social de TSJ, concluyendo con que “la actora acudió hasta en 4 ocasiones, entre el 19 y el 28 de octubre a los servicios públicos de Salud, que diagnosticaron estreñimiento, cuando en realidad la actora padecía un ADENOCARCINOMA. La cita para el especialista en Digestivo estaba concedida para el 1 de diciembre. Es evidente que el diagnóstico no era el adecuado, y que la actora al acudir a los servicios privados que finalmente diagnosticaron el Adenocarcinoma que pone de manifiesto la efectiva URGENCIA VITAL y la rápida intervención quirúrgica, se encuentran en el supuesto antes referido, y hacen a la actora acreedora de los gastos médicos que dicha intervención quirúrgica provocó”.

SEGUNDO. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2012 resume la doctrina sobre el reintegro de gastos médicos causados fuera del Sistema de Salud por urgencia vital indicando: “a).- Mientras el antiguo art. 102.3 LGSS /74 [dejado en vigor por la DD Única del TRLGSS/94] se limitaba a remitir al reglamento que se dictara la regulación de los casos en que procederá el reintegro de gastos por asistencia sanitaria, sin señalar criterio alguno al poder reglamentario, el vigente art. 9 de la Ley 16/2003 [28/Mayo] sí establece dos criterios [situación de riesgo vital y justificación de que no se pudieron utilizar los medios del Sistema Nacional de Salud] y, además, no prevé desarrollo reglamentario alguno; siquiera sea la propia Ley 16/2003, en su DT Única, la que deja en vigor el Real Decreto 63/1995 hasta que se apruebe un nuevo Real Decreto por el que se desarrolle la cartera de servicios, y que ha sido el 1030/2006 [15/Septiembre], cuyo artículo 4.3... coincide sustancialmente con el antiguo artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995 (así lo recordábamos en STS 31/01/12 -rcud 45/11 -). b).- Dada la similitud de los textos legales [arts. 5.3 RD 63/1995 y 4.3 RD 1030/2006], la doctrina tradicional sigue siendo perfectamente aplicable, por lo que -tratándose de urgencia vital- son cuatro los requisitos exigidos para que proceda el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público... Dos positivos: que se trate de urgencia inmediata, y que sea de carácter vital. Y los otros dos, negativos: que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva o desviada de la excepción (SSTS 20/10/03 -3043/02 -; 19/12/03 - 62/03 -; 04/07/07 - rcud 2215/06 -; y 31/01/12 - rcud 45/11 -).c).- La exigencia de que «la utilización de los servicios privados no constituya "una utilización desviada o abusiva", no hace sino aclarar la exigencia del legislador -que el reglamento repite- de que no se pudieron utilizar los servicios públicos "oportunamente", adverbio que el reglamento añade y que no restringe sino que amplía la posibilidad del recurso a la sanidad privada: no es preciso que los servicios públicos no dispongan en absoluto de los medios necesarios para hacer frente a la asistencia sanitaria que necesita el paciente sino que basta con que no se disponga de esos medios a su debido tiempo.... Y, en segundo lugar, el hecho de que el reglamento no hable solamente de "riesgo vital" sino que, tras repetir esa misma expresión legal, utilice también la fórmula "urgente e inmediata y de carácter vital" ... [significa que] ... el riesgo vital puede entenderse como un peligro inminente de muerte que no necesariamente concurre en los casos en que la intervención deba ser inmediata y urgente» (STS 31/01/12 -rcud 45/11 -). d).- Ya el art. 5 del RD 63/1995 [20/Enero] dejó de mencionar la denegación injustificada de asistencia como causa de reintegro, y su DD Única derogó el art. 18 RAS -RD 2766/1967 - cuyo nº 3 lo regulaba expresamente, de forma que desde la entrada en vigor

de aquella disposición legal ha desaparecido la denegación injustificada de la asistencia como causa expresa - legal- de reintegro, lo que en principio pudiera llevar a cuestionarse el arduo problema de la jurisdicción competente [tras el art. 2.e de la Ley 29/1998, de 13/Julio , y la modificación del art. 9.4 LOPJ , llevada a cabo por la Ley Orgánica 6/1998, de 13/Julio], siquiera «los supuestos de urgencia vital y denegación de asistencia no se presentan normalmente en su pureza conceptual, sino que más generalmente lo hacen en circunstancias que ofrecen una compleja mezcla de las características de una y otra figura» (SSTS 04/07/07 -rcud 2215/06 -; y 16/11/09 -rcud 4426/08 -)”.

TERCERO. Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2012, ya indicó que el artículo 4.3 del RD 1030/2006 al desarrollar el artículo 9 de la Ley 16/2003 no incide en ultra vires a condición de que no se interprete “en un sentido que conduzca a una restricción excesiva de los derechos del ciudadano beneficiario que no ha sido expresamente querida por el legislador, pues ello iría en contra del derecho a la salud consagrado por el artículo 43 de la Constitución . Por el contrario, el precepto reglamentario debe ser interpretado de tal forma que sus prescripciones solamente tengan un sentido aclaratorio, pero no restrictivo, del alcance de la norma legal que desarrolla. Y ello es perfectamente posible. Comenzando por el final, es claro que el añadido consistente en exigir que la utilización de los servicios privados no constituya "una utilización desviada o abusiva", no hace sino aclarar la exigencia del legislador - que el reglamento repite- de que no se pudieron utilizar los servicios públicos "oportunamente", adverbio que el reglamento añade y que no restringe sino que amplía la posibilidad del recurso a la sanidad privada: no es preciso que los servicios públicos no dispongan en absoluto de los medios necesarios para hacer frente a la asistencia sanitaria que necesita el paciente sino que basta con que no se disponga de esos medios a su debido tiempo, lo que, obviamente, nos remite a la consideración de las llamadas "listas de espera" y de las implicaciones que las mismas pueden tener sobre toda esta cuestión. Y, en segundo lugar, el hecho de que el reglamento no hable solamente de "riesgo vital" sino que, tras repetir esa misma expresión legal, utilice también la fórmula "urgente e inmediata y de carácter vital" tampoco puede interpretarse como una exigencia de nuevos requisitos autorizadores del recurso a la sanidad privada más rigurosos que el querido por el legislador - riesgo vital- sino al contrario: el riesgo vital puede entenderse como un peligro inminente de muerte que no necesariamente concurre en los casos en que la intervención debe ser inmediata y urgente, lo que significa -una vez más- que puede ser incompatible con la inclusión del paciente en la correspondiente lista de espera pero no necesariamente que tenga que ser intervenido ipso facto. La cuestión fue abordada ya en dos sentencias de esta Sala Cuarta del TS de fecha 14/10/2003 (RCUD 43/2002) y 17/12/2003 (RCUD 63/2003). Es cierto que estas sentencias, dictadas en un momento en que estaba ya vigente la Ley 16/2003, de 28 de mayo, contemplan sin embargo hechos anteriores a dicha ley. Pero, habida cuenta de la sustancial similitud de los textos legales y reglamentarios que se han ido sucediendo en la materia -y que ya hemos analizado con anterioridad- su doctrina es perfectamente aplicable en la actualidad. Y así, aunque la sentencia de 14/10/2003 parte de que el reglamento -a la sazón el RD 63/1995- exige cuatro requisitos, el análisis que a continuación se hace de los mismos va en el sentido que antes hemos postulado: se refunden en dos parejas que, en definitiva, no hacen sino aclarar los dos requisitos exigidos por el legislador. En primer lugar, el Fundamento de Derecho Segundo afirma lo siguiente: "Hemos de valorar si esa urgencia era o no "vital". Término que en el Diccionario de la Real Academia tiene dos acepciones: "perteneciente o relativo a la

vida", y "de suma importancia o trascendencia". Obviamente que el problema hermenéutico consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluirse la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los riesgos de pérdida de la vida, así lo hubiera expresado en términos tales como "peligro inminente de muerte", pero no se hizo así. Se acudió a una expresión de mucho más amplio contenido, "urgencia vital", que hemos de interpretar conforme a la segunda de las acepciones del término, referida a la suma importancia o trascendencia". Y a continuación, refiriéndose al uso de esas variadas expresiones en la ley y el reglamento, concluye: "Expresiones que no circunscriben la urgencia vital, en todo caso, a un peligro de riesgo para la vida. En el estado actual de la protección social en materia sanitaria, derivado del mandato constitucional del derecho de protección a la salud (art. 43.1 CE) no permite una interpretación mezquina del precepto que nos ocupa. Por tanto estimamos que concurría una urgencia vital ante el riesgo de pérdida de la visión". En segundo lugar, en relación a la imposibilidad de utilización de los servicios públicos y a la no utilización abusiva de la posibilidad abierta por el legislador del recurso a la sanidad privada si se demuestra la imposibilidad de utilización de los medios públicos es del todo evidente que no se ha hecho una utilización desviada o abusiva de los medios privados. Este tratamiento jurisprudencial del problema se confirma en la segunda sentencia citada, la de 19/12/2003. En ella ya no se habla de cuatro requisitos reglamentarios sino de tres, pues los dos primeros aparecen ya refundidos. Y, como acabamos de ver, es claro que los dos últimos son en realidad un único requisito. Así, se afirma en el FD Segundo de dicha sentencia: "Con arreglo a la norma reglamentaria, son requisitos para la procedencia del reintegro: a) que se trate de una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, b) que el beneficiario haya intentado la dispensación por el Sistema Nacional de la Salud y no haya podido utilizar oportunamente los servicios del sistema público y c) que la actuación no constituya una utilización abusiva o desviada de la excepción".

CUARTO. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) La actora, nacida el 4-8-51 acudió en fecha 19-10-09 al Hospital de O., por presentar estreñimiento de 3 días de evolución y dificultad para la expulsión de gases, siendo diagnosticada de estreñimiento aplicándole como procedimiento enema de limpieza productivo. B) En fecha 25-10-09 acudió de nuevo a urgencias del Hospital de X. por la misma sintomatología, dolor abdominal y estreñimiento de 12 días de evolución, siendo diagnosticada tras análisis y RX de dolor abdominal inespecífico y estreñimiento, administrándosele analgesia, remitiendo a domicilio con control por medico de cabecera previa valoración por ginecólogo de guardia que tras exploración ecográfica descartó patología ginecológica urgente. C) En 27-10-09 la actora acudió de nuevo al Hospital de O. por los mismos síntomas siendo objeto de exploración, análisis y RX, diagnosticándose estreñimiento e infección del tracto urinario, siendo remitido al medico de cabecera, con advertencia de que en caso de mala evolucion acudiera de nuevo al servicio de urgencias. D) La actora acudió al médico de cabecera al día siguiente, que solicitó consulta preferente de la actora para la especialidad de medicina digestiva. E) La actora acudió en fecha 29-10-09 a la consulta privada de la clínica X. que remitió a la actora de urgencia al especialista en digestivo Doctor Z. que atendió a la paciente en 30-10-09 realizando pruebas clínicas, diagnosticando un adenocarcinoma de sigma, ingresando para cirugía programada en la Casa de la Salud donde fue intervenida en 4-11-09 siendo alta en 11-11-09. F) A la actora en fecha 4-11-09 se le

dio fecha en los servicios sanitarios públicos para medicina digestiva para el día 1-12-09, acudiendo la actora a tal cita siendo remitida a los servicios de oncología. G) La estancia y tratamiento en la Casa de la Salud así como las visitas a los médicos de la sanidad privada ascendió a 11.080,25 euros. H) No consta que el enfermo o sus familiares acudiesen a la inspección medica para denunciar retraso o inasistencia, ni autorización para acudir a la medicina privada, acudiendo el día 29-10-09 directamente a la sanidad privada.

QUINTO. Haciendo aplicación de la doctrina jurisprudencial transcrita parcialmente en los fundamentos de derecho segundo y tercero de la presente, y que con referencia a la doctrina reiterada en la misma se denuncia en el recurso, tenemos: A) La actora acudió infructuosamente a la sanidad pública los días 19-10-09, 25-10-09, 27-10-09 y 28-10-09, obteniendo el diagnóstico de adenocarcinoma de sigma con motivo de acudir a la medicina privada en 29 de octubre de 2009 y ser remitida de urgencia al especialista en digestivo Doctor Z. que en 30-10-09 realizando pruebas clínicas, logrando el diagnóstico referido e ingresando para cirugía programada en la Casa de la Salud donde fue intervenida en 4-11-09 siendo alta en 11-11-09; a la actora en fecha 4-11-09 se le dio fecha en los servicios sanitarios públicos para medicina digestiva para el día 1-12-09, acudiendo la actora a tal cita siendo remitida a los servicios de oncología. B) Como quiera que “el riesgo vital” según la doctrina jurisprudencial antes mencionada no coincide necesariamente con un peligro inminente de muerte sino que la intervención debe ser inmediata y urgente, lo que puede ser incompatible con la inclusión del paciente en la correspondiente lista de espera aunque no necesariamente tenga que ser intervenido ipso facto, entendemos existente en nuestro caso ese riesgo vital, y habiendo intentado la dispensación por el Sistema Nacional de la Salud y no habiendo podido utilizar oportunamente los servicios de ese sistema, de acuerdo con la referida doctrina se ha demostrado la imposibilidad de utilización oportuna del sistema público, por lo que deberemos concluir que no se ha hecho una utilización desviada o abusiva de los medios privados, a los que se acude después de cuatro intentos de petición de asistencia en el sistema público, que finalmente le dio fecha para medicina digestiva en 4 de noviembre de 2009 para el 1 de diciembre de 2009, espacio de tiempo el transcurrido desde 19 de octubre de 2009 que consideramos incompatible con la dolencia de que ya había sido diagnosticada e intervenida en 4 de noviembre de 2009, y ello por mucho que la intervención quirúrgica estuviera en cirugía programada, todo lo cual se corrobora con la remisión ulterior por la medicina pública a sus servicios de oncología.

SEXTO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para dar lugar a la pretensión ejercitada, tal y como se hace constar en el suplico del escrito de interposición del recurso. Sin costas ante el signo revocatorio del fallo y a la asimilación a Entidad Gestora de la Administración Pública demandada (artículo 235.1 LJS y artículo 2º.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña C.G.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Valencia el día 8 de febrero de 2012 en proceso sobre reintegro de gastos médicos seguido a su instancia contra la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana (Conselleria de

Sanidad) y con revocación de la expresada sentencia, debemos declarar como declaramos el derecho de la actora a percibir con cargo a la Administración demandada el importe íntegro del coste total ocasionado por la asistencia médica recibida en centro médico privado, por la demora en la prestación de la asistencia por los servicios públicos en un caso de urgencia vital, como es el de la actora en cuantía total de 11.080,25 euros, condenando a dicha Administración Pública a estar y pasar por tal declaración y a hacerle pago de la aludida cantidad.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.860, de 22 de noviembre de 2012

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Declaración de despido como improcedente por defectos de forma. Cálculo abono indemnización.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia del despido, condenando a la parte demandada a la indemnización correspondiente más los salarios de tramitación, desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

Sala: Estima parcialmente el despido en el sentido de fijar el importe de la indemnización, confirmándose la sentencia sobre el resto de los pronunciamientos, declarando improcedente la extinción de la relación laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De nueve motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandada contra la sentencia del Juzgado que estima la demanda y declara improcedente por defectos de forma el despido por causas objetivas del demandante, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, como se refirió en los antecedentes de hecho.

Los tres primeros motivos se formula al amparo del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), mientras que el resto se introducen por el apartado c del meritado precepto.

SEGUNDO.- La primera de las modificaciones del relato fáctico afecta al hecho probado primero para el que propone la siguiente redacción en la que se destaca en negrita la adición cuya introducción solicita el recurrente: El actor D. R.J.O.P., mayor de edad, cuyos datos personales obran en autos, ha venido prestando sus servicios por cuenta y orden de E.C., S.L., **mediante contrato de trabajo temporal que se convirtió en contrato indefinido a tiempo completo en fecha 29-1-2008, el cual se acogía a la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001**, con la categoría profesional de Entrevistador, antigüedad desde 1.10.2007 y salario de 1.163.19 euros mensuales, incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias".

La redacción instada se apoya en el contrato de fomento a la contratación indefinida suscrito por las partes, obrante a los folios 47 y 48, y la misma ha de ser acogida por desprenderse de la referida documental y ser relevante a efectos de determinar la indemnización por despido objetivo improcedente devengada, en su caso, por el demandante.

La siguiente modificación atañe al hecho probado segundo para el que se postula la redacción que de prosperar sería la siguiente, destacándose en negrita el tenor adicionado:

"Mediante carta de fecha 4-11-2011 el demandado comunicó al actor su despido **alegando causas objetivas** con efectos desde esa misma fecha en los términos que constan en la carta **que se dan por reproducidos**. En la misma se cuantificó la indemnización por despido objetivo en la suma de **3.230.70 euros, cuyo 60% (1.938,42.- euros) fue puesto a disposición del actor mediante orden de transferencia el día 4-11-2011, siendo abonada dicha cantidad en la cuenta del actor en fecha 5-11-2011"**.

La modificación propuesta en cuanto a la referencia a las causas objetivas del despido y a la cuantía del 100% de la indemnización por despido y del 60% de dicha indemnización se sustenta en la carta de despido obrante a los folios 25, 26, 34 y 35 y ha de alcanzar éxito por desprenderse de los documentos en los que se apoya y ofrecer una información más completa acerca de las causas del despido y de la cuantificación de la indemnización; mientras que la referencia de la puesta a disposición de la indemnización por orden de transferencia el día 4-11-2011 y el abono de la cantidad transferida el día 5-11-2011 se apoya en la argumentación deducida por la defensa de la recurrente en relación con las manifestaciones efectuadas en el acto de la vista oral por el letrado de la parte actora y con el documento obrante al folio 39 que es el impreso obtenido de una pantalla de ordenador sobre la indicada transferencia, sin que dicha modificación pueda prosperar por cuanto que no solo resulta inhábil a efectos revisorios las manifestaciones realizadas en el acto del juicio y las argumentaciones deducidas en su apoyo, sino porque el dato sobre la fecha de la orden de transferencia lo obtiene la Magistrada de instancia de los documentos 4 y 5 del ramo de prueba del actor, del que resulta que dicha orden se dio en fecha 5-11-2011 (fecha de la operación), mientras que la fecha en que se ingresó la cantidad transferida es la de 7-11-2001 (fecha valor).

La última modificación solicitada por la defensa de la recurrente consiste en la adición de un nuevo hecho probado, el segundo bis que tendría el siguiente tenor:

"La empresa se encontraba en situación económica negativa ante las pérdidas a día 31-10-2011, de 29.526,55.- euros. El importe de la cifra de negocio a esta fecha es de 475.029,25.- euros siendo el gasto de personal de 139.830,17 euros (lo que supone un 29,44% que sumados a 364.725,63.- euros de total de gastos indirectos, tales como aprovisionamientos, gastos de personal indirecto, otros gastos de explotación, amortización de inmovilizado, y gastos financieros, arroja la cifra de pérdidas de 29.526,55.- euros.

Los resultados a 31-10-2010 eran de beneficios por lo que en el espacio temporal que abarca el año 2011 se produce una reducción significativa de la actividad que lleva a la disminución drástica de los ingresos en 220.588,45 euros respecto del año 2010, lo que supone una reducción de la actividad en un 29,10% que, a día 31-10-2011 era previsible ante la cifra de ventas que ascendía a 475.029,25.- euros. A pesar del esfuerzo que hace la empresa en la reducción de sus gastos, no consigue que esta reducción sea proporcional a la reducción de volumen de facturación, lo que da como resultado previsto debido a la tendencia negativa (dado que se le pone de manifiesto en la carta de despido al actor) que a día 31-12-2011 las pérdidas acumuladas fueran de 69.214,39 euros.

Las dificultades de cobro de proyectos de la administración pública le generan fuertes tensiones de liquidez generando un esfuerzo financiero insostenible.

La empresa por la situación descrita debe adaptar su estructura de costes y de personal a la cifra de negocios actuales para intentar seguir siendo viable y mantener el resto de puestos de trabajo y evitar el cierre.

El gasto social de la empresa, con la amortización del puesto de trabajo del actor se vería reducido en 19.000.- euros anuales, haciendo que los costes fijos de la empresa descienda de forma que se puedan reestructurar precios de los servicios para ser más competitivos. La empresa acompaña medida de reestructuración que implementan un ahorro de 66.000.- euros anuales, tales como la amortización de dos puestos de trabajo más y la reducción de jornada de dos trabajadoras.

Constan aportados por la empresa en su ramo de prueba, como documentos nº6 dictamen pericial, ratificando en juicio, sobre análisis limitado de la cuenta de pérdidas y ganancias a 31-12-2010; 31-10-2011 y 31-12-2011 de la mercantil Eneas, S.L.; cuentas anuales del ejercicio 2.010 como documento nº 7 presentadas en registro mercantil; Impuesto sobre Sociedades de 2010, como documento nº8; Autoliquidaciones de IVA del 1º, 2º, 3º y 4º trimestre de 2011, como documento nº 9; Resumen anual de IVA del año 2011, como documento nº 10 y como documento nº 16 certificado de situación de cotizaciones de la empresa, y que se dan por reproducidos en este acto a efectos probatorios".

El nuevo hecho cuya adición se postula se apoya en el informe pericial obrante a los folios 49 a 59, así como en la hoja de salarios del mes de noviembre de 2011 de la trabajadora D.^a A.S.A. y en el recibo de saldo y finiquito de dicha trabajadora, obrantes a los folios 134 y 135, así como en la carta de despido objetivo del trabajador D. A.L.N.S., en la nómina de noviembre de 2011 de dicho trabajador y en la hoja de finiquito del mismo, obrantes a los folios 136 a 139, así como en la comunicación del expediente de regulación de empleo de la empresa demandada al SPEE obrante a los folios 140 a 147 y en el listado de deudores más significativo de la mercantil demandada elaborado por su Socio-Director Sr. M.D. (folio 170), en el contrato de préstamo suscrito por la mercantil demandada obrante a los folios 171 a 173, en un informe de la contabilidad del Ayuntamiento de Pego elaborado por su Interventor, obrante al folio 174, en un contrato para la realización de trabajos de consultoría suscrito en septiembre de 2010 obrante al folio 175 y en un contrato de préstamo suscrito por la mercantil demandada en diciembre de 2010, obrante a los folios 176 a 179.

La adición postulada no puede prosperar por cuanto que al margen de que recoge valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico y predeterminantes del fallo, se apoya fundamentalmente en el informe pericial en cuya introducción se expone que al no haber sido nombrado el perito que lo suscribe auditor de la mercantil, dicho informe no está encaminado a comprobar y auditar las cifras que aparecen en el mismo, por lo que no se emite ninguna opinión profesional sobre si las mismas presentan la imagen fiel de la sociedad, de modo que la fiabilidad del indicado informe resulta insuficiente a efectos de avalar la revisión fáctica postulada, habiéndose limitado a examinar las cuentas anuales de 2010 y el modelo del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2010, así como dos modelos del impuesto sobre el valor añadido del ejercicio 2011; no existiendo, por consiguiente, un examen mínimamente riguroso de la

contabilidad de la mercantil demandada en el que se sustente el susodicho informe pericial.

TERCERO.- En el cuarto motivo que se formula al amparo del apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia la infracción de los artículos 53.1.a) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores así como de la jurisprudencia contenida en diversas sentencias de Salas de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia por haber apreciado la sentencia del Juzgado una insuficiencia en cuanto a la expresión de las causas en que se fundamenta el despido objetivo del demandante.

Como señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 19 de Septiembre del 2011 (ROJ: STS 6126/2011), Recurso: 4056/2010, haciéndose eco de la doctrina establecida en la STS 30/03/10 [-rcud 1068/09 -], que ha sido reproducida por las de 01/07/10 [-rcud 3439/09 -] y [30/09/10 -rcud 2268/09 -]: «El significado de la palabra "causa" en el contexto de la regulación de las causas del despido objetivo por necesidades de la empresa se refiere normalmente no al tipo genérico de causa de despido (por ejemplo, la reestructuración de la plantilla, el cambio en los productos o en los procesos de producción) o a la causa remota que genera las dificultades o situaciones negativas de la empresa en la que se produce el despido (por ejemplo, la crisis económica o las nuevas tecnologías) sino precisamente, como dice repetidamente el art. 51 ET, a las concretas dificultades o situaciones económicas negativas de la empresa alegadas por el empresario para justificar su decisión extintiva. Son estas dificultades o situaciones económicas negativas las que constituyen, en terminología del art. 51 ET [al que, como ya se ha dicho, remite este aspecto de la regulación el art. 52 c) ET sobre el despido objetivo] las "causas motivadoras" (art. 51.3 ET, art. 51.4 ET art. 51.12 ET) que pueden justificar el acto de despido. Por tanto, no es solamente una causa abstracta la que tiene que expresarse en la carta de despido, sino también la causa concreta y próxima motivadora de la decisión extintiva, que refleja la incidencia en la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota».

En el presente caso del tenor de la carta de despido se constata que la empresa no se limita a realizar una referencia genérica a la pérdida de ingresos derivada de la disminución de servicios prestados a clientes, sino que alude a la disminución drástica de la demanda de proyectos del área de investigación en el año 2011, debido a que la mayor parte de dichos clientes son Administraciones públicas que además tienen problemas de liquidez con la consiguiente dificultad de cobro de los proyectos ya realizados por pedidos de las mismas, todo lo cual se traduce en pérdidas en la cuenta de resultados del año 2011 tanto para el área de investigación como para el conjunto de la empresa y aunque es cierto que no se ofrecen datos económicos concretos, si que se especifica de manera suficiente las causas de la mala situación económica de la empresa demandada y la necesidad de reorganizar la misma para ajustar la plantilla a las exigencias de la demanda de los servicios por ella ofrecidos, todo lo cual permite al trabajador articular la pertinente defensa para rebatir las causas alegadas en su despido objetivo, de modo que al reunir la carta de despido los requisitos de forma exigibles y no haberlo apreciado así la sentencia del Juzgado la misma ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas, ahora bien, esta no es la única razón por la que la sentencia de instancia declara la improcedencia del despido objetivo del demandante ya que la falta de simultaneidad entre la entrega de la carta de despido y la entrega de la indemnización devengada es otra de las razones en que se apoya la declaración de

improcedencia del despido que efectúa la resolución recurrida, lo que enlaza con la censura jurídica expuesta en el motivo siguiente.

CUARTO.- Introducido también por el apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia en el quinto motivo del recurso la infracción por interpretación errónea el art. 53.1.b de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, el art. 1225 del Código Civil, los artículos 326 y 319 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como la doctrina jurisprudencial emanada de la sentencia del Tribunal Supremo de 23-4-2011, rec. 1915/00 así como las sentencias del mismo Tribunal de 17-7-1998, 11-6-1982, 20-11-1982, 29-4-1988 y 2-10-186 (sic), citando asimismo una sentencia de esta Sala de lo Social.

Razona la defensa de la recurrente que conforme a la doctrina jurisprudencial recogida en las merítadas sentencia debió considerarse realizadas de forma simultánea la entrega de la comunicación del despido objetivo y la entrega de la indemnización devengada por dicho despido al haberse realizado la transferencia de la indemnización el mismo día en que se entregó al demandante la carta de despido, aduciendo que es correcto el abono del 60% de la indemnización de acuerdo con la normativa aplicable en la fecha de efectos del despido en la que el Fondo de Garantía Salarial era responsable directo del 40% de dicha indemnización.

El motivo no puede prosperar ya que del inalterado relato fáctico de la sentencia del Juzgado se evidencia que la orden de transferencia del importe de la indemnización se dio por la empresa demandada el día 5-11-2011 y no el día 4-11-2011 que es cuando se entrega al demandante la carta de despido que surte efectos el mismo día, por lo que no cabe apreciar simultaneidad entre la puesta a disposición de la indemnización devengada por el despido del actor y la entrega de la carta de despido al mismo y ello aun admitiendo que la transferencia bancaria ha de ser considerada como medio de pago válido por su equivalencia a dinero en metálico, conforme establece la sentencia de la Sala de lo Social de nuestro Alto Tribunal de 05 de Diciembre del 2011 (ROJ: STS 8969/2011), Recurso: 1667/2011 y es que en el supuesto contemplado en la referida sentencia del TS, la transferencia de la indemnización a favor de la trabajadora se ordenó por la empresa el día anterior a la extinción del contrato, por lo que efectivamente, es razonable que se recibiera muy pocos días después -si no se había ya recibido-, con lo cual se entendió cumplido el requisito de forma cuestionado, pero en el presente caso la orden de transferencia se realizó un día después de la extinción del contrato de trabajo del demandante, por lo que la propia empresa demandada dilató más allá del tiempo de ejecución de la orden transferencia la puesta a disposición de la indemnización devengada por el despido objetivo, por lo que incumplió el requisito de forma controvertido y al ser ésta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia no cabe apreciar las infracciones jurídicas denunciadas, lo que determina como ya se adelantó la desestimación del motivo ahora examinado.

QUINTO.- En el sexto motivo que se formula también por el apartado c del art. 193 de la LJS se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 218 .1 LEC en relación con el art. 24 de la Constitución al haber incurrido la misma en incongruencia por cuanto que declara la improcedencia del despido del actor por incumplimiento de los requisitos de forma cuando en la demanda tan solo se alegaba la disconformidad del trabajador con los hechos alegados en la comunicación de su despido objetivo.

Al margen de que los artículos cuya infracción denuncia la defensa de la recurrente en este motivo no son preceptos sustantivos como exige el apartado del precepto en el que se ampara el motivo ahora examinado, no cabe apreciar la incongruencia extra petita que se imputa a la sentencia del Juzgado por cuanto que la misma se limita a pronunciarse sobre la calificación jurídica del despido objetivo del demandante cuya impugnación es el objeto de la demanda origen de la presente litis y para dicha calificación ha de apreciar necesariamente si el indicado despido reúne los requisitos de forma que exige la ley, sin que esté vinculado además por las calificaciones que hayan podido realizar las partes, conforme se desprende de una añeja doctrina jurisprudencial recogida, entre otras, en la STS de 28 de Junio del 1988 (ROJ: STS 5007/1988).

SEXTO.- En el séptimo motivo introducido igualmente por el cauce del apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia la infracción de la Disposición Adicional primera, cuarto punto de la Ley 12/2001 y el art. 10 de la Ley 43/2006 de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo. Razona la defensa de la recurrente que al estar contratado el demandante mediante un contrato de trabajo indefinido a tiempo completo, sujeto a medidas de fomento del empleo, la indemnización por despido objetivo improcedente debe calcularse a razón de 33 días de salario por año y no de 45 días como hace la sentencia de instancia, por lo que la indemnización ascendería a 5.331,29 euros en función de la antigüedad de 1-10-2007 y de su salario diario a efectos indemnizatorios que es de 38,77 euros.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto que conforme se desprende del relato fáctico de la sentencia impugnada con las modificaciones acogidas, el contrato de trabajo del actor que era de carácter temporal se convirtió en indefinido a tiempo completo en fecha 29-1-2008, acogiéndose a la Disposición Adicional Primera de la Ley 12/2001, por lo que al declararse improcedente el despido objetivo del trabajador accionante el importe de la indemnización devengada se ha de calcular a razón de 33 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos inferiores al año, habida cuenta que en ningún momento se ha alegado el carácter fraudulento del inicial contrato de trabajo del actor.

SÉPTIMO.- En el octavo motivo del recurso fundamentado en el apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia la infracción del art. 56.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores por haber condenado la sentencia de instancia al abono de los salarios de tramitación cuando a partir de la vigencia del Real Decreto Ley 3/2012 dichos salarios solo se devengan en el caso de que la empresa opte por la readmisión del trabajador. Para desestimar esta censura basta decir que las consecuencias de la improcedencia del despido se rigen por la normativa vigente al momento en que se produce dicho despido, de acuerdo con el criterio “tempus regit factum”, establecido en la Disposición Transitoria Primera del Código Civil y habida cuenta de que el referido Real Decreto Ley no establece ninguna disposición transitoria al respecto. Luego si el despido del demandante es anterior a la fecha de entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, las consecuencias de la declaración de improcedencia del mismo son las establecidas en el art. 56.1 b) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en su redacción anterior al indicado Real Decreto Ley y, por consiguiente, la condena a los salarios de tramitación que efectúa la sentencia de instancia es conforme a la normativa aplicable.

OCTAVO.- En el último motivo del recurso destinado también a la censura jurídica y por consiguiente introducido por el cauce del apartado c del art. 193 de la LJS se imputa a la sentencia del Juzgado la infracción del art. 52 c de la Ley del Estatuto de los Trabajadores así como las sentencias del Tribunal Supremo de 21-7-2003 que sigue criterios de sentencias del mismo Tribunal de 13-2-2002 y 19-3-2003, así como la sentencia del referido Tribunal de 14-12-2009 rec. 728/09.

En este motivo se defiende la procedencia del despido objetivo del demandante al concurrir las causas económicas y organizativas que se aducen en la comunicación de aquél, por lo que para entrar en el examen de este motivo se tendría que haber estimado el quinto motivo del recurso en el que se combate la declaración de improcedencia del despido por defectos de forma, en concreto por no haberse cumplido el requisito establecido en el art. 53.1 b de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y como quiera que dicho motivo no ha alcanzado éxito carece de objeto entrar a examinar las infracciones jurídicas denunciadas en el último motivo, lo que por lo demás tampoco se podría llevar a cabo dada la insuficiencia del relato fáctico de la sentencia de instancia, insuficiencia que no obstante no determina su nulidad al devenir inviable el conocimiento de las causas en que se fundamenta el despido objetivo del actor por ajustarse a derecho la declaración de improcedencia del mismo por defectos formales.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LJS, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la diferencia de consignación que resulta entre la indemnización a que condena la sentencia del Juzgado y la indemnización a que condena la presente resolución. Se acuerda asimismo la devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa E.C. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Tres de los de Alicante y su provincia, de fecha 3 de mayo de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de D. R.J.O.P.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de fijar en 5.331,29 euros el importe de la indemnización a cuyo abono se condena a la empresa demandada, manteniendo el resto de pronunciamientos de la resolución recurrida.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la diferencia de consignación que resulta entre la indemnización a que condena la sentencia del Juzgado y la indemnización a que condena la presente resolución.

Se acuerda asimismo la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 2.930, de 28 de noviembre de 2012

Materia: Reclamación de derecho y cantidad. Trabajador vigilante de seguridad. Abono horas extraordinarias realizadas. Cálculo valor horas extraordinarias laborales y festivas. Cómputo de los pluses.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la parte demandada a pagar a la actora determinada cantidad. Se tiene a la parte actora por desistida de su demanda frente a la empresa codemandada.

Sala: Estima en parte el recurso, condenando a la demandada a abonar al demandante la diferencia entre las horas extras realizadas en el período reclamado y las que le correspondería percibir, calculadas en la forma establecida en la presente resolución en cuanto al no cómputo de los pluses de transporte y vestuario y el cómputo de los complementos de peligrosidad variable, nocturnidad y festivos, cuando se demuestre que las horas extraordinarias se hubieran realizado en las condiciones precisas para las mismas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia que estimando parcialmente la demanda del trabajador en materia de reconocimiento de derecho y cantidad referida a las diferencias económicas en el pago de las horas extraordinarias, interponen sendos recursos la representación letrada de la parte actora y de la parte demandada, siendo ambos debidamente impugnados de contrario. En el examen de los recursos presentados se iniciará por el recurso de la mercantil, si bien en la resolución del primero de los motivos se procederá al análisis y solución conjunta del recurso planteado por el actor.

2.- Principiando por el análisis del recurso de la mercantil, el mismo se estructura en dos motivos, ambos con correcto amparo procesal. En el primero se denuncia la interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial expresada en la STS de 21 de febrero de 2007, en relación en relación con los artículos 35 del ET y 66 y 72 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad Privada para los años 2005-2008. Como cuestión previa, no puede dejarse de señalarse que el motivo adolece de una deficiente técnica procesal, puesto que más que razonar la pertinencia del motivo en relación con la concreta sentencia que se recurre, en línea con lo exigido en el art. 194.2 LPL, se realiza una exposición genérica, y por ello, innecesaria, sobre los conceptos que deben integrar el cálculo de la hora extraordinaria, coronando dicha exposición con una suerte de “corta y pega” de extractos de sentencias, muchos de ellos, de juzgado de social y de suplicación, que como es bien sabido, no integran el concepto de jurisprudencia establecido en el art. 1 C.c..

3.- Sin perjuicio de lo anterior, y entrando en el fondo del motivo, se discute la cuestión del importe de las horas extraordinarias y si corresponde la carga de la prueba

de la realización bajo determinadas circunstancias, como el carácter festivo o nocturno, de las horas extraordinarias realizadas al trabajador. En el recurso se señala que en el importe de la hora ordinaria sólo se computarán conceptos o complementos salariales, por lo que no deberían incluirse los pluses de vestuario (ya excluido por el juzgador “a quo” en el cálculo de la hora extra) y transporte, por tener carácter extrasalarial según el art. 72 del Convenio, aunque se abonasen de forma fija todos los meses, citando entre otras STS de 15-3-99 y STS de 16-4-10, que determinaron el carácter extrasalarial del plus de distancia y transporte y el de mantenimiento del vestuario del convenio estatal de empresas de seguridad. Además, argumenta la parte recurrente que para fijar el valor de la hora ordinaria, se ha de tener en cuenta sólo la llamada peligrosidad fija, pero no la peligrosidad de carácter funcional que alude a los vigilantes cuando realicen el servicio portando un arma de fuego reglamentaria.

3.- Comenzando por dirimir la controversia de la naturaleza salarial o extrasalarial del plus de transporte y vestuario, la juzgadora “a quo” incluyó el plus de transporte considerándolo salarial, mientras que excluyó el plus de mantenimiento de vestuario. En este punto, debe procederse al análisis conjunto del recurso planteado por la parte demandada y el recurso planteado por la parte actora. El recurso de la parte actora se articula con un único motivo sobre la base del art. 193.c) de la LJS, aunque dada la fecha de la sentencia aún no estaba en vigor la citada norma, por lo que debió plantearse por el art. 191.c) de la LPL. Prescindiendo de este defecto formal, y abordando el fondo de la cuestión planteada, en el recurso se denuncia la infracción de los arts. 35.1 y 26 del ET, por entender que el plus de vestuario también tendría naturaleza salarial, razonando que se abonaría con independencia de la efectiva asistencia al trabajo, e incluso en vacaciones y en las pagas extraordinarias, lo que evidenciaría que no estaría compensando gastos.

4.- Para la resolución de esta cuestión debe partirse de que los pluses de transporte y de vestuario, en la estructura salarial regulada en el art. 66 del Convenio Colectivo Estatal son catalogados, en el apartado 5, como indemnizaciones o suplidos. Su régimen específico en el art. 72 del Convenio confirma para ambos la finalidad compensatoria de gastos, no alterada por la previsión de que su cuantía anual sea redistribuida en quince pagas. Tienen, por tanto, naturaleza extrasalarial al constituir percepciones incluidas en el art. 26.2 del Estatuto de los Trabajadores y así lo declaró el Alto Tribunal en la STS de 15 de marzo de 1999, Rec. 2175/1998, en proceso de conflicto colectivo que justamente examinó la regulación de esos pluses en el Convenio Colectivo Estatal de empresas de seguridad suscrito en 1994. Deben, por consiguiente, excluirse para determinar el valor de la hora ordinaria de trabajo por lo que procede estimar en este punto el recurso de la parte demandada y, por la misma razón, desestimar el recurso de la parte actora.

5.- Por otra parte, la cuestión de los complementos de peligrosidad variable, nocturnidad y festivos ya ha sido resuelta por esta Sala por múltiples sentencias siguiendo el criterio jurisprudencial determinado en las SSTS de 7 de febrero y 1 y 13 de marzo, 3 de julio de 2012 (recud. 2395/11, 1881/12, 1401/2011 y 3484/2011, respectivamente), estableciendo que sólo deben computar estos pluses cuando efectivamente se demuestre o acredite que las horas extraordinarias cuya parte de la cuantía se reclama se hubieran realizado en las condiciones precisas para acceder a tal pago más elevado en atención a las especiales condiciones de prestación de la actividad, correspondiendo la carga de la prueba de tales circunstancias a la parte actora (SSTSJ de

la Comunidad Valenciana de 7-6-2012, Rec. 3274/11, de 3-7-2012, Rec. 39/2012 y 3417/2011). La aplicación de esta doctrina al caso, implica la estimación parcial del primer motivo de recurso de la mercantil en cuanto al no cómputo de los pluses de transporte y vestuario, y el cómputo de los complementos de peligrosidad variable, nocturnidad y festivos, cuando efectivamente se demuestre que las horas extraordinarias se hubieran realizado en las condiciones precisas para las mismas.

SEGUNDO.- 1.- El segundo motivo de recurso denuncia la interpretación errónea de la jurisprudencia establecida por la STS de 21 de febrero de 2007, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, rec. 33/06, en relación con los artículos 35 del Estatuto de los Trabajadores y 66 y 72 del Convenio colectivo de Seguridad Privada para los años 2005-2008. Aduce la parte recurrente que corresponde al actor la carga de probar qué pluses debió percibir en cada hora realizada, sin que pueda pretender que se le abonen la totalidad de las horas extraordinarias como festivas o en horario nocturno.

2.- Esta misma cuestión referida a la acreditación de las horas reclamadas también ha sido resuelta, siguiendo el criterio de la STS de 1 de marzo de 2012, donde se señala que: "De acuerdo con lo dicho hasta ahora, el actor para poder obtener la diferencia que reclama por el pago de las horas extraordinarias debió acreditar que las que reclama las trabajó de noche, utilizando radioscopia portuaria, en día festivo y en Baleares, y sólo entonces podría aceptarse su pretensión. Siendo ésta la tesis que, para otro supuesto semejante, ha aplicado la Sala en su reciente STS de 19-10-2011 (RJ 2012, 527) (rec.- 33/2011). Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque los actores no tienen derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa les ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso interpuesto contra la sentencia recurrida, se condene a la demandada a abonar a los actores la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución. Para la efectividad de este acuerdo procederá que en el Juzgado de origen se mantenga la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado".

3.- Esta misma ha de ser la solución a adoptar en la presente situación, razón por la cual, y, en relación con el pago del complemento de festividad, nocturnidad y peligrosidad variable procede señalar lo siguiente: Primero, que éstos deben abonarse por parte de la empresa ahora recurrente cuando las horas extras realizadas lo hubieren sido en tales circunstancias, no con independencia de cuales sean las condiciones de prestación de las horas. Y, en segundo lugar, que no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo por este concepto, se condena a la empresa a abonar al actor la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución. En estos términos se estimará el recurso de la empresa.

4.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 201 LPL, dada la estimación parcial del recurso presentado por la empresa, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir y de las cantidades consignadas hasta el límite de la responsabilidad que se declara en la sentencia. Asimismo, no procede la imposición de costas (art. 233 LPL).

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la mercantil P.C.S., S.A.; y desestimamos el recurso interpuesto por M.G.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de los de Valencia de 18 de noviembre de 2011. En consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación parcial de la demanda, condenamos a la empresa demandada a abonar al demandante la diferencia entre las horas extras realizadas en el período reclamado y las que le correspondería percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución, en cuanto al no cómputo de los pluses de transporte y vestuario, y el cómputo de los complementos de peligrosidad variable, nocturnidad y festivos, cuando efectivamente se demuestre que las horas extraordinarias se hubieran realizado en las condiciones precisas para las mismas.

Se decreta la devolución del depósito que hubo de constituirse como requisito de procedibilidad del recurso y la devolución de la consignación hasta el límite de la responsabilidad que se declara en la sentencia.

Sentencia núm. 3.086, de 12 de diciembre de 2012

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como ayudante de gabinete en clínicas odontológicas. Extinción de la relación laboral por causas de organización departamental: aplicación de los arts. 54 y 55 ET. Cese de la trabajadora. Firma del finiquito. Carácter extintivo del finiquito.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de los impedimentos formulados en su contra. No procede la declaración de despido.

Sala: Estima el recurso revocando la resolución recurrida y anula la misma a fin de la que la Sala se pronuncie sobre la acción de despido entablada por la demandante. La indemnización por cese no ha de implicar que tácitamente se renuncie a la acción de despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de S.M.N. la sentencia que dictó el día 27-7-2.012 el Juzgado de lo social número 1 de los de Castellón desestimando la demanda de despido por ella entablada frente a las empresas, D.C. S.L, D.Cb. S.L Y V.N.D. S.L por otorgar plena eficacia extintiva al finiquito por ella suscrito. El recurso, que se ha impugnado por la empresa se encuentra articulado en único motivo que se destina a la censura jurídica.

2. No impugnándose la resultancia fáctica de la resolución recurrida, se ha de señalar que la sentencia de instancia, como decíamos, otorgó plena eficacia extintiva al finiquito suscrito por la actora, sobre la base de los siguientes hechos: a) la actora ha prestado servicios como ayudante de gabinete de las siguientes por cuenta y orden de las siguientes empresas, todas ellas dedicadas a la actividad de clínica dental, siendo todas franquiciadas de V.: del 1-12-2.007 al 29-2-2.008 por cuenta y orden de D.C. S.L; del 10-4-2.007 al 30-3-2.010 por cuenta y orden de D.C.b S.L; desde 1-10-2.010 al 18-1-2.011 otra vez para D.C. S.L, y desde el 19-1-2.011 al 11-4-2.012 para V.N.D. S.L, empresas estas que comparten un mismo administrador, teniendo en común, bienes, derechos y obligaciones; b) el día 11 de abril de 2.012 la última de las empresas para la que prestó servicios la actora procedió a despedir a la actora alegando como causa del cese en la reestructuración del departamento de auxiliares de clínica, fundando el mismo en causas de organización del referido departamento y fundamentando el despido en los artículos 54 y 55 del E.T, poniendo a disposición de la trabajadora el finiquito y la indemnización correspondiente, quien suscribió un documento de liquidación y finiquito en el que se recogían las siguientes cantidades: salario base (157,10 euros), paga extra (26,28 euros), enfermedad (119,15 euros), plus de locomoción (21,30 euros), vacaciones (249, 43 euros), indemnización (1.615, 65 euros), total bruto 2190, 51 euros, neto: 2.152, 91 euros y en el que se hacía la siguiente declaración: *“El suscrito trabajador cesa en la prestación de sus servicios por cuenta de la empresa y recibe en este acto la liquidación de sus partes proporcionales en la cuantía y detalle que se expresan al pie, con cuyo percibo reconoce hallarse saldado y finiquitado por todos los*

conceptos con la referida empresa, por lo que se compromete a nada más pedir ni reclamar”.

3. En el único motivo de su recurso que subdivide el actor en cinco puntos, se viene a denunciar indebida aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en la citada en la sentencia de instancia, STS de 26-2-2.008 acerca del valor liberatorio del finiquito, de los arts. 56.1, 3.5 E.T, así como de la doctrina contenida en las Ss. TS de 11-11-2.010, de 13-5-2.010, y de la propia doctrina de esta Sala expresada en la Sentencia de 21-6-2.011, y al privar de fuerza liberatoria el finiquito considera que por aplicación de los arts. 26.2 E.T, le corresponde a la actora una indemnización de 5.415,61 euros, correspondiente a una antigüedad igual a la de su inicial contratación por una empresa del grupo.

4. La resolución del motivo pasa por recordar con la STS de 21-7-2.009 (rcud 1067/08) que la doctrina de la Sala IV del TS “afirma que por regla general, debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan (próximas en el tiempo, SSTS 18/11/04 -rcud 6438/03-; y 26/06/07 -rcud 3314/06 -). Y que es posible que el documento no exteriorice, inequívocamente, una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes, o que su objeto no esté suficientemente precisado, como exige el art. 1815.1 del CC. 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. 1289 de que no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados (con cita de resoluciones anteriores, SSTS SG 28/02/00 -rcud 4977/98-; 26/11/01 -rcud 4625/00-; 18/11/04 -rcud 6438/03-; y 26/06/07 -rcud 3314/06 -).”. A ello debemos añadir que la doctrina jurisprudencial ha puesto de manifiesto igualmente - por todas baste la cita de las SS de 18-11-2004, 25-1-2005 o 21-6-2009-, que todo finiquito, entendiendo por tal el pacto alcanzado para extinguir y saldar una relación laboral, participa de la naturaleza jurídica del contrato de transacción y su eficacia extintiva y liberatoria, está sometida a la concurrencia de los elementos necesarios con carácter general para la validez de los contratos (consentimiento, objeto y causa) y los propios del contrato de transacción establecidos en los arts. 1809 y ss, correspondiendo a los órganos judiciales el control de la validez de los mismos.

5. Pues bien, partiendo de lo expuesto, y ciñendonos a una interpretación literal del pacto suscrito resulta que, aparte de la mera constatación del cese en la prestación de servicios por parte de la actora, nada se expresa sobre la voluntariedad o involuntariedad del mismo, ni sobre la conformidad de la trabajadora con el mismo, no constando, por otro lado, una renuncia a impugnar el cese en la prestación de servicios, sino simplemente a no pedir ni reclamar por los conceptos que se detallan, ni más, ni menos. Por otro lado, debemos recalcar que el hecho de que se haga referencia a una supuesta indemnización por cese no ha de implicar que tácitamente se renuncie a la acción de despido, pues la supuesta oscuridad de la cláusula al final del documento en modo alguno puede beneficiar a su redactor (art. 1.289 Cc), en este caso la empresa, debiendo, así mismo, aplicarse al examen del pacto suscrito el principio general de la

exégesis contractual que señala que no se deben tener por incluidos ni casos, ni cosas diferentes respecto de las cuales las partes se propusieron contratar (art. 1.283 Cc), principio este cuya aplicación específica a la transacción se plasma en el citado por la doctrina expuesta art. 1815, párrafo 1º del Código Civil.

6. Todo lo cual debe llevar a la estimación del motivo en este particular, sin que, proceda efectuar pronunciamiento alguno sobre la calificación del cese, las consecuencias de esta calificación o las entidades que deban asumirlas, por ser cuestiones que no fueron tratadas en la instancia, siendo el Juzgado de lo Social el órgano con competencia funcional para pronunciarse sobre la mismas.

SEGUNDO.- Corolario de lo razonado será la estimación del recurso, con la consiguiente revocación de la resolución recurrida, declarando la nulidad de la misma a fin de que el órgano a quo, partiendo del carácter no extintivo del finiquito suscrito, se pronuncie sobre la acción despido entablada por la actora con absoluta libertad de criterio. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por S.M.N. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de CASTELLÓN de fecha 27-7-2.012 en sus autos núm. 546/12, **PROCEDEMOS a REVOCAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA, ANULANDO LA MISMA A FIN DE QUE EL JUZGADO A QUO DICTE NUEVA SENTENCIA Y PARTIENDO DE LO AQUÍ RESUELTO** se pronuncie sobre la acción despido entablada por la actora con absoluta libertad de criterio. Sin costas.

Sentencia núm. 3.103, de 13 de diciembre de 2012

Materia: Despido. La actora presta sus servicios en entidad de carácter social con contrato temporal a tiempo parcial del 80%. Se le comunica a la actora el cese de su actividad a partir de determinada fecha por finalización de los trabajos por los cuales fue contratada. Solicitud declaración de despido. Aplicación del convenio colectivo de entidades de carácter social. Validez de la contratación temporal.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara que la relación laboral que une a la trabajadora con la demandada es de carácter indefinido y que la finalización del proyecto sería causa objetiva de extinción, pero no causa temporal. Declara improcedente la extinción de la relación laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. El presente recurso se interpone contra la sentencia de instancia que desestimando la demanda de despido de la actora absolvía a la demandada de las peticiones efectuadas en su contra. La recurrente estructura su recurso en dos pretensiones diferenciadas. En primer lugar y al amparo de lo dispuesto en el apartado c del artículo 193 de la LRJS, denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 49.1 k del ET por inaplicación del mismo en relación al artículo 15.1 a) del ET reiterando la recurrente la alegación de irregularidad formal de la contratación temporal e insistiendo que tal cuestión no supone una variación sustancial de la demanda, solicitando en consecuencia la revocación de la sentencia.

2. De forma subsidiaria a la anterior pretensión plantea dos nuevos motivos que fundamenta en los apartados b y c del artículo 193 de la LRJS. En el primero solicita la revisión del hecho primero para que en virtud de lo dispuesto en el folio 1 de su ramo de prueba y en el folio 2 del ramo de prueba de la demandada se complete el citado hecho incorporando a su actual redacción, que de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula octava del contrato de trabajo le era de aplicación el convenio colectivo de entidades de carácter social. Y en el segundo denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 10 del citado convenio.

SEGUNDO.- Procedemos en primer lugar a resolver la pretensión de revocación basada en la denuncia de infracción por parte de la resolución recurrida de lo dispuesto en los artículos 49.1 k y 15 del ET. Pretensión que debemos desestimar. En primer lugar porque la trabajadora plantea en suplicación un debate del que no se ha conocido en la instancia, como es la validez formal de la contratación temporal, pretensión que el juzgador considera una modificación sustancial de la demanda, afirmación esta última de la que discrepa la recurrente, pero que no infringe las normas sustantivas citadas. Y en segundo lugar porque de los hechos declarados probados que

resultan inalterados y vinculantes para esta sala no se desprenden datos objetivos que permitan atacar la validez formal de la contratación efectuada.

TERCERO.-Desestimado el primer de los motivos de suplicación, procede pues analizar la pretensión subsidiaria en su doble motivación. Como hemos adelantado se solita la revisión del hecho probado primero para incorporar el contenido de la cláusula octava del contrato que hace referencia al convenio colectivo aplicable. Procede incorporar el contenido literal de la citada cláusula contenida en los documentos obrantes en los folios 1 y 2 de los respectivos ramos de prueba de la parte actora y la demandada, que se da por reproducida a efectos de la presente.

CUARTO.-Se denuncia por último la infracción del artículo 10 del Convenio Colectivo de entidades de carácter social de la Comunidad Valenciana. Dicho precepto establece que *“Los trabajadores y las trabajadoras afectados por el presente Convenio podrán ser contratados a tenor de cualquiera de las modalidades legales establecidas en cada momento. Todo contrato se formalizará por escrito y siguiendo las disposiciones legales vigentes. Los trabajadores contratados por la entidad sin pactar modalidad especial alguna en cuanto a su duración, se considerarán fijos, trascurrido el período de prueba, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal del mismo.No se aplicará ninguna otra modalidad de contrato, salvo el indefinido, al personal afectado por este convenio que está adscrito al desarrollo de programas y/o proyectos públicos”*.

Entiende la parte que le es aplicable el precepto convencional y que en consecuencia siendo el objeto de su contrato la gestión de un programa público encargado por el Ayuntamiento de P. “Atender y gestionar la oficina de Voluntariado, F.P., en el centro polivalente M.H.”, el contrato temporal no fue válido, siendo la única modalidad admitida la del contrato indefinido.

Frente a este argumento la sentencia de instancia sostiene la inaplicación del precepto por aplicación de la ST de esta Sala dictada el 2 de abril de 2009 en el proceso 3/2008 en la que se declaró la Nulidad del citado convenio como convenio estatutario.

Sin embargo, tal como sostiene la parte recurrente la declaración de nulidad únicamente afectó al convenio en sus efectos generales y normativos, en la medida que no revistiendo los requisitos previstos para ello en el Estatuto de los Trabajadores, no podía atribuírsele eficacia “erga omnes”, lo que no impide que despliegue sus efectos vinculantes entre las partes contratantes si como sucede en el presente caso se pacta expresamente en el contrato de trabajo. (Artículo 3 del ET y 1255 del CC). Por lo tanto, en la medida que la actividad de la actora estaba vinculada al desarrollo y gestión de un proyecto público finalizado, el contrato celebrado por las partes no podía ser más que de carácter indefinido, siendo la finalización del proyecto causa objetiva de extinción, pero no causa temporal tal y como pretendió la demandada.

Procede por lo tanto estimar este último motivo y revocar la sentencia de instancia declarando la improcedencia del despido efectuado el 27/01/2012 con las consecuencias legales inherentes a dicho despido.

CUARTO.- sin costas.

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto por la representación legal de M.G.F contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de VALENCIA y su provincia, de fecha 2/07/2012 y, revocamos la sentencia recurrida y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido y condenamos a la empresa demandada ASOCIACIÓN A.C.L.C. a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, readmita a la trabajadora en las mismas condiciones laborales anteriores o la indemnice en la cantidad de 3.914,14 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 33,67 euros.

Sin costas.

Sentencia núm. 12, de 8 de enero de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado en el RGSS que ostenta la categoría profesional de albañil. El actor solicitó al INSS prestación por IP parcial por accidente no laboral. Se inicia expediente administrativo de declaración de incapacidad permanente. Resolución denegatoria al no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente para ser constitutivas de una incapacidad permanente. El actor formula demanda solicitando prestación por invalidez permanente parcial.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le obligan a soportar un incremento de la penosidad en el desarrollo de su profesión habitual, mermando su rendimiento en un porcentaje superior al 33%. Se le reconoce la incapacidad solicitada, con derecho a indemnización.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Trae su causa el recurso de la solicitud de declaración de Invalidez Permanente Parcial (IPP) que es desestimada en la sentencia de instancia por entender que los padecimientos del trabajador (de profesión albañil) no se traducen en una limitación de su rendimiento de la intensidad necesaria para ello. Frente a esta resolución interpone el trabajador recurso de suplicación articulado en dos motivos, uno de revisión fáctica y otro de censura jurídica, formulados ambos con adecuado encaje procesal.

SEGUNDO: El primero de los motivos del recurso, correctamente amparado en el artículo 193.b LRJS, tiene por objeto la revisión del hecho probado octavo en el que se describe el cuadro clínico del trabajador (enfermedades, secuelas y limitaciones) sustituyendo su redacción original por la redacción alternativa que propone y que, al constar en el escrito de formalización del recurso, damos por reproducida. El fracaso de la revisión pretendida es inevitable desde el momento en que el recurrente la sustenta en “*toda la documentación médica obrante en autos*” sin indicar el concreto documento hábil o pericia de los que tal modificación pueda deducirse.

TERCERO: Con amparo en el artículo 193.c LRJS, se denuncia en el segundo motivo del recurso la infracción del art. 137 y siguientes (sic) LGSS, argumentando, en esencia, que “*la profesión de albañil requiere una frecuente y habitual movilidad de la columna, así como bipedestación prolongada, carga de pesos, por lo que las molestias que el actor presenta hacen que la mayor penosidad a la que se ve sometido en el desempeño de su profesión de albañil... se traduce en una disminución de su rendimiento no inferior al 33% respecto del que es normal en dicha profesión*”. La cuestión controvertida radica, pues, en determinar si el análisis valorativo de la

sentencia de instancia resulta o no ajustado a derecho.

Para resolver si el demandante sufre una limitación en su capacidad de trabajo de intensidad suficiente para fundamentar la declaración de la IPP se habrá de estar al relato fáctico de la sentencia de instancia y a los datos contenidos en su fundamentación jurídica, de los que interesa ahora destacar que el demandante sufre artrodesis tibio astragalina izquierda, secuelas de fractura distal de tibia izquierda en 1999 y 2007, artrosis subastragalina, y protusiones discales L4-L5 y L5-S1; que originan como limitaciones artrodesis tibio astragalina tobillo izquierdo con dolor a la marcha prolongada por hinchazón, lumbalgia mecánica; en TAC lumbar: y difusas lisis sin desplazamiento apófisis inferior derecha de L5.

Puestas en relación con su profesión habitual de albañil, en la que la actividad de las extremidades inferiores es intensa porque la deambulación y la bipedestación son constantes, se ha de concluir que el dolor que sufre el trabajador en el pie izquierdo y la limitación que padece en situaciones de marcha prolongada, le obligan a soportar un incremento de la penosidad en el desarrollo de su profesión habitual que redundan negativamente en su rendimiento, mermándolo en un porcentaje superior al 33% del que es normal. Por todo ello, procede la estimación del recurso, lo que conlleva la revocación de la sentencia impugnada a fin de estimar la demanda, y declarar al actor en situación de incapacidad permanente parcial, derivada de accidente no laboral, lo que determina su derecho a percibir una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora que hubiera servido para el abono de la incapacidad temporal, según establece el art. 9 del Decreto 1646/1972, que asciende a la cuantía incontrovertida de **1.316,92 euros** -que consta en la sentencia de instancia-.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A.E.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Alicante, de fecha 16.02.2012 y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente parcial, con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado de **31.606,08 Euros**, condenando al Instituto demandado a estar y pasar por tal declaración y a que abone al actor la indicada indemnización.

Sentencia núm. 23, de 8 de enero de 2013

Materia: Despido. Trabajador que presta servicios para una Fundación y que cesa voluntariamente en su puesto de trabajo. Posteriormente, es contratado en otra Fundación hasta que se extingue su relación laboral declarándose y reconociéndose un despido improcedente. El actor solicita reconocimiento de sucesión relación de trabajo dependiente y cesión ilegal.

Juzgado: Desestima la excepción de falta de reclamación previa y desestima la demanda, confirmando la improcedencia el despido del trabajador con la última empleadora, teniendo por extinguido el contrato de trabajo entre las partes, condenando a la empresa al pago de la cantidad restante derivada del despido, sin que haya lugar al pago de salarios de trámite.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Estamos ante una sucesión de relaciones de trabajo independientes la una de la otra, sin que conste interposición del contrato de trabajo ni reconocimiento de antigüedad superior coincidente con el primer contrato suscrito.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la Letrada de don X.J. la sentencia de instancia que desestimó de forma prácticamente íntegra su demanda, por entender que la improcedencia de su despido ya se había reconocido por la última empleadora para la que prestó servicios, la Fundación de la Comunidad Valenciana Universidad Internacional de Valencia (VIU), a la que se condenó a abonar la cantidad de 53,63 euros en concepto de diferencia entre la indemnización consignada en su día en el Decanato de los Juzgados de 3.844,42 euros y la que debió satisfacer que se calcula en la cantidad de 3.898,05 euros.

2. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que se declare la nulidad de la sentencia que apreció la falta de reclamación previa frente al Protectorado de Fundaciones de la Comunidad Valenciana.

3. En relación con la exigencia de reclamación previa debemos recordar que el Tribunal Constitucional se ha decantado por una aplicación flexible de este requisito procesal y ha optado por el criterio de favorecer la subsanabilidad del mismo a lo largo del proceso para evitar la ausencia de un pronunciamiento judicial sobre el fondo del asunto, es decir, acerca de la procedencia o improcedencia de la pretensión ejercitada ante los órganos jurisdiccionales (por todas, STC 108/2000, de 5 de mayo, FJ 4). Esta subsanación se ha considerado tradicionalmente en el ámbito laboral, como un deber legal del órgano judicial (STC 211/2002, de 11 de noviembre, por todas), es decir, como un claro mandato dirigido al Juzgador para advertir de oficio de los defectos en que pueda haber incurrido la demanda y que puedan ser subsanados (art. 81 de la LPL de

1995 y de la vigente LRJS). Este criterio se ha mantenido tanto para la falta de acreditación de la reclamación previa -siempre que la finalidad de ésta se hubiera satisfecho y que la actitud de la parte no hubiera sido incompatible con la petición de subsanación-, como para los casos de ausencia de la misma, admitiendo su subsanación con carácter ex post, es decir, aunque la demanda planteada ante la jurisdicción social no hubiera sido precedida de la reclamación dirigida a la Administración pública demandada, permitiendo rectificar en el plazo de subsanación el requisito procesal incumplido o el acto procesal defectuosamente realizado (SSTC 11/1998, de 2 de febrero; 69/1997, de 8 de abril, FJ 6; y 108/2000, de 5 de mayo, FJ 4).

4. Desde esta perspectiva es cierto que en el presente supuesto el órgano judicial de instancia no debió haber apreciado en su sentencia la falta de reclamación previa sin antes abrir la posibilidad de su subsanación. Pero siendo ello así, también es cierto que la nulidad solo procede si ha ocasionado indefensión en quien la invoca y si este ha expresado su protesta en el momento en que se produjo la infracción (artículo 191.3 d) LRJS). Y en el presente caso no se aprecia esta indefensión, pues el Protectorado de Fundaciones de la Comunidad Valenciana no fue demandado como empleador del actor sino como representante de la Fundación de la Comunidad Valenciana para el Estudio de la Violencia “Centro Reina Sofía”, pues al entender del recurrente es el citado protectorado y no el director de la fundación quien tiene encomendadas sus funciones representativas. Pues bien, aun aceptando esta posición de la parte actora el motivo de nulidad no puede ser acogido, toda vez que la estimación por la sentencia recurrida de la falta de reclamación previa frente al Protectorado de Fundaciones de la Comunidad Valenciana no impidió una resolución sobre la cuestión de fondo objeto de debate, esto es, sobre el derecho del demandante a que se le computen a efectos indemnizatorios los periodos de prestación servicios para las dos fundaciones codemandadas. Pues este derecho es independiente de que la representación legal de una de ellas se atribuya o no al mencionado protectorado.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS la revisión de los hechos probados primero y noveno de la sentencia recurrida, “a la vista de las pruebas documentales y testificales”. Concretamente se solicita que se añada un párrafo al hecho primero para que se diga que durante el contrato suscrito con la VIU el demandante continuó trabajando en el centro de trabajo de la calle casa Clemencia 4, para lo que se invoca la prueba testifical de doña I.E. y doña E.F.. Y por lo que respecta al hecho noveno, se interesa que su suprima el texto en el que se dice que el actor fue elegido entre todos los candidatos, previa la realización de entrevistas, por la Jefa Superior de Unidad de Traducción; pues, a su entender, la sentencia solo se ha basado en documentos de parte.

2. Ninguna de las dos modificaciones puede prosperar, pues de acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial que se apoya en los artículos 191 b) y 193.3 de la LPL de 1995, que se corresponden con los artículos 193 b) y 196.3 de la vigente LRJS, la revisión de los hechos probados solo puede prosperar si se apoya en una concreta prueba documental o pericial –no en la testifical ni en el interrogatorio de parte- de la que resulte de modo inequívoco el error del juzgador de instancia, error que no es identificable con la mera discrepancia en la valoración de la prueba y sin que la Sala pueda realizar una nueva valoración de todo el material probatorio que se aportó en la instancia. Por tanto, ni la prueba testifical que se invoca en el motivo es hábil para

producir la modificación del hecho probado primero, ni la Magistrada de instancia ha valorado erróneamente los documentos que se citan en apoyo de la modificación del hecho noveno.

TERCERO.- 1. En el último motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET). Se argumenta por el recurrente que “es manifiesto en el presente asunto que dicha norma ha sido infringida, el demandante fue contratado por la VIU en fecha 20 de octubre de 2010, sin embargo durante esa contratación prestó sus servicios para la Fundación de la CV para el Estudio de la Violencia, produciéndose una cesión ilegal”; y a continuación, expone su propio relato de los hechos que en lo esencial no coincide con el que se expresa en la sentencia recurrida.

2. Lo primero que debemos señalar es que a efectos de resolver el recurso esta Sala debe partir del relato de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, dado que las dos modificaciones que se han pedido han sido rechazadas. Pues bien, como se ha puesto de relieve por la jurisprudencia -por todas, SSTS de 17-1-2002 (recurso 363/2000) y 3-10-2005 (recurso 3911/2004)- “Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados:

1) Un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial.

2) Un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador.

3) Un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo -cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real- o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes”.

3. La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado nos conduce a la desestimación del motivo, pues del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida lo único que resulta es que el demandante tras prestar servicios para la Fundación de la Comunidad Valenciana para el Estudio de la Violencia desde el mes de septiembre de 1998, solicitó su baja voluntaria en ella con efectos de 19 de octubre de 2010 (hecho probado octavo-, y al día siguiente comenzó a prestar servicios para la Fundación de la Comunidad Valenciana Universidad Internacional de Valencia que, finalmente, le despidió con efectos del 11 de noviembre de 2011. Estamos, por tanto,

ante una sucesión de relaciones de trabajo, independiente una de otra, en la que no consta la interposición del contrato de trabajo que es propia de los supuestos de cesión ilegal, ni tampoco que al iniciar la segunda relación laboral se pactara, como así pudo hacerse, el reconocimiento de una antigüedad superior coincidente con el primer contrato suscrito con la Fundación de la Comunidad Valenciana para el Estudio de la Violencia. Por lo que procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

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

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON X.J.J. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de los de Valencia de fecha 31 de julio de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 27, de 9 de enero de 2013

Materia: Despido. Trabajador vigilante de seguridad al servicio de empresa demandada. Imputación de falta laboral muy grave: faltas de puntualidad, incumplimiento horario, incumplimiento de rutas. El actor ha sido amonestado anteriormente ante las quejas recibidas por los clientes de la empresa. El coche con el que el trabajador presta los servicios de vigilancia va dotado de un sistema GPS para el control de las rutas. Todos los trabajadores de la empresa son conocedores de este sistema.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido del trabajador, declarando convalidada la decisión extintiva disciplinaria del contrato, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, absolviendo a la mercantil demandada de cuantas pretensiones se deducen en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Declara procedente el despido del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.Frente a la resolución de instancia, que desestimó la demanda presentada, se formula recurso de suplicación por la representación técnica 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. 191 b) de la Ley de procedimiento laboral - la revisión del hecho probado primero, quinto y octavo de la sentencia impugnada, proponiéndose en su lugar el texto alternativo que figura en el escrito de recurso.

3. Antes que nada debemos señalar que al haberse dictado la sentencia recaída en la instancia en fecha 17 de abril de 2012, la norma procesal aplicable a la tramitación del indicado recurso de suplicación era ya la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), como se desprende de lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la citada LJS y no la mencionada Ley de Procedimiento Laboral, defecto éste que no puede impedir que se entre a conocer del recurso pues basta entender las referencias al art. 191 de la LPL como realizadas al art. 193 de la LJS, con lo que se subsana el indicado defecto sin causar indefensión alguna a la contraparte por ser el mismo el contenido de los dos preceptos reseñados.

4. En cuanto a la modificación fáctica postulada hay que indicar que las que atañen al hecho probado primero y quinto se encuentran huérfanas de todo soporte probatorio al contener el texto propuesto una mera confección subjetiva de la parte y en contra de la convicción judicial alcanzada en base al total acerbo probatorio señalándose que el hecho que se pretende introducir referido a que el actor no había sido sancionado

con anterioridad choca con el contenido del hecho probado octavo que si relata una precedente amonestación, dándose por reproducido el contenido de aquella comunicación, lo que permitiría a ésta Sala en su caso la comprobación de los hechos reprobados. Junto a ello es preciso indicar que la redacción propuesta pretendiéndose aducir una falta de información al actor sobre la instalación de un equipo de transmisión y control de GPS en el vehículo que conducía quedó delimitado en el relato fáctico de la propia declaración vertida en prueba testifical, como consta al final del hecho probado quinto. En definitiva no concreta la parte recurrente prueba alguna de las exigidas por los artículos 193 b) y 196.3 de la Ley de la Jurisdicción Social señalándose que el error en la apreciación de la prueba requiere de un documento o pericia que no aparezca contradicho por otros medios probatorios.

SEGUNDO.- 1. El siguiente motivo, dedicado al examen de infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, amparado en el art. 191 c) de la LPL denuncia la infracción por violación del art. 217 de la LEC que contiene las reglas sobre la carga de la prueba y concretamente del art. 217.6 de la citada LEC. Se argumenta en el motivo que la instalación del dispositivo de control no fue informado por escrito y la medida adoptada por la empresa es desproporcionada pues solo incumplió el actor cuatro días, teniendo además excusa razonable debido a la anulación de su capacidad de obrar correctamente lo que determina una errónea interpretación y la estimación del motivo.

2. El motivo tampoco podrá ser estimado pues los preceptos alegados por el recurrente son de índole procesal, lo que ya de por si tiene difícil encaje en el motivo articulado por el cauce previsto en el apartado c) del artículo 191 de la LPL - actual art.193 c) de la LJS- , establecido tan solo para el examen del derecho o jurisprudencia sin que en el escrito de recurso se aluda a dichas infracciones. Junto a ello y a tenor del relato histórico que contiene la sentencia si que figura probado y acreditado en autos que la empresa comunicó no solo al actor sino también al resto de empleados la instalación del sistema de transmisión y control GPS instalado en los vehículos de la empresa, según consta en el ordinal quinto de los hechos probados, señalándose que dicha información no debía necesariamente efectuarse por escrito, como aduce la parte recurrente, sino que servía al efecto la comunicación verbal al demandante, sin que por otra parte se constate que el proceso de incapacidad temporal aludido en el hecho probado undécimo y consistente en un “trastorno depresivo no clasificado bajo otros conceptos” fuera de tal entidad que impidiera al actor la “anulación de su capacidad de obrar” no existiendo apoyo alguno que avale dicho estado y correspondiendo a la parte actora la carga de dicha prueba. Indicar para finalizar que el planteamiento en suplicación del error en la valoración de la prueba (cualquiera que sea su concepto), también requiere la indicación y análisis de una norma sobre prueba idónea para determinar tal apreciación, o la infracción de la doctrina constitucional sobre el error patente, valoración arbitraria o irrazonable sin que sirva de sustento al recurso, el mero disenso de la parte recurrente respecto de la motivación relativa a la prueba efectuada en la resolución 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.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. J.J.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Alicante de fecha 17 de abril de 2012, en virtud de demanda formulada contra J.S. SA, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 36, de 9 de enero de 2013

Materia: Reclamación de cantidad: Cálculo valor de las horas extraordinarias: cómputo de los complementos. Trabajador al servicio de empresa de seguridad. Nulidad del art. 42.1 a) del convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad.

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

Sala: Estima el recurso, reconociendo el derecho del trabajador al abono de las horas extraordinarias pero calculadas en la forma establecida en la resolución impugnada, excluyendo el plus de transporte.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la empresa P.C.S. SA la sentencia de instancia que la condenó a abonar al demandante la cantidad de 222,26 euros como diferencia entre el importe de las horas extra realizadas durante el período de 1 de enero del 2005 hasta el 31 de julio del mismo año, que se habían devengado, y el efectivamente satisfecho por la empresa con dicho carácter. La sentencia de instancia, que dice aplicar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 7.2.2012, señala que no cabe computar el complemento de vestuario, pero sí el de transporte al que considera incluido dentro del salario, y que respecto de los complementos por nocturnidad y festivos, solo cabe aplicarlos cuando se han realizado en tal horario, por lo que calcula la diferencia, a través de las pruebas obrante en las actuaciones, en un total de 222,26 euros.

La empresa plantea formalmente dos motivos de recurso, amparados en el apartado c) del art. 193 de la LRJS. En el primero se cita la interpretación errónea de la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero del 2007 en relación con los arts 35 del Estatuto de los Trabajadores y arts 66 y 72 del Convenio Colectivo Estatal de empresas de seguridad privada aplicable en el período 2005 al 2008, así como la sentencia del mismo tribunal de 7 de febrero del 2012, nº 2395/12 que ha dado por zanjada la controversia, que se había generalizado, así como la STS de 1 de marzo del 2012. En un segundo motivo se citan los mismos preceptos como infringidos, añadiendo que la parte actora no ha acreditado que pluses de puesto de trabajo debió percibir en cada hora extraordinaria realizada, siendo la controversia actual sobre quien recae la carga de la prueba de acreditar si en cada una de las horas extras concurrían o no la circunstancia de festividad o nocturnidad. En realidad la única discrepancia con la sentencia de la instancia estriba en el modo de computar la concurrencia o no en cada hora extra de la circunstancia de nocturnidad o festivo. Como tales cuestiones han sido ya objeto de resolución por la doctrina unificada, procede resolver la cuestión atendiendo al criterio preestablecido.

La primera cuestión que menciona la empresa es si efectivamente los pluses de transporte y vestuario integran el marco de la hora extra; y tal cuestión, que se discute

respecto al primero pues la sentencia de instancia parece aceptar su naturaleza salarial, es una cuestión redundante respecto al plus de vestuario porque ya la sentencia de la instancia ha rechazado su naturaleza salarial, aunque la parte recurrente incluye en sus razonamientos la cita de sentencia que han resuelto la cuestión de forma definitiva, y que la propia sentencia de instancia ya ha aplicado. En cuanto a si los pluses de nocturnidad, festivos, radioscopia, peligrosidad y otros deben incluirse en el cómputo del valor de la hora extraordinaria, la sentencia de la instancia ha concluido en el sentido ya indicado por la doctrina unificada y es que tales pluses solo deben computarse cuando sean éstas las condiciones de la prestación de esa hora extra.

Por tanto, el único objeto real del conflicto, aunque el recurso no lo aclare de forma concreta, se centra en el plus de transporte que la sentencia de instancia computa como parte del salario a los efectos del cálculo de las horas extra, así como a quién le corresponde la carga de probar en qué circunstancias fueron realizadas las mentadas horas extras: si a los trabajadores o a la empresa. Acerca de la cuestión debatida, la STS de 1 de marzo de 2012 señala que: “una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas las horas extraordinarias", y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias "en particular. Respecto al extremo relativo a dicha carga de la prueba no consta de qué modo la sentencia de la instancia ha infringido tal forma de cálculo. Y respecto al plus de transporte tal cuestión ha sido ya reiteradamente resuelta desde la STS de 16.4.2010, rec. 70/2009, y la actual de 1 de marzo de 2012, en el sentido de excluirlo del cómputo de las horas extras.

Por tanto y en conclusión, la aplicación de la doctrina expuesta que no se constata literalmente por ser ya reiteradamente aplicada por ésta Sala, nos conduce a la estimación del recurso en el extremo relativo a excluir el plus transporte a efectos de contabilizar el valor de la hora extraordinaria.

SEGUNDO.- Dada la estimación del recurso presentado por la empresa, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir y de las cantidades consignadas hasta el límite de la responsabilidad que se declara en esta sentencia. Asimismo, no procede la imposición de costas (artículo 233.1 de la LPL).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por P.C.S. SA. contra la sentencia dictada en fecha 23 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Social número CATORCE de los de Valencia y revocando la sentencia recurrida, mantenemos la condena de la empresa, solo en el sentido de mantener la condena a abonar al trabajador la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extras realizadas en el período reclamado y la que le correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución, es decir, excluyendo el plus de transporte.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir y de las cantidades consignadas hasta el límite de la responsabilidad que se declara en esta sentencia.

Sin costas.

Sentencia núm. 42, de 9 de enero de 2013

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como camarera en sala de fiestas. Se le comunica cese en la empresa mediante carta de despido objetivo. La actora solicita revisión al alza del salario regulador del despido. La empresa demandada solicita la exclusión de responsabilidad y procedencia del despido.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido, condenando solidariamente a las empresas codemandadas a la readmisión de la trabajadora o al abono de la indemnización correspondiente, con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la resolución.

Sala: Desestima los recursos de ambas partes y confirma la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren en suplicación, la actora y la empresa codemandada C.H.C. SL, con impugnaciones respectivas, la sentencia que ha estimado la demanda en parte aunque no lo diga, y ha declarado improcedente el despido, condenando a las demandadas como componentes de un grupo a efectos laborales a las consecuencias legales que se desprenden de esa declaración sobre un inferior salario del reclamado en la demanda.

El recurso de la actora solicita la elevación del salario regulador del despido y el de la empresa la exclusión de responsabilidad.

El recurso de la actora se estructura en dos motivos. El primero por el apartado b) del art 193 de la LRJS, solicita dos añadidos al hecho probado primero con la redacción que propone en el recurso, que no se pueden acoger. El primero, porque es una deducción de cual sería el salario que correspondería a la trabajadora demandante en aplicación del Convenio y de acuerdo con la tesis jurídica que sustenta en el siguiente motivo, y es sabido que el convenio en norma de innecesaria constancia en los hechos y el salario regulador del despido es la cuestión discutida. Y el segundo porque se trata de un hecho negativo que “las partes redujeran su jornada de trabajo sin suscribir pacto expreso de realización de horas complementarias”, y este hecho negativo que se admite en la sentencia como tal no debe figurar en los hechos.

SEGUNDO.- Por el art. 193 c) de la LRJS, se dice en el segundo motivo de recurso que la sentencia no aplica con rectitud la previsión normativa de los arts. 12.1 c) y 12.5 del estatuto de los Trabajadores, en relación con los arts. 34.1, 35.1, 26.1 y 56 del referido texto legal, así como las previsiones normativas del convenio aplicable art 13. Sostiene, en esencia, el recurso alegando las sentencias de esta Sala de 7-3-2000 y 15-10-2004 que al no existir pacto de horas complementarias las realizadas por encima de la jornada ordinaria deben considerarse extraordinarias y abonarse como tales en la cuantía prevista en el Convenio con lo que el salario de la demandante se elevaría a 1253,91 € mensuales.

Para decidir el supuesto se debe partir de los datos que arrojan los hechos probados de la sentencia. Dice la sentencia que la actora ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la demandada, P.I.S SL (CIF X.), en el centro de trabajo Sala de Fiestas "X." de C. (Valencia), con las circunstancias de antigüedad de 25.4.2008 y categoría profesional de camarera. La retribución mensual según la empresa era de 677,25 euros. La actora estima que dicha cantidad no es la procedente de acuerdo con las tablas salariales del convenio colectivo de hostelería de la provincia de Valencia. La empresa comunicó al SERVEF que desde el día 1.6.2010 "se reduce el contrato de trabajo" y la demandante pasaba a trabajar 24 horas semanales: jueves, viernes y sábados de 8 de la tarde a 4 de la madrugada. A pesar de dicha comunicación al SERVEF, el horario real fue siempre esos días pero de 5 de la tarde a 5 de la mañana, con una hora de descanso, en total 33 horas semanales, a la demandante se le notificó el día 1.8.2011 carta de despido objetivo con efectos de 18.8.2011, en la que se manifiesta por la empresa que pone a disposición de la actora una indemnización por despido por importe de 1.612,51 euros. Añade que el día 22.8.2011 la empresa presentó escrito reconociendo la improcedencia del despido y consignando judicialmente la cantidad de 2.015,99 euros correspondiente al resto de la indemnización que estimaba procedente la empresa, para alcanzar la cifra de 3.628,50 euros.

La sentencia de instancia dice que tratándose de un contrato a tiempo parcial no cabe la realización de horas extras sino complementarias y como la jornada real que realiza la actora es de 33 horas semanales, el 82,5% de la jornada semanal completa (40 horas semanales según el artículo 10 del convenio colectivo), le corresponde un salario mensual de 1.117,48 euros (calculado según dicha proporción -v. art. 12.4.d) ET sobre reconocimiento de todos los derechos a los trabajadores a tiempo parcial de manera proporcional en función del tiempo trabajado).

El recurso sostiene que el salario el del 60% del correspondiente a la jornada semanal completa, 812,71 € mas 441,20 € resultantedel promedio reclamado en concepto de horas extraordinarias.

Pues bien, el artículo 12.4.c del Estatuto de los Trabajadores prevé que "Los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias, salvo en los supuestos a los que se refiere el apartado 3 del artículo 35. La realización de horas complementarias se regirá por lo dispuesto en el apartado 5 de este artículo". Por otra parte debe igualmente tenerse en cuenta que el artículo 9.2 del mismo texto legal viene a recoger que "En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido". Las consecuencias jurídicas que puede lleva aparejado la trasgresión y dado que la jornada laboral efectivamente desempeñada por la trabajadora es contraria a la regulación del contrato de trabajo a tiempo parcial contenida en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores al haberse realizado en la jornada semanal 9 horas más de lo acordado en el contrato suscrito a tiempo parcial, la conciencia jurídica que se extrae del incumplimiento es la que impone el artículo 12.4.c) y 5 en relación con el artículo 9.2. del Estatuto de los Trabajadores; esto es, que el contrato de trabajo de la demandante devino nulo ante la imposibilidad legal de realizar horas extraordinarias, lo que conlleva la conversión de un contrato a jornada completa. En el mismo sentido se pronuncia la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía en su sentencia de 15 de marzo de 2011 al exponer "la circunstancia de que las horas extraordinarias no puedan legalmente realizarse por los trabajadores contratados a tiempo parcial, no supone que las mismas no puedan realizarse de hecho, contraviniendo lo dispuesto en los preceptos citados--". Pero, en tal caso, como declaró *esta Sala, en sentencia de fecha 22/09/2009 (REC.*

1708/2008) "al disponer el *art. 12.4.c) E.T.* que los trabajadores a tiempo parcial no podrán realizar horas extraordinarias significa que los excesos de jornada determinan que el contrato de trabajo se considere contrato a tiempo completo (...)"

Así las cosas, resultando acreditado que la actora redujo el contrato de trabajo a 24 horas semanales: jueves, viernes y sábados de 8 de la tarde a 4 de la madrugada siendo el horario real esos días pero de 5 de la tarde a 5 de la mañana, con una hora de descanso, en total 33 horas semanales, no existiendo pacto de horas complementarias ni concurrencia de las circunstancias excepcionales del artículo 35.3 del Estatuto de los Trabajadores a las que se remite el artículo 12.4.c del mismo texto, la conclusión que se impone es que la trabajadora se hizo merecedora de un pronunciamiento en el que se declarase la conversión de su contrato a tiempo parcial a otro de contrato a tiempo completo. Sentencia declarativa que actúa como precedente jurídico de la condena al abono de las cantidades que se solicitan en demanda. Pero dado que aquella no ha sido requerida por el actor y dado, por otro lado, que la sentencia declarando la conversión de contrato parcial a contrato completo produciría efectos "ex nunc", y que a la fecha en que se ejercita por la demandante la reclamación de cantidad el vínculo laboral entre los litigantes sobre el que se sustenta la petición había quedado extinguido por despido de 8 de agosto de 2011, la infracción normativa que se postula en el motivo no permite en este caso acoger favorablemente la petición de condena que se solicita en demanda.

Por todo cuanto antecede, el pronunciamiento de instancia, si bien por razones distintas a las manifestadas por el Magistrado "a quo", debe ser confirmado.

TERCERO.- El recurso de la empresa contiene un único motivo formulado por el cauce del apartado b) del art. 193 de la LRJS, que ya por ello está destinado al fracaso. En efecto, el recurso no contiene ningún otro motivo y concretamente el necesario de censura jurídica, por la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, con la alegación de la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, para conseguir que la Sala entre a analizar la legalidad de la sentencia. Y es que la modificación fáctica es un instrumento para adecuar los hechos a la normativa legal de aplicación al supuesto concreto, de modo que se consiga variar el fallo de la sentencia, que es la finalidad a que responde el recurso de suplicación; o como hemos dicho en la Sentencia de esta Sala de lo Social de 8 de enero de 2.008 "obsta al éxito del recurso que el mismo no contenga motivo alguno destinado al examen del derecho aplicado por la sentencia de instancia. Ha de tenerse en cuenta que los motivos fácticos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar, después, en derecho. En síntesis, un ataque a un hecho probado sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en una posterior argumentación jurídica dada por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia. Debe existir una interconexión entre los motivos a que se refiere el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral (los de "hechos") y los que se articulan al amparo del mismo precepto en su letra c) (los de "derechos"), pues si ello no se realiza de la manera indicada se produce una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos "fácticos", conforme sucede en el presente caso, lo que determina, como ya se adelantó, el fracaso del motivo destinado a la revisión fáctica interesada y por ende del recurso al tener el mismo como único fundamento dicha revisión."

En aplicación de la doctrina expuesta se desestimaré el recurso de la empresa.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 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 S.R.S.R. e igualmente desestimamos el recurso de suplicación formulado por la empresa C.H.C. SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia, de fecha 23 de abril de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 51, de 9 de enero de 2013

Materia: Extinción de contrato: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo Trabajador al servicio de entidad bancaria. Como consecuencia de reestructuración organizativa empresarial el actor es destinado a un nuevo puesto de trabajo, con merma económica. Para mantener su actual puesto y retribución se ofrece al trabajador puesto en otra zona, siendo rechazado por éste. El trabajador alega trato degradante o discriminatorio que justifica la pretensión de la extinción de la relación laboral

Juzgado: Desestimando la excepción de litispendencia planteada por la parte demandada y con desestimación de la demanda ejercitada por la parte demandante, absuelve a la empresa demandada de los pedimentos formulados de contrario.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se produce trato discriminatorio en la figura del trabajador, por lo que no procede admitir la extinción de la relación laboral por parte de éste. La reubicación del trabajador en la empresa se ha efectuado sin que ésta suponga un menoscabo a su dignidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En el primer motivo del recurso, formulado al amparo procesal de lo dispuesto en el artículo 193.b de la ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se solicita la modificación de los hechos declarados probados a la vista de la prueba documental y pericial practicada y se proponen doce modificaciones que se concretan en los siguientes términos:

a. Modificación del hecho probado primero, para sustituir el salario mensual consignado, de acuerdo con el contenido de los documentos obrantes en los folios 7, 17 y 25, al entender la recurrente que la Magistrada de instancia ha tomado como criterio la cantidad consignada en la mensualidad de enero de 2012 sin tener en cuenta la retribución variable que se abonaba en el mes de marzo.

Esta primera pretensión debe ser desestimada, en cuanto que no parte del error en la valoración de la prueba documental aportada, tal y como se deduce de los motivos en los que se sustenta el hecho en cuestión y que desarrolla la sentencia en el párrafo tercero del fundamento primero cuando se refiere a la concreta valoración de las pruebas en relación al salario finalmente consignado en la sentencia, argumentación que damos por reproducida y que justifica la actual redacción del hecho probado cuya modificación se insta.

b. Modificación del hecho probado segundo con apoyo en los documentos 61 del ramo de prueba de la demandada y documentos obrantes en el folio 83. Pretende

hacer constar la parte, hechos relativos a las circunstancias de su cese que no han sido declarados probados y que hacen referencia a la forma y condiciones en las que este se produjo.

El texto propuesto no es compatible con el actual hecho probado, que hace referencia a las comunicaciones telefónicas a través de las cuales el actor conoció su nueva situación laboral. Los documentos de referencia, (circular interna de 29/12/2011 y correos electrónicos) no desvirtúan el contenido del texto actual que de acuerdo con lo dispuesto en el fundamento primero de la sentencia resulta de la prueba testifical practicada, por lo que no procede acceder/a/su revisión (/STS7. 05 2011).

c. Modificación del hecho probado quinto con propuesta del texto alternativo que se da por reproducido a efectos de la presente (folio 19 de los aportados por la actor) en el que pretende modificar la fecha de efectos del complemento de destino vinculado a la permanencia en su puesto como director territorial de Levante en el año 2007. El documento de referencia no desvirtúa la actual redacción del hecho en cuestión. El texto alternativo se apoya en un documento interno relativo a las condiciones de la incorporación del actor a su puesto como delegado general de Valencia sur en 1999, sin que de los términos literales del mismo se desprenda, tal como el pretende la recurrente, que en ese momento se le reconoció un plus de destino vinculado a su permanencia en el destino actual.

d. Modificación del hecho probado sexto para que conforme al documento obrante en el folio 16 de los aportados por la recurrente se haga constar que en los años 2010 y 2011 el actor percibió un bonus variable por los importes consignados en el mismo y no en los términos que recoge la sentencia. Y para que se haga constar que no se valoró el 20% de la expectativa de bonus y a los otros compañeros sí.

Tal modificación no es procedente, puesto que la redacción actual del hecho probado concuerda con la documentación aportada por ambas partes sin que de los documentos de referencia se desprenda error alguno en la valoración de los mismos. Por otro lado, tampoco puede prosperar la introducción del matiz referente al presunto trato discriminatorio en la cuantificación del bonus de 2011, en cuanto que los documentos mencionados por la recurrente a tal efecto (folio 35,41 y 45) son escritos redactados por el actor que ningún valor probatorio pueden revestir a los efectos del artículo 193.c de la LRJS, puesto que son de naturaleza privada y su contenido ha sido debidamente valorado por la Magistrada de instancia en el contexto de la prueba practicada

e. Modificación del hecho probado décimo, del que se propone texto alternativo que se da por reproducido a efectos de la presente. (folios 107, 174 a 191), debemos rechazar la redacción propuesta al entender que no concurren los presupuestos legales que justifican la revisión fáctica en el recurso de suplicación, al no apreciar que exista error alguno en la valoración de la prueba documental de referencia y al entender que la nueva redacción en nada afectaría al fallo de la sentencia.

f. Modificación del hecho probado decimotercero que basa en el documento obrante en el folio 61 del ramo de prueba de la parte demandada, y en el se pretende hacer constar que el cambio organizativo se comunicó a los trabajadores el día 29 de diciembre de 2011 vía Internet. El citado documento sin embargo no pone de manifiesto ningún error de la juzgadora en la consignación de los hechos probados, tampoco

excluye otras vías y fechas de comunicación y por lo tanto no podemos otorgarle los efectos revisorios pretendidos.

g. Modificación del hecho probado decimosegundo con propuesta alternativa de texto, que apoya de nuevo en el documento obrante en el folio 61 del ramo de prueba de la parte demandada. En dicha propuesta hace constar que no se le ofrecieron los puestos de director territorial de nueva creación pese a los buenos resultados que venía obteniendo, afirmación que excede sin lugar a dudas del contenido del documento en el que apoya la nueva redacción y que implica su desestimación, por entender de nuevo que no concurren los presupuestos legales de la revisión fáctica de acuerdo con los criterios legales mantenidos por esta Sala en aplicación de la jurisprudencia recogida entre otras en las STS 11/12/2003 recurso 63/2003, STS 17/01/11 recurso 75/10; STS 18/01/11 recurso 98/09 STS 20/01/11 recurso 93/2010 y la mas reciente STS 17/05/2011 recurso 147/2010.

h. Modificación del hecho decimocuarto (folios 102 a 104) manifestando que su contenido no se corresponde con la realidad y haciendo una serie de alegaciones en cuanto a los ceses de personal reflejados en el citado hecho y otras circunstancias que de nuevo exceden del ámbito procesal de la norma invocada y nos llevan a rechazar la modificación del hecho decimocuarto. El citado hecho se refiere a los ceses llevados a cabo por el actor y no a los ceses realizados en un determinado periodo temporal, y en cualquier caso tal y como se razona en el fundamento primero el hecho resulta acreditado por la prueba testifical practicada en juicio.

i. Modificación del hecho probado decimoquinto para incorporar parte del artículo 95.3 del Convenio colectivo, se rechaza esta petición teniendo en cuenta que el Tribunal Supremo en su ST de 22/12/2011 recurso 216/2010 establece que la modificación fáctica solo procede cuando el error recae sobre un hecho probado y no cabe revisión de normas jurídicas, en este caso no procede incorporar el contenido de la norma sin perjuicio claro esta de su aplicación.

j. Se propone modificar el hecho probado decimoctavo sin fundar la petición en la revisión de prueba documental, motivo por el que debe rechazarse de plano la pretensión revisoria.

k. Se solicita la supresión del hecho decimonoveno por haberse basado en un claro error al apreciar la prueba documental. Sin embargo, si ponemos en relación su contenido con los razonamientos expuestos en el fundamento primero de la sentencia observamos que la fundamentación del citado hecho es de naturaleza testifical y no documental por lo tanto no es revisable en los términos solicitados.

l. Incorporación de un nuevo hecho probado basado en la prueba pericial aportada (folios 149 a 157) en el que la parte pretende hacer constar su estado anímico en relación a las vivencias profesionales que relata en su demanda. La nueva redacción que se propone resulta por un lado innecesaria al recoger el hecho vigésimosegundo, el actual cuadro ansioso depresivo del actor y por otro constituye un texto parcial redactado de forma subjetiva al incorporar los datos recogidos en el informe médico que han sido obtenidos por referencia directa y apreciación personal de la parte, lo que lleva necesariamente a su desestimación.

SEGUNDO.- Se alega en el segundo motivo y al amparo procesal de lo dispuesto en el artículo 193.c de la LRJS la infracción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación al artículo 41 del citado texto legal, sosteniendo en definitiva que se ha producido una modificación sustancial de sus condiciones laborales que además redundan en un menoscabo de su dignidad.

De los hechos declarados probados que resultan inalterados y vinculan a esta Sala no se desprende que haya existido modificación sustancial que redunde en perjuicio de la dignidad del actor.

A consecuencia del cambio organizativo llevado a cabo por la entidad demandada, en el marco de la reestructuración general que esta afectando a todo el sector bancario, el actor fue destinado a un nuevo puesto de trabajo, con funciones de dirección diferentes a las que ostentaba y en el que efectivamente percibe un salario anual inferior al que venía percibiendo, al haber dejado de retribuir la empresa el complemento de destino que se le reconoció en el año 2007 asociado a su puesto anterior como director territorial de la zona de Levante y que asciende a 20.000 euros brutos anuales. Sin embargo, tal como argumenta la sentencia de instancia, de los hechos declarados probados no resultan indicios de trato degradante o discriminatorio que justifiquen la pretensión extintiva de la recurrente, entendiéndose que la decisión adoptada por la empleadora lo fue a consecuencia de la reorganización interna impuesta por las nuevas directrices derivadas del proceso de reestructuración bancaria que afecta al sector, y que fue el actor el que rechazó su traslado a Lérida para mantener su actual puesto y retribución. Sin que su reubicación en la delegación territorial de Valencia se haya efectuado en condiciones que le supongan un menoscabo a su dignidad, atendidas las actuales condiciones que constan recogidas en el relato de hechos probados y que han sido debidamente valoradas por la Magistrada de instancia.

TERCERO.- 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

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON A.A.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 17 de los de Valencia de fecha 14 DE SEPTIEMBRE de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida. Sin costas.

Sentencia núm. 64, de 15 de enero de 2013

Materia: Extinción de contrato y reclamación de cantidad. Trabajador que presta servicios en empresa dedicada al lacado y tratamiento del metal. La empresa viene incumpliendo con su obligación de pago puntual de salarios y posteriormente falta total de pago. Resolución de contrato de trabajo por incumplimiento empresarial: Procedencia. El trabajador causa baja voluntaria en la empresa y al día siguiente inicia el trabajo en otra empresa.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la resolución del contrato.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho del trabajador a rescindir el contrato de trabajo por incumplimiento empresarial, con derecho a la correspondiente indemnización, además de determinada cantidad en concepto de diferencias salariales y el 10% de interés anual por mora devengado por la última cantidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son dos los motivos esgrimidos en el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del Juzgado que desestima la demanda sobre resolución del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y reclamación de cantidad, no habiéndose impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Al amparo del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social se introduce el primero de los motivos en el que se insta la adición al final del hecho probado cuarto del siguiente tenor: “Dicha baja se produjo ante la grave situación económica que los impagos de la mercantil produjeron en el actor.”

La modificación postulada no se sustenta en medio de prueba alguna por lo que no puede alcanzar éxito. Conviene recordar que como señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de junio de 2006, recurso nº 189/2004, 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), “para que la denuncia del error pueda ser apreciada en este recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas y sin recurrir a la alegación de prueba negativa, consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien

complementándolos. Y d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91-; 31/03/93 -rec. 2178/91-; 26/09/95 -rec. 372/95-; 04/10/95 -rec. 45/95-; 04/11/95 -rec. 680/95-; 21/12/98 -rec. 1133/98-; 24/05/00 -rec. 3223/99-; 03/05/01 -rec. 2080/00-; 19/02/02 -rec. 881/01-; 12/03/02 -rec. 379/01-; 07/03/03 -rec. 96/02-; 15/07/03 -rec. 7/03-; 27/01/04 -rec. 65/02-; 06/07/04 -rec. 169/03-; 12/07/04 -rec. 166/03-; 17/09/04 -rec. 108/2003-; 29/12/04 -rec. 54/04-; 18/04/05 -rec. 3/04-; 18/05/05 -rec. 140/02-; 15/06/05 -rec. 191/04-; 27/07/05 -rec. 13/04-; 22/09/05 -rec. 193/04-; 10/10/05 -rec. 180/04 -).” En el presente caso al no cumplirse el segundo de los requisitos señalados no cabe sino la desestimación de la revisión fáctica solicitada, conforme ya se adelantó.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso que se introduce por el cauce del apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia la infracción, por aplicación incorrecta, del art. 50 del TRET y del art. 26.3 de la LJS.

Razona la defensa del demandante respecto a la acción ejercitada al amparo del art. 50 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que a pesar de la línea jurisprudencial que exige la existencia de relación laboral y por tanto la vigencia del contrato en la fecha de la celebración del juicio, también existe otra línea jurisprudencial que permite excepciones cuando se considera que concurren circunstancias excepcionales que es lo que acontece en el presente caso habida cuenta que el impago de salarios puede afectar a la subsistencia del trabajador que puede verse obligado a causar baja voluntaria en la empresa después de presentar la correspondiente demanda vía art. 50 ante la oportunidad de conseguir otro trabajo que garantice la subsistencia inmediata y cita al efecto una sentencia del Juzgado de lo Social núm. tres de los de Castellón y una sentencia de esta Sala de 20 de enero de 2006 y nº 199.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto que como indica nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de Julio del 2012 (ROJ: STS 6207/2012), Recurso: 1601/2011, *“Es cierto que el art. 50.1 del ET, al regular la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador por incumplimiento del empresario, comienza refiriéndose a las causas en virtud de las cuales el trabajador puede solicitar la extinción del contrato, lo que en la letra de la ley puede llevar a la conclusión de que el contrato no puede ser extinguido por una declaración unilateral del trabajador. Ahora bien, el texto legal no resulta decisivo, porque el apartado j) del art. 49 del ET establece que el contrato se extingue "por voluntad del trabajador fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario" y en el derecho histórico el art. 76. 9 de la Ley de Contrato de Trabajo disponía que el contrato de trabajo terminará por voluntad del trabajador, estimándose justas causas para que el trabajador pueda por su voluntad dar por terminado el contrato las que el art. 78 de esa Ley enumera. Por otra parte, partiendo de que el art. 50 del ET cumple al igual que el art. 54 del mismo texto legal una función análoga al art. 1124 del Código Civil debe tenerse en cuenta que la doctrina de la Sala Primera de este Tribunal viene señalando que "la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo por la vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva -claro está - de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada" (sentencia de la Sala*

Primera 8 de mayo de 2002, que cita las de 17 de febrero de 1996 y 23 de enero de 1999). Más recientemente la sentencia de la misma Sala de 13 de noviembre de 2009 recuerda que "la resolución se produce extrajudicialmente por acuerdo de las partes, pero si no hay acuerdo y tanto más si hay oposición, se precisa la declaración judicial (sentencia de 6 de octubre de 2000) de que está bien hecha (...) y los efectos de la resolución serían ex tunc (sentencias de 17 de junio de 1986 y 15 de julio de 2003) para lo cual hace falta el ejercicio de la acción, en demanda o en reconvencción (sentencias de 26 de diciembre de 2001 y 28 de junio de 2002).

La sentencia de la Sala de lo Civil de 19 de noviembre de 1984, resolviendo un caso que en la actualidad sería sin duda laboral, señaló que "no cabe desconocer la existencia de poderes que permiten al sujeto en una situación singular prevista en la norma legal o establecida por los contratantes en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, ocasionar por su exclusiva voluntad un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación, poniendo término a la misma en este último caso; derechos o facultades que se actúan normalmente no por medio de una acción sino a través de una declaración de voluntad recepticia, como tal dirigida a la otra parte, que genera el efecto deseado una vez producida la notificación del destinatario, de suerte que la intervención de los organismos jurisdiccionales sólo es menester cuando el afectado discuta la eficacia de la declaración potestativa". La sentencia citada añade que en estos casos "la decisión pronunciada en vía judicial no causa la resolución sino que se limita a proclamar la procedencia de la ya operada", con lo que no será necesario que se ejercite una acción constitutiva con miras al futuro -es decir, con eficacia "ex nunc"-, ni que se dicte una sentencia de esta clase. La sentencia será declarativa o constitutiva, pero con una eficacia ex tunc".

La misma sentencia continúa diciendo que "En el ámbito laboral la exigencia, salvo excepciones, de la declaración judicial ha operado en la práctica como un mecanismo de seguridad para evitar que en los casos en que el trabajador da por extinguido el contrato, instando el reconocimiento de la indemnización, y la sentencia no le fuese favorable, no se produzca la pérdida del empleo como consecuencia del "abandono" del puesto de trabajo. De ahí la exigencia de una resolución judicial que al mismo tiempo se acompaña de un régimen de excepciones. Pero la propia doctrina de la Sala ha señalado en ocasiones que ésta puede ser una solución demasiado rígida para la protección de los intereses del trabajador que el art. 50 del ET tutela. En este sentido tiene especial interés la sentencia de 3 de junio de 1988. En ella se resuelve sobre un caso en el que en un pleito previo sobre la resolución del contrato la sentencia favorable a la resolución había sido recurrida por la empresa, dejando el trabajador de prestar servicios, por lo que fue despedido, pese a que la sentencia final en el proceso de resolución del contrato confirmó el fallo de instancia favorable al trabajador. El despido se deja sin efecto y la sentencia razona que "la falta de prestación de servicios durante la sustanciación del recurso contra la sentencia que, estimando la pretensión del trabajador, declarara la resolución indemnizada de su contrato de trabajo, sólo podría ser eventualmente ponderada en el supuesto de estimación del recurso, correspondiendo a la esfera de decisión del trabajador la asunción de tal posible riesgo". Esta solución con determinadas correcciones se recoge hoy en el art. 303.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que reconoce al trabajador que ha obtenido sentencia favorable en un pleito de resolución del contrato la posibilidad de optar entre continuar prestando servicios o dejar de hacerlo con las consecuencias que

el precepto establece. Pues bien, esta norma no es aplicable aquí tanto por razones de vigencia temporal, como por las diferencias en el supuesto de hecho; precepto que se completa con la previsión que contiene el art. 79.7 en materia de medidas cautelares. Todo ello confirma la necesidad de introducir una mayor flexibilidad en estos supuestos en la línea de nuestra sentencia de 3 de junio de 1988, de forma que no se obligue al trabajador a mantener unas condiciones de trabajo que, aunque no sean contrarias a su dignidad o a su integridad, pueden implicar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones profesionales. De ahí que haya de concederse al trabajador la posibilidad en estos casos de optar entre ejercitar la acción resolutoria y continuar prestando servicios en cuyo caso se estará en el marco de la resolución judicial o dejar de prestar servicios al tiempo que se ejercita la acción, asumiendo en este caso el riesgo del resultado del proceso en los términos a que se ha hecho referencia. En este sentido y en virtud de lo razonado ha de revisarse la doctrina anterior de la Sala a que se ha hecho referencia.

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso ha de llevar a la estimación de la demanda, de conformidad con lo establecido en el artículo 50.1.b del ET de la Ley del Estatuto de los Trabajadores habida cuenta de la gravedad de los incumplimientos empresariales respecto al abono de los salarios en que ha incurrido la empresa demandada. En efecto como se desprende del inalterado relato fáctico de la resolución recurrida la empresa desde diciembre de 2010 abona los salarios con un promedio de retraso de 92,68 días, existiendo falta total de pago desde diciembre de 2011 (incluida paga extra de Navidad) y adeuda al trabajador un total de 10.264,67 euros según el desglose recogido en el hecho probado segundo de la sentencia de instancia, habiendo reconocido la empresa adeudar la referida cantidad. Luego la empresa ha incumplido de forma grave y reiterada sus obligaciones salariales, privando al trabajador accionante durante un año del percibo puntual de las cantidades a las que tenía derecho como consecuencia del contrato de trabajo que le une con la demandada, con el consiguiente perjuicio para su estabilidad y disponibilidad económica, adeudándole además a la fecha del juicio, más de cuatro mensualidades de salarios y una paga extraordinaria, con la consiguiente merma de su capacidad económica para atender sus necesidades más inmediatas. No cabe duda que el dilatado período de tiempo en que el demandante se ha visto privado de recibir puntualmente su salario así como la falta total de pago del mismo a partir de diciembre de 2011, le ha abocado a una situación insostenible que intenta solucionar mediante el ejercicio de la acción resolutoria prevista en el art. 50 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores para lo que plantea papeleta de conciliación administrativa en fecha 13-4-12 y que justifica asimismo su baja en la empresa demandada en fecha 27-4-2012, antes de celebrarse el acto conciliatorio el 30-4-2012, con el resultado de terminado sin avenencia, siendo también de remarcar que al día siguiente de su baja en la empresa demandada, el demandante inicia su prestación de servicios en una nueva colocación, lo que corrobora y explica que su baja no persigue sino obtener la correspondiente contraprestación remuneratoria por su prestación de servicios y, por lo tanto, su actuación se ha de considerar ajustada a derecho con el consiguiente éxito de la acción ejercitada y la condena de la empresa demandada a abonar al demandante la cantidad de 32.557,56 euros en concepto de indemnización que es la correspondiente al despido improcedente (art. 50.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 56.1 del mismo texto legal) y que se obtiene de sumar al producto obtenido de multiplicar el salario diario del demandante de 63,28 euros por 506,25 días que son los que le corresponden por antigüedad - a razón de 45 días de salario por año de servicios,

prorrateando por meses los períodos inferiores a un año, en el período que va del 4-12-2000 al 12-2-2012, fecha esta última de entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero - el producto obtenido que resulta de multiplicar el salario diario del demandante, 63,28 euros, por 8,25 días que son los que le corresponden por antigüedad, a razón de 33 días de salario por año de servicio, prorrateando por meses los períodos inferiores al año, en el período que va del 12-2-2012 al 27-4-2012 (Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto Ley 3/2012), es decir, (63,28 euros x 506,25 días) + (63,28 euros x 8,25 días).

En cuanto a la desestimación de la demanda sobre salarios adeudados que efectúa la sentencia de instancia y que también se combate por el recurrente, se ha de indicar que la sentencia infringe lo establecido en el art. 26.3 de la LJS, tal y como se denuncia por la defensa del recurrente, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 29.1 y 4.2 f) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, procede estimar la reclamación salarial y condenar a la demandada al abono de las cantidades que se reclaman en el presente juicio y que ascienden a 10.264,67 euros brutos, conforme se recoge en los hechos probados segundo y tercero de la sentencia impugnada, así como al abono del 10% de interés anual por mora previsto en el art. 29.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. A.H.D., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Castellón y su provincia, de fecha 13 de agosto de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente y revocamos la sentencia recurrida, estimando la demanda y condenando a la empresa demandada a que abone al demandante la cantidad de 32.557,56 euros en concepto de indemnización por la resolución del contrato de trabajo y la cantidad de 10.264,67 euros en concepto de diferencias salariales más el 10% de interés anual por mora devengado por la última cantidad.

Sentencia núm. 80, de 15 de enero de 2013

Materia: Reclamación de cantidad: Retribución horas extraordinarias realizadas. Vigilantes de seguridad. Inclusión en esta retribución los pluses de vestuario, transporte, festividad, nocturnidad y demás pluses no fijos. Aplicación convenio colectivo estatal empresas de seguridad. Valor hora extraordinaria.

Juzgado: Desestimando la excepción de caducidad del expediente y estimando parcialmente la demanda interpuesta por el sindicato demandante, condena a la empresa al pago de determinada cantidad.

Sala: Estima en parte el recurso condenando a la empresa recurrente a abonarle la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extras realizadas en el período reclamado y la que correspondió percibir; esto es, de lo percibido anualmente por el demandante por todos los conceptos salariales debe restarse lo percibido por los pluses de nocturnidad, festividad y peligrosidad variable; y a continuación sumarse estos pluses para las horas extras realizadas en tales circunstancias.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la empresa V.I. S.A. la sentencia de instancia que la condenó a abonar al demandante determinadas cantidades en concepto de diferencias por las horas extras realizadas en el año 2007.

2. El recurso se sustenta en dos motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) –aunque sin duda por error, la norma que se cita es la Ley de Procedimiento Laboral-. En el primero de ellos se denuncia la infracción del artículo 237 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Entiende la empresa recurrente que se debió de apreciar la caducidad de la instancia que fue alegada en el acto del juicio, dado que desde que se decretó el archivo provisional de las actuaciones hasta que se reanudó el procedimiento transcurrieron más de dos años.

3. El motivo no puede prosperar por las siguientes razones: A) En primer lugar, porque el cauce procesal utilizado por la recurrente no es el correcto, pues el apartado c) del artículo 193 de la LRJS solo se puede fundar en la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia y no en la infracción de una norma procesal como es la invocada en el motivo. Esta apreciación no es baladí en el presente supuesto, pues lo que se debió solicitar, en su caso, es la nulidad de la sentencia y el archivo de las actuaciones con base en el desistimiento del demandante, toda vez que ese es el efecto que el artículo 240.2 de la LEC anuda a la caducidad de la instancia, y no la revocación de la sentencia de instancia y la absolución de la empresa que produciría un efecto distinto como es la

cosa juzgada y la imposibilidad de ejercitar de nuevo la acción en un proceso posterior. B) Y en segundo lugar, porque en el artículo 238 de la LEC se dispone con claridad que la caducidad de la instancia no se produce si la paralización del procedimiento no es imputable a la voluntad de las partes, tal y como ocurre en el presente caso en que fue el Juzgado de instancia el que por auto de 26 de junio de 2008 acordó el archivo provisional de las actuaciones a la vista “de la existencia de un conflicto colectivo pendiente sobre la materia”.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso se aborda la cuestión de fondo objeto del procedimiento y se denuncia la infracción por la sentencia de instancia de lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el artículo 69, letras g) y h) del convenio colectivo de empresas de seguridad. Se argumenta por la empresa recurrente que los pluses de hora nocturna y festiva no deben formar parte del valor de la hora ordinaria y, además, que no se ha probado que las horas extras realizadas se hicieran en todo o en parte en festivo o por la noche.

2. Cuestión semejante a la planteada ha sido resuelta por esta misma Sala de lo Social en muchas sentencias siguiendo el criterio jurisprudencial expresado, entre otras, en las SSTs de 7 de febrero y 1 de marzo de 2012 (rcud. 2395/2011 y 1881/2011), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en aplicación de la ley aconsejan mantener el mencionado criterio.

3. Así pues, son dos las cuestiones que deben ser objeto de tratamiento: la primera de ellas si efectivamente, los pluses de nocturnidad y festividad deben incluirse en el cómputo del valor de la hora extraordinaria, sean cuales sean las condiciones de la prestación de esa hora extra, y la segunda de ellas, caso que fuera necesario acreditarlo, a quién le corresponde la carga de probar en qué circunstancias fueron realizadas las mentadas horas extras si a los trabajadores o a la empresa. Acerca de la cuestión debatida, la STS de 1 de marzo de 2012 señala que: “una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas las horas extraordinarias", y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias "en particular.

En el presente caso el actor solicita que se le abonaran todas las horas extraordinarias con inclusión en las mismas de pluses como los de "plus de peligrosidad, plus nocturnidad y plus festivos", cuando los tres primeros vienen establecidos en el art 69 del Convenio para retribuir las horas que se prestan utilizando la indicada radioscopia, o en horario nocturno o en días festivos, etc. (sin que se conozca con arreglo a Convenio el concepto de "plus baleares" aunque cabe pensar que por analogía con lo que expresamente se dispone con el trabajo en Ceuta y Melilla se retribuye la residencia fuera de la península. Si se parte de la base de que estos complementos vienen calificados en el art. 69 del Convenio como "complementos de puesto de trabajo" de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se solicite cuando no se preste el trabajo en tal situación. Por lo tanto, el trabajador demandante tendría derecho a

percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cualesquiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria. Se infringiría el art. 35ET, a salvo que el Convenio dijera lo contrario, si se abonara en el caso como hora extraordinaria lo que no se tenía derecho a percibir como hora ordinaria que es la garantía de referencia conforme a dicho precepto legal.

A partir de esta realidad, la interpretación que se hizo de lo dicho en nuestras sentencias de 2007 y 2009 por la recurrida no puede ser aceptada por cuanto lo que se dijo con carácter general, aplicable a lo que podrían ser consideradas horas extraordinarias de factura ordinaria, no puede ser extrapolable, en un buen entendimiento de nuestra normativa jurídica, a las horas extraordinarias trabajadas en circunstancias especiales. Siendo adecuada a lo que se dijo y se quiso decir la interpretación y aplicación que de la misma sentencia hizo la sentencia de contraste de la Sala de lo Social de Madrid. Todo lo cual destruye desde la base la aplicación de la cosa juzgada mal aplicada que hizo la sentencia recurrida de lo que entendió que constituía el contenido de aquella sentencia”.

4. Por tanto, en respuesta a la primera de las cuestiones que debe resolverse a la luz del recurso presentado por la empresa recurrente, solamente se deben computar tanto el plus de nocturnidad como el plus de festividad o el de peligrosidad variable cuando efectivamente se demuestre o acredite que las horas extraordinarias cuya parte de su cuantía se reclama se hubieran realizado en las condiciones precisas para acceder a tal pago más elevado en atención a las especiales condiciones de prestación de la actividad.

TERCERO.- 1. Queda por resolver, pues, la segunda de las cuestiones planteadas, esto es la de determinar a quién corresponde acreditar que las horas reclamadas se trabajaron en las circunstancias que justifican el pago de los importes incrementados antedichos. Al respecto la STS de 1 de marzo de 2012 continúa señalando que: “De acuerdo con lo dicho hasta ahora, el actor para poder obtener la diferencia que reclama por el pago de las horas extraordinarias debió acreditar que las que reclama las trabajó de noche, utilizando radioscopia portuaria, en día festivo y en baleares, y sólo entonces podría aceptarse su pretensión. Siendo ésta la tesis que, para otro supuesto semejante, ha aplicado la Sala en su reciente STS de 19-10-2011 (RJ 2012, 527) (rec.- 33/2011). Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque los actores no tienen derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa les ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso interpuesto contra la sentencia recurrida, se condene a la demandada a abonar a los actores la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución. Para la efectividad de este acuerdo procederá que en el Juzgado de origen se mantenga la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado”.

2. La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado nos conduce a la

estimación parcial del recurso, de tal manera que de lo percibido anualmente por el demandante por todos los conceptos salariales (salario base, antigüedad y complementos por peligrosidad, nocturnidad y festivos), debe restarse lo percibido por los pluses de nocturnidad, festividad y peligrosidad variable; y a continuación sumarse estos pluses para las horas extras realizadas en tales circunstancias.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS y dada la estimación parcial del recurso presentado por la empresa, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir y de las cantidades consignadas hasta el límite de la responsabilidad que se declara en esta sentencia. Asimismo, no procede la imposición de costas (artículo 235.1 de la LRJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa V.I., S.A. contra la sentencia dictada el 13 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Social número 15 de los de Valencia y revocando la sentencia recurrida, estimamos en parte la demanda formulada por DON J.C.G. y condenamos a la empresa recurrente a abonarle la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extras realizadas en el período reclamado y la que le correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir y de las cantidades consignadas hasta el límite de la responsabilidad que se declara en esta sentencia.

Sin costas.

Sentencia núm. 95, de 15 de enero de 2013

Materia: Prestación por desempleo. Trabajadora que presta servicios como encargada en empresa demandante. La trabajadora es objeto de un despido improcedente siendo readmitida con posterioridad. La empresa demandante solicita el reintegro de las prestaciones percibidas por la trabajadora.

Juzgado: Desestima el reintegro de prestaciones de desempleo por salarios de tramitación de la empresa contra el SPEE, absolviendo a la entidad demandante de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima le recurso absolviendo a la empresa demandada de la responsabilidad de prestaciones por desempleo que se declaraba en la resolución administrativa impugnada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.Frente a la resolución de instancia, que desestimó la demanda presentada, se formula recurso de suplicación por la representación técnica de graduado social de la empresa demandante D., S.A., planteándose al efecto cuatro 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 segundo de la sentencia para que se adicione al mismo que la trabajadora percibió durante la tramitación del procedimiento por despido, desde el día siguiente a su cese, 18/07/2009, a la fecha de la sentencia, 18/12/2009, la cuantía de 3.366,85 € en concepto de prestación por desempleo.

3. Dicha adición deberá ser desestimada a la vista de lo declarado probado en el ordinal sexto en el que se relata expresamente el período de prestación por desempleo percibido por la trabajadora por lo que los datos propuestos resultan ser reiterativos de los ya constatados dentro de la resolución impugnada.

4. Respecto al hecho probado tercero postula la parte recurrente que se precisen las concretas cantidades consignadas y objeto de condena por despido improcedente y que fueron de 8.678,25 € en concepto de indemnización y 5.939,78 correspondientes a salarios de tramitación.

5. Como quiera que así se desprende de forma clara e inequívoca del doc.2 obrante al ramo de prueba documental de la empresa en el que se delimitan las susodichas cuantías a efectos de consignación para recurrir se accederá a la adición fáctica propuesta pues dada la opción por la readmisión que en dicho escrito consta sería relevante la entrega a la trabajadora del montante consignado en concepto de salarios de tramitación, como luego se comprobará.

6. Finalmente se plantea la modificación de la última frase del hecho probado quinto de la sentencia y su sustitución por otro texto que contenga que según el documento testimoniado del Juzgado nº 15 de Valencia se entregó a la actora la totalidad de los salarios de tramitación consignados, 5.939,78 €.

7. Tal y como se desprende del documento 15 de los autos la referenciada suma fue entregada al letrado de la parte actora constando mandamiento de pago a su favor de fecha 22/7/2010 por lo que en tal sentido deberán adicionarse dichos datos aunque la sentencia parece referirse a que dentro del expediente administrativo no figuraba la entrega de dichos salarios de tramitación lo que no excluye que el importe fuera efectivamente satisfecho a la trabajadora.

SEGUNDO.- 1. El siguiente motivo, debidamente encajado en la letra c) del art. 193 de la citada LRJS, denuncia la infracción del art. 209.5 b) de la Ley General de la Seguridad Social y la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en sentencia de 17/04/2012, rcud 1167/2011, así como de la sentencia nº 3757/2008 del TSJ de Asturias. Se argumenta en el motivo que no puede declararse indebida la percepción de la prestación por desempleo al no poderse apreciar la incompatibilidad entre salarios de tramitación y aquella prestación cuando el descuento no se ha podido realizar al haberse procedido a abonar por la empresa el importe íntegro de los salarios de tramitación sin existir la posibilidad de efectuar un reintegro de la prestación al INEM por parte del empresario, debiendo ser el trabajador quien quede directamente obligado a devolver el importe de la prestación que ha percibido indebidamente al ser incompatibles la percepción de ambos conceptos y siendo el Juzgado el que abonó los indicados salarios de tramitación mediante el depósito que se había hecho.

2. Los datos fácticos de la sentencia con las modificaciones operadas reflejan que en efecto la trabajadora fue objeto de un despido improcedente declarado así en sentencia de 10/12/2009, optando la empresa ahora recurrente por la readmisión de aquella en su puesto de trabajo y formulando a su vez recurso de suplicación mediante anuncio de fecha 28/12/2009 procediéndose a efectuar la consignación de las cantidades objeto de condena por el referido despido improcedente y que fueron de 8.678,25 € en concepto de indemnización y 5.939,78 correspondientes a salarios de tramitación. Consta probado que la trabajadora percibió durante la tramitación del procedimiento por despido, desde el día siguiente a su cese, 18/07/2009, a la fecha de la sentencia, 18/12/2009, la cuantía de 3.366,85 € en concepto de prestación por desempleo, siendo dicha cuantía la que el SPEE solicita de la empresa en concepto de responsabilidad empresarial de reintegro de prestación percibida por la trabajadora. Figura acreditado que a dicha trabajadora según el documento testimoniado del Juzgado de lo Social nº 15 de Valencia que había conocido del proceso de impugnación de despido le fue entregada en fecha 22/7/2010 la suma de 5.939,78 € que se encontraban consignados en el referenciado Juzgado a efectos de salarios de tramitación una vez resuelto el recurso de suplicación entablado por la empresa.

3. Se trata de dilucidar si es o no procedente declarar la responsabilidad empresarial en cuanto al reintegro de la prestación por desempleo satisfecha y percibida por la trabajadora durante el período antes referenciado y en cuantía de 3.366,85 € constando que la trabajadora ha percibido de la consignación efectuada por la empresa

para recurrir la sentencia de despido la suma de 5.939,78 € en concepto de salarios de tramitación.

4. Sobre dicho extremo particular se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 17/4/2012 (rcud 1167/2011) posterior pues a la ahora recurrida y declarándose en la misma que corresponde al trabajador la obligación de proceder a la devolución de las prestaciones por desempleo cuando el empleador no puede efectuar la compensación prevista en la norma al tener consignados los salarios ante el Juzgado y ser éste quien ha procedido a su abono al dar destino legal al depósito constituido al efecto por la empresa para hacer frente a los salarios de tramitación. 5. Se indica en dicha sentencia que *el principio general del que parte el artículo 209.5 LGSS en todos sus apartados es el de la completa incompatibilidad entre la percepción de las prestaciones por desempleo y los salarios de tramitación, resolviéndose de distinta forma los casos en los que se trate de despido improcedente (letra a) de los que se trata de despido nulo (letra b) o aquellos en los que se lleva a cabo la readmisión irregular a que se refiere el artículo 279.2 LPL o ésa readmisión deviene imposible - artículo 284 LPL(letra c)-.*

En el caso presente nos encontramos ante un despido nulo, con obligación empresarial de readmisión que realmente se produjo, y en el que se han percibido por la trabajadora las prestaciones por desempleo y salarios de tramitación, lo que supone que nos encontramos, como ya se ha reiterado, ante el supuesto de la letra b) del repetido precepto. En ésta norma y precisamente a causa de la incompatibilidad entre ambas percepciones se dice que las prestaciones por desempleo cobradas se considerarán -es importante destacarlo-indebidas por causa no imputable al trabajador.

A diferencia de lo que ocurre en el caso del despido improcedente previsto en la letra a) en el que ese percibo simultáneo se califica de indebido en lo que al desempleo se refiere, y exige del trabajador una determinada actividad encaminada a la regularización de las referidas prestaciones que pudieran coincidir con los salarios de tramitación, tal y como se resolvió en la Sentencia del Pleno de esta Sala de 1 de febrero de 2.011, dictada en el recurso 4120/2009.

Desde esa incompatibilidad entonces y también desde esa calificación de prestaciones que se consideran indebidas, aunque por causa no imputable al trabajador y precisamente por ello, se impone a la empresa obligada al pago de salarios de tramitación en caso de despido nulo una concreta obligación de hacerlo en la siguiente forma:"El empresario deberá ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador, deduciéndolas de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de esa suma".

Es decir, la obligación empresarial de abono de las prestaciones a la que también se refiere la letra g) del artículo 230 LGSS, se llevará a cabo de una manera determinada,"deduciéndolas" de los salarios de percibir, de manera que si como ocurre en este caso concreto la empresa no puede llevar a cabo esa forma de devolución, puesto que fue el Juzgado el que procedió a la entrega directa de la cantidad consignada como salarios de tramitación, la devolución de las prestaciones no podía llevarse a cabo en la forma prevista en la norma, lo que conduce a entender que la aplicación de los dos principios básicos antes señalados, esto es que existe una evidente incompatibilidad entre esas percepciones y, sobre todo, que se trata de prestaciones

indebidamente percibidas por la trabajadora, aunque por causas a ella no imputables, conducen a la conclusión de que será ésta y no la empleadora la que en este caso deberá proceder a la devolución de las prestaciones indebidamente percibidas, en lugar de obligar a la empresa a que lo haga y después reclame frente a la trabajadora.

La Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 2009 dictada en el recurso 4429/2007y citada por la sentencia recurrida en apoyo de su decisión no se opone a lo hasta ahora razonado, pues en realidad resuelve un caso distinto, en el que, al margen de que se aplica y razona en él sobre el supuesto de la letra c) del número 5 del artículo 209 LGSS--que en la redacción que tuvo ese apartado hasta su modificación por la Ley 45/2002 equiparaba las soluciones de las letras b) y c) a efectos de considerar prestaciones indebidas por causas no imputables al trabajador-- la realidad, lo relevante es que en ese supuesto concreto la empresa en un caso de despido improcedente optó por la readmisión y fue la propia empresa la que abonó los salarios de tramitación, razón por la que en absoluto se vio impedida de llevar a cabo la compensación o deducción a que se refiere la letra b) del número 5 del artículo 209 LGSS, de forma que al no existir la consignación previa en el Juzgado de tales salarios, era plenamente exigible a la empresa la obligación contenida en el artículo 209.5 c), en relación con el b) en su redacción anterior a la Ley 45/2002.

Del mismo modo, la sentencia de esta Sala de fecha 14 de febrero de 2.012, dictada en el recurso 765/2.011, contempla un caso distinto al de autos, aunque se aplica exactamente la misma norma, el artículo 209.5 b) LGSS, pero con la particularidad de que, al igual que en el caso de la STS 9 de marzo de 2.009que hemos citado en el párrafo anterior, también aquí la empresa procedió al abono de los salarios de tramitación, sin que se diera la circunstancia especial del caso de autos de que hubiera existido consignación del importe de aquéllos ante el Juzgado y éste diera el destino correspondiente a los mismos.

6. La aplicación y traslado de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso que nos ocupa determinará el acogimiento del recurso con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia y con estimación de la demanda procederá dejar sin efecto la resolución administrativa impugnada dictada por el Servicio Público de Empleo Estatal de fecha 18/02/2011 que declaraba la responsabilidad empresarial de la empresa demandante en la devolución de prestaciones por desempleo, sin perjuicio de que se proceda a reclamar su devolución por la referida Entidad a la trabajadora.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa D., SA, contra la sentencia de fecha 29-03-2012 dictada por el Juzgado de lo Social número 12 de Valencia en virtud de demanda presentada a su instancia contra. SPEE .y con revocación de la misma debemos absolver a la empresa demandada de la responsabilidad de prestaciones por desempleo que se declaraba en la resolución administrativa impugnada.

Se acuerda la devolución del depósito efectuado para recurrir.

Sentencia núm. 102, de 16 de enero de 2013

Materia: Prestación por desempleo: Desempleo contributivo. Trabajador que es despedido alcanzándose con la empresa una conciliación judicial tras haberse impugnado el despido del actor. El actor es tutor de un hermano discapacitado y declarado incapaz con pensión de orfandad absoluta. El actor vive con su esposa, hijo y hermano discapacitado. Cálculo de la base para la prestación por desempleo: consideración de familia numerosa.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados de contrario.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. En el momento actual se encuentra ajustada a derecho la resolución impugnada, sin perjuicio de valorar posteriormente su situación familiar si el actor mantiene la condición de desempleado.
Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Mercedes Boronat Tormo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- La sentencia de la instancia, desestima la pretensión sobre diferencias de la base reguladora de prestación de desempleo del actor, al considerar que la interpretación extensiva que solicita no es posible, atendida la naturaleza de la prestación y el carácter contributivo de la misma. Contra éste pronunciamiento recurre el actor a través de un motivo único, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, en el que alega que la sentencia de instancia ha interpretado erróneamente el art. 211.3 de la LGSS. Menciona la parte recurrente que consta acreditado su condición de titular de familia numerosa, pues además de un hijo a su cargo tiene a su hermano incapaz del que es tutor legal, por lo que entiende que se le debe aplicar el mismo porcentaje en su prestación contributiva que si tuviera dos hijos a cargo, es decir: el 225% del IPREM mensual incrementado en una sexta parte, siendo su importe para el año 2011 de 1.397,83 euros y ligeramente inferior el año anterior.

A fin de situar la pretensión del actor en el contexto normativo actual, debemos empezar por señalar que el precepto citado por el mismo, artículo 211 de la LGSS establece en su apartado 3º, en lo que al presente asunto resulta de interés lo que sigue: “3.- La cuantía máxima de la prestación por desempleo será del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo; en tal caso, la cuantía será, respectivamente, del 200% o del 225% de dicho indicador”. Por su parte, el Decreto 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, tras la reforma legislativa del año 2004, regula en su art. 4 la cuestión relativa a la cuantía de la prestación contributiva de desempleo de la manera que sigue:

“1. La base reguladora de la prestación por desempleo se calculará dividiendo por 180 la suma de las cotizaciones por la contingencia de desempleo correspondientes

a los últimos ciento ochenta días cotizados precedentes al día en que se haya producido la situación legal de desempleo o al del que cesó la obligación de cotizar. Para el cálculo de la base reguladora no se computarán las cotizaciones correspondientes al tiempo de abono de la prestación que efectúe la Entidad Gestora o, en su caso, la Empresa.

Cuando exista descubierto de cotización durante alguno de los días computables a efectos de determinar la base reguladora, ésta se completará estimando la que hubiera correspondido de haberse cotizado.

2. La cuantía de la prestación se determinará aplicando a la base reguladora el 80 por 100 durante los ciento ochenta días, el 70 por 100 del día 181 al 360 y el 60 por 100 a partir del día 361.

3. A efectos de calcular las cuantías mínima y máxima de la prestación por desempleo, el salario mínimo interprofesional se incrementará en la parte proporcional de dos pagas extraordinarias de treinta días cada una de ellas.

4. La cuantía máxima será proporcional al salario mínimo interprofesional según la siguiente escala:

170 por 100 cuando el trabajador no tenga ningún hijo a su cargo.

195 por 100 cuando tenga un hijo.

220 por 100 cuando tenga dos o más hijos.

A estos efectos se entenderá que se tienen hijos a cargo cuando éstos sean menores de veintiséis años o mayores incapacitados, carezcan de rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional y convivan con el beneficiario. No será necesaria la convivencia cuando exista la obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial.”.

La mención en exclusiva de los hijos a cargo, y no de otros familiares no puede entenderse como un descuido u omisión del legislador pues éste ha tenido un especial cuidado de marcar condiciones distintas cuando regula alguno de los supuestos de suspensión de ésta prestación de desempleo, por ejemplo, en el artículo 212.1 b) donde señala “responsabilidades familiares”, como causa impositiva de la suspensión en un caso concreto, o cuando regula el desempleo no contributivo, situación que sigue a la prestación del desempleo contributivo, tras su agotamiento, en la que establece (art 215.1ª) como una de sus premisas: “tener responsabilidades familiares”, lo que interpreta la propia norma en el sentido declarado en el apartado 2 del citado precepto al señalar que “se entenderá por responsabilidades familiares “tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos...”.

Es cierto que el Tribunal Supremo ha entendido como caso especial tener a cargo a los hijos de los hijos, pero tal sentido descendente y de absoluto desvalimiento no puede predicarse de un colateral, que en el momento actual está percibiendo una pensión de 624,30 euros, si bien su situación familiar podrá ser valorada posteriormente si el ahora recurrente mantiene su condición de desempleado, en base al marco legislativo antes expresado.

Por todo lo cual, se estima que la sentencia de instancia ha efectuado una interpretación correcta del precepto señalado, lo que nos lleva a desestimar el recurso y a la íntegra confirmación de la sentencia de la instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por DON F.J.A.L. contra la sentencia dictada en fecha 16 de marzo del 2012 por el Juzgado de lo Social nº DIECISIETE de los de Valencia, contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL. Confirmamos íntegramente la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 117, de 23 de enero de 2013

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajador al servicio de empresa constructora con categoría profesional de Oficial 2ª. El actor presta sus servicios como maquinista. Posteriormente es trasladado a otro puesto de trabajo de otra planta pero perteneciente al mismo grupo empresarial. El actor realiza funciones distintas con merma en la retribución al no cobrar determinados complementos. El actor, miembro del comité de empresa, solicita el derecho a ser repuesto al puesto de maquinista que venía ocupando con anterioridad.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando el derecho del actor a ser repuesto a su puesto de trabajo de maquinista, condenando a las demandadas a pasar por esta declaración y al abono de determinada suma en concepto de diferencias retributivas para determinado periodo.

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

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Inmaculada Linares Bosch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte demandada frente a la sentencia que estimado en parte la demanda, declara el derecho del actor a ser repuesto al puesto de trabajo de maquinista, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y al abono de 5.713,27€, en concepto de diferencias retributivas del período del 1-1-10 al 30-9-11. El primer motivo del recurso se redacta al amparo de la letra b) del art. 193 de la LRJS, solicitando, en primer lugar, la revisión del hecho probado primero a fin de que conste como categoría profesional del actor la de “Oficial 2º maquinista”, basándose en el folio 500.

La revisión no se admite, pues la Magistrada de instancia ha obtenido su convicción de las nóminas obrantes en autos, por lo que no se aprecia error en la valoración de la prueba, pues tal como indica el Tribunal Supremo en la sentencia de 11-12-2003, “solamente gozan de virtualidad revisora aquellos documentos que por si mismo hagan prueba de su contenido y no resulten contradichos por otros documento probatorios”.

2. En segundo lugar, se solicita la revisión del hecho quinto, a fin de que quede redactado con el texto que propone, basándose en los folios 89 a 400 y 450 a 538.

La revisión no se admite, pues conforme a reiterada doctrina para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, tal como ya manifestó el extinto Tribunal Central de

Trabajo en sentencias de 29 de septiembre o 9 de diciembre de 1.989, y en el presente caso la Magistrada de instancia ha obtenido la convicción relativa a las tareas efectuada por el actor, tras la valoración de la prueba documental y testifical, por lo que no se aprecia error, que ha de ser patente y evidente, en su valoración.

3. En tercer lugar, solicita la revisión del hecho probado sexto, referido a las cantidades percibidas por el actor, proponiendo la siguiente redacción al mismo, “La modificación operada ha supuesto una merma retributiva para el trabajador, puesto que si bien se le ha mantenido en su sueldo base y su antigüedad consolidada, no lo ha sido el plus de actividad que obviamente se ha visto reducido al no realizar horas extraordinarias que en el anterior puesto sí que realizaba. En concepto de plus de actividad el trabajador percibió en el año 2009 la cantidad de 3.841,88 euros/anuales, en el año 2010 la cantidad de 10,74 euros y en el año 2011 la cantidad de 195 euros. El actor en cómputo anual percibió en el año 2009, la suma bruta de 21.703,49 euros, con un promedio diario de 59,46 euros; en el año 2010, la suma de 18.539 euros, con un promedio diario de 50,79 euros; en el año 2011, la suma de 18.220,76 euros brutos”, basándose en los folios 691 a 780.

La revisión no se admite, pues el recurrente pretende introducir la cuantía de las cantidades percibidas anualmente en concepto de plus de actividad, y el hecho impugnado ya declara el cómputo anual percibido indicando en el fundamento de derecho cuarto la referencia a la perdida retributiva, por lo que no se aprecia que al Magistrada de instancia haya incurrido en error en la valoración de la prueba.

4. Por último solicita la revisión del hecho probado decimoprimer, proponiendo redacción alternativa, en base al folio 907.

Dado que el contenido del hecho impugnado se extrae del documento citado por el recurrente, debe entenderse íntegramente por reproducido.

SEGUNDO.- El segundo motivo se dice redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, -debe entenderse referido al art. 193 de la LRJS conforme a la Disposición Transitoria 2ª de la LRJS-, y en el mismo se denuncia en primer lugar, la incorrecta aplicación de los art. 5 y 39.1 del ET y del art. 73 del Convenio General de la Construcción, alegando el recurrente que no nos encontramos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo sino ante movilidad interna, se traslado al actor por incremento de actividad en agosto-09 de la planta de F. pero que a partir del 2010 se produjo una importante disminución del volumen de obra y la realización de funciones de inferior categoría ha sido puntual y no supera el máximo de tres meses previsto en el art. 73 del Convenio. En segundo lugar, se denuncia la incorrecta aplicación de los art. 35 y 39 del ET respecto al plus de actividad y al mantenimiento de derechos económicos; sostiene el recurrente que el actor nunca percibió plus denominado de permanecía, que percibía complemento de “actividad” caso de realizar horas extras y el de “incentivo”, junto con “plus nocturnidad”, cuando realizaba horas nocturnas, y que al haber disminuido el número de horas extras ha disminuido el plus de actividad, careciendo el actor de derecho a percibir el plus de actividad cuando no se realizan horas extras.

De la relación de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, y de los que con igual valor fáctico constan en la fundamentación jurídica, se desprende que el actor, oficial 2ª realizando funciones de maquinista, fue trasladado a principios de noviembre-09 a la planta de F., y desde finales de 2009 ha compaginado las tareas propias de maquinista con trabajos de mantenimiento y limpieza propias de la catearía de peón, así durante los años 2010 y 2011 el actor ha dedicado jornadas completas, en ocasiones durante toda la semana, a labores de jardinería, pintura de casetas, arreglo del taller, pintura de vallas, comedor, oficinas y hierros, arreglo del taller, limpieza y lijado del depósito de gasoil, limpieza de los áridos y hierbas de la planta, limpieza del almacén, entre otras; habiendo percibido en cómputo anual: en el año 2009 la suma de 21.703,49€ brutos, con un promedio diario de 59,46€ en el año 2010, la suma de 18.539€ con un promedio diario de 50,79€; en el año 2011, la suma de 18.220,76€ brutos. De lo expuesto no cabe apreciar que la sentencia haya incurrido en la infracción denunciada, pues no consta en el relato fáctico la realidad de necesidades perentorias o imprevisibles que justifiquen la realización por el trabajador, durante tan dilatado periodo de tiempo, de tareas propias de una categoría inferior a la de oficial 2ª, siendo que el limite temporal fijado en el Convenio Colectivo es de tres meses, debiendo la empresa haber utilizado el cauce previsto en el art. 41 del ET caso de existir razones económicas o de producción que justificasen la modificación operada. Y, en cuanto a la condena por diferencias retributivas, consta en la fundamentación jurídica de la sentencia que “la modificación operada ha supuesto una merma retributiva para el trabajador, puesto que si bien se le ha mantenido su sueldo base y su antigüedad consolidada, no lo han sido el plus de actividad y permanencia, que obviamente se han visto reducidos al no realizar horas extraordinarias, que en el anterior puesto si realizaba”, debiéndose tener en cuenta que el IV Convenio Colectivo General del Sector de la Construcción, en su art. 43 incluye entre las percepciones salariales los complementos “De calidad o cantidad de trabajo, tales como primas, incentivos, destajos, pluses de actividad o asistencia u horas extraordinarias”, indicando el art. 61 del Convenio que “Los importes de las horas extraordinarias para cada una de las categorías o niveles se determinarán, en tabla anexa, en los convenios colectivos de ámbito inferior al presente. 2. Las empresas, siempre y cuando no se perturbe el normal proceso productivo, podrán compensar la retribución de las horas extraordinarias por tiempos equivalentes de descanso”, no constando que en los hechos probados, ni se ha tratado de introducir por el recurrente, que el otro trabajador con categoría de oficial palista no haya percibido los conceptos retributivos de “incentivo” y “actividad” durante el periodo objeto de reclamación, por lo que no es posible concluir que la sentencia haya incurrido en la infracción denunciada, ya que si el actor ha sufrido un merma retributiva y el art. 39.3 del ET establece que cuando se encomienden funciones de inferior categoría se mantendrá la retribución de origen. Todo lo cual lleva a desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

TERCERO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LRJS, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

2. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235 LRJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de P. Empresa Constructora SA y C.A.R.O. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.4 de los de Alicante, de fecha 25-1-2012, en virtud de demanda presentada a instancia de J.F.F.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que se mantengan los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva, en su caso, la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 400 euros.

Sentencia núm. 129, de 23 de enero de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Cálculo valor horas extraordinarias. Trabajador al servicio de empresa de seguridad. Inclusión de determinados conceptos de retribución en la nómina del trabajador.

Juzgado: Desestima la excepción de caducidad del expediente y estima parcialmente la demanda interpuesta por el sindicato denunciante en nombre de su afiliado, condenado a la empresa demandada al abono de determinada cantidad.

Sala: Estima en parte el recurso en el sentido de modificar la cantidad objeto de condena.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la empresa V.I. S.A la sentencia dictada el día 13 de marzo de 2.012 por el juzgado de lo social número 15 de los de Valencia que estimó en parte la demanda frente a ella deducida por J.E.N.S. en reclamación de cantidades no satisfechas en concepto de horas extraordinarias.

2. El recurso, que ha sido impugnado por el trabajador actor, se encuentra articulado en dos motivos que se destinan a la censura jurídica.

SEGUNDO.- 1. En el primero de los mismos se considera que la resolución recurrida ha infringido el art. 237 de la LEC, pues se alega que en el presente proceso por diligencia de ordenación de fecha 23-9-2.008 se acordó su archivo provisional, no reactivándose el mismo hasta el día 27-12-2.011, lapso de tiempo éste superior a dos años en el que no hubo actuación judicial alguna, por lo que el procedimiento debió ser archivado definitivamente.

2. Se rechazará el motivo, pues la recurrente en su argumentación, olvida reseñar que la causa del archivo provisional del expediente no fue otra que la suspensión del proceso decretada por el órgano jurisdiccional amparada en el art. 158.3 de la LPL, al constar la tramitación de un conflicto colectivo en las que se dilucidaban cuestiones cuya resolución afectaba precisamente a las cuestiones que aquí se discutían. Y tratándose la concurrencia de esta causa de suspensión del proceso de una causa de paralización del mismo no imputable a la voluntad del actor, no procede la aplicación del instituto de la caducidad en la instancia conforme preceptúa el art. 238 de la LEC.. En este sentido cabe recordar que esta Sala en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación 1261/2.012 haciendo referencia a tal suspensión dictada en procedimiento similar, y examinando la posible prescripción de la acción ejercitada, razonó que “ la tramitación de estos procesos colectivos interrumpe la prescripción, pues, como dijo la *STS de 13.6.2001, rcud. 3803/00*, "estamos ante una prejudicialidad que presenta unas connotaciones tan específicas que muy bien podrían calificarse de prejudicialidad normativa, en tanto en cuanto la sentencia que se dicta en el proceso de conflicto

colectivo define el sentido en que se ha interpretado la norma discutida o el modo en que ésta ha de ser aplicada, y por ello participa de alguna manera, del alcance y efectos que son propios de las normas, extendiendo su aplicación a todos los afectados por el conflicto, pero con categoría de norma, para que, cada uno, tomando tal sentencia en sus declaraciones de premisa iuris, pueda ejercitar las pertinentes acciones individuales de condena, bajo el amparo de aquella sentencia que puso fin al proceso de conflicto colectivo".

TERCERO.- 1. En el segundo de los motivos del recurso, denunciando como infringidos el art. 35 E.T y los apartados g) y h) del art. 69 del Convenio colectivo de empresas de seguridad se cuestiona que hayan sido tenidos en cuenta para el cómputo de la retribución de las horas extraordinarias los pluses de nocturnidad y festividad cuando no consta que las horas en cuestión cuya retribución fue reclamada por el actor hayan sido prestadas en horario nocturno o en días festivos.

2. La cuestión suscitada ha sido objeto de análisis en numerosas y recientes Sentencias del Tribunal Supremo, expresando la STS de 3-7-2012 - rcud 4.015/2011- la doctrina unificada de la Sala de la forma siguiente: *"La censura jurídica de la empresa debe prosperar en parte, pues así resulta de la doctrina unificada de esta Sala dictada sobre esta misma cuestión en diversas sentencias entre las que pueden citarse las de 1 de marzo de 2012 (rcud.- 4478/2010), 1 de marzo de 2012 (rcud.- 1881/2011), 20 de marzo de 2012 (rcud.- 2671/2011) o 24 de abril de 2012 (rcud.- 2722/2011) entre otras muchas dictadas en el mismo sentido cuya doctrina, que con mayor extensión se reproduce en dichas sentencias y a la que en consecuencia nos remitimos, puede resumirse como se recoge en la última de las sentencias citadas, como sigue: 1) Que, conforme a la doctrina de nuestra repetida sentencia de conflicto colectivo de 21/2/07 (Rc 33/06), "la hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base sino también con todos los componentes salariales que integran el salario ordinario". 2) Que, tal como se hizo en la sentencia que sirve de contraste es necesario distinguir entre lo que se dijo en la sentencia de conflicto colectivo con carácter general y abstracto y lo que procedía decir en aplicación de la misma, y de los preceptos estatutarios, al caso concreto planteado. Siendo esta segunda interpretación la que procede mantener, como igualmente ha hecho el Ministerio Fiscal en su informe. En efecto, una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas las horas extraordinarias", y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias "en particular". 3) Que si se parte de la base de que complementos como los denominados "plus de peligrosidad, de nocturnidad o de festivos" vienen calificados en el art. 69 del Convenio como "complementos de puesto de trabajo" de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se solicite cuando no se preste el trabajo en tal situación. Por lo tanto, el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante*

correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cualesquiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria”.

3. Y partiendo de estos parámetros, y en casos en los que no resulta del relato histórico de la sentencia sí las horas cuya retribución se reclama fueron desempeñadas en las especiales condiciones que retribuye cada uno de los complementos cuya inclusión se pretende, y constando que la empresa no los ha incluido, debemos estimar parcialmente la censura jurídica que formula la empresa adoptando la solución que han propiciado las resoluciones del Alto Tribunal en supuestos similares, como es el objeto de enjuiciamiento en la ya citada STS de 3-7-2012 que al respecto señala *“resultando de lo actuado que, aunque los actores no tienen derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa les ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso interpuesto contra la sentencia recurrida, se condene a la demandada a abonar a los actores la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia”.*

CUARTO.- Por lo expuesto, no procede sino la estimación parcial del recurso interpuesto en el sentido de revocar la condena contenida en la sentencia de instancia modificando el fallo en los términos expuestos. Sin costas y con devolución al recurrente del depósito constituido, manteniendo la consignación efectuada.

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por V.I. S. A contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de VALENCIA en sus autos núm. 517/08 de fecha 13-3-2012 revocamos la resolución recurrida en el sentido de modificar la cantidad objeto de condena la cantidad diferencial adeudada que resulte calculada en ejecución de sentencia con arreglo a los parámetros expuestos en la fundamentación jurídica de esta resolución. Sin costas y con devolución al recurrente del depósito constituido, manteniendo la consignación efectuada.

Sentencia núm. 134, de 23 de enero de 2013

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Vulneración derecho fundamental. Trabajadora que presta sus servicios como camarera en empresa hostelera.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda al tiempo que absuelve a la parte demandada de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda, determinando inexistencia de vulneración de derecho fundamental alguno en cuanto al despido del trabajador por causas objetivas. Absuelve a la demandada de las peticiones contenidos en el suplico de la demanda en cuanto a la nulidad o improcedencia del despido.

Sala: Estima íntegramente el recurso declarando vulneración de derecho fundamental y declarando nulo el cese impugnado con la obligación de readmitir a la trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de E.M.L.A. la sentencia que dictó el día 16 de julio de 2.012 el Juzgado de lo Social número 1 de los de Valencia que desestimó la demanda por ella entablada contra la mercantil, C.P.R., y el Ministerio Fiscal, en la que pretendía se declarase nulo el despido objetivo a ella notificado el día 27-2-2.012 con condena a la empresa a las consecuencias inherentes a tal declaración de nulidad, así como a una indemnización adicional de 6000 euros. El recurso se ha impugnado por la demandada, mientras que el Ministerio fiscal ha solicitado su estimación.

2. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión de los hechos que han sido declarados probados, proponiéndose las revisiones siguientes:

- que, con sustento en la documental obrante a los folios 192 y 193 (supresión del puesto de encargada), 64 a 72 y 78 a 87 (horas días cotizadas a la seguridad social por la demandada a cuenta de los trabajadores), 168 a 190 (contrataciones y existencia del centro de Moncada) el inciso final del hecho cuarto quede redactado con arreglo al siguiente tenor: *“Los datos reflejados en la comunicación de despido y aportados a las actuaciones señalan como causa principal de los resultados económicos negativos en 2010 y 2011 el elevado importe de los “Gastos de Personal”.*

La práctica empresarial en materia de altas, bajas y novaciones contractuales de trabajadores revela los siguientes extremos:

a) la empleadora suprimió el puesto de Encargada a jornada completa (D^a F.S.P.) con efectos de 5.10.2.011.

b) El resto de plantilla en las mensualidades comparadas, hasta Febrero de 2.012, al ser este el mes del despido impugnado, muestra la siguiente carga de horas contratadas y cotizadas mensual mensualmente:

	2010	2011
<i>OCTUBRE</i>	<i>510+ ENCARG.</i>	<i>573</i>
<i>NOVIEMBRE</i>	<i>456+ ENCARG</i>	<i>450</i>

DICIEMBRE	315+ENCARG	476
	2011	2012
ENERO	309+ ENCARG	391
FEBRERO	195+ENCARG	336
MARZO	220+ENCARG	352
ABRIL	317+ENCARG	320
MAYO	632+ENCARG	370

c) Al menos desde la mensualidad de mayo de 2011, la empresa demandada, C.P.R. S.L, efectuó contrataciones laborales por causa de acumulación de tareas” en relación el “inicio de actividad” en un centro de trabajo sito en M. diferente por tanto del explotado en la localidad de R.. Así aparecen contratados, al menos:

- P.C.P., con contratos de 06.07.11 a 31.10.11 y nuevo contrato de 4.11.11 a 3.05.12;
- N.S.C., desde 17.05.2011, despedida 27.07.11.
- A.P.Z., con contratos de 6.07.1, pasando al centro de R. en 25.07.11 y continuando en activo.
- S.L.I., con contrato desde 20.05.11, despedida en 8.06.11.
- M.M.F., desde 17.05.11 a 30.09.11
- V.C.N., de 29.06.11 a 07.07.11.”

Dicho centro se mantenía en explotación al menos en la fecha del despido objetivo de la demandante, con dos ayudantes de camarero, cubriendo una jornada de 24 horas semanales.”;

- que entre los hechos cuarto y quinto, con sustento en la documental obrante a los folios 1 a 3 (carta de despido), 144 a 167 (volumen medio de plantilla) y 204 a 234 (nóminas de la administradora) quede intercalado un nuevo hecho que diga:

- “...Los gastos de personal declarados por C.P.R., S.L fueron de:
- del 20.08.2010 al 31.12.2010 55.650, 00 €
 - del 01.01.2011 a 31.12.2011 156.615, 00 €

entre los que se incluyen las retribuciones de la administradora- gerente D^a M.S.E.D. que, según los recibos salariales, ascendían al importe bruto de 2.838,27 euros mensuales y que percibió – al menos documentadamente- hasta Octubre de 2.011.

El volumen de plantilla media (nº de horas cotizadas por contratados/ jornada completa= nº de trabajadores) en tales meses citados tan solo superaba los 3 o 4 trabajadores teóricos durante los meses de máxima actividad (mayo a septiembre)”;

- que, con arreglo a lo que obra en la documental 111 y 112, 117 y 118, 133 y 134 y 136 a 137 consistente en conversiones contractuales, se añada al quinto de los hechos probados que:

“a) J.G.P. vio transformado en indefinido el contrato temporal que le unía a la empresa en fecha 15.11.2.011.

b) E.P.T., gozó de igual transformación en fecha 9.10.11

c) M.E.W., cuyo contrato inicial de 22.10.2011 fue transformado en indefinido en fecha 01.02.2011 y

d) M^a A.P. cuyo contrato inicial de 4.11.20011 fue transformado en indefinido en 1.02.2.011”;

- finalmente, se pretende con cita de los folios 88, 168 a 190 y 208 a 209, sea adicionado también al hecho quinto el siguiente tenor tras la expresión “ 56 horas semanales”: “*si bien desde mayo de 2011 la empresa explota otro centro de trabajo radicado en M. al que asigna determinado personal que también presta servicios en el sito en R. y que en Febrero de 2012 suponía al menos un total de 24 horas, de modo que la empresa atendía dicho mes un total de 80 horas de trabajo*”.

3. Partiendo de que el Tribunal Supremo ha expresado en reiteradas sentencias, de las que son expresión las de 3-3-1998 y 11-12-2003 (recurso 63/2003), "la revisión de hechos -de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba pericial o documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara...pues el error que se imputa debe derivarse inequívocamente de pruebas singulares y tasadas. y 4º) Que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa del mismo", hemos de estimar las tres primeras revisiones propuestas pues no son sino el fiel reflejo de la no contradicha documental citada en su sustento, gozando de virtualidad modificativa del fallo desde el momento en que dotan a la ulterior censura jurídica que efectúa la actora en el postrer motivo del necesario soporte fáctico; por el contrario, rechazaremos la cuarta, por no suponer más que una valoración de datos ya recogidos en las otras tres revisiones que se propusieron.

SEGUNDO.- 1. El motivo correlativo del recurso es el que se destina a la censura jurídica y se formula con correcta invocación del apartado c) del art. 193 de la LRJS y en el se denuncia que la resolución recurrida, al estimar procedente el cese de la actora, por estimar que concurría una causa objetiva justificadora del cese, no estimando que el mismo ha conculcado sus derechos fundamentales lo que habría de determinar la nulidad del mismo, así como la indemnización de la actora por tal lesión conculca:

a) en primer lugar, los arts. 52 c) y 51.1 E.T por cuanto que se considera que no concurre la causa económica y productiva invocada por el empresario en la comunicación extintiva pues se considera que los gastos de personal durante los ejercicios 2.010 y 2.011 se encuentran artificiosamente inflados con la retribución de la administradora;

b) en segundo lugar, del art. 53.4, por cuanto que se considera que la no concurrencia de la causa objetiva invocada encontrándose la actora embarazada en el momento del cese ha de determinar la nulidad del mismo;

c) en tercer lugar, de los arts. 14, 24, 35. 2 y 39 de la CE por cuanto que se aduce que la selección de la actora como trabajadora cuyo puesto de trabajo debe amortizarse, no es más que una actuación empresarial encaminada de una lado a represaliar a la trabajadora a consecuencia de un anterior proceso por despido por ella promovido que se saldó con una condena a la empresa a su readmisión, y, de otro lado, a evitar una trabajadora cuya maternidad era inminente;

d) finalmente, del art. 183 de la LRJS, por cuanto que se considera que la actora resulta merecedora de una indemnización de adicional de 6.000 euros al ver lesionados sus

derechos fundamentales e impedido su derecho a conciliar su condición de madre y de mujer trabajadora.

2. El relato de hechos probados, completado con cuanto ha quedado consignado en el anterior fundamento derecho, nos expone el supuesto a enjuiciar: la actora es una trabajadora que viene prestando servicios por cuenta y orden de la demandada, empresa dedicada a la hostelería, desde el 1-9-2010, como camarera, siendo su inicial contratación eventual por circunstancias de la producción con fecha de finalización prevista de 30-9-2010, siendo prorrogado hasta el día 31-8-2011, notificándose el día 15-8-2011 que dicha relación no se prolongaría más allá de aquella fecha, extinción contractual que fue impugnada por la trabajadora, anulándose la misma por sentencia dictada el día 7-2-2012 por el Juzgado de lo social número 13 de esta ciudad, resolución esta en la que se estimó fraudulenta la contratación temporal de la actora, que a la sazón se encontraba embarazada; que habiendo iniciado la actora un periodo de IT el día 24-2-2012, y habiendo señalado la empresa el día siguiente como fecha para la readmisión el día 25-2-2012, el día 27 siguiente procede a remitir a la trabajadora comunicación extintiva fundada en causas económicas – consistentes en resultados negativos de ejercicios anteriores con elevados gastos de personal, y productiva- imposibilidad de dotar a la actora tras su readmisión de trabajo efectivo al tener la plantilla cerrada en el centro de trabajo-, alegando que se le ha seleccionado como trabajadora afectada por la decisión extintiva por el hecho de que es la trabajadora que tiene menos experiencia en el sector, siendo, por otro lado, la que destina más tiempo que los demás en la realización de las mismas tareas; consta que la empresa tiene un resultado negativo tanto en el ejercicio 2010 como el posterior 2011, datos que debemos completar con lo consignado en las revisiones estimadas en el primer fundamento de derecho, sin que conste dato alguno de la experiencia profesional de los trabajadores que continúan prestando servicios en la empresa y ni sobre la supuesta dilación de la actora en la ejecución de las tareas encomendadas; constando así mismo, que esta inicio baja por IT el día 24-2-2012, comenzando el descanso maternal el día 31-3-2012, finalizando el mismo el día 20-7-2012.

3. Dados estos datos debemos señalar que a la hora de calificar el despido objetivo el art. 53.4 del E.T considera que el mismo debe ser calificado como nulo tanto en los casos en que el mismo resulte discriminatorio o vulnerador de derechos fundamentales o cuando se trate de trabajadoras embarazadas, siempre y cuando en este último caso no “se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el embarazo”. Por su parte, el art. 51.1 del E.T en su redacción vigente a la fecha del cese, esto es, en la posterior al RD Ley 3/2012 de 10-2 señala que “se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante tres trimestres consecutivos. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”. Debe tenerse en cuenta, que en los supuestos de que se estime la concurrencia de una causa objetiva de extinción contractual que afecte a varios trabajadores, la selección del

concreto trabajador afectado, puede ser objeto de revisión por parte de los órganos jurisdiccionales si no respeta las preferencias establecidas en favor de los representantes legales o sindicales de los trabajadores (arts. 68 E.T y 10 LOLS) , o si obedece a móviles fraudulentos o discriminatorios – en este sentido se pronuncia la STS de 19-1-1998. Por otro lado debemos considerar que la L.O de igualdad efectiva de mujeres y hombres de 22-3-2007 considera en su art. 8 como discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable que se proporcione una persona por razón del embarazo, considerando en el art. 9 como discriminatorio todo trato desfavorable que reciba una persona en represalia por reclamar el reconocimiento de la igualdad de trato y de la no discriminación por razón de sexo. En este mismo sentido y desarrollando el concepto de garantía de indemnidad la Jurisprudencia del T.Co ha señalado que: *“la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Por tal razón hemos dicho que el derecho consagrado en el art. 24.1 CE, no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, lo cual significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos al mismo no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, SSTC 55/2004, de 19 de abril, FJ 2; 87/2004, de 10 de mayo,; 38/2005, de 28 de febrero ; y 144/2005, de 6 de junio, FJ3). En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos (SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2 ; 38/2005, de 28 de febrero, FJ 3; y 138/2006, de 8 de mayo, FJ 5), de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores)”*.

4. Pues bien, dados los hechos expuestos y efectuadas las anteriores consideraciones legales y doctrinales, estamos en el caso de estimar la censura jurídica que se efectúa en lo relativo a la calificación del cese, coincidiendo con la recurrente y con el Fiscal a la hora de estimar que el mismo debió ser calificado como nulo. Resulta en este caso que la empresa basándose en la cobertura de una aparente causa objetiva económica de extinción contractual como es la existencia de pérdidas en dos ejercicios consecutivos procede a extinguir la relación contractual de la actora, trabajadora que se encuentra en situación de embarazo, y que precisamente a la fecha de la extinción contractual acababa de obtener una sentencia favorable en un anterior proceso de despido, datos estos que han de operar como indicios a los efectos del art. 181 de la LRJS de la vulneración de derechos fundamentales invocada, y que en modo alguno quedan desvirtuados por la concurrencia de la causa objetiva a que hemos hecho referencia, pues afectando la misma a la totalidad de los trabajadores de la empresa debería haberse acreditado que el criterio de selección utilizado para determinar el puesto a amortizar no obedece a criterio discriminatorio alguno, sino a criterios

objetivos y ajenos a tal móvil, lo que si bien si se alega en la comunicación extintiva, no se justifica en el ulterior proceso judicial.

5. Y dicho lo anterior hemos de compartir igualmente la vulneración que se denuncia del art. 183 de la LRJS. Acreditada la vulneración y siguiendo lo que razonábamos en la citada por el recurrente Sentencia de esta sala resolutoria del rec. 2625/2.011 al señalar “ *hay que recordar lo establecido por nuestro Alto Tribunal en su sentencia de 21 de julio de 2003, que cita las de 22-6-96, 2-2-98 y 28-2-2000, y que modificó doctrina precedente expresada en sentencia de 21 de julio de 1993, señalando que “...Estos preceptos (se está refiriendo básicamente al art. 180 de la LPL) no disponen exactamente esa indemnización automática, puesto que de lo que en ellos se dice resulta claro que para poder adoptarse el mencionado pronunciamiento condenatorio es de todo punto obligado que, en primer lugar, el demandante alegue adecuadamente en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifiquen suficientemente que la misma corresponde ser aplicada al supuesto concreto de que se trate, y dando las pertinentes razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar que queden acreditados, cuando menos, indicios o puntos de apoyo suficientes en los que se pueda asentar una condena de tal clase”.* Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha venido posteriormente a introducir ciertas matizaciones ya que, la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 2006, después de reafirmar que el criterio jurisprudencial reseñado en el apartado anterior era irreprochable, entiende que esa exigencia se cumple cuando se expone detalladamente en la demanda la conducta infractora del derecho fundamental de que se trate. “, para concluir en supuesto similar (trabajadora embazada que por segunda vez es despedida en tal situación), que los hechos expuestos en la demanda y acreditados en el juicio la hacen merecedora de una indemnización similar a la que ahora se reclama (6.000 euros).

TERCERO.- Corolario de lo razonado será la total estimación del recurso con la consiguiente revocación de la resolución de instancia en el sentido de estimar la demanda interpuesta, calificando como nulo el cese impugnado y condenando a la demandada a la readmisión de la trabajadora con abono de los salarios devengados con posterioridad al 21 de julio de 2007, así como al pago de la indemnización adicional de 6.000 euros. Sin costas (art. 235.1 LRJS).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por E.M.L.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de VALENCIA en fecha 16-7-2012 en sus autos núm. 392/12 PROCEDEMOS a REVOCAR LA MISMA calificando como nulo el cese impugnado y condenando a la demandada a la readmisión de la trabajadora con abono de los salarios devengados con posterioridad al 21 de julio de 2007, así como al pago de la indemnización adicional de 6.000 euros. Sin costas.

Sentencia núm. 152, de 29 de enero de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS con periodo de carencia requerido para causar derecho a la prestación que se reclama. La actora había iniciado incapacidad temporal. Agotado el susidio solicita revisión grado de incapacidad.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la demandante en situación de incapacidad permanente en grado de absoluta, derivada de enfermedad común.

Sala: Estima en parte el recurso declarando a la demandante afecta de incapacidad permanente en el grado de total cualificada para su profesión habitual, con derecho a percibir el 75% de la base reguladora establecida.

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 estimando la pretensión principal deducida en la demanda, declaró que la demandante se encontraba afecta de una incapacidad permanente en el grado de absoluta, y le reconoció el derecho a percibir una pensión vitalicia equivalente al 100 por 100 de la base reguladora de 708,18 euros.

2. El recurso se sustenta en un motivo único redactado al amparo de la letra c) del artículo 193 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), 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, que las dolencias y limitaciones funcionales que padece el demandante no le incapacitan para la realización de toda profesión u oficio pues solo le limita para actividades de visión estereoscópica y que requieran visión discriminativa o completo campo visual con ojo único funcional.

3. 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 y en la indicada redacción, señala que, "se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio".

4. Pues bien, a la vista de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, a los que la Sala queda vinculada necesariamente, el recurso

debe ser estimado. En efecto, es cierto que según se relata en aquellos la demandante tiene un importante déficit visual que merma considerablemente su agudeza visual, pero con todo y con eso su ceguera no es absoluta ni, por tanto, de puede considerar que le impide realizar cualquier actividad laboral, pues de acuerdo con del informe de valoración médica que obra en el expediente administrativo y que es el que el Magistrado de instancia ha tomado en consideración para confeccionar el relato de hechos probados, la patología que sufre la demandante en su estado evolutivo actual, le limita para actividades de visión estereoscópica y que requieran visión discriminativa o completo campo visual con el ojo único funcional. A ello hay que añadir que de acuerdo con los parámetros de la denominada escala de Wecker, que se toma usualmente como referencia para valorar el grado de discapacidad laboral en dolencias que afectan a la visión, la combinación de una agudeza visual de 0,1 en un ojo y de 0,4 en el otro arroja un resultado de 45 por 100, inferior, por tanto, al 50 por 100 que es el nivel a partir del cual se considera que la persona está incapacitada de forma absoluta para realizar cualquier profesión u oficio con el mínimo de rendimiento que exige el mercado laboral.

5. Por tanto, y a la vista de la expuesto, procede estimar en parte el recurso y declarar a la demandante afecta de incapacidad permanente en el grado de total cualificada –dada su edad- para su profesión habitual de Jefe de ventas –de acuerdo con la petición subsidiaria de la demanda-, pues entendemos que con la agudeza visual residual que tiene, no puede realizar las tareas propias de tal profesión en cuanto requieren una visión discriminativa de la que carece la actora.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LRJS, no procede la imposición de costas.

FALLO

Estimamos en parte 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. 2 de los de Elche, de fecha 20 de abril de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA J.G.D.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, estimamos la petición subsidiaria de la demanda y declaramos a la demandante afecta de incapacidad permanente en el grado de total cualificada con el derecho a percibir el 75 por 100 de la base reguladora de 708,18 euros y condenamos a al INSS a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación reconocida con las revalorizaciones correspondientes.

Sin costas.

Sentencia núm. 164, de 29 de enero de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador operario de producción que tras causar baja por despido y tras percibir prestación por desempleo solicita declaración de incapacidad: Incapacidad permanente o en su defecto incapacidad parcial. Patología previa compatibilizada con el trabajo. Alcance de las lesiones.

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

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda tanto en la pretensión de incapacidad permanente total como en la subsidiaria de obtención del grado de parcial, interpone la representación letrada del actor recurso de suplicación al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Por el primero de ellos se solicita la revisión del hecho probado 8º por considerar que el actor no realiza trabajos donde se usa la carretilla elevadora una hora por jornada y dos horas de trabajos en alturas sino que este tipo de trabajo por jornada es más amplio en virtud del profesiograma en que se basa tanto el juzgador como la recurrente. Damos por reproducido el texto que obra al folio 12, pero no damos lugar a la redacción pedida dado que los documentos citados en su apoyo ya han sido tenidos en cuenta por el juzgador de instancia, no valorando los mismos aisladamente sino en relación al total material probatorio (y recuérdese que el concepto elementos de convicción es más amplio que el de los medios de prueba), sin que a las conclusiones por él alcanzadas, que no denotan error patente y manifiesto, pueda imponerse la visión subjetiva y parcial de la parte recurrente.

También se solicita la adición de un nuevo hecho probado 11º en el que se recojan los extremos de la carta de despido de 8-2-2009 relativos a la causa del mismo, en especial que la empresa entiende que las limitaciones recomendadas por el servicio de prevención afectan al conjunto del contenido funcional de su puesto de trabajo y no solo a algunos de sus aspectos, con entidad y grado suficiente que imposibilitan el desempeño del mismo. Siendo cierto que el tenor de la carta de despido es el indicado, no admitimos la incorporación de este hecho nuevo ya que no ha sido controvertido, constando al hecho probado 7º el informe sensible de U. y al hecho 2º que el demandante causó baja por despido reconocido improcedente por la empresa, basándose en el art. 52 a) del ET, lo que es suficiente.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la recurrente denuncia la vulneración del art. 137.3 y 4 de la LGSS. Se alega en resumen que el actor

sufrió un grave accidente de tráfico en 1986 y tras el arduo tratamiento realizó una vida personal y laboral relativamente normal. Es el 9 de septiembre de 2008 cuando sufre una severa crisis epiléptica tónico-clónica generalizada y se le practicó una craneotomía el 21-4-2009, y es a partir de ahí cuando el demandante no puede realizar ninguna de las funciones de su profesión; se produjo la rotura del seno frontal y duramadre que provocó la crisis epiléptica y el actor no volvió a trabajar para la empresa. Sus funciones consisten básicamente en trabajos en altura y carga y descarga, con riesgos para él y para sus compañeros. Subsidiariamente se pide la incapacidad permanente parcial.

Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte, el artículo 137.4 del mismo texto legal señala que, “se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”; y en su número 3º que, “se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”.

Pues bien, partiendo del hecho probado 1º resulta que la profesión habitual del actor, es la de operario de producción; y según el hecho probado 8º: “realiza tareas de preparación de materiales para lo que hace uso de una carretilla elevadora, acción a la que dedica una hora de la jornada. Realiza carga de materiales en máquina sobre una plataforma situada a 3,5 m del suelo, dedicando una hora de la jornada. También realiza acción de mezcla, descarga, paletización y etiquetado del material. Posteriormente realiza tareas de carga de materiales con máquina situado sobre una plataforma a 3,5 m del suelo, y tareas de ubicación de palets en el almacén, utilizando una carretilla elevadora, empleando en tales tareas una hora de su jornada.” Por su parte y en cuanto al cuadro clínico del que adolece, según el hecho probado 9º: “El demandante presenta dolencias neurológicas, postraumáticas, post-quirúrgicas cerebrales, endocrinas, metabólicas y visuales crónicas, con tratamiento de grado moderado.” Y como consta en el mismo hecho: “Tales dolencias le limitan para actividades de conducción de vehículos potencialmente peligrosos, trabajos en altura, manejo de maquinaria peligrosa, o tareas de exigencia de visión binocular.”

Así las cosas y teniendo en cuenta todos los antecedentes del actor, el traumatismo craneoencefálico sufrido en 1986, la recuperación posterior y crisis epiléptica tónico-clónica generalizada secundaria que sufrió el 9-9-2008, a raíz de la cual fue intervenido quirúrgicamente el 21 de abril de 2.009, de manera programada, siendo el diagnóstico principal el de rotura del seno frontal y de duramadre adyacente (en relación con el traumatismo craneoencefálico sufrido en el año 1986), no podemos pasar por alto que a nivel de las limitaciones funcionales lo que nos consta es una limitación para actividades de conducción de vehículos potencialmente peligrosos, trabajos en altura, manejo de maquinaria peligrosa, o tareas de exigencia de visión binocular. Ello coincide en gran medida con el informe de U., que declaró al trabajador apto con limitaciones, además de decir que: “Se recomienda limitar los trabajos en

alturas, conducción de carretilla elevadora y trabajos con maquinaria peligrosa (...)
Como resultado de todo ello, sería conveniente una adaptación de tareas del puesto de trabajo, y en caso de no ser posible, considerar un cambio de puesto de trabajo por parte de la empresa...”.

Por lo tanto, partiendo de que en todo momento se está hablando de limitación y no imposibilidad, y poniendo en relación las limitaciones funcionales con los requerimientos del puesto de trabajo del actor, no podemos llegar a la conclusión que el mismo esté incapacitado para la realización del núcleo fundamental de las tareas que lo conforman. Téngase en cuenta que la profesión debe analizarse en un concepto amplio y desde una perspectiva global, como pertenencia a un grupo profesional determinado, analizando todo el haz de funciones que la misma conlleva. Es reiterada la jurisprudencia (entre otras sentencia del TS de 9-4-1990) que dice que debe entenderse por profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, “sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional”.

No obstante lo indicado, si que apreciamos que el cuadro clínico del actor le produce una mayor dificultad y penosidad en la realización de su trabajo ya que hay un determinado número de tareas del mismo implican tareas en altura y con maquinaria que puede ser peligrosa (hacer uso de carretilla elevadora, realizar carga de materiales en máquina sobre una plataforma situada a 3,5 m del suelo, y tareas de ubicación de palets en el almacén utilizando una carretilla elevadora). El tiempo empleado en tales menesteres no llega a la mitad de la jornada pero sí sobrepasa el tercio, lo que sumado a todo lo expuesto determina que su profesión la va a desempeñar con una merma de capacidad, una mayor gravosidad y penosidad, y en definitiva una disminución no inferior al 33 por ciento en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma. Por ello, debe ser estimado el recurso y revocada la sentencia de instancia que desestimó la demanda, pues procede reconocer al actor afecto de una incapacidad permanente en el grado de parcial para su profesión habitual, con los pronunciamientos económicos inherentes a tal declaración, consistentes en una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora que consta al hecho probado 10º (art. 139 LGSS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de J.M.B.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de CASTELLÓN, de fecha 17 de mayo de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, revocamos la citada sentencia reconociendo al actor afecto de una incapacidad permanente parcial para su profesión habitual con derecho al percibo de una indemnización a tanto alzado cifrada en 24 mensualidades de la base reguladora de 1.348,80 euros, a cuyo pago queda condenado el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Sin costas.

Sentencia núm. 180, de 30 de enero de 2013

Materia: Invalidez: Incapacidad permanente total. Trabajadora cuya profesión habitual es la de agricultora por cuenta ajena. Dolencias y limitaciones orgánicas y funcionales que le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las dolencias que padece la trabajadora le hacen merecedoras de la incapacidad solicitada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada de la parte actora, la sentencia que ha desestimado su demanda sobre Incapacidad Permanente Total, negada en la vía administrativa y reclamada en la demanda y en el recurso.

El primer motivo de recurso, formulado con amparo en el apartado b del art. 193 de la LRJS, sin atacar concreto hecho probado aunque menciona el segundo y tercero, y sin proponer claramente redacción alternativa para los mismos aduce que el magistrado de Instancia no ha tenido en cuenta las enfermedades, limitaciones o dolencias que relaciona (fibromialgia, alergia, astenia intensa, vértigo paroxístico, gonalgia, anemia ferropénica y astenia), y que a su juicio se desprenden de los informes médicos que señala. El motivo debe ser rechazado ya que, al margen de no cumplir con los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial para la formulación del motivo de modificación fáctica en el recurso extraordinario de suplicación, los informes no acreditan el error del Juzgador “a quo” que acogió el informe oficial, además las referidas dolencias aparecen en los mismos solo descritas y por referencia de la demandante, sin determinar las limitaciones que de ellas pudieran derivarse en orden a la capacidad de trabajo.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo se denuncia, por la letra c) del art. 193 de la LRJS la infracción de los arts 136, 137.1 apartado b) y 139.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Considera el recurso que contrariamente a lo argumentado en la sentencia las dolencias que presenta la trabajadora demandante son definitivas e impiden la realización de su trabajo.

Dispone el art. 136.1 de la LGSS que “En la modalidad contributiva 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 previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral...”. El art. 137.4 anterior de aplicación según establece la Disposición Transitoria 5^a bis de la

LGSS dice que: “Se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.

Para decidir el recurso hay que partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia. Se trata de una trabajadora, nacida el 24-7-1965, cuya profesión habitual de la actora es la de agricultora por cuenta ajena. Se le ha denegado la prestación de IPT, y en la fecha del hecho causante, y tras el agotamiento de las medidas terapéuticas y rehabilitadoras, a la actora se le aprecian las dolencias y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: “Cambios degenerativos dorsolumbares, lumbociatalgia bilateral. IQ en 8-10 de ovarios con ooforectomía izquierda y quistectomía derecha y ADHE renciliosis. FRCV: HTA controlada, DMEN en tratamiento con ADO controlada, dislipemia, cefalea crónica diaria tensional y trastorno ansioso depresivo en seguimiento en médico de familia. Limitación para tareas de importante carga lumbar o movimientos repetitivos con manejo de cargas asociadas. Limitación actual relacionada con la laparotomía media, con fecha de revisión en diciembre de 2010 en relación con las actividades que requieran esfuerzo abdominal”.

Pues bien, con estos datos, no cabe duda que la actora no puede seguir desarrollando su trabajo que se caracteriza por realización de movimientos repetitivos con manejo de cargas y por la realización de esfuerzos donde la carga lumbar está presente en prácticamente todos ellos. Se trata de una profesión que se realiza al aire libre y que requiere constantes movimientos de columna y extremidades para los que la actora se encuentra limitada, sin que el hecho de que la intervención sea reciente justifique que se desestime la prestación, dado que aquella y el tratamiento que debe continuar solo se relaciona con la limitación de esfuerzos abdominales, porque los cambios degenerativos dorsolumbares y la lumbalgia son enfermedades de años de evolución y producen limitaciones que deben valorarse a los efectos de obtener la prestación que se postula. En definitiva, la actora no puede realizar las fundamentales tareas de su profesión y conforme al art. 137.4 de la LGSS debió obtener la IPT.

En consecuencia se estimará el recurso y la demanda, con la consiguiente revocación de la sentencia.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña J.M.H., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche con fecha 9 de febrero de 2012; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda de la recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, declarando a la actora afecta de Invalidez Permanente en el grado de Incapacidad Permanente Total, con derecho a percibir una pensión del 55% de la base reguladora de 564,49 euros con efectos 14 de septiembre de 2010, a cuyo pago condenamos a la demandada sin perjuicio de revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan.

Sin costas.

Sentencia núm. 188, de 30 de enero de 2013

Materia: Extinción de contrato y reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la fabricación de plásticos. La empresa obtuvo autorización de regulación de empleo para la reducción de la jornada de sus trabajadores. Retraso en el pago de los salarios. El demandante solicita rescindir su relación laboral con la empresa.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones extintivas formuladas en aquella.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Los retrasos tienen una cadencia mensual siendo saldados por el empresario. Ante la situación económica de la empresa y las dificultades de tesorería que padece, no resulta ajustado a derecho admitir la posibilidad de extinción de la relación laboral, mediante la aplicación del artículo 50.1 b) del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación del demandante se formula recurso contra la sentencia de instancia, que desestimó la pretensión deducida por aquél, consistente en que se declarara la extinción de la relación de trabajo que le vinculaba con la mercantil demandada, en razón a retrasos en el pago de los salarios, petición a la que se acumuló la de cantidad, igualmente rechazada en la instancia.

Así las cosas, se solicita en primer término, bajo correcto amparo procesal, la revisión de los hechos probados, en concreto, la adición al segundo ordinal de un nuevo párrafo, así como la supresión del tercero y cuarto hecho (en realidad la sustitución de estos por una nueva redacción, que se cita), con la finalidad de que a lo expuesto en el primero de los hechos acabados de aludir se añadan una serie de datos vinculados con el impuesto de sociedades del año 2011, así como solicitud de aplazamiento de impuestos formulada en 2012, petición que no se acoge porque no tiene repercusión práctica a los fines del recurso, al margen de que en dicha frase se vierten consideraciones o valoraciones de parte que en realidad no pueden constituir un hecho probado, y por lo que se refiere a las modificaciones de la totalidad de los otros dos hechos, tampoco se estima acceder a dicha petición, en tanto la revisión del tercero se funda exclusivamente en la prueba testifical, inhábil en este extraordinario recurso, mientras que la del cuarto, sobre no acotar verdaderamente el texto que se considera debe sustituir al plasmado en la sentencia, aunque se puede inferir que son los cuatro primeros párrafos del motivo, se funda en una serie de documentos, ya examinados en la instancia, de donde no se deduce error o equivocación por parte de la juez a quo, y singularmente se concretan datos que no son más que simples redundancias respecto lo que se señala en el tercer hecho.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado se alegan como infringidos en la decisión objeto de recurso el artículo 50, 1 “b” del ET, así como la sentencia de este TSJ de 11 de septiembre de 2011, dictada en el recurso de suplicación 1835/12, pero que no constituye jurisprudencia.

Se argumenta, frente lo resuelto en la instancia, que se cumplen los requisitos que la doctrina entiende como necesarios para dar pie a la extinción indemnizada del contrato de trabajo, pues los retrasos en el pago de los salarios son periódicos, no compartiendo las reflexiones que la sentencia hace de las relaciones del actor y la empresa, cuya situación económica no tiene, a su juicio, la gravedad que recoge la citada resolución judicial, máxime los problemas que generan para el trabajador los citados retrasos, con repercusión en sus obligaciones de toda índole.

Es evidente que los problemas que se suscita en este tipo de procesos son muchas veces casuísticos, pues las generalizaciones o, mejor dicho, la fijación de criterios generales para resolverlos en ocasiones no sirven en todos los supuestos que se pueden plantear. En el caso que nos ocupa, ciertamente hay que partir de los inalterados hechos probados de la sentencia de instancia, al no haber prosperado la revisión de estos, de modo que las precisiones que se hacen en el recurso al hilo de la doctrina que cita no constituyen pauta para sentar una conclusión favorable a la tesis del actor.

Y es que lo expresado en los citados hechos probados no da pie a la resolución indemnizada del contrato de trabajo que se reclama, toda vez que los retrasos mantenidos desde el año 2010, en concreto desde el mes de julio, tienen una cadencia mensual, en definitiva, siempre aparecen saldados por el empresario dentro del mes siguiente a su devengo, salvo las pagas extras, un poco más tarde, a lo sumo a los tres meses, que junto con el dato, también recogido en el relato fáctico, de las dificultades de tesorería de la empresa que han supuesto el aplazamiento de la deuda del IVA y una coetánea reducción de jornada de sus trabajadores, invitan a considerar la razonabilidad la decisión judicial objeto de recurso, que se hace eco de diversas sentencias de esta Sala dictadas en casos semejantes que sin mucho esfuerzo intelectual pueden extrapolarse a lo que se sustanció en la instancia.

En consecuencia, se desestimará el recurso y se confirmará la sentencia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. J.C.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Valencia, de fecha 16.07.2012 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.