

Sentencia núm. 910, de 18 de abril de 2013

Materia: Despido: extinción de la relación laboral por causas objetivas. Trabajador que presta servicios en empresa de transporte con categoría profesional de oficial 2ª conductor. La empresa viene sufriendo un drástico descenso en la demanda de sus servicios, lo que conlleva a la aplicación de un ERE de suspensión. La situación empresarial no mejora y se ve obligada a llevar a cabo un despido objetivo. Censura jurídica. Causa motivadora específica del despido y falta de puesta a disposición de la indemnización.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones y declara procedente el despido objetivo de la parte actora, si bien condena a la empresa a que indemnice a la parte actora con determinada cantidad al no haberlo realizado con anterioridad, todo ello con la responsabilidad subsidiaria del FOGASA.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Declara improcedente el cese objetivo impugnado por el actor y condena a la empresa a la readmisión del mismo o a indemnizarle por despido improcedente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por J.M.G.L. la sentencia que dictó el día 10 de septiembre de 2.012 el Juzgado de lo Social número 1 de los de Benidorm que declaró procedente el despido objetivo por él impugnado en la demanda que dedujo frente a quien fuera su empleador, T.E.R. S.L. La parte recurrida ha impugnado el recurso.

2. El primero de los motivos se destina a la revisión fáctica. Se pretende que el primero de los hechos declarados probados, quede modificado en su último inciso a fin de que diga: "... y salario mensual ascendente a 53.09 euros/ días según promedio del último año trabajado (septiembre de 2.010/ agosto de 2.011), incluida la prorrata de pagas extras y la mejora voluntaria que percibía el trabajador, habiendo señalado la empresa como salario del demandante en ERE de suspensión tramitado en agosto/septiembre de 2.011 la cuantía de 53,50 euros día". En sustento de dicha revisión cita las nóminas obrantes a los folios 180 a 191 de las actuaciones donde se refleja el cobro de la mejora voluntaria salvo en el mes inmediato anterior al inicio de la vigencia del ERE suspensivo (agosto de 2.011), certificado de empresa obrante al folio 192 en el que señala que el salario medio correspondiente a los 180 días anteriores al cese es de 52,24 euros diarios y folios 138 y 198 de las actuaciones donde se refleja que en la tramitación del ERE la empresa señaló como salario del actor el de 53, 50 euros diarios.

3. Se accederá parcialmente a la revisión interesada, pues debe suprimirse del hecho primero la expresión a efectos de indemnización que no hace sino predeterminar el fallo de la sentencia y tras la consignación del salario mensual debe accederse a la inclusión los datos aportados por el actor relativos al salario anual promediado con mejora voluntaria y pagas extras (fiel reflejo de la documental que la sustenta), así como el tenido en cuenta por la empresa en el ERE suspensivo que precedió al cese del actor.

SEGUNDO.- 1 El segundo motivo, formulado con correcta invocación del apartado c) del art. 193 de la LRJS, se encuentra destinado a la censura jurídica. Si bien, y a lo largo de dos subapartados se denuncian sendas infracciones jurídicas de forma diferenciada:

– en primer lugar, y denunciándose como infringido el art. 56 E.T y con cita de la doctrina contenida en la STS de 12-5-2.005, así como en resoluciones del TSJ de Madrid – doctrina esta que por no emanar del TS no puede ser tenida por jurisprudencia conforme al art. 1, 6 Cc- se alega que habiéndose percibido retribuciones variables a lo largo del último año de prestación de servicios, el salario a efectos del despido debe ser el promedio del percibido el último año, y no el percibido el último mes que es el que ha sido tenido en cuenta por la Magistrada a quo;

– en segundo lugar se denuncia infracción de los arts. 52 y 53 E.T, ya que se considera que el empleador a la hora de llevar a cabo el despido objetivo objeto de impugnación en la demanda no colmó los mínimos requisitos formales necesarios para llevarlo a cabo, ya que: a) la carta de despido adolece de insuficiencia en su redacción generando indefensión para el operario; b) no se puso a disposición del trabajador la indemnización correspondiente al cese, lo que únicamente estaría justificado en situación de iliquidez empresarial cuando se invoque causa económica, resultando que en el caso en cuestión la causa invocada fue productiva, manifestando así mismo que si bien la empresa carecía de numerario, mantenía cierta capacidad de endeudamiento; y c) y finalmente considera insuficiente la cantidad calculada a efectos de indemnización pues no tuvo en cuenta la mejora voluntaria.

2. En lo que se refiere a la primera de las censuras efectuadas debemos señalar que la jurisprudencia del TS viene siendo constante al interpretar el art. 56.1. ET, a la hora de determinar el importe las indemnizaciones de despido (Ss. de 17 de julio de 1990, 30-5-2003, rec. 2754/2002 y 27-9-2004, rec. 4911/2003, **por todas**) señalando que "el salario que ha de regular las indemnizaciones por despido es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancias especiales". Pues bien, esas circunstancias especiales a las que se refiere la doctrina jurisprudencial concurren en nuestro caso, en el que a lo largo del último año de efectiva prestación de servicios por el actor por cuenta y orden de la demandada, el mismo ha venido percibiendo en nómina una cantidad variable de mes a mes en concepto de "mejora voluntaria", retribución esta que debe ser considerada como salarial (art. 26.1 E.T), al no haberse si quiera alegado que obedeciese a otro concepto, lo que hace que debamos estar al módulo anual y no al mensual para el cómputo de la indemnización por despido, por lo que este motivo debe prosperar.

TERCERO.- 1. Para analizar aquellas objeciones relativas a las formalidades del cese, debemos acudir a cuanto obra en el relato histórico de la sentencia recurrida donde se expone el supuesto a enjuiciar. El actor venía prestando servicios por cuenta y orden de la demandada, como oficial 2º conductor desde el 13 de mayo de 2.002, si bien entre los días 14-9-2.011 y 13-3-2.012 su contrato se encontró suspendido en virtud de autorización de la autoridad laboral empleador dictada en el seno del ERE 418/2.011 registrado en la Dirección general de Trabajo y Empleo de la Generalitat Valenciana; el día 14-3-2.012 se le notificó carta fechada el día 28-2-2.012 con fecha de efectos 14-3-2.012 notificándole la extinción de su contrato fundada en causa productiva de la siguiente manera: "*Dicho ERE (refiriéndose al que se acaba de hacer referencia) se fundamentó en causas productivas, debido a la falta de trabajo que ofrecer a la totalidad de la plantilla, como consecuencia del drástico descenso en la demanda de nuestros*

servicios, circunstancia que estaba afectando negativamente a las cuentas de la empresa desde hacía ya bastante tiempo y teniendo la previsión de que varios presupuestos presentados por diferentes clientes fuesen aprobados dentro del mencionado plazo, con lo que se tenía la esperanza se pudiese superar la situación existente. En la actualidad, la situación es igual o peor que la que motivó el ERE, al continuar sin poder ofrecer trabajo efectivo a la totalidad de la plantilla debido a la falta de demanda de nuestros servicios y la no adopción de estas medidas pone en peligro la continuidad y supervivencia de la empresa”; junto con la carta de despido no se hizo entrega de a indemnización ni constaba consignada a fecha del juicio, constando en los hechos probados que la empresa se encontraba en situación de iliquidez en dicha fecha; la resolución administrativa que autorizó el ERE suspensivo no fue impugnada por los trabajadores afectados, que firmaron voluntariamente el acuerdo alcanzado en dicho expediente y que eran conocedores de la real situación de la empresa.

2. Para resolver las cuestiones que se suscitan en la censura jurídica objeto de examen, hemos de indicar que el art. 53.1 E.T a la hora de establecer los requisitos formales que ha de observar el empresario a la hora de llevar a cabo un despido objetivo establece los siguientes:

a) Comunicación escrita al trabajador expresando la causa;

b) Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

Cuando la decisión extintiva se fundare en el art. 52.c), de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva.

c) Concesión de un plazo de preaviso de quince días, computado desde la entrega de la comunicación personal al trabajador hasta la extinción del contrato de trabajo. En el supuesto contemplado en el art. 52.c), del escrito de preaviso se dará copia a la representación legal de los trabajadores para su conocimiento.

3. Con relación a la comunicación escrita es doctrina de esta Sala expresada en nuestra S de 3-10-2006, resolutoria del Rec. 2649/2.006, que “el invocado art. 53 del Estatuto de los Trabajadores establece que la adopción del acuerdo de extinción del contrato de trabajo por los motivos contemplados en el art. 52 exige «comunicación escrita al trabajador expresando la causa ». El incumplimiento de este requisito determina la declaración de nulidad de la decisión empresarial, «ex» art. 53.4 del Estatuto de los Trabajadores – en la legislación actual la improcedencia- . Señala a este respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1982, y se ratifica en las de 10 de marzo de 1986 y 10 de marzo de 1987 que la expresión «causa» utilizada en este precepto (no se olvide que mantiene la redacción anterior (y) a la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo (y 1651) «es equivalente a "hechos", a los que se refiere el art. 55, una y otra determinantes, en definitiva, de la garantía que la ley otorga al trabajador para que, si impugna el despido, lo haga con conocimiento de los "hechos" que se le imputan, a fin de preparar su defensa, como reiteradamente ha mantenido esta Sala, lo que obliga a exigir que el contenido de la carta o comunicación sea inequívoco, es decir, lo suficientemente claro y expresivo para evitar toda duda o incertidumbre». Y en dicha Sentencia hacíamos nuestros los razonamientos de la Sala de lo

Social del TSJ de Galicia de 8 octubre 2001, Rec. núm. 4449/2001 que se pronunciaba en el sentido siguiente: "El cumplimiento de la exigencia del art. 53.1º a) requiere que se haya de ofrecer una descripción suficiente de la situación de la empresa y la conexión de la medida con la misma perfectamente al alcance del empresario y que no requiere de una actividad especialmente compleja o dificultosa, lo que no se cumple si no se indican datos, concretos, suficientes y adecuados para que el trabajador pueda articular su defensa con un previo y mínimo conocimiento de las circunstancias que se dicen que concurren, para así poder aportar en juicio la prueba necesaria en defensa de sus intereses, e incluso, realizar una valoración previa de la utilidad de iniciar el proceso judicial y posibilidades de conseguir vencer en el mismo. Y si bien esta exigencia no puede llevarse al extremo de exigir una detallada, minuciosa y pormenorizada exposición de todos los datos referentes a la situación de la empresa, tampoco puede admitirse una genérica indicación de la concurrencia de una situación de descenso total de ventas y una falta de trabajo, que no supone sino sustraer al trabajador el conocimiento de los elementos fácticos mínimamente necesarios para defenderse de la medida empresarial.". En este mismo sentido la Sala IV del TS en Ss tales como las de 30-3-2.010 o 10-11-2.011 considera que la referencia a causa debe venir referida a una concreta y específica situación, así dichas resoluciones señalan que ""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 de 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 de la empresa de un determinado tipo de causa o de una posible causa remota. Así lo entendió tradicionalmente la jurisprudencia sobre causas de despido disciplinario (STS 3-11-1982; STS 10.3.1987, Rº 1100/1986), y así lo ha entendido en general la doctrina científica en lo que concierne al despido objetivo por necesidades de la empresa."

4. La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto objeto de enjuiciamiento, donde la redacción de la carta de despido, como se ha expuesto es de carácter genérico, en la que se limita a expresarse sin más "que la situación empeorado" con relación a la que determinó la suspensión de los contratos de trabajo, sin proporcionar al trabajador dato alguno susceptible de ser contrastado, acerca de la real evolución de la producción de la empresa, debe llevarnos a estimar la censura jurídica. A ello debe añadirse que la dispensa de puesta a disposición de la indemnización en los despidos objetivos, como se deduce del tenor literal del art. 53.1 E.T, sólo opera cuando se invocan causas económicas de amortización del puesto de trabajo siempre y cuando las mismas sean determinantes de la situación de iliquidez, no así cuando la causa que se pretende que opere como justificativa del cese sea de orden productivo, lo que hace que no encontremos con otro argumento que por sí solo debe llevar a estimar la censura jurídica y a declarar improcedente el cese con arreglo a lo dispuesto en el art. 53.4 E.T. Finalmente, y aun que carezca ya de trascendencia, habiendo sido también objeto de censura jurídica, debe recordarse que no habiéndose puesto a disposición del trabajador la indemnización, la cuantificación de la misma que efectúa el empresario, como ha señalado la jurisprudencia, carece de toda relevancia (véase en este sentido la STS de 12-3-2.012).

CUARTO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino estimar el recurso, revocando la resolución recurrida, estimando la demanda deducida por el actor, calificando como improcedente el cese y condenando a la empresa demandada a abonar al trabajador a optar entre la readmisión del trabajador con abono de salarios de tramitación a razón de 53,09 euros diarios, o indemnizarle con la cantidad de 23.412, 69 euros, calculada conforme a las pautas de la Disposición Transitoria Quinta del RD Ley 3/2.012 vigente a la fecha del cese, resultado de cuantificar en 441 días de salario la indemnización correspondiente, correspondiendo los 435 primeros a los 9 años y 9 meses trabajados con anterioridad al 12-12-2.012, que se indemnizarán a razón de 45 días por año, y los 6 días restantes al mes y dos días trabajado con posterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma procesal, indemnizables a razón de 33 días por año. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con ESTIMACIÓN del recurso de suplicación interpuesto por J.M.G.L. contra la sentencia dictada el día 10 de septiembre de 2.012 por el Juzgado de lo Social número 1 de Benidorm en sus autos 518/2.012, revocamos la resolución recurrida y estimamos la demanda deducida por el recurrente frente a la empresa E.R. S.L declarando improcedente el cese objetivo impugnado por el actor y condenando a la demandada a optar entre la readmisión del actor con abono de salarios de trámite a razón de 53,09 euros diarios o a indemnizarle con la cantidad de 23.412, 69 euros, opción que deberá efectuarse en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución. Sin costas.

Sentencia núm. 927, de 23 de abril de 2013

Materia: Despido. Trabajador gerente de mantenimiento al servicio de empresa de alimentación. El actor cesa su actividad en la empresa por despido disciplinario cuyos hechos quedan acreditados. Objetividad y gradualidad en la determinación del despido.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente el despido del trabajador, absolviendo a la empresa demandada de todos los pedimentos deducidos en su contra. Las conductas del actor son merecedoras del despido disciplinario.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, declarando improcedente el despido. Las conductas imputadas al trabajador encuentran encaje dentro del convenio colectivo que rige las relaciones laborales, calificándolas de graves pero no de tal naturaleza que conlleven la declaración de despido disciplinario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el Letrado de D. V.I. la sentencia de instancia que desestimó su demanda y declaró la procedencia de su despido disciplinario.

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 actuaciones. Como fundamento de esta petición se alega por el recurrente que los testigos de la empresa tras declarar en el juicio salían de la sala de audiencias y en lugar de marcharse se comunicaban con los que allí esperaban a prestar declaración. El motivo no puede prosperar pues, por un lado, no se cita la norma procesal que se considera infringida, carga que incumbe al recurrente; y, de otro, porque tampoco consta a la Sala de modo fehaciente la veracidad y el alcance de la denuncia que se formula. También hay que considerar que para que prospere la petición de nulidad es de todo punto necesario que haya provocado una situación de indefensión en quien lo solicita (art. 191.3 d) LRJS), y en el presente supuesto no cabe duda de que el testimonio prestado por los testigos de la empresa bien pudo ser rebatido por cualquier otro medio de prueba, incluida la testifical, practicada a instancia del demandante, sin que, por lo demás, se advirtiera ni denunciara en el acto del juicio la posible situación irregular que ahora se invoca como motivo de nulidad.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso está redactado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS y lo que parece proponerse en él es la modificación del hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, en el que se dice que quedó acreditada la veracidad de la totalidad de los hechos recogidos en la carta de despido. Pues bien, sin perjuicio de señalar que esta forma de redactar los hechos es técnicamente incorrecta, pues se deben describir cada uno de los hechos que se estiman probados con referencia a los medios de prueba que lo acreditan, el motivo no puede prosperar, pues no se sabe realmente cuál es el texto alternativo que se propone por el recurrente dado que las comillas que se abren en su inicio no llegan a cerrarse tras más de cuatro folios de alegaciones. Lo que en realidad se hace en este motivo, son una serie de consideraciones en la que se mezclan cuestiones fácticas y jurídicas, con referencias no solo a documentos sino también a testimonios, en un vano

intento de que este tribunal realice una nueva valoración de todo el material probatorio, olvidando con ello que de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial de la que, por ejemplo, es expresión la STS de 17 de mayo de 2011 (rec. 147/2010) “la denuncia del error de hecho no puede ser atendida, sin 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 (no basta mostrar la disconformidad con el conjunto de ellos). 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 (no es suficiente una genérica remisión a la prueba documental practicada). 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. d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91 -... 17/01/11 -rco 75/10 -; 18/01/11 -rco 98/09 -; y 20/01/11 -rco 93/10 -).

TERCERO.- 1. Finalmente, el recurso tiene un último motivo que se formula por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, en el que se invoca la prescripción de las faltas imputadas con vulneración del artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y la infracción de la doctrina gradualista en el enjuiciamiento de la sanción.

2. La sentencia de instancia, a pesar de describir en sus fundamentos jurídicos todos los hechos imputados al demandante desde el mes de abril de 2011, entiende que tales faltas ya habían sido sancionadas, por lo que se centra para declarar la procedencia del despido en las que “tuvieron lugar en los meses de junio y julio de 2012”. Los hechos que se imputan en estas fechas son, en esencia, los siguientes: un charco junto a la isla de los helados; no haber pintado las paredes de las líneas de caja; no haber realizado en el mes de julio la revisión del grupo electrógeno; no corregir la capa de hielo que se había detectado en el mural del pescado, ni el defecto observado en la expedición de las etiquetas de la pescadería. Tales imputaciones son de naturaleza semejante a las que contiene la carta de despido que se remontan hasta el mes de abril de 2011, y la empresa, sin la debida distinción, entiende que son sancionables tanto como faltas graves de desobediencia y descuido, como muy graves de fraude, deslealtad, abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual.

3. Como acabamos de señalar, y se advierte en el propio escrito de recurso en su comunicación de despido, la empresa no señala qué conductas entiende que son graves y cuáles califica como muy graves, sino que, simplemente, llega a la conclusión que son merecedoras de la sanción de despido. Conclusión que esta Sala no comparte, pues como se ha venido señalado desde antiguo por la jurisprudencia –SSTS de 6-7-1984, 9-4-1986 1-6-1988 ó 5-7-1988-, si bien es cierto que las infracciones que tipifica el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores (ET) ofrecen normalmente cotas de gravedad, no operan de manera automática como causa de despido, sino que obliga a ponderar las circunstancias que median y los efectos producidos, debiendo valorarse, igualmente, el régimen que se establece para dichas faltas en el orden normativo sectorial aplicable constituido por el correspondiente convenio colectivo. De modo que las reglas que se contienen en él en materia disciplinaria, si bien no desnaturalizan las fijadas con valor general por el Estatuto de los Trabajadores, ha de entenderse que las desarrollan y puntualizan marcando pautas para su valoración.

4. La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado nos conduce a la declaración de improcedencia del despido, pues todas las conductas imputadas al trabajador encuentran encaje en el artículo 34, apartado B.5 del convenio colectivo que rige las relaciones laborales en la empresa demandada y que califica como falta grave: el “descuido o error importante en la conservación de los géneros o artículos del establecimiento o en la ejecución de cualquier

trabajo". En efecto, por mucho que se entienda que los hechos imputados al demandante quedaron acreditados en el acto del juicio, es evidente que todos ellos se pueden incardinar en ese concreto apartado del convenio colectivo. La propia técnica empleada en la redacción de la carta de despido, impide establecer una vinculación directa entre algunas de las conductas descritas en ella con el fraude, la deslealtad, el abuso de confianza o la transgresión de la buena fe contractual. Y el hecho de que la empresa no decidiera sancionar antes tales conductas, lo único que da a entender es que no las consideró de suficiente gravedad, lo que debilita aún más su actuación actual al pretender acumularlas todas ellas con el fin de calificarlas como muy grave. En definitiva, pues, procede revocar la sentencia y declarar la improcedencia del despido con las consecuencias previstas en el artículo 56 del ET en la redacción actual.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON V.I.F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Castellón de fecha 4 de enero de 2013 en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa M., S.A.; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido de fecha 16 de agosto de 2012 y condenamos a la empresa demandada a que a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido en la cuantía diaria de 55,8 euros, o le indemnice en la cantidad de 55.869,75 euros.

Sin costas.

Sentencia núm. 951, de 23 de abril de 2013

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad: Complemento retributivo por horas realizadas en sábado. Trabajador al servicio de empresa ferroviaria que presta sus servicios como operario de mantenimiento y fabricación. Competencia funcional para el conocimiento del recurso. Afectación general. Procedencia.

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

Sala: Desestima el recurso y declara la nulidad de las actuaciones posteriores a la sentencia, procediendo a declarar la firmeza de la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por C.N.M. la sentencia que dictó el día 20 de julio de 2.012 el Juzgado de lo social número 16 de los de Valencia que desestimó la demanda por el interpuesta frente a la entidad RENFE OPERADORA en reclamación de 720 euros en concepto de complemento retributivo por trabajos realizados en sábado.

2. La primera cuestión que debe realizar la Sala con carácter previo, si procediese a la resolución, de los concretos motivos del recurso es examinar su propia competencia funcional para el conocimiento del mismo, cuestión esta de orden público procesal, y susceptible con arreglo art. 240.2, párrafo 2º de la LOPJ, de dar lugar a una nulidad de actuaciones. Para tal examen debe comenzarse por señalar que en su demanda el actor solicitó que “se le reconozca el derecho a percibir el complemento de trabajar los sábados, domingos y festivos, y la cantidad de 720 euros correspondientes a seis sábados trabajados”. Por parte del actor se sostuvo que las partes debían tener acceso al recurso de suplicación por concurrir en la pretensión ejercitada la afectación general a que se refiere el art. 191. 3 b) de la LRJS, lo cual fue rebatido en el acto de la vista, que no en el escrito de impugnación del recurso por la demandada; por el Juzgador de instancia se razonó en la sentencia que no era necesario entrar a dilucidar si existía o no tal afectación general, dado que por el actor se estaban ejercitando dos pretensiones diversas (declarativa de derechos y de condena dineraria), y dado que la primera de las mismas es una pretensión susceptible de ser examinada en suplicación, al no estar excluida del recurso, debe entenderse que dicho recurso cabe respecto de la sentencia de instancia que la misma resuelve.

3. Expuesto lo anterior, en primer lugar, hemos de mostrar nuestra discrepancia respecto de lo razonado por el Magistrado a quo. Partiendo de que se ha razonado hasta la saciedad que las acciones mero declarativas o de consulta no tienen cabida en nuestro proceso social – en este sentido cabe citar que la STC 71 /1991 se pronunciaba en el sentido de que para el acceso a la tutela judicial " es necesario que exista una lesión actual del interés propio, al margen del carácter o no fundado de la acción, lo que significa no sólo la utilidad o efecto práctico de la pretensión, sino la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden plantearse al Juez por ello cuestiones no

actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor: se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera "litis", pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo", e implicando por sí sola la primera de las supuestas pretensiones en que el juzgador a quo escinde el petitum de la demanda del actor una acción que debería ser tildada de mera consulta ("que se declare el derecho a percibir el complemento"), resulta que tal escisión efectuada por el Magistrado de instancia es, a juicio de la Sala, irreal. Lo cierto es que el reconocimiento del derecho que se reclama no es sino el presupuesto necesario para que proceda la condena dineraria que se solicita, de forma que tal declaración y la posterior condena constituyen, con independencia de los términos en los que hayan sido formuladas, una única pretensión inescindible de condena dineraria, debiéndose estar al importe de lo reclamado para computar la cuantía a efectos del recurso de suplicación. Y este razonamiento el que subyace en la redacción del art. 192.3 de la LRJS al, respecto cuando señala que "Cuando la reclamación verse sobre prestaciones económicas periódicas de cualquier naturaleza o diferencias sobre ellas, la cuantía litigiosa a efectos de recurso vendrá determinada por el importe de la prestación básica o de las diferencias reclamadas, ambas en cómputo anual, sin tener en cuenta las actualizaciones o mejoras que pudieran serle aplicables, ni los intereses o recargos por mora. **La misma regla se aplicará a las reclamaciones de reconocimiento de derechos, siempre que tengan traducción económica.**"

4. Por otro lado, y en lo que se refiere a la posible afectación general invocada, cuestionada en la instancia, se ha de comenzar por recordar como ya hacía la STS de 07 de Febrero del 2007 (ROJ: STS 2098/2007), Recurso: 3396/2005 que la doctrina Sala IV, a partir de la sentencia de 23 de octubre de 2003 dictada en Sala General , puede resumirse como sigue: "(a) La exigencia de que «la cuestión debatida afecte a todos o un gran número de beneficiarios», «contiene un concepto jurídico indeterminado, que sobre un sustrato fáctico sometido a las reglas generales de la prueba, requiere una valoración jurídica acerca de su concurrencia en cada caso concreto» (SSTC 144/1992, de 13/Octubre; 162/1992 de 26/Octubre; y 58/1993, de 15 /Febrero); (b) la apreciación de la afectación general depende de la existencia efectiva de litigiosidad en masa y también de las «características intrínsecas» de la cuestión objeto de debate, lo que supone la existencia de una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa, siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen «a todos o a un gran número» de sus trabajadores; (c) ello es también predicable de las reclamaciones frente a la Seguridad Social, en los casos en que las Entidades Gestoras utilizan criterios uniformes para resolver los actos masa objeto de su competencia; (d) la conclusión anterior no supone que la afectación general se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas, pues no se trata de tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino de si el conflicto surgido a consecuencia de la negativa o desconocimiento de unos derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social; (e) la triple distinción que establece el art. 189. 1. b LPL pone de manifiesto que la alegación y prueba de la afectación múltiple, no es necesaria cuando se trate de «hechos notorios», ni cuando el asunto «posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes»; (f) la notoriedad de que habla el art. 189.1.b LPL no es la «absoluta y general» a que se refiere el art. 281.4 LECiv, bastando que así se califique por la naturaleza de la cuestión, circunstancias concurrentes o existencia de otros procesos, y su apreciación procede aunque no haya alegación de parte, bastando para ello con que, por la propia naturaleza de la cuestión debatida, por las circunstancias que en ella concurren, e incluso por la existencia de otros procesos con iguales pretensiones, la cuestión sea notoria para el Tribunal; (g) «el contenido de generalidad» es categoría próxima a la notoriedad, en que la evidencia de afectación

múltiple es de menor intensidad, y por ello requiere que no sea cuestionado por ninguna de las partes, aunque no hubiese sido alegado, de manera que si consta la oposición de alguna de aquellas no es posible aplicar este sistema de apreciación de la afectación múltiple; (h) fuera de estos supuestos, la afectación general requiere que haya sido alegada y probada en juicio; (i) la apreciación sobre tales extremos -motivada: SSTC 79/1985, de 3/Julio; 59/1986, de 19/Mayo; 143/1987, de 23/Septiembre; 58/1993, de 15/Febrero; y 127/1993, de 19 /Abril - corresponde al Juez de lo Social y posteriormente a las Salas de los Tribunales Superiores de Justicia y del Tribunal Supremo, por tratarse de cuestión de orden público; (j) la apertura a la Suplicación por este cauce persigue tanto la concesión de recurso a los afectados cuanto conseguir la unificación de doctrina judicial, pues esta vía especial de recurso no está concebida exclusivamente como un derecho de las partes, pues se configura también como un instrumento que tiene por objeto conseguir la unificación de doctrina en supuestos que son trascendentes en su conjunto y en los que la unidad de criterios aplicativos y hermenéuticos participa en buena medida de la condición de orden público, pues tiende a «evitar que queden sin recurso reclamaciones de escasa entidad económica desde una consideración meramente individual, pero que pueden trascender esta dimensión al multiplicarse o extenderse a numerosos supuestos de hecho idénticos y requerir, por ello, una actividad uniformadora de los Tribunales de rango superior» (STC 79/1985, de 3 /Julio), y responde a «un interés abstracto: la defensa del "ius constitutionis" y la garantía de la uniformidad de la doctrina legal en todo el territorio nacional como principal expresión del principio constitucional de igualdad en la aplicación de la Ley» (STC 108/1992, de 14 /Septiembre); (k) al ser la afectación múltiple un concepto jurídico, en aquellos casos en los que esta Sala ha declarado de modo reiterado que una determinada cuestión afecta a un gran número de trabajadores, tal declaración tiene el valor de doctrina jurisprudencial en relación con otros procesos en que se suscite idéntica cuestión; y (l) el recurso para la unificación de doctrina ha de estimarse cuando la sentencia recurrida ignore los anteriores criterios, procediéndose a su anulación, aunque quien recurra sostenga pretensión sustantiva opuesta a un criterio unificado (SSTS -Sala General- 03/10/03 -rec. 1011/03; 03/10/03 -rec. 1422/03-; [...] 12/01/05 -rec. 565/03-; 08/02/05 -rec. 5604/03-; [...] 05/12/05 -rec. 358/03-; 26/12/05 -rec. 874/05-; 27/12/05 -rec. 3962/04-; 03/01/06 -rec. 5414/04-; 25/01/06 -rec. 3892/04-; 30/01/06 -rec. 5320/04-; 03/02/06 -rec. 4678/04-; 06/02/06 -rec. 1111/05-; 28/02/06 -rec. 5393/04-; 23/03/06 -rec. 436/05 -...)"

5. Expuesto lo anterior, hemos de señalar que si bien otras Salas de lo Social- en concreto el País Vasco (S. 6-9-2.011) y Asturias (S de 30-3-2.012)- se han pronunciado como salas de suplicación sobre la cuestión, lo cierto es que los supuestos allí examinados, como pone de relieve la sentencia de instancia no son idénticos al ahora contemplado, ya que si bien allí se reclamó el mismo complemento por trabajadores con idéntica categoría profesional al actor, a raíz del Acuerdo suscrito el día 29-3-2.010 en desarrollo de la Cláusula 18^a del Convenio de empresa de 25-2-2.008, lo cierto es que no consta que dichos trabajadores con anterioridad a la suscripción del acuerdo vinieran trabajando en sábados, como sí lo hacía el actor, ni que con posterioridad a tal acuerdo, de los tres supuestos que pueden dar lugar al complemento (sábados, domingos o festivos) únicamente prestasen servicios en sábado, como le sucede al actor, lo que hace que la afectación general de dichos supuestos no pueda extenderse al presente caso. Y ciñéndonos al presente, y con independencia de que la empresa demandada cuenta con un gran número de trabajadores, lo cierto es que se desconoce cuántos se encuentran en una situación similar al actor, no constando si existe entre los mismos una situación de litigiosidad generalizada, lo que hace que debamos estimar que el recurso fue indebidamente admitido a trámite.

SEGUNDO.- 1. Corolario de lo anterior será la anulación de las actuaciones procesales posteriores a la notificación de la sentencia cuya firmeza se declara, sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Declarar la nulidad de las actuaciones posteriores a la notificación de la sentencia de fecha 20-7-2.012 dictada por el Juzgado de lo social número 16 de los de Valencia en sus actuaciones 885-11 procediendo a declarar la firmeza de la misma.

Sentencia núm. 972, de 25 de abril de 2013

Materia: Impugnación de alta médica. Trabajador afiliado al RGSS causando baja por enfermedad común. Posteriormente, se emite el alta mediante resolución del INSS, habiéndose presentado reclamación previa frente a éste. Procedencia. Competencia funcional de la Sala para conocer sobre el fondo del asunto.

Juzgado: Estimando la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por la Conselleria codemandada y desestimando la demanda, absuelve a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra.

Sala: Desestima por inadmisión el recurso de suplicación. Existe incompetencia funcional de esta Sala para su conocimiento, declarando la nulidad de las actuaciones practicadas en la tramitación del recurso y la firmeza de la sentencia recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número Once de los de Valencia en fecha 22 de mayo del 2012, desestimando la pretensión impugnatoria del alta médica del Sr M.B., de 13 de diciembre del 2011, tras interponer la correspondiente reclamación previa, también rechazada, recurre éste en suplicación alegando cometida la infracción del art 128 de la LGSS. Una vez presentadas las correspondientes impugnaciones y tras acreditarse la presentación en plazo del recurso, debe la Sala entrar a conocer de la cuestión atinente a la competencia de la Sala para conocer del mismo, a la vista de las reformas en materia de competencia operadas tras la ley reguladora de la Jurisdicción Social.

Se trata de un presupuesto procesal, examinable de oficio por la Sala, aún con ocasión del recurso que se plantee pues afecta a la competencia funcional (art. 240.2, párrafo 2º de la LOPJ), lo que obliga a analizar si la resolución recurrida era susceptible de serlo en suplicación. Al efecto se ha de señalar que, dada la fecha de la sentencia dictada en la instancia (22/05/2.012), posterior a la entrada en vigor de la ley 36/2.011 de 10 de octubre reguladora de la Jurisdicción Social- entrada en vigor que con arreglo a la Disposición Final 7ª de la misma se ha de datar en el día 12-12-2.011, el recurso de suplicación contra la misma habrá de ajustarse a la disciplina de la nueva normativa procesal por aplicación de lo dispuesto en el apartado 1 de la Disposición Transitoria 2ª de la misma, que establece que: “1. Las sentencias y demás resoluciones que pongan fin a la instancia o al recurso, dictadas a partir de la vigencia de esta Ley, se registrarán por lo dispuesto en ella, en cuanto al régimen de recursos y demás medios de impugnación contra las mismas, así como en cuanto a su ejecución provisional y definitiva.”. Y dicha normativa procesal a la hora de regular el recurso de suplicación en el inciso final apartado g) del art. 191.2 de la misma, excluye la posibilidad de recurrir en suplicación las sentencias dictadas en procesos de impugnaciones de altas médicas al señalar de forma concreta que: “Tampoco procederá recurso en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador”.

Por ello debemos concluir, al igual que ha resuelto ya la Sala en ocasiones anteriores, como en las resoluciones de los recursos de suplicación nº 1409 o 2012 ambos del 2012 que

éste fue indebidamente admitido a trámite y que la Sala carece de competencia funcional para conocer del mismo, lo que nos obliga a dictar sentencia en tal sentido

FALLO

Desestimamos POR INADMISIÓN el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON F.M.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. ONCE de los de VALENCIA, de fecha 22 de mayo del 2012, por existir incompetencia funcional de ésta Sala para su conocimiento y, en consecuencia, declaramos la nulidad de las actuaciones practicadas en la tramitación del mismo y la firmeza de la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 990, de 26 de abril de 2013

Materia: Declaración de invalidez: Incapacidad temporal. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios para la empresa demandada como oficial de albañilería. El actor sufre lesiones en la espalda, acudiendo a la mutua concertada para exploración. Tras varias infiltraciones analgésicas solicita determinación de contingencia de IT por enfermedad común. Acreditación de la existencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional que fuera la desencadenante de la IT.

Juzgado: Desestima la demanda, no reconociendo que el proceso de IT deriva de accidente de trabajo sino de enfermedad común.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Aunque el actor venía padeciendo lumbalgias, queda probado que el nuevo brote apareció como consecuencia de un esfuerzo realizando su actividad, por lo que ha de reconocerse que la IT deriva de accidente de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora para que se declare que proceso de IT iniciado el 7-5-2010 deriva de accidente de trabajo y no por enfermedad común, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la mutua demandada X., y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto que se adicione al ordinal séptimo que “la empresa por razón de su actividad genera riesgo grave para sus trabajadores”, adición fáctica que no puede alcanzar éxito ya que resulta irrelevante en el presente supuesto para establecer el origen de la situación de IT que se debate en esta litis al no aportar ningún dato sobre la expresada baja.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque debe referirse a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha aplicado incorrectamente el artículo 115.1 y 2 f) de la Ley General de la Seguridad Social, alegando, en síntesis, que el proceso de IT iniciado el 10-5-2010 tiene su causa en accidente de trabajo, con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

Los hechos declarados probados en lo que interesa para resolver adecuadamente la presente litis revelan que el actor con la profesión habitual de oficial 1ª albañil venía trabajando para la empresa O.P.N.C. SL, y con fecha 6 de mayo de 2010 prestando servicios para la empresa demandada acudió a las 11,49 horas a los servicios médicos de la Mutua X. aquejado de dolor de espalda, y firmó el actor un documento de “Declaración de lesión” en el que consignó como datos del accidente el lugar, la fecha 6-5-1010, la hora 10,30 y la descripción “Dolor de espalda” y como horario de trabajo de 8ª 14 y de 15 a 18 horas de L a V. De nuevo el actor acudió a los servicios médicos de la Mutua para que le administrara la 2ª dosis de analgesia y aportó un volante de Asistencia Médica firmado por la empresa en el que se hacía constar “Haciendo una pastera le dio un tirón en la espalda”, y los anteriores

extremos si bien no son lo exhaustivos que fuera menester para establecer que la baja iniciada el día 7-5-2010 deriva de accidente de trabajo, si que presentan las mínimas exigencias probatorias para llevar al ánimo del Juzgador esa conclusión, ya que en el documento de declaración de lesión si bien no se indica expresamente que la dolencia deriva de un accidente laboral, sí que existen extremos que permiten tal conclusión ya que se fijan en el parte el lugar, fecha y hora en que se produjo el accidente, así como el horario de la jornada de trabajo y se observa que se encuentra dentro de la misma, y la dolencia “dolor de espalda” es congruente con el parte de la empresa en el que se hace constar “haciendo una pastera le dio un tirón en la espalda”, resulta reconocido por la empresa la causación de un accidente de trabajo, aunque el parte sea de fecha siguiente 10 de mayo de 2010 y no se indique que la causación de la dolencia se produjo el precedente día 6, ya que no consta que se haya producido otra baja en esas fechas derivadas de tal dolencia. Y aunque, en el presente caso, se acredita que el actor fue diagnosticado de lumbalgias de repetición con varias consultas a la mutua por dolor de espalda, y estuvo de baja por enfermedad común en determinados periodos del año 2008 y 2009, o que se encontraba en tratamiento de lumbalgia en la Seguridad Social y que le han denegado la invalidez y que alega que le duele, habiéndose presentado en la primera visita para que le pincharan y que el día 10 de mayo acudió de nuevo a los servicios médicos de la Mutua para que se le administrara la segunda dosis de analgesia, o que con fecha 7-5-2010 se le dio de baja por la Conselleria de Sanidad por enfermedad común con diagnóstico de “lumbago”, todo lo aludido no desvirtúa la consideración de accidente de trabajo al acaecido el día 6 de mayo de 2010, porque aunque el actor presentara antecedentes de lumbalgia o estuviera en tratamiento, la lumbalgia cursa a brotes, presentando fases de agudización que pueden acontecer con la realización de un esfuerzo, y si ello se produjo de esa forma al encontrarse trabajando haciendo una pastera sintió un tirón en la espalda, es evidente que aunque presentara de antes tal dolencia, el mencionado trabajo la desencadenó de nuevo y generó un accidente laboral producido en tiempo y lugar de trabajo, que no ha sido desvirtuado por la parte contraria, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 115.3 de la LGSS y 115.2 f) procede acoger la demanda y declarar que el proceso de IT iniciado el 10-5-2010 (fecha en la que lo sitúa el suplico del recurso de suplicación y que vincula en este trámite) deriva de accidente de trabajo al que se le deben reconocer las consecuencias legales pertinentes.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora D. J.R.S.B.N., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Nueve de los de Valencia, de fecha 11 de mayo de 2012, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos que proceso de IT iniciado el 10-5-2010 deriva de accidente de trabajo al que se le deben reconocer las consecuencias legales pertinentes en orden al pago de la prestación correspondiente, condenando a la mutua Unión de Mutuas al pago de la prestación y demás consecuencias legales, sin perjuicio de la responsabilidad que reglamentariamente le incumbe al INSS y a la TGSS.

1735

Sentencia núm. 1.028, de 30 de abril de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que ve extinguida su relación laboral como consecuencia de un ERE. Se pacta una indemnización y la empresa le abona parte de la misma, posponiendo el pago del resto. Posteriormente, se dicta decreto en el que se declara la insolvencia técnica provisional de la empresa y entonces el actor acude al FOGASA para solicitar prestaciones. Responsabilidad del FOGASA.

Procedencia.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El organismo demandado tiene una responsabilidad subsidiaria, autónoma y limitada legalmente, habiéndose superado el límite, por lo que no puede exigírsele a éste pago alguno.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda y absolvió al Fondo de Garantía Salarial del abono de la indemnización por extinción de la relación laboral pactada con la empresa por considerar que la cantidad reclamada no excede de los límites establecidos en el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la parte demandada FOGASA y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción por vulneración del artículo 33 apartados 1, 2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 2 y 15 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo, alegando, en síntesis, que la cantidad indemnizatoria límite de 23.115,45 euros es superior al umbral reconocido en el auto de insolvencia por un valor de 16.421,15 euros, y del artículo 33 del E.T. cuando concurre el impago de la indemnización derivada de Expediente de Regulación Temporal determina la posibilidad de pago total de la deuda precitada dentro de los límites cuantitativos que la misma norma contempla, por lo que debe ser revocada la sentencia de instancia.

Los inalterados hechos declarados probados ponen de manifiesto que se pactó una indemnización por extinción de la relación laboral superior a la establecida en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores (23 días por año trabajado con el tope de 15 mensualidades, resultando a favor del actor la cantidad de 43.544,36 euros), que el demandante ha percibido de la empresa por el despido objetivo la cantidad de 27.123,21 euros y que se le adeudan por la mercantil la cantidad de 16.421,15 euros respecto de los cuales ha solicitado la ejecución forzosa y se ha declarado la insolvencia técnica provisional de la empresa para el pago de la cantidad de 16.421,15 euros, habiendo solicitado el actor del FOGASA la prestación correspondiente que le ha sido denegada, frente a cuya resolución reclama, pero la pretensión no puede alcanzar éxito, ya que la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial es subsidiaria, autónoma y limitada legalmente a los módulos que la norma establece sin que puedan rebasarse aquellos que son máximos, y en el presente caso si la empresa ha satisfecho en concepto de indemnización y directamente la cantidad de 27.123,21 euros que supera el límite legal, aunque este se sitúe como alega la parte recurrente en 23.115,45 euros, es evidente que el FOGASA no responde de cantidad alguna y en el caso de no haberlo alcanzado, lo que no es el supuesto, solo respondería el Fondo por la diferencia, por lo que la sentencia de instancia al denegar la pretensión actora actuó dentro de los criterios adecuados, ya que las diferencias impagadas por la empresa al exceder de los límites legales de la responsabilidad del Fondo, no pueden ser atendidos por el mencionado Organismo, ya que lo que le es exigible al deudor principal no lo es frente al subsidiario más allá de los límites máximos legales que por ley le son exigibles, que se circunscriben a 20 días de indemnización por año de antigüedad con el máximo de 12 mensualidades, calculadas con un máximo del triple del salario mínimo interprofesional con prorrata de pagas extraordinarias, y el exceso sobre tal cantidad

corresponde a la empresa. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. V.C.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón, de fecha 19.06.2012 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 1.058, de 6 de mayo de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que causa baja por incapacidad temporal por contingencias comunes, al sufrir accidente no laboral. Solicitud incapacidad permanente a instancia el trabajador.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de cuantas pretensiones se deducen en su contra en la demanda, habiendo lugar a confirmar la resolución administrativa del mencionado organismo demandado.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual, sin que pueda establecerse ningún tipo de mejoría con el tratamiento médico que el trabajador viene recibiendo a lo largo de todo el periodo de incapacidad temporal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por J.G.E. la sentencia que dictó el día 7 de septiembre de 2.012 el Juzgado de lo Social número dos de los de Alicante que desestimó la demanda por él planteada frente al INSS en la que reclamaba ser declarado afecto a situación de incapacidad permanente total para profesión habitual.

2. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión fáctica, pretendiéndose que el octavo de los hechos probados, a la vista de la documental obrante a los folios 35 y 36 de las actuaciones (resonancia magnética de 12-2-2.011) y 27 y 28 (electromiografía) quede redactado con arreglo al siguiente tenor literal:

“ El actor en febrero de 2.011 ya no precisaba tratamiento rehabilitador, precisó a finales de 2.010 continuar con tratamiento rehabilitador hasta el día 31/01/2011, habiendo tenido el último control en rehabilitación dicho día (folios 43-44), y habiéndose efectuado antes, el 2 de noviembre de 2.010, un plan respecto a tal paciente de seguir tratamiento durante dos meses (hasta 31/01/2.011), y con solicitud de resonancia magnética cervical y dorsal, aconteciendo que en el señalado febrero 2.011 sí constaban los resultados de tal prueba solicitada (folios 34 y 35). Consta en el ramo de prueba de la parte actora- folio 45 de estos autos- que un año después se interesa una electromiografía por haberse detectado parestesias, esto es, un agravante de la situación incapacitante que ya existía, dicha prueba estaba aportada (folios 27 y 28)”

3. El motivo se acepta parcialmente, esto es, en lo que estrictamente se deduce de la documental señalada que evidencia error del juzgador: que a fecha febrero de 2.011 se había practicado una resonancia magnética, lo que contradice el aserto que obra en relato de hechos de la resolución recurrida diciendo que no consta, obviando esta documental, y la práctica posterior de la electromiografía.

SEGUNDO.- 1. El motivo correlativo del recurso es el que se destina a la censura jurídica, denunciándose infracción 137.4 de la LGSS se alega que el actor presentaba ya en el mes de enero de 2.011 un cuadro clínico que le incapacitaba de forma permanente para el trabajo.

2. Para resolver el motivo que se plantea debe efectuarse una primera referencia al apartado 1 del art. 136 de la LGSS que señala que “En la modalidad contributiva, es invalidez la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de

haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”. Dicho esto, debemos indicar que el pretendido grado de incapacidad permanente total para profesión habitual se encuentra descrito en el apartado 4 del art. 137 de la LGSS, siendo de aplicación la redacción del mismo anterior a la Ley 24/1.997, vigente en la actualidad de conformidad con la Disposición Transitoria quinta bis de la LGSS en cuanto que dicha reforma legislativa no sea objeto de desarrollo reglamentario, como aquella que supone un impedimento para la ejecución de las tareas esenciales de la profesión habitual de quien las padece, señalando la jurisprudencia (Sentencias del TS de 24-7-86 y 9-4-90) que señala que, a los efectos de la declaración de invalidez permanente en el grado de total, debe partirse de los siguientes presupuestos, sistematizados en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 30-5-2005 que por su claridad hacemos nuestros: A) .La valoración de la invalidez permanente ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto tales restricciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia; B). Han de ponerse en relación las limitaciones funcionales resultantes con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la concreta profesión; C).La aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, sin que el desempeño de las mismas genere "riesgos adicionales o superpuestos" a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a "una continuación de sufrimiento" en el trabajo cotidiano; D) No es obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas y sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas "menos importantes o secundarias" de su propia profesión habitual o cometidos secundarios o complementarios de ésta, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y conserve una aptitud residual que "tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro"; E) Debe entenderse por profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en la movilidad funcional.”.

3. El supuesto objeto de enjuiciamiento, del que dan cuenta los hechos probados con la modificación introducida en el anterior fundamento de derecho es el siguiente:

a) el actor, nacido el 21-3-1.974, cuya profesión habitual es la de albañil de la construcción, a consecuencia de un accidente no laboral (caída desde una altura de entre cuatro y seis metros) causó baja por incapacidad temporal el día 7-9-09;

b) habiéndose tramitado expediente de incapacidad permanente a instancias del interesado la Dirección Provincial del INSS dictó resolución con registro de salida de 28-2-2.011 acordó la no calificación del trabajador como incapacitado permanente “por no ser las lesiones que padece, susceptibles de determinación objetiva o previsiblemente definitivas, debiendo continuar el tratamiento médico en la situación jurídica que le corresponde, por el tiempo que sea necesario hasta la valoración definitiva de las lesiones”, añadiendo continuar tratamiento;

c) en febrero de 2.011 el actor presentaba el siguiente cuadro clínico: traumatismo de columna con fracturas cervicales, dorsales y lumbares- fracturas por aplastamientos vertebrales varias- y fractura de escápula izquierda, lo que implicaba limitación de fuerza y movilidad, raquialgia, limitación en columna cervical importante (columna cervical limitada, sobre todo a giros y desviaciones laterales, con escasos grados) columna lumbar con movilidad también restringida, hipoestesia en territorio mediano, y secuelas neurológicas, por eso momento, al menos en tareas manipulativas, aquejando fuerza en las extremidades superiores

disminuida (3-4/5), sin realizar completamente presa manual, quedando los dedos 3º y 4º a medio centímetro de la región palmar y resto medianamente efectiva, pinza completa no completamente efectiva;

d) El actor precisó a finales de 2.010 continuar con tratamiento rehabilitador hasta al menos el día 31/01/2011, habiendo tenido el último control en rehabilitación dicho día (folios 43-44), y habiéndose efectuado antes, el 2 de noviembre de 2.010, un plan respecto a tal paciente de seguir tratamiento durante dos meses (hasta 31/01/2.011), y con solicitud de resonancia magnética cervical y dorsal, aconteciendo que en el señalado febrero 2.011 sí constaban los resultados de tal prueba solicitada (folios 34 y 35), consta en el ramo de prueba de la parte actora- folio 45 de estos autos- que un año después se interesa una electromiografía por haberse detectado parestesias.

4. Partiendo de estos datos, y teniendo en cuenta las consideraciones legales y doctrinales efectuadas en el segundo de los párrafos del presente fundamento de derecho, debemos señalar que el motivo ha de tener favorable acogida. Debemos señalar que de los hechos expuestos, cabe inferir, que la calificación de incapacidad permanente, existiendo un cuadro secular que manifiestamente impedía al actor la ejecución de los cometidos propios de la profesión de albañil, bien pudo hacerse en el momento del dictado de la resolución que se impugna, pues las posibilidades de curación de las mismas, tras casi 18 meses de tratamiento médico, debía preverse como remota o muy largo plazo, previsión esta que han confirmado los acontecimientos pues las lesiones no solo persistían a la fecha de la electromiografía practicada, sino que se habían agravado por mor de las parestesias detectadas, sin que por otro lado, concurriesen con arreglo a los arts. 128 y 131.bis LGSS posibilidad de demorar por más tiempo la situación de IT por no existir unas expectativas próximas de curación.

TERCERO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino estimar el recurso, revocar la sentencia y estimar la demanda declarando al actor afecto a situación de IPT con derecho a una pensión mensual del 55% de la base reguladora de 942,34 euros con las actualizaciones que procedan desde la fecha de efectos de la misma de 24-2-2.011. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por J.G.E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de ALICANTE en sus autos núm. 374/2.011 en fecha 7-9-2012 revocamos la resolución recurrida y estimando la demanda que el recurrente interpuso frente al INSS, declarando al actor afecto a situación de incapacidad permanente en el grado de total para profesión habitual con derecho a una pensión mensual del 55 por ciento de la base reguladora de 942,34 euros con fecha de efectos de 24-2.2011. Sin costas

Sentencia núm. 1.071, de 3 de mayo de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador que presta sus servicios como peón de limpieza en mercantil demandada. El actor causa baja por enfermedad común con limitación en rodilla izquierda. La empresa tiene cubiertas las contingencias profesionales con la Mutua codemandada. Solicitud de declaración de incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual.

Juzgado: Estima la demanda declarando que el actor se encuentra afecto de invalidez permanente en grado de total para el ejercicio de su profesión habitual, debiendo abonar al mismo una pensión vitalicia mensual en la cuantía del 55% de la base reguladora establecida.

Sala: Estima el recurso interpuesto por la mutua codemandada y declara al actor afecto de una incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión habitual. El actor tiene derecho a una indemnización calculada sobre la base reguladora que aparece en el hecho probado 2º de la sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente total, se interpone por la representación de la Mutua X. recurso de suplicación en base a los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, habiendo sido impugnado por la parte actora y por la Mutua X.

En base al primero de ellos la Mutua recurrente solicita que se suprima del hecho probado 4º la frase "...siendo un trabajo que se realiza normalmente a tarea o destajo", lo que se admite ya que de los documentos citados se evidencia de manera clara que el trabajador percibe su retribución diaria por unidad de tiempo, cotizándose en consonancia a ello. También se solicita se adicione tras la frase "las estriberas están a unos 45 centímetros del suelo" la matización "similar a un peldaño de escalera fija". Y la frase final de: "la operación de subir y bajar del estribo la debe realizar el peón con el vehículo parado tal y como establecen las normas de seguridad privada". Desestimamos lo pedido en primer lugar por innecesario e irrelevante, siendo suficiente el dato objetivo de los centímetros. Lo interesado en segundo lugar lo admitimos, porque resulta ser un dato que complementa adecuadamente el factum y que es importante a efectos de entender la mecánica de las funciones de peón de recogida de basuras.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, la Mutua X. denuncia la infracción del art. 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social –en adelante, LGSS- en relación con el art. 136 del mismo texto legal, alegando que subsidiariamente debería ser aplicado el art. 137.3 del repetido. Indica la mutua recurrente, en resumen, que puestas en relación las limitaciones del actor con sus funciones, el mismo no se encuentra incapacitado para realizar todas o las habituales tareas de su profesión habitual ya que su único condicionamiento es para realizar trabajos en terreno irregular, exigencia que no reúne su puesto de trabajo. Subsidiariamente indica, que podría considerarse que el Sr. M.M. se encuentra afecto de una incapacidad permanente parcial siempre que se pueda considerar que aunque no todas, sí parte de sus funciones se desarrollan por terreno irregular.

Dispone el artículo 136 de la LGSS 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 dice 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”.

TERCERO.- Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, con las adiciones que hemos aceptado, y de lo recogido con el mismo valor fáctico en su fundamentación jurídica, se desprende que en la parte actora no concurren las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. En efecto, la profesión del actor es la de peón de recogida de basura, profesión que según consta al hecho probado 4º exige una deambulación y bipedestación prolongada, estando adscrito el actor en la empresa demandada a un camión del que debía subir y bajar para llevar y traer los contenedores de basura a la parte trasera del vehículo, normalmente por terreno regular, empujando los contenedores con ambos brazos, mediante las ruedas de las que están dotados. Dicho trabajo se realiza de las 22,00 horas a las 4,40 horas. Los peones deben recoger las bolsas de basura y objetos que se encuentran fuera del contenedor y se desplazan, si la distancia es corta entre contenedores a pie o subidos en la estribera del vehículo que los detecta e impide que éste marche a más de 30 kilómetros por hora. En las distancias largas van en la cabina. Las estribas están a unos 45 cm del suelo y tienen asideros los dos peones de recogida, pudiendo intercambiarse el lateral que ocupan. La operación de subir y bajar del estribo la debe realizar el peón con el vehículo parado tal y como establecen las normas de seguridad privada. El actor padece el cuadro clínico y las limitaciones orgánicas y funcionales que se describen en el hecho probado 8º, debiendo destacar ahora las conclusiones del informe de valoración médica del INSS de 28 de enero de 2009, en cuyo apartado conclusiones constan como deficiencias más significativas las de “fractura hundimiento de meseta tibial interna de rodilla izquierda. Tratamiento efectuado, centro de asistencia al enfermo: osteosíntesis con clavo placa. Nolutil. Evolución: con molestias crónicas... Limitaciones orgánicas y funcionales: flexo extensión de rodillas con molestias. Limitación moderada en terreno irregular. Conclusiones: paciente con osteosíntesis de la rodilla izquierda que le condicionará para trabajos en terreno irregular.”

Nos encontramos por lo tanto ante una tarea eminentemente física que exige unas buenas condiciones de movilidad tanto de las extremidades inferiores, como de las superiores y de todo el raquis, buenas condiciones que presenta el demandante salvo por lo que atañe a la rodilla izquierda. Nótese que lo que en definitiva padece el actor se centra en una flexoextensión de rodilla con molestias, presentando una limitación, que se califica de moderada, en terreno irregular. Y el trabajo de recogida de basuras se realiza, según el hecho probado 4º, “normalmente por terreno regular”, lo que determina que, puesto en relación su estado secular con los requerimientos fundamentales y nucleares de la profesión habitual del actor, concluyamos que puede desarrollar las funciones esenciales de su profesión, tal y como se desenvuelven según lo relatado anteriormente. Ahora bien, atendiendo la bipedestación en que se desarrolla su trabajo y la posibilidad de que algunas calles o recorridos presenten un terreno irregular, entendemos que para la ejecución de determinadas funciones el

demandante va a tener una mayor dificultad y penosidad que es valorable a los efectos de una incapacidad permanente. Por ello, y aunque se constata que las limitaciones padecidas por el trabajador no son de la suficiente entidad ni repercusión funcional para provocarle una incapacidad permanente total en el desempeño de su profesión, dado que para la ejecución de alguna de las tareas va a tener una mayor dificultad y penosidad, entendemos que está afectado de una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal, lo que determina el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente parcial pedida de modo subsidiario en el recurso por la Mutua X. y también en el suplico de la demanda, reconocimiento que ha de hacerse sobre la base reguladora que aparece en el hecho probado 2º de la sentencia de 1.038,10 €, lo que, por corresponder una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades equivale a la suma de 24.914,40 €. Todo lo cual conlleva la revocación de la sentencia de instancia, salvo por lo que afecta a la falta de legitimación pasiva de la Mutua Y.

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

FALLO

Que estimando en su pretensión subsidiaria el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Mutua X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de VALENCIA, de fecha 23 de febrero de 2012, y con revocación en parte de la misma, declaro que la parte actora se encuentra en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual, por lo que condeno a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a la Mutua X. a que abone a la parte actora la suma de 24 mensualidades a tanto alzado de su base reguladora mensual de 1.038,10 €, lo que hace un total de 24.914,40 €.

Confirmo la estimación de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Mutua Y.

Procédase a la devolución al recurrente X. del depósito constituido para recurrir y así como del exceso de la consignación que resulte a la vista de la cantidad fijada en el fallo.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.089, de 13 de mayo de 2013

Materia: Despido y vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador que presta sus servicios como gerente en empresa de hostelería. El actor declara con pleno conocimiento en dos juicios seguidos contra compañeros, faltando a la verdad con el fin de favorecer a éstos e ir en contra de la empresa.

Juzgado: Desestima la demanda y declara la procedencia del despido, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda probada la trasgresión de la buena fe contractual por parte del actor, lo que conlleva la procedencia del despido. No queda probado que queden vulnerados los derechos fundamentales del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora y declaró la procedencia del despido absolviendo a la empresa demandada, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto que se incluya en el ordinal segundo lo siguiente: “El Ministerio Fiscal no ha interpuesto ningún tipo de procedimiento penal contra el demandante D. A.D.O.L., incluyendo el de falso testimonio prestado en sede judicial”, pero la adición fáctica no puede prosperar por cuanto no se ampara en prueba alguna documental o pericial como exige el artículo 193 de la LRJS, sin que pueda admitirse una revisión fáctica basada en una alegación negativa sin constancia alguna. Siendo además indiferente tal adición para cambiar el signo del fallo por cuanto la jurisdicción laboral goza de plena independencia para el enjuiciamiento de los hechos laborales, al margen de la solución que las mismas conductas tengan el ámbito penal. Sin olvidar que si unos hechos carecen de la gravedad suficiente para la apertura de un proceso penal o para la imposición de una sanción de esa naturaleza, nada impide que resulten trascendentes a efectos disciplinarios en la jurisdicción social.

También se interesa con relación al hecho probado sexto que se le dé la redacción que indica en su escrito de recurso que consiste en la supresión de los párrafos segundo y tercero del mencionado hecho, pero la variación fáctica no puede alcanzar éxito ya que no se ampara en prueba documental o pericial alguna, sino en las particulares valoraciones que efectúa la parte recurrente y ello no puede servir para basar la revisión fáctica.

Interesa a continuación respecto del ordinal octavo que se modifique para que quede redactado del siguiente modo: “El demandante ayudó algunos días a su hermana en el negocio de la que la misma es propietaria, dedicado a la actividad de hostelería, denominado L., los días 23, 24, 26 y 27 de Marzo de 2012”, pero la variación fáctica no puede ser aceptada por cuanto se ampara en su particular valoración de la prueba de detective privado, que tiene el carácter de testifical, aunque este documentada, pero que carece de eficacia revisoria.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia

impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 1.3 e) del Estatuto de los Trabajadores, en el sentido de que se excluyen los trabajos familiares salvo que se demuestre la condición de asalariado de quien lo lleve a cabo, lo que no se ha acreditado en el caso del actor, y no corresponde acreditarlo al demandante ya que se trata de algo negativo y no se puede demostrar algo negativo. Pero no se ha producido la infracción denunciada ya que el precepto en cuestión permite a la parte acreditar que el pariente convive con el empresario y es de los parientes que el precepto indica, lo que tenía fácil prueba para la parte actora, por lo que la denuncia no puede prosperar. Tampoco resulta trascendente esta cuestión habida cuenta la conclusión de la sentencia, sin que este extremo tenga repercusión sobre la misma.

Continúa el recurso en su conjunto denunciando vulneración o interpretación no acorde a derecho con las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que cita, así como de los artículos 20, 24 y 118 de la Constitución Española y el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, ya que considera la parte recurrente que existen sospechas e indicios mas que razonables para alegar vulneración de un derecho fundamental del trabajador, sin que se haya producido transgresión de la buena fe contractual, dado que el trabajador ha cumplido con sus deberes contractuales, siendo el objeto del despido la represalia que toma la empresa con el actor porque el testimonio dado en dos juicios contra la empresa no le gustaba o no les beneficiaba, pudiendo existir versiones distintas, que no contradictorias de lo declarado por el actor, habiéndose producido vulneración de la garantía de indemnidad, tampoco se ha acreditado que el actor mintiera o faltara a la verdad, solo que efectuó declaraciones (contrarias a la empresa) en sedes judiciales distintas, pero no contrarias, y que no se correspondían con la de otros testigos (a favor de la empresa), sin que se haya establecido que versión es verdad, valorándose como más verosímil una de ellas en detrimento de la otra. Además señala el recurso que en la sentencia recurrida se han vulnerado los artículos 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 108 y 109 de la LRJS, señalando que si no se ha faltado a la verdad habrá que ponderar el supuesto daño que se hubiera podido producir, que en el presente caso es nulo, habiéndose infringido el principio de proporcionalidad al aplicar la máxima sanción, indicando que la otra trabajadora de la empresa realizó la misma conducta que el actor en la presente litis y el despido se declaró nulo al contrario de lo que ha sucedido en el presente caso.

Con respecto a esta última cuestión, tal y como ya se indicó en la sentencia de esta Sala de 29 de enero de 2013, rec. 3165/2012, que resolvía el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada F.S.C. S.L.U., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 7 de los de Alicante en la que estimando la demandada de la actora Sra. C.N. se declaró la nulidad del despido de que fue objeto, “es que las imputaciones vertidas contra el mencionado Sr. O. se fundamentaban en hechos diferentes respecto a los reprobados a la actora por lo que las soluciones adoptadas en los diferentes procedimientos puede dar lugar a fallos divergentes al tratarse de un análisis de conductas individualizado y respecto a cada caso concreto sin que quepa realizar un traslado de la decisión tomada en un supuesto respecto al otro máxime cuando nos encontramos ante la valoración de diferentes declaraciones testificales prestadas en procedimientos distintos”.

Con relación a la alegación de vulneración de un derecho fundamental del trabajador, y de que el objeto del despido ha sido una represalia que toma la empresa con el actor porque el testimonio dado en dos juicios contra la empresa no le gustaba o no les beneficiaba, habiéndose producido vulneración de la garantía de indemnidad, debe tenerse en cuenta que si bien el despido del actor sumado al padecido por su compañera de trabajo y el hecho de no conceder permiso a otra empleada para acudir a un juicio a propuesta de los actores, pudieran dar la apariencia de que existen indicios que generan una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de tal alegación, no debe olvidarse que en el presente caso el incumplimiento contractual imputado al trabajador demandante no ha sido

inventado artificialmente por la empresa como represalia contra el trabajador, sino que a tenor de la resultancia fáctica producida la decisión empresarial de despedir encuentra respaldo en los hechos, en la conducta del trabajador, que son la verdadera causa determinante de la voluntad del empleador de despedir, siendo ajenos a todo propósito discriminatorio. Y sobre la garantía de indemnidad de los testigos para declarar en los juicios laborales sin miedo a represalia, que debe ser protegida y garantizada, no excluye que en el ejercicio de ese derecho se vulnere la información veraz al órgano judicial y cuando ello acontece nada impide que la empresa actúe con los mecanismos que la normativa pone a su disposición.

Atendidos los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, tanto en lo relatado en la premisa histórica como en lo asentado con valor fáctico en la fundamentación jurídica de la misma resulta que si bien una de las dos conductas imputadas al actor no ha resultado acreditada, si al menos la otra resulta probada y en el ordinal sexto se establece que en la reunión mantenida el día 21-3-11, el Sr. G. expuso a los gerentes, entre los que se encontraba el Sr. O., que el Sr. R. se había ido a Chile con billete de ida pero no de vuelta. Que debido al vacío y a las irregularidades existentes en las empresas la Sra. G. y él tomaban las riendas, ya que tenían poderes mancomunados de todas ellas, mostrándoles unas fotocopias que no pudieron llegar a examinar con detenimiento; que habían contratado a una empresa externa de la que era titular D^a L.O. para ayudar en la gestión, manifestando que iban a informar de la situación a Mc. D.; confirmando la Sra. O. que había sido contratada por M.G. y M^a C.G. y comunicándoles que, a partir de ese momento, tenían que acatar sus ordenes y hacer las cosas a su manera, debiendo atenerse a las consecuencias de no hacerlo porque tenían poderes para despedirlos. Sin embargo en las declaraciones realizadas por el ahora demandante, ante los dos juzgados, negó que, en la mentada reunión, se hubiera dicho que D. P.R. se había marchado fuera del país y que no tenía pensamiento de volver, que se había desvinculado de las empresas; que ellos se hacían cargo de las mismas porque tenían poderes, que habían contratado con la asesoría de L.O. (hermana del actor y presente en la reunión) y que podían despedir. La rotunda contradicción aquí apreciada, no solo se evidencia del contenido de los hechos declarados probados por las diversas resoluciones judiciales recaídas en los procedimientos de despido de D. M.G. y D^a C.G., así como del resto de prueba aportada; sino que, de manera expresa, también resulta expuesta en la resolución del juzgado de lo social número uno (pag. 12) señalando: "... el Sr. A.D.O.L., hermano de la esposa del Sr. G., L.O., y Gerente de uno de los restaurantes debió acudir a otra reunión o desconectar en lo que ocurrió en la misma, porque su testimonio no coincide con el de sus compañeros, salvo en lo relativo a las personas asistentes y en las intervinientes, negando que se dijera que habían contratado a su hermana Lucila, pero no sorprendiéndose que estuviese en esa reunión "para asesorar un poco", pese a no tener vínculo laboral alguno con la empresa ni haber acudido antes a ninguna reunión ... Según el Sr. O. en esa reunión solo se habla de los embargos de la Seguridad Social, exponiendo su hermana el proceso ejecutivo a seguir...".

De lo antes descrito se desprende como establece adecuadamente el Juzgador de instancia, que no existe duda alguna acerca de que el actor en los dos juicios en los que comparece, relata una versión reducida y contradictoria sobre lo realmente acontecido en la misma y que encuentra una completa explicación al valorar el resto de las actuaciones que se produjeron en esas fechas, rechazando, reiteradamente la existencia de aquellos comportamientos que suponían un menoscabo para la posición de su cuñado y de la otra trabajadora despedida, en los procedimientos seguidos contra la empresa, razón por la que, además de negar parte de lo ocurrido, sostiene una versión que resulta incongruente con el verdadero desarrollo de unos hechos de los que era perfectamente conocedor y sobre los que fue expresamente preguntado, sin que salvo los lazos familiares, haya podido encontrarse dato alguno que justificara su irregular actuación.

Y esa conducta se corresponde con la imputación efectuada por la empresa en la carta de despido, habiendo mentido el trabajador al manifestar lo contrario de lo que sabía y conocía por su presencia en la reunión, con el propósito de inducir a error a quien iban destinadas sus declaraciones, por lo que el actor infringió las reglas de la buena fe exigible en la relación laboral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores, que consiste en una voluntad directa, intencional y consciente del empleado dirigida al incumplimiento de los deberes de buena fe y fidelidad a su patrono y de colaboración en la buena marcha de la empresa, lo que ha causado el actor con su conducta, siendo intrascendente en esta materia de pérdida de confianza la entidad económica del daño causado, y sin que sea necesario para apreciar la falta laboral la concurrencia de un ilícito penal, basta con que se falte a la verdad en la narración de los hechos por los que es preguntado. 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 D. A.D.O.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante de fecha 17 de julio de 2012 en virtud de demanda formulada contra la empresa COMPAÑÍA ALIMENTARIA R. SA y el Fondo de Garantía Salarial y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 1.119, de 14 de mayo de 2013

Materia: Determinación de contingencia. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como administrativa. La actora inicia un proceso de incapacidad temporal por contingencia común con diagnóstico de ansiedad. Esta situación es provocada por trato vejatorio de su superior. La actora solicita que en el proceso de incapacidad temporal se determine la existencia de contingencia profesional.

Juzgado: Estima la demanda y declara que el proceso de incapacidad temporal sufrido por la actora deriva de accidente de trabajo, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta declaración.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La Sala entiende que la incapacidad temporal de la actora tiene por causa directa el acoso moral que su superior jerárquico le inflingía en el desempeño de su puesto de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia de instancia estimó la demanda declarando que el proceso de incapacidad temporal iniciado por la demandante el 23 de julio de 2.009 deriva de accidente de trabajo, pronunciamiento que es recurrido en suplicación por la mutua X. bajo el cauce procesal de los apartados a), b) y c) del art. 193 de la LRJS. Ha recaído impugnación.

Por el primero de ellos entiende la recurrente que la sentencia de instancia ha vulnerado lo establecido en los artículos 97.2 de la LPL (actual 97.2 de la LRJS) así como lo establecido en el art. 218.1 y 2 de la LEC, ya que nada recoge en la declaración de hechos probados acerca de las pruebas practicadas por X., omitiendo la situación de problema personal en que se encontraba la actora a raíz de su separación matrimonial y consiguiente embargo, no reflejando el resultado de la prueba del interrogatorio de las partes ni de determinadas testimoniales y no extrayendo las debidas consecuencias de la negativa reiterada a someterse a reconocimiento médico, todo lo cual genera indefensión a X.

Pues bien, tal y como ha señalado esta Sala con reiteración, para que la nulidad de las actuaciones prevista en la letra a) del artículo 191 LPL (193 LRJS) pueda ser acordada es necesario que concurran los siguientes requisitos: que se infrinjan normas o garantías del procedimiento y se cite por el recurrente la norma que estime violada; que esa infracción haya producido indefensión –STC.158/89- y que se haya formulado protesta en tiempo y forma pidiendo la subsanación de la falta, salvo que no haya sido posible realizarla. Se trata de una actuación excepcional establecida para supuestos igualmente especiales de sentencias o actos judiciales y fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o carezcan de los requisitos mínimos necesarios para causar su fin, cual el precepto indicado establece y la misma Sala del Alto Tribunal ya dijo en SSTs de 18-6-2001 (Rec.- 2766/00) y 23-5-2003 (Rec.- 4/2002), entre otras. Con más detalle, el Tribunal Supremo en anteriores sentencias tales como las de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, seguido por numerosas sentencias de diversos TSJ, han establecido diversos requisitos sobre como debe analizarse la nulidad de actuaciones solicitada en recurso extraordinario, que son: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que solo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales; b) ha de constar previa protesta en el juicio oral; c) ha de invocarse de modo concreto la norma

procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; e) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retroacción de actuaciones; f) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

Llevada la anterior doctrina al caso de autos motiva que rechazemos la petición de nulidad ya que, no solo no se aprecian los defectos denunciados puesto que nos encontramos ante una sentencia bien construida tanto externa como internamente, con coherencia en su silogismo, sino que lo que la parte pretende es una nueva valoración probatoria, por disconformidad con la llevada a cabo por el juez a quo, lo que no permite decretar una medida extraordinaria como la nulidad pedida. Excepcionalmente, podría acudir al cauce procesal del apartado a) del art. 193 LRJS en aquellos casos en los que valoración de la prueba resulte de tal forma irracional, ilógica o arbitraria que equivalga a la ausencia de motivación fáctica de la resolución recurrida, lo que daría lugar a la reposición de las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado de la sentencia, que no a una nueva valoración de la prueba por parte del Tribunal “ ad quem”- que en el recurso de suplicación no es una segunda instancia, sino una instancia extraordinaria-. Pero en el caso analizado, la valoración de la prueba efectuada por el Magistrado de instancia no resulta ni irracional, ni ilógica, sino que se razona por el mismo de forma detallada en el fundamento primero de donde deriva lo declarado en cada hecho probado, dando cumplimiento al mandato contenido en el art. 97. 2 de la LPL, actual 97.2 de la LRJS, y recogiendo en el relato fáctico aquellos hechos, datos y circunstancias que entiende acreditados y relevantes para dirimir el objeto litigioso, resolviendo de acuerdo con el material probatorio aportado. Esto no quiere decir que de todas las pruebas practicadas el magistrado de instancia tenga que extraer una determinada conclusión a reflejar en el factum, ni que esas conclusiones deban coincidir con las de una o otra parte, sino que en base a la libre valoración que la ley le impone (art. 97.2 LRJS), apreciará el material probatorio conforme a las normas procedimentales y a la convicción o convencimiento judicial que cada medio de prueba le haya suministrado. Recordemos que el juzgador de instancia en aras de sus facultades valorativas y de su libre apreciación puede apoyarse en todas las pruebas practicadas o solo en una de ellas o en determinada parte de una o de varias, desechando las demás. Por último, indicar que ninguna merma efectiva de los derechos de asistencia, audiencia o defensa de X. se aprecia, y que, además, respecto a la apreciación de la suficiencia o insuficiencia de hechos de una resolución cabe señalar que la misma es facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Superior, debiendo la parte que estime carente de datos fácticos la sentencia de instancia utilizar la vía que le proporciona el apartado b) del artículo 193 de la LRJS.

SEGUNDO.-Procedemos seguidamente a abordar los motivos planteados al amparo del apartado b) del art. 193 de la LRJS, si bien, con carácter previo a ello y por lo que atañe a los documentos aportados tanto con el escrito de impugnación (Resolución dictada por la Dirección general de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social), como con las alegaciones a dicho escrito (demanda de impugnación contra la citada resolución), admitimos ambos documentos por encontrarse los mismos en los supuestos del art. 233.1 de la LRJS.

1º.-Respecto del hecho probado 2º interesa la recurrente la supresión de parte del último párrafo, en concreto de la afirmación “a pesar de lo afectada que se encontraba por lo sucedido”, por suponer un juicio de valor sin base probatoria. No se admite porque este hecho está basado en prueba testifical, lo que no es atacable en suplicación, y porque pese a la redacción de carácter valorativo que se ha plasmado, está conteniendo un dato fáctico, cual es el estado en que se encontraba la demandante tras el suceso del 22 de julio.

2º.-Por lo que atañe al hecho 7º se pide su modificación para que se incluya un tercer párrafo del siguiente tenor: “En el correo de fecha 5 de mayo de 2010 la Sra. S. indica que “Soy M.J.S., trabajadora de X. en la oficina de Castellón, donde, sin ninguna solicitud por mi parte, fui trasladada en enero de 2005, desde la oficina de Burriana en la que llevaba desde enero de 1971 (Mutua B., absorbida por X.)”. No se admite por irrelevante ya que, el texto del hecho probado está haciendo referencia a los correos relacionados con la situación laboral que estaba soportando la actora, no a un traslado que acaeció en 2005, y que, además, no se niega ni discute.

3º.-La recurrente solicita la adición de un hecho probado 7º bis, del siguiente texto: “En fecha 30 de julio de 2010 la Sra. S. envía un correo electrónico a F. en el que, entre otras cuestiones, señala que “he estado pensando con urgencia en posibles soluciones a corto plazo, pues sabes de sobra que el problema no es el trabajo. Una de esas soluciones podría ser reincorporarme en la oficina de Burriana durante las vacaciones de P.S. y hacer mi trabajo desde allí”. Se admite por complementar adecuadamente el factum y tener respaldo documental suficiente.

4º.- También se solicita la adición de un hecho probado 7º ter, para que conste el contenido del informe elaborado por F. de evaluación de riesgos de factores psicosociales, lo que no se admite ya que el juzgador conoce su existencia y contenido, puesto que menciona su confección, y la circunstancia de que no incluya sus conclusiones obedece a que no considera acreditado lo que el mismo recoge, siendo irrelevante el que se haga constar a efectos meramente expositivos.

5º.-Pide la recurrente la adición de un hecho probado 10º bis para que conste que el Juzgado de Instrucción de Castellón nº2 dictó oficio sobre embargo de sueldo y demás emolumentos que el ejecutado J.S. perciba al prestar servicios laborales en cuantía suficiente hasta cubrir las sumas que son 105.738,45 € en concepto de resto de intereses u costas. Pero no se admite por reiterativo ya que al hecho probado 10º se reseña la existencia de embargos de sus percepciones salariales.

6º.-Se pretende ahora la modificación del segundo párrafo del hecho probado 11º que dice así: “En fecha no determinada, la demandante mostró el vehículo turismo que había adquirido recientemente a P.A.T.M.”, para que se sustituya por “Sobre los meses de abril o mayo de 2009 la demandante mostró el vehículo turismo que había adquirido recientemente a P.A.T.M.”, lo que se desestima puesto que se apoya en pruebas de carácter personal (declaraciones del Sr. T. y del Sr. J.D.) que no pueden fundamentar una revisión fáctica en el recurso extraordinario de suplicación (apartado b) del art. 193 LRJS), pretendiendo sobreponer la valoración de la parte a la judicial.

7º.-Por las mismas razones se desestima la adición de un hecho probado 11º bis, para que se incluyan determinadas manifestaciones de la actora vertidas en la prueba de interrogatorio sobre la existencia de un problema personal y solicitud de cambio de cuenta por el embargo (damos por reproducido a efectos expositivos el texto que obra al folio 30). El juez de instancia es el único competente para valorar la prueba del interrogatorio, valoración que supone una apreciación razonada, motivada y responsable de tal prueba, tal y como aquí ha acontecido, donde ningún atisbo de actuación arbitraria o infundada se vislumbra. Además, la existencia de embargos sobre la demandante ya obra en el relato fáctico.

8º.-Se interesa la modificación del primer párrafo del hecho probado 10º que declara probado que “La demandante se encuentra separada desde el año 1991 y divorciada desde el año 1996. Consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial la demandante tuvo que hacer frente a deudas que han provocado embargos de sus percepciones salariales”, para que en lugar de “tuvo” conste “tiene”, a fin de que quede claro

que dicha circunstancia es un factor personal que concurre en el momento de la IT. No podemos dar lugar a esta modificación por irrelevante ya que, el que tuviera que hacer frente en un determinado momento a deudas, no significa que esas deudas o parte de ellas no continuaran al momento del inicio de la IT. El hacerles frente supuso la existencia de embargos de percepciones salariales para cubrirlas, medida de ejecución que no se dice en ningún momento se haya alzado

9º.-Se pretende la adición de un nuevo hecho probado 15º alegando la recurrente que la sentencia de instancia omite en la relación fáctica el reconocimiento médico efectuado por el doctor A., solicitando que se haga constar, en esencia, que en mayo de 2012 se elaboró informe en cuyas consideraciones clínicas consta que “no se puede realizar ninguna consideración clínica al respecto” y la transcripción de determinados puntos del informe en los que aparece que la actora señaló que “únicamente había acudido a la cita porque se había citado judicialmente y que desconocía los motivos de dicha convocatoria” así como que “considera dicho acto totalmente absurdo por el tiempo transcurrido y que era una pérdida de tiempo tanto para ella como para el psiquiatra valorador” y que “no iba a hablar nada acerca de su vida personal, actual y pasada, dado que su problema era un conflicto únicamente laboral”. Pero no admitimos las adiciones interesadas ya que se basan en la misma prueba valorada por el juzgador de instancia, a la cual se refiere en la fundamentación jurídica, sin que se constate una omisión trascendente ni un error patente y manifiesto. Nótese además que lo que se pretende incorporar es la transcripción de un informe que obra en autos, documento que como tal no ha sido impugnado. Otra cosas son las conclusiones valorativas que del mismo se extraigan, lo que no pertenece al terreno de los hechos.

10º.-Se interesa la adición de un nuevo hecho probado decimosexto según el cual: “Consta en el número 24 aportado por F. el listado de formación de la Sra. S.”, lo que se desestima por intrascendente ya que el que a la demandante se le impartieran cursos de formación (lo que es una obligación en materia de prevención y riesgos laborales) nada tiene que ver con la existencia o no de acoso.

11º.-Finalmente se propone la adición de un nuevo hecho probado decimosexto, que a juicio de la recurrente, demuestra la normalidad de las relaciones entre la Sra. S. y el Sr. T. Es del siguiente tenor: “En fecha 12 de mayo de 2009 la Sra. S. envía un correo electrónico al Sr. T. con motivo de la despedida jubilación de M.N., con el contenido que consta en autos (documento nº 11 de X.)”. De nuevo nos remitimos a las anteriores razones desestimatorias; el hecho de que se comunique al Sr. T. la voluntad de aportar 10 euros para comprar el regalo a una compañera que se jubila, no demuestra la normalidad de una relación sino que dicho Sr. era el encargado (o uno de ellos) de la celebración en cuestión.

TERCERO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS y en varios motivos, la recurrente denuncia la infracción por la sentencia de instancia de lo establecido en el art. 115.2.e) de la LGSS en relación con el art. 217.2 de la LEC, precepto que exige se pruebe el nexo causal exclusivo enfermedad-trabajo. Y a juicio de la recurrente no ha quedado acreditado que la IT tuviera por causa exclusiva la ejecución del trabajo ya que concurren otro tipo de factores, personales y familiares, ajenos al trabajo, como son deudas y embargos, así como el descontento con el traslado desde la oficina de Burriana a la de Castellón, a lo que hay que sumar la negativa de la demandante a someterse a reconocimiento médico pericial. En los siguientes motivos se alega la infracción de lo establecido en el art.15.1 de la CE en relación con el art. 4.2, letra e) del ET en relación con el derecho a la integridad moral e interdicción de tratos degradantes, y derecho a la consideración debida a la dignidad, citando de nuevo el art. 217.2 de la LEC y el art. 24 de la CE, alegando que no existen actos o hechos llevados a cabo por el director del centro que supongan acoso sistemático, no cumpliéndose los requisitos que

establece la jurisprudencia para su apreciación. Se indica que la existencia de una posible dirección con modales inadecuados, poco correctos y el acoso laboral son supuestos y categorías jurídicamente diferenciadas, siendo los comportamientos del Sr. T. generales con todos los subordinados, lo que elimina toda conducta orientada a la destrucción, vejación, y humillación de la Sra. S. Concluye la parte recurrente diciendo que, a lo sumo, lo que se puede evidenciar es un clima laboral poco adecuado o un estilo de dirección más o menos incorrecto, pero nunca una situación de acoso laboral.

Aquí y ahora recordemos, siguiendo a la Sentencia de esta Sala recaída en Recuso de suplicación nº 120-08, que: “la situación de mobbing implica dirigirse contra el trabajador con ánimo de “victimizarlo” “...como sublimación de la perversión, mezquindad y bajeza del sujeto activo en su tendencia a afrentar la dignidad del sujeto pasivo, cuya “victimización”, de una manera u otra, con una amplia posibilidad de manifestación, se busca, hasta producir la sensación de que es inútil o indeseable, intentando degradarle, en su expresión más antijurídica, ruin, mezquina y baja, a una supuesta dimensión de cosa, abiertamente incompatible con lo más elemental de lo que es derecho y en caso alguno compatible con él, que nace, en su expresión esencial, de la dignidad humana (artículo 10 de la Constitución Española) ...”.

Pues bien, para determinar si la demandante ha sufrido una situación de acoso laboral, debemos acudir al relato fáctico de la sentencia y a los asertos que con tal valor han quedado establecidos en la fundamentación jurídica. En este orden de cosas ha resultado acreditado que, la actora Sra. S., con una antigüedad en la empresa desde el año 1971, presta sus servicios como administrativa en la oficina de F. en la localidad de Castellón, a la cual fue trasladada en enero de 2005 desde la oficina de Burriana. Por su parte el Sr. T.M. era el Director de la Delegación de la Provincia de Castellón de la empresa demandada, puesto que ocupó durante aproximadamente 17 años consecutivos, constando plenamente probado que el mismo ejercía las funciones propias de la jefatura con ocasionales gritos a sus subordinados, sin importar la presencia de clientes, gesticulación amenazante y carente de respeto hacia los subordinados, recriminaciones, órdenes contradictorias, que generaban un ambiente de trabajo muy crispado. Y lo que es de suma importancia: tales comportamientos eran generales con todos los subordinados, si bien se centraba especialmente sobre aquéllos trabajadores que intuía eran menos contestatarios, y en concreto sobre M.L.S.V. con categoría de administrativa, y sobre M.J.S., la actora. Así las cosas, llegamos al día 22 de julio de 2.009 en el que, sobre las 15 horas, la Sra S. se encontraba sentada trabajando en el puesto que tiene asignado, cuando P.A.T.M. se dirigió hacia donde se encontraba la demandante y de manera brusca, con gritos y gesticulación intimidatoria, le recriminó el supuesto retraso que arrastraba en la cumplimentación de las tareas que le habían asignado. Acto seguido, la Sra. S., una vez se retiró P.A.T.M., rompió a llorar por los nervios, y se encerró en el cuarto de aseo, para salir poco después y continuar con su labor a pesar de lo afectada que se encontraba por lo sucedido. Al día siguiente, 23-7-2009, la actora inició un periodo de incapacidad temporal por contingencia común acordado por la Seguridad Social, con diagnóstico de ansiedad, recibiendo asistencia sanitaria por los servicios públicos de salud, y siendo remitida el 28 de octubre de 2.009 al servicio de salud mental, a petición del Dr. A.N., del Centro de Salud de Burriana, que en su informe indica “...mujer de 59 años con tto ansiolítico (orfidal-alapril) dislipémica y osteoporótica situación de ilt por “mobbing” laboral en X.. trabajadora cte y responsable problemas de mobbing con su jefe, que le hace la vida imposible el caso, no se denunció por su parte pero ella ha hablado con el superior de su superior para exponerle el caso (pendiente respuesta) persona centrada, pero que últimamente presenta una mayo labilidad emocional remito para valoración por vuestra parte..”.Consta asimismo probado que, casi un año más tarde, el 16 de junio de 2.010, el Dr. M.F. de la Unidad de Salud Mental de Burriana emitió en relación a la demandante el siguiente informe “...Manté sense modificació els símptomes

ansiosos relacionats amb una situació d'hostigament laboral. Les diferents temptatives de solució d'aquesta situació, que està molt personalitzada, no han tingut cap exit. La reincorporació ara al mateix entorn de treball motivaria una exacerbació simptomàtica que conduiria a una nova baixa laboral. El meu criteri seria mantenir la baixa o prorrogar-la en espera de que accions paral·leles per part de l'afectada puguen conduir a una modificació de les circumstàncies adverses al treball...". Debe subrayarse que ya en el mes de octubre de 2009 la demandante puso en conocimiento de los responsables de la dirección regional de la empresa X. la situación laboral que estaba soportando, manteniendo una primera reunión en el mes de octubre de 2009 a la que acudió acompañada de S.B.M., representante de los trabajadores. Posteriormente, en el mes de mayo de 2010 remite correos electrónicos al nuevo responsable de la dirección regional ante la falta de respuesta desde octubre de 2009, celebrándose una nueva reunión el 18 de mayo de 2010 a la que nuevamente acude S.B.M. acompañando a la demandante. Asimismo, la Sra. S. envió un correo electrónico a X. en el que, entre otras cuestiones, señala que "he estado pensando con urgencia en posibles soluciones a corto plazo, pues sabes de sobra que el problema no es el trabajo. Una de esas soluciones podría ser reincorporarme en la oficina de Burriana durante las vacaciones de P.S. y hacer mi trabajo desde allí". Hemos de hacer constar asimismo que X. realizó un informe de revisión de la evaluación de riesgos de los factores psicosociales de trabajo del centro de trabajo de la empresa en Castellón en base a los escritos de la demandante y las reuniones mantenidas siendo emitido el informe el 19 de noviembre de 2010 y que P.A.T.M. fue apartado de la dirección de la delegación provincial de X. en Castellón. Resulta de gran importancia destacar que, por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Castellón se levantó el 12 de enero de 2011 acta de infracción contra la empresa X., con número I12201000074166, en relación al comportamiento del Director provincial de esa Mutua, P.A.T.M., tras realizar varias entrevistas con los trabajadores de la delegación en Castellón de la empresa demandada, y con los responsables de la empresa, en la que se concluía señalando que la infracción imputada consistía en "...que la empresa ha realizado a través del director de la oficina de Castellón, con conocimiento del Departamento de Recursos Humanos con sede en Madrid, actos lesivos contrarios al derecho de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores que constituyen la plantilla de la empresa en Castellón,...". El Director General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social dictó resolución el 27 de julio de 2011 por la que declaraba caducado el procedimiento administrativo sancionador incoado contra X. como consecuencia del acta de infracción número I12201000074166. La Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social en Castellón levantó nueva acta de infracción el 9 de noviembre de 2011 contra la empresa X. con número I122011000086067, motivada por los mismos hechos, Acta que consideró la comisión de una infracción muy grave (Art. 8.11 de la LISOS) proponiendo la imposición de la infracción con multa en su grado máximo, de 150.000 euros, teniendo en cuenta la negligencia de la empresa en investigar hechos teniendo conocimiento de los mismos y el perjuicio causado individualmente a cada uno de los trabajadores e su integridad moral. Por resolución del Director General de Trabajo se acordó imponer a la empresa X. una sanción económica por importe de 25.000 €, modificando el acta de infracción I122011000086067, por la comisión de una infracción muy grave, sancionada en grado mínimo. El 20 de julio de 2012 X. interpuso demanda ante la Sala de lo Social en materia de impugnación del acto administrativo. Finalmente, debemos hacer constar que la demandante se encuentra separada desde el año 1991 y divorciada desde el año 1996 y que como consecuencia de la liquidación del régimen económico matrimonial la demandante tuvo que hacer frente a deudas que han provocado embargos de sus percepciones salariales. En el año 1997 falleció un hermano de la demandante. Igualmente la hija de la demandante se encuentra separada

CUARTO.- Lo hasta aquí expuesto no denota la existencia simplemente un conflicto laboral o de una particular manera de ejercer un cargo directivo, sino de una conducta por parte del Dr. T. que atenta a la consideración debida y dignidad de la actora (art. 10 CE), a la cual, por su carácter menos contestatario, dato éste muy indicativo, escogió el citado Sr. T. como víctima, dentro del general modo de actuar y ejercer su cargo con gritos a sus subordinados, sin importar la presencia de clientes, gesticulación amenazante y carente de respeto hacia los subordinados, recriminaciones y órdenes contradictorias. Este modo de proceder no puede catalogarse como un caso de autoritarismo o mala educación, sino que nos encontramos ante una manera de actuar querida y consciente, sistemática, dilatada y reiterada en el tiempo, de entidad y gravedad, que carece de toda justificación y que choca frontalmente con la dignidad y respeto debidos a la trabajadora demandante, que recibía de un superior un trato ruin, mezquino y bajo, abiertamente incompatible con lo más elemental de lo que es el derecho y en caso alguno compatible con él, trato que exige un respeto que nace, en su expresión esencial, de la dignidad humana (artículo 10 de la Constitución Española). El episodio del 22 de julio antes expuesto (cuando P.A.T.M. se dirigió hacia donde se encontraba la demandante y de manera brusca, con gritos y gesticulación intimidatoria, le recriminó un supuesto retraso) es por un lado una plasmación puntual de cómo se dirigía el director de la delegación a la actora, pero además, actuó a modo de gota que colmó el vaso, dentro del continuo y reiterado trato denigrante del que venía siendo objeto en su puesto de trabajo. A esta conclusión sobre la concurrencia de acoso laboral llegan asimismo los facultativos del servicio público de salud que en las fechas de sometimiento al trato denigrante la vieron y los funcionarios actuantes de la Inspección, bien que un acta fuera declarada caducada (lo que no deja de ser una cuestión formal) y que la resolución final administrativa de la Dirección General esté impugnada en vía judicial por la empresa. Con respecto a X., no podemos perder de vista que es parte en este pleito, por lo que las conclusiones de su informe no han sido tenidas en cuenta para formar la convicción del juzgador, bien que han sido analizadas y valoradas en el último fundamento jurídico, como tampoco resultan ilustrativas para esta Sala en el sentido pretendido por la parte recurrente.

Llegados a este punto debemos indicar que, si bien al ser la enfermedad descrita (la ansiedad) de carácter común, y su conversión al calificativo de profesional requerir de la cumplida acreditación explicitada en el art. 115.2.e) de la LGSS, es decir, que la enfermedad haya tenido por causa exclusiva la ejecución del trabajo, lo cierto es que en el presente caso hemos de decir que la citada causa exclusiva queda acreditada. Por una parte tenemos que la demandante, que es definida por los médicos del servicio público como trabajadora responsable y persona centrada, nunca había padecido un proceso de baja por ansiedad (en los hechos probados constan que las bajas anteriores fueron en relación con el aparato urinario, trastornos genitales femeninos, otras alteraciones de la espalda no especificados y amigdalitis aguda), pese a haber atravesado una situación complicada por su separación. Qué duda cabe que una ruptura conyugal, y uno o varios embargos, influyen en el ánimo de la persona más fuerte emocionalmente hablando, pero no puede perderse de vista que el momento álgido de tales hechos fue temporalmente muy anterior ya que la separación data del año 1991, el divorcio del 1996 y el fallecimiento de su hermano de 1997; y en dicha época la actora no tuvo baja alguna por ansiedad ni depresión. Por otra parte en cuanto a su traslado a la oficina de Castellón desde la de Burriana, donde llevaba desde 1971, es plausible entender que no sería acogido con agrado. Sin embargo no tenemos datos objetivos que evidencien una rebeldía a tal movilidad que repercutiera negativamente en su salud. El que la demandante proponga (hecho 7º bis incorporación aceptada) reincorporarse a Burriana durante las vacaciones de P.S., constituye una muestra de la buena voluntad de la actora en la búsqueda de soluciones al grave problema que le aqueja. Quiere irse a Burriana para no soportar la conducta de acoso moral por parte de un superior, de la que es objeto y que le causa de forma directa un cuadro de ansiedad; no al revés. Y lo mismo con la situación de jubilación parcial al

85%, en que se encuentra la actora desde el 15 de junio de 2011, que se enmarca en la búsqueda de una solución al grave problema padecido y a sus consecuencias psíquicas. Por otra parte, el hecho de que se negara la actora a una pericial médica propuesta por X. no significa que tratara de ocultar su estado sino que, dado el tiempo transcurrido y la desaparición de los elementos estresares (el Sr. T. había sido apartado de la delegación de Castellón y ella estaba en situación de jubilación parcial), el resultado de la exploración necesariamente iba a diferir del tiempo en que se desplegaba la conducta de acoso.

Llegados a este punto debemos dejar sentado que los cuadros, ni en medicina ni en derecho, son “puros” al 100%; pero así y todo, sí que cabe afirmar en el supuesto de autos, que la incapacidad temporal de la actora iniciada el 23 de julio de 2009 tiene por causa directa y exclusiva el acoso moral que el Sr. T., superior jerárquico, le infligía en el desempeño de su puesto de trabajo, por lo que procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia de instancia que así lo entendió.

QUINTO.-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.

Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235.1 LRJS, procede la imposición de costas a la parte empresarial vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la MUTUA X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón de la Plana, de fecha 18 de mayo de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de las consignaciones, así como la necesidad de que, en su caso, se mantengan 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.

Se condena a la parte empresarial recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 250 euros.

Sentencia núm. 1.137, de 14 de mayo de 2013

Materia: Accidente de trabajo. Trabajadores al servicio de empresa constructora que sufren un accidente laboral en espacio confinado. Responsabilidad empresarial. Recargo indemnizaciones. La empresa demandante solicita declaración de imprudencia temeraria por parte de los trabajadores.

Juzgado: Desestima la demanda y confirma la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, como consecuencia del accidente sufrido por los trabajadores. Se establece un recargo del 50% en las prestaciones derivadas del mismo a cuenta de la constructora demandante.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa no ha cumplido correctamente con el deber de seguridad que establece la ley. No puede imputarse imprudencia temeraria por parte del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación letrada de la empresa CONSTRUCTORA X. SA, la sentencia de instancia que desestimó la demanda de la misma en solicitud de revocación del recargo de prestaciones que en vía administrativa se le había impuesto en el porcentaje del 50 %, recurso planteado al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

En relación con el primer motivo citado se solicita en primer lugar la modificación del hecho probado 6º in fine, para adicionar un párrafo (cuyo tenor literal damos por reproducido a efectos expositivos) según el cual no consta que fuera el encargado el que avisó a J.C. y recoge que “mientras el encargado J.S. avisaba también a los servicios de emergencia, J.C. se introdujo en el pozo”, de tal manera que da a entender que se introdujo motu proprio. El texto alternativo propuesto no puede admitirse ya que el mismo no se desprende directamente y sin lugar a dudas de los documentos citados, ni deriva, en los exactos términos en que se formula la redacción, de lo recogido en el Acta de la Inspección, documento que por otra parte no tiene fuerza revisoria ya que no recoge hechos que directamente fueran apreciados por el funcionario actuante.

Se solicita asimismo que se adicione un nuevo hecho probado, el 7º, para que se incorpore el resultado de las mediciones sobre gases tóxicos realizadas en el pozo registro de alcantarillado, cuya limpieza fue encomendada a los trabajadores por parte del encargado, estando las mediciones dentro de los límites y no detectándose gas metano (todo ello según el texto propuesto que obra al folio 11 del recurso y damos por reproducido a efectos expositivos). Pero dado que las mediciones se realizaron el día 2-11-2009 y que el accidente ocurrió el 15-10-2009, no incorporamos al relato de hechos la adición pretendida por irrelevante, pues la acumulación de gases puede variar de unos días a otros y había pasado ya más de 15 días desde el percance.

Por último, solicita la recurrente la adición de un ordinal 8º para que diga que: “Consta que la empresa, X., S.A., sí había establecido un procedimiento de trabajo específico para la realización de trabajos en el interior de espacios confinados”, en base al documento nº

21 del ramo de prueba de la empresa. No damos lugar a la adición pretendida ya que el documento citado ha sido valorado por la juez a quo sin que llegue a la conclusión pretendida por la recurrente, siendo así que la magistrada de instancia, órgano imparcial y suprapartes, forma su convicción valorando y apreciando todas las pruebas así como los diversos datos y elementos que convergen en el proceso (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998 y 11 de julio de 2003), sin que a la su valoración superponerse la valoración de la parte. Y no queda patentizado el error manifiesto ya que, una cosa es la teoría y otra, que el procedimiento específico se conozca, se haya ordenado de forma tajante que se realice, y se lleve a la práctica.

Queda pues desestimado el motivo formulado al amparo del apartado b) del art.193 de la LRJS.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS denuncia la recurrente la vulneración del art. 123 de la LGSS. Alega en sustancia que no puede concluirse que exista incumplimiento por parte de la empresa en materia de seguridad, pero aún admitiendo a efectos dialécticos que la empresa hubiera cometido alguna infracción en materia de prevención, literalmente indica que: “básicamente (sería) en relación con la actuación del encargado de obra, de cuya actuación resulta responsable mi representada, lo bien cierto es que el accidente concreto del trabajador J.C. se produjo por su propia y unilateral actuación” (sic). También indica que los trabajos por la recurrente subcontratados no incluía la realización de trabajos en pozos de alcantarilla y esa decisión la tomó exclusivamente el encargado. No es posible extender a la empresa las consecuencias de la imprudencia temeraria del encargado. Concluye diciendo la parte que recurre que no se aprecia relación de causalidad.

Pues bien, como señala la jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida fundamentalmente en la reciente sentencia de 12 de julio de 2007 (rcud. 938/2006), los requisitos que determinan la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo son: “a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999); b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado”...subrayando además que “...del juego de los preceptos contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales “...el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado.

Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medias de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”.

TERCERO.-Partiendo del inmodificado relato fáctico y de las afirmaciones que con tal valor obran a la fundamentación jurídica resulta que: A).-La empresa actora

CONSTRUCTORA X. SA tenía asignada, a la fecha de los hechos causantes, la ejecución de la obra 'Urbanización de las Unidades de Ejecución UE-5 y UE-7' en Callosa de Segura (Alicante), consistiendo los trabajos en la ejecución de nuevos viales y redes de saneamiento para agua potable y aguas residuales, canalizaciones para red eléctrica y telefonía, ajardinamiento de la zona y colocación de mobiliario urbano. B).- La actora subcontrató a la demandada 'J.L.C.P', en fecha 07.09.2009, la mano de obra oportuna para la concreta obra siguiente: ejecución de soleras, ejecución de arquetas, cimentación para la colocación de columnas, colocación de bordillos, demolición de aceras existentes, solado baldosa, relleno aceras y colocación de tuberías. C).- El 15.11.2009 los trabajadores J.C.M. y J.C.Z.M. (siendo su primer día de trabajo en la obra) pertenecientes a la empresa subcontratista, recibieron ordenes concretas de J.S.M., encargado de obra de la actora, en el sentido de ajustar los regles de baldosas de la acera; al concluir se les ordenó que procediesen a limpiar los pozos de registro de alcantarillado que podían estar debido a las lluvias caídas en esas fechas, con aguas residuales procedentes de la red de alcantarillado a la que se hallaban conectados. Al concluir esa y otras tareas, se ordenó a Juan Carlos Zárate Lozano a que limpiara de grava el pozo de la red general de alcantarillado al que se había conectado el nuevo que se había construido. D).- Se retiró la tapa de fundición y se introdujo en el pozo una escalera de unos 2 metros de longitud, por carecer el pozo de escalera fija, y no apoyándose sobre el suelo del mismo por medir sobre los 3,5 metros. Estando el trabajador en el interior del pozo, y en atención a sus dimensiones, el encargado retiró la escalera para que el trabajador pudiera realizar su trabajo con el legón que portaba. El trabajador, J.C.Z., comenzó a sentirse mal, por una respiración dificultosa comenzando a pedir ayuda. Se avisó por a J.C. y servicios de emergencia, extrayendo del pozo al operario. J.C.M. también quedó inconsciente en el interior del pozo.

Así las cosas, de lo expuesto resulta que en el caso de autos se evidencia un incumplimiento en materia de medidas de seguridad, incumplimiento centrado la falta de dotación a los trabajadores de los medios de protección adecuados para acometer un trabajo en un pozo; en la inadecuación de acceso al recinto; y en la ausencia de las oportunas comprobaciones sobre el nivel de gases y toxicidad existentes en el citado pozo. El que la empresa, sobre el papel, tuviera previsto un plan de prevención para ciertos trabajos (como recalca el juzgador a quo en el plan no se hace referencia a los trabajos en el interior de los pozos registro) no sirve para nada si dicho plan no se lleva a cabo y no se instruye debidamente sobre el mismo al encargado y a los operarios. Nos encontramos ante una tarea peligrosa realizada por unos trabajadores, inexpertos en estas lides, puesto que era su primer día de trabajo (y por tanto nunca antes había realizado la labor encomendada) y que están trabajando bajo las órdenes del encargado de la empresa, es decir, de la persona que actúa en su nombre, por delegación directa de ella, representando en la labor diaria a la empresa. Desde esta perspectiva es irrelevante que fuera el encargado el que diera la orden al Sr. C. de introducirse en el pozo o que mientras el encargado pedía auxilio al taller vecino y se procuraba de una cuerda, el Sr. C., en un espontáneo acto de valentía, se introdujera en el pozo para tratar de extraer a su compañero de trabajo, lo que se consiguió, pero sufriendo el Sr. C. una intoxicación que le dejó inconsciente. En todo caso y ante su actuar espontáneo, estaríamos hablando de una imprudencia profesional; nunca temeraria, y dicha imprudencia no excluye el recargo. Además, la cuestión fundamental estriba en si por la empresa se había adoptado las medidas de seguridad necesarias para acceder a él sin peligro y para evitar una posible intoxicación de gases en el interior del pozo. Y del inmodificado relato fáctico no resultan adoptadas, constatándose en cambio que el operario, en este tipo de tareas, quedaba fácilmente expuesto a su suerte y con ello a una situación de alto riesgo; riesgo que pudo evitarse con una correcta actuación y un correcto protocolo en materia de seguridad e higiene. Por ello, repetimos, es irrelevante que por el empleado o por el trabajador se realizara una operativa errónea pues, con las debidas instrucciones y pautas sobre la tarea a realizar (que no existieron) y las correspondientes medidas de seguridad bien planificadas y activadas

(protección respiratoria, arnés, cuerda de seguridad, tipo de anclaje y rescate, etc,...), se pudo evitar la intoxicación operada. Por otra parte, consta con valor fáctico a la fundamentación jurídica la ausencia de formación e información de los operarios, y el artículo 19 de la LPRL, impone al empresario el deber de garantizar que *cada trabajador* reciba una formación teórica y práctica.

Se ha producido en el caso de autos una infracción de lo dispuesto en el art. 22 bis del RD 39/1997 por el que se aprueba Reglamento de los Servicios de Prevención (artículo que trata sobre la presencia de recursos preventivos cuando se realicen las actividades o procesos peligrosos o con riesgos especiales que enumera como son los “Trabajos en espacios confinados. A estos efectos, se entiende por espacio confinado el recinto con aberturas limitadas de entrada y salida y ventilación natural desfavorable, en el que pueden acumularse contaminantes tóxicos o inflamables o puede haber una atmósfera”). También se han infringido los arts. 7,10, 11, 15, DA Única y Anexo IV parte A, punto 7.b) y c) del RD 1627/1997 sobre la utilización por los trabajadores de los equipos de protección individual, todo ello en relación con los art. 4.2.d y 19.1 del ET y arts. 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 y 32 bis de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales. Lo único con lo que contaba el trabajador lesionado y su compañero era con el factor suerte, lo que no resulta admisible en derecho, siendo evidente lo peligroso de la actividad realizada. A la empresa le es exigible el deber de seguridad establecido en el art. 19 del ET, deber que no ha cumplido correctamente. En base a lo señalado, en aplicación de la normativa antes citada, y apreciándose le existencia de relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso, sin que pueda entenderse que la conexión quede rota por la actuación del trabajador accidentado o de un tercero, a los que no cabe imputar imprudencia temeraria, procede la desestimación del recurso de suplicación interpuesto.

CUARTO.-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.

Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235.1 LRJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de CONSTRUCTORA X. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Alicante de fecha 24 de abril de 2012; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado de la impugnante que actúa en nombre del trabajador D. J.C., la cantidad de 200 euros y al Graduado Social que actúa en nombre de la empresa J.L.C.P., 200 euros.

1741

Sentencia núm. 1.144, de 14 de mayo de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que es despedida de manera improcedente y ante la posibilidad de readmisión se le indemniza con determinada cantidad. La cuantía no supera los límites legalmente establecidos. Ante el incumplimiento empresarial de los plazos establecidos para pagar la indemnización correspondiente, la empresa solicita al FOGASA el abono de prestaciones. Recargo de intereses.

Juzgado: Estima la demanda condenando a las empresas demandadas a abonar solidariamente a la parte actora determinada cantidad, más el 10% de interés por mora, sin perjuicio, o en su caso los intereses legales del art. 1.108 del Código Civil en importes distintos de salarios.

Sala: Estima el recurso interpuesto por el organismo codemandado en la instancia. No procede el pago de intereses al FOGASA.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Recurre en suplicación la representación letrada del Fondo de Garantía Salarial (FOGASA), la sentencia que le ha condenado de forma solidaria, junto con las empresas demandadas, a abonar a la actora la cantidad de 10.582,65 € más el 10% de interés por mora, sin perjuicio de los intereses legales del art. 1.108 del Código Civil.

El recurso contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS, en el que considera infringido el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, aduciendo que impugnada en la demanda la resolución administrativa de 26-11-09 que reconoce la prestación de 2.442,15€ de indemnización y 5.427€ por salarios de tramitación, y solicitándose en el referido escrito iniciador del procedimiento la diferencia por indemnización hasta los 13.024€, al ser mayor la antigüedad de la actora en la empresa, se trata de una prestación que no da lugar a los intereses que conforman la condena del FOGASA.

En efecto, atendiendo exclusivamente a lo pretendido por la Entidad recurrente, y siendo cierto que la pretensión que constituye el objeto de la demanda se centra el impugnar una resolución administrativa de prestaciones del FOGASA, el acogimiento de la referida pretensión se limita a dejar sin efecto la resolución y sustituirla por otra en la que se determine la cantidad debida, sin que el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores disponga la posibilidad de abonar intereses, al no ser de aplicación el art. 29 del Estatuto de los Trabajadores ni el art. 1.108 del Código Civil, por lo que se está en el caso de estimar el recurso y revocar la sentencia en la condena al FOGASA del pago de intereses.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de

Benidorm; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida dejando sin efecto la condena a la recurrente al pago de intereses.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.160, de 14 de mayo de 2013

Materia: Declaración de minusvalía: Pensión de jubilación no contributiva. Límite recursos económicos. Unidad económica de convivencia: Inclusión nuevo miembro de la unidad familiar.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones de la actora.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Procede excluir del cómputo de la unidad económica de convivencia a la biznieta de la demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda contra la Conselleria de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana y absolvió a la citada parte, interpone recurso de suplicación la parte actora y en el único motivo del recurso con amparo en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia error en la valoración de la prueba e infracción del artículo 144.4 de la Ley General de la Seguridad Social, y del artículo 13 del RD 157/91, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la ley 26/90, de 20 de diciembre, y en relación a los ingresos computables de la unidad económica familiar para el año 2009, fecha de la solicitud, alegando, en síntesis, que la unidad familiar de la demandante esta integrada por su esposo, su nieta y su biznieta, no habiendo hecho constar la actora en su solicitud a su biznieta por un olvido, y que convive con la madre según el libro de familia en el domicilio de los abuelos, y el hecho de que no ha podido acreditar el empadronamiento de su biznieta en Valencia es debido a la negativa del padre de la misma para que esto se formalice en esa ciudad, pese a que la guardia y custodia la ostenta la madre sic (nieta de la actora), por lo que debe integrarse la biznieta en la unidad familiar en la que convive junto a su madre.

En el presente supuesto atendidos los inalterados por inatacados hechos declarados probados de la sentencia impugnada, resulta que la actora, en su solicitud de pensión de jubilación no contributiva, hizo constar que la unidad económica de convivencia la forman ella, su marido y su nieta, que los ingresos y las rentas computables de la unidad económica ascienden a 11.538,52 euros brutos anuales, sin deducción de impuestos, siendo el límite de acumulación de recursos aplicable de 11.300,69 euros anuales, por lo que se rebasa el límite atendida la unidad económica de convivencia, debiéndose computar los ingresos brutos. Y en cuanto a la unidad económica de convivencia debe quedar establecida por la solicitante, su marido y la nieta, por lo que se supera el límite de acumulación de recursos para el año 2009. Sin que pueda aceptarse que dentro de la citada unidad se comprenda a la biznieta, porque su lazo de parentesco supera el segundo grado fijado tanto en el artículo 144.4 de la LGSS, como en el artículo 13 del RD 157/1991, de 15 de marzo, por el que se desarrolla en materia de pensiones no contributivas la ley 26/90, de 20 de diciembre. Sin que la obligación de que establece el artículo 143 del Código Civil sea bastante en el presente caso para considerar que la biznieta forma parte de la unidad económica de convivencia, por cuanto ni la declaró la actora en su solicitud, ni se acredita que la biznieta conviva efectivamente con los bisabuelos, lo que se podría haber acreditado con el certificado de empadronamiento, y siendo así que no se ha aportado documento alguno o prueba que permita considerar que convive en el domicilio de los bisabuelos, siendo así que la biznieta tiene un padre que no consta resida en el mismo domicilio que la actora, pudiendo residir la biznieta con su padre en otro domicilio, sin

que se acredite que el padre no ostente los derechos, deberes y obligaciones que derivan de la paternidad, procede excluir del computo a la biznieta de la unidad económica de convivencia. Y al haberlo entendido de ese modo la sentencia impugnada debe ser confirmada previa desestimación del recurso que se examina.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de Dña. J.A.N. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia de fecha 21 de febrero de 2012 en virtud de demanda formulada frente a la Dirección Territorial de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 1.167, de 15 de mayo de 2013

Materia: Extinción de la relación laboral. Despido por causas objetivas y económicas. La empresa no ha puesto a disposición del trabajador la indemnización correspondiente por falta de liquidez. Ante este incumplimiento el demandante solicita la declaración de improcedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda y estima procedente la extinción de la relación laboral por razones objetivas.

Sala: No se cumplen los requisitos formales para la declaración de despido procedente. La empresa no pone a disposición del trabajador la indemnización correspondiente ni hace mención alguna a la situación de iliquidez en el momento del despido. Declara la improcedencia del despido obligando a la mercantil a la readmisión del trabajador o a la indemnización correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente recurso de suplicación plantea dos motivos, formulados respectivamente con amparo procesal en los apartados b y c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- LRJS-.

En el primer motivo (apartados primero y segundo) se solicita la revisión de los hechos probados, y se propone la modificación de los hechos probados segundo y quinto.

2. Pretende la recurrente que se transcriba literalmente parte del contenido de la carta de despido (documentos obrantes en los folios 8 y 9) que el hecho segundo da por reproducida en su integridad. La propuesta no se ajusta al contenido de la norma procesal invocada que parte de un error manifiesto en la valoración de la prueba documental, y además resulta innecesaria puesto que el hecho en cuestión da por reproducido el contenido de la carta de despido; por lo que contempla igualmente las referencias contenidas sobre el devengo y puesta a disposición de la indemnización.

3. Solicita igualmente la modificación del hecho quinto para que se suprima la expresión “ante la carencia de efectivo a tal fin” y se remite para ello al contenido de los documentos obrantes en los folios 45 a 48 que entiende no acreditan el hecho consignado en la sentencia y cuya supresión se postula. De nuevo debemos rechazar la propuesta en cuanto que la misma excede del ámbito de aplicación del precepto procesal invocado, ya que no se asienta sobre un error manifiesto de valoración de prueba documental sino sobre las alegaciones y valoraciones de la parte que evidentemente discrepa de la valoración conjunta que de los citados documentos efectúa el Magistrado de instancia, cuando hace referencia en el fundamento 3 a los mismos para llegar a la conclusión que de ellos se desprende la falta de liquidez de la empresa demandada para hacer frente al pago de la indemnización, sin que por esta Sala se aprecie error en la valoración de la prueba documental, siendo facultad del juzgador la libre valoración de los medios probatorios. Por todo lo cual, procede rechazar el primero de los motivos propuestos por la parte recurrente.

SEGUNDO- 1. En el segundo motivo del recurso (apartados tercero y cuarto), la parte denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 53.4 del Estatuto de los

Trabajadores- ET- y del artículo 122.3 de la LRJS, al entender infringido la legalidad formal prevista para el despido objetivo por causas econmicas, ya que a diferencia de lo establecido en el citado precepto, el empresario no hizo constar en la comunicacin extintiva la imposibilidad de puesta a disposicin de la indemnizacin por causas econmicas. Con cita de la doctrina recogida en las STS 26/07/2005, 25/01/2005 y 23/04/2011.

Por ltimo, y de forma subsidiaria, para el caso que se desestime el presente recurso, solicita se integre la sentencia de instancia en virtud de lo dispuesto en el artculo 218.1 y 3 de la LEC y se condene a la empresa al pago de la cantidad correspondiente al despido objetivo a efectos de una eventual ejecucin.

2. Es cierto que la Sala IV ha hecho una aplicacin formalista de los requisitos que para el despido objetivo establece el artculo 53 del ET. Esta doctrina entiende que la puesta a disposicin de la indemnizacin devengada debe ser simultnea a la comunicacin extintiva, y que el incumplimiento de tal requisito determina la declaracin de improcedencia del despido (artculo 53.4ET y 122.3 LRJS).

Tambi3n es cierto, sin embargo, que la propia norma establece una excepcin al abono simultaneo cuando el despido se fundamenta en causa econmica (artculo 52 c ET) y siempre tal como ha matizado la doctrina aludida que el empleador acredite mnimamente la falta de liquidez previamente alegada en la carta de despido.

La cuestin aqu planteada sin embargo es la de determinar si para considerar que concurre la excepcin es necesario que tal falta de liquidez fuera consignada en la comunicacin tal como parece desprenderse de la literalidad del precepto cuya infraccin se denuncia o por el contrario basta con que se acredite en el acto del juicio, tal como parece haber entendido el Magistrado de Instancia.

Esta Sala entiende que atendida la finalidad de la comunicacin formal del despido objetivo, cuyo alcance ya hemos tratado extensamente siguiendo la Doctrina casacin al recogida entre otras en las STS 30/03/2010, recurso 1068/2009 y 18/12/2009, recurso 71/2009, la consignacin de la falta de liquidez en la carta de despido constituye un presupuesto necesario para eludir la puesta a disposicin de la indemnizacin legal, puesto que constituye un elemento constitutivo de la excepcin que puede ser objeto del litigio y que, por lo tanto, debe ponerse en conocimiento del trabajador, sin que la alegacin posterior en el acto del juicio, aun cuando vaya acompaada de una actividad probatoria indiciaria permita, excluir el requisito formal.

3. Tal como consta en la carta de despido, que el hecho segundo de la sentencia da por reproducida, el empleador manifest3 que junto con la comunicacin escrita se ponía a disposicin del trabajador la indemnizacin legal correspondiente, sin hacer mencin alguna a la imposibilidad de pago por falta de liquidez. La falta de mencin a la situacin de iliquidez en el momento del despido sería ya una causa de desestimacin de la alegacin efectuada en juicio, donde solo se puede discutir el contenido de la citada misiva, pero adem3s, en este caso y de acuerdo con lo dispuesto expresamente en el artculo 53 del ET, es requisito necesario para que la excepcin de puesta a disposicin de la indemnizacin despliegue sus efectos que se haya hecho constar expresamente en el momento de comunicar el despido al trabajador, por lo que es evidente que no se cumplieron los requisitos formales y que debe declararse la improcedencia del mismo.

TERCERO.- No procede imponer las costas.

FALLO

Que debemos estimar el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de J.M.A.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de ALICANTE de fecha 9/11/2012 Y en consecuencia, debemos declarar la improcedencia del despido de fecha de efectos de 30/04/2012, condenando a la empresa demandada, A.P.I. SL, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, a que le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores con abono de los salarios devengado hasta la fecha o le indemnice en la cantidad de 73.634,40€.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.175, de 15 de mayo de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado a la Seguridad Social en situación de alta o asimilado al RGSS. La profesión habitual del actor es la de recolector de cítricos. Iniciado expediente por el equipo de valoración de incapacidades, la Dirección Provincial del INSS dicta resolución declarando al actor afecto de incapacidad permanente total para ejercicio de su profesión habitual. El actor solicita revisión grado de incapacidad. Declaración incapacidad permanente total para todo trabajo.

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

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de cualquier actividad. Las dolencias y limitaciones funcionales que padece el trabajador encajan en el contenido del art. 137.5 de la LGSS.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) para que se revise el hecho probado quinto del que ofrece esta redacción: “El actor presenta dolencias infecciosas crónicas con repercusión renal que se encuentran estabilizadas con el tratamiento, y secuelas postraumáticas en rodilla, codo y pie derechos y de raquis cervical. Igualmente el actor adolece de trastorno depresivo mayor, vértigo e inestabilidad por insuficiencia Vertebro Basilar”.

2. La revisión propuesta debe prosperar, pues así se deduce directa e inmediatamente de la documental a que se remite.

SEGUNDO. 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS denunciando “infracción del artículo 136 y 137.c) TRLGSS, Real Decreto Legislativo 1/1994”. Argumenta en síntesis que las dolencias que el actor sufre le hacen acreedor de la prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo.

2. Del relato histórico de la sentencia de instancia, con los datos introducidos en la presente, destacamos: A) El demandante nacido el 21 de febrero de 1968 se encuentra afiliado a la Seguridad Social en el Régimen General, siendo su profesión habitual la de recolección de cítricos. B) A instancia del trabajador se inició expediente de incapacidad permanente en el que se emitió dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades el 20 de enero de 2.011 en el que se establece como cuadro clínico residual “...vih. vhc. fracaso renal de origen yatrogénico (11/09) con evolución favorable. gonartrosis dcha gii. hernia discal c4-c5. secuelas de fractura de rotula dcha, calcáneo dcho, apófisis odontoides c2 y cabeza de radio dcho...” y consideraba limitaciones orgánicas y funcionales las siguientes “...infecciosas crónicas con repercusión renal estabilizadas con el tto. secuelas postraumáticas en rodilla, codo, pie dcho y raquis cervical...”. Se proponía la calificación del trabajador como incapacitado permanente en grado de total. El Director Provincial del INSS de Castellón el 4 de marzo de 2.011 dictó resolución por la que se reconocía la incapacidad permanente en el

grado de total para la profesión habitual. Contra tal resolución se presentó reclamación previa el 4 de abril de 2.011 que fue desestimada por resolución de 27 de abril de 2.011 dictada por el Director Provincial del INSS de Castellón. C) El actor presenta dolencias infecciosas crónicas con repercusión renal que se encuentran estabilizadas con el tratamiento, y secuelas postraumáticas en rodilla, codo y pie derechos y de raquis cervical. Igualmente, el actor adolece de trastorno depresivo mayor. El actor mantiene capacidad laboral para el desarrollo de actividades que impliquen la realización de esfuerzos físicos mantenidos de carácter moderado o con ritmos de trabajo laxos. El Dr. M.M., de la Unidad de Salud Mental de Vall d'Uixó, emitió informe el 1 de junio de 2.012 en relación al actor en el que se indica "...En la primera entrevista, refirió un cuadro depresivo de un año de evolución sin factor desencadenante claro con humor triste, ánimo decaído, irritabilidad, anhedonia, dificultades de concentración, pensamientos reiterativos en su enfermedad, pesimismo, disminución de apetito y dificultades de sueño. Estaba en tratamiento con el Médico de Cabecera con Xeristar y Orfidal desde hacía 3 meses con mejoría parcial. El cuadro ha tenido una evolución a la cronicidad a pesar del tratamiento pautado...", y se concluía con el juicio diagnóstico de "...Trastorno depresivo mayor, crónico...".

3. Como este Sala viene indicando (véase por ejemplo la sentencia recaída en el recurso 3266/2011) "la incapacidad permanente absoluta viene definida en el marco del art. 137.5 del Texto Refundido de la LGSS, en relación con el contenido de su art. 136, como la situación de quien, por enfermedad o accidente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que le inhabilitan por completo para toda profesión u oficio. Tal ausencia de habilidad se interpreta jurisprudencialmente en innumerables sentencias, que hacen inútil su cita, como la pérdida de la aptitud psicofísica necesaria para poder desarrollar una profesión en condiciones de rentabilidad, y, por consiguiente, con la necesaria continuidad, sujeción a horarios, dedicación, rendimiento o eficacia y profesionalidad exigible a un trabajador fuera de todo heroísmo o espíritu de superación excepcional por su parte...". Y dicho esto el cuadro clínico del trabajador, descrito en los ordinales quinto (modificado) y sexto, más arriba referidos, lleva a la Sala a concluir que, el demandante no tiene capacidad residual para llevar a cabo ninguna actividad laboral incardinable en un marco laboral en contacto con otros trabajadores, con público o, en resumidas cuentas, en relación con terceros. Por cuanto la referencia contenida en el ordinal quinto acerca de que el trabajador "mantiene capacidad laboral para el desarrollo de actividades que impliquen la realización de esfuerzos físicos mantenidos de carácter moderado o con ritmos de trabajo laxos", no tiene en cuenta la depresión mayor aludida en el mismo ordinal y explicada en el siguiente (humor triste, ánimo decaído, irritabilidad, anhedonia, dificultades de concentración, pensamientos reiterativos en su enfermedad, pesimismo, disminución de apetito y dificultades de sueño... El cuadro ha tenido una evolución a la cronicidad a pesar del tratamiento pautado) ni obviamente las dolencias añadidas por la presente referidas a vértigo e inestabilidad por insuficiencia Vertebral Basilar, cuadro polipatológico con secuelas de suficiente entidad para determinar que el actor se encuentra por el momento en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo con derecho a la prestación correspondiente (sobre la base reguladora y efectos indicados en el inalterado hecho probado séptimo), ya que solo haciendo alarde de un gran esfuerzo imaginativo cabría pensar en una actividad valorable económica y laboralmente a la que la actora pudiera dedicarse, o utilizando las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1989 las dolencias indicadas "...inhabilitan a quien las sufre, para el ejercicio de una actividad laboral digna de tal nombre, salvo que ocurran las circunstancias extraordinarias de un intenso sacrificio por el trabajador... y un grado intenso de tolerancia por el empresario. En definitiva pues, no es posible que aquel desarrolle con un mínimo de normalidad, cualquier tarea, aunque la misma sea sedentaria y su desarrollo exija pequeños esfuerzos, pues siempre su realización se vería seriamente afectada

por aquel cuadro patológico...” ya que, sin perjuicio de la revisión que pudiera proceder (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de mayo de 2005 y 6 de junio de 2007), es patente que por el momento la suma de las dolencias, antes referidas le impiden no solo la realización de las tareas propias de su profesión habitual sino también las de cualquier otra.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso, y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para conceder al actor la prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo al encontrar sus dolencias y limitaciones funcionales su adecuado encaje en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 en su redacción originaria, por mor de lo establecido en la Disposición Transitoria 5ª bis de la Ley mencionada al no haberse producido el desarrollo reglamentario previsto en la misma (sin duda por error de transcripción en el recurso se alude al artículo 137.c) de la LGSS, que no está aún vigente de acuerdo con la norma transitoria precitada).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.A.M.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.3 de los de Castellón el día cuatro de julio de dos mil doce en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSS y la TGSS, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del 100% de la base reguladora de 552,99 euros, con efectos de 25 de febrero de 2.011, condenando al Instituto demandado a estar y pasar por tales declaraciones y a que abone al actor la prestación correspondiente.

Sentencia núm. 1.184, de 21 de mayo de 2013

Materia. Declaración de invalidez. Trabajador afiliado a la seguridad social en situación de alta o asimilado en el Régimen General y con profesión habitual de albañil. El actor sufre accidente laboral al caer al vacío tras pisar un panel traslúcido que iban a retirar de la cubierta de una nave industrial. La empresa para la que prestaba sus servicios tenía asegurado el riesgo de accidentes de trabajo. Como consecuencia del accidente sufre lesiones permanentes que le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual. Solicitud declaración incapacidad permanente para el ejercicio de profesión habitual. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones deducidas en su contra. No procede la declaración de incapacidad.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para el ejercicio de su profesión. Declara al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual, condenando a la mutua codemandada al pago de una pensión vitalicia mensual en la cuantía del 55% de su salario base regulador más los incrementos legales que procedan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora se compone de dos motivos, aunque se les denomine incorrectamente como alegaciones; habiendo sido impugnado dicho recurso por la codemandada X MUTUA, MATEPPS N^o, como se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se formula al amparo del art. 193 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque debe referirse al art. 193 b) de la Ley de la Jurisdicción Social, por ser la norma procesal que ya estaba en vigor en la fecha en que se dicta la sentencia recurrida. En este motivo se proponen diversas revisiones fácticas.

La primera de ellas afecta al hecho probado tercero para el que se solicita que se añada: “En el momento de la valoración y emisión de la resolución no consta que el demandante padeciera artrosis radiocarpiana bilateral ni condropatía.” También se solicita que se adicione el siguiente tenor: “De la misma forma que no constaba la existencia de artrosis radiocarpiana bilateral ni condropatía en el momento de dictarse la resolución de fecha 9/9/2008, tampoco consta que existiera dicha secuela en el momento de dictarse la sentencia de primera instancia de fecha 1/4/09, ni tampoco en el momento de interponerse el recurso de suplicación contra dicha sentencia sino que la citada secuela se constata por primera vez en por el Centro de Rehabilitación de Levante el 16 y 23 de septiembre de 2009, es decir, más de dos años después de la resolución del expediente de valoración de Lesiones, no habiéndose tenido por tanto en cuenta dichas secuelas. Al haber aparecido la citada secuela con posterioridad a dichas fechas no puede sino considerarse la existencia de una agravación de las secuelas en relación con la primera solicitud.”

La redacción propugnada se deduce de los propios datos que ya constan en la relación fáctica de la sentencia impugnada y no puede prosperar por cuanto que no añade ninguna novedad respecto a las afirmaciones de hecho que contiene la resolución impugnada,

introduciendo además valoraciones jurídicas impropias de la declaración de hechos probados lo que también determina su fracaso.

La siguiente revisión fáctica atañe al hecho probado cuarto para el que se postula la siguiente redacción: “El día 11/01/2010 se procedió a retirar al actor el material quirúrgico que portaba, iniciando nueva situación de IT por accidente de trabajo de fecha 10/4/2007, permaneciendo en situación de alta hasta el 24/02/2010, fecha en la que recibió el alta por mejoría que debería haber sido sin el reconocimiento de poder realizar el trabajo habitual, al haberse dejado probado que el mismo se encontraba en situación de IPT para el trabajo habitual.”

La nueva redacción se apoya en la argumentación que deduce la defensa del recurrente en relación con la carta de sanción obrante como documento nº 13 en el ramo de prueba de la parte actora, con el informe pericial del Doctor F.J.L., con el informe del Doctor R., con el informe del Doctor T.P., con el informe de Valoración médica (folio 17 de la documental del INSS) y con toda la documental de la Mutua aportada al EVI y no puede ser acogida por cuanto que al igual que la precedente revisión, introduce valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico y predeterminantes del fallo.

La tercera modificación concierne al hecho probado quinto para el que solicita una ampliación en los siguientes términos: “Por la Mutua FIMAC en el momento de instruir el expediente a efectos de valoración omitió incluir en el mismo cualquier referencia o prueba al hecho de la constatación de la aparición de artrosis radiocarpiana bilateral ni condropatía, a pesar de tener informes internos de la aparición de dicha secuela. Este hecho trajo como consecuencia que no se valorara la citada secuela agravada y concluyera como “patología ya valorada e indemnizada.”

Obsta al éxito de la ampliación solicitada que la misma pretenda introducir hechos negativos lo que no tiene encaje en el relato fáctico que ha de contener afirmaciones de hecho, siendo por lo demás simples conjeturas deducidas de los informes del Doctor C.G.P., las que se intentan plasmar en la referida ampliación, lo que también conduce a su rechazo.

La última modificación afecta al hecho probado octavo para el que propone la siguiente redacción: “El trabajador persona diestra presenta unas secuelas derivadas del accidente de 10/4/2007: “...Muñeca derecha:...irregularidad en la superficie articular interesando tanto la fosa escafoidea como semilunar, con escalonamiento en esta última de 2,5 mm. Todo ello genera una alteración de la congruencia articular”. Muñeca izquierda:...signos artrósicos en la radiocarpiana como secuela de la fractura de epífisis distal del radio, que ocasiona un hundimiento de la fosa escafoidea de aproximadamente 3 mm”. Los hallazgos radiológicos que se describen como signos artrósicos son propios de la evolución de las fracturas articulares y como tal son de carácter crónico, degenerativo y progresivo. Limitación para la movilidad, con los grados referidos en la siguiente tabla:

MOVILIDAD DE AMBAS MUÑECAS

	DERECHA	IZQUIERDA	NORMALIDAD
FLEXION	40º	50º	80º
EXTENSION	40º	40º	70º
PRONACION	15º	10º	90º
SUPINACION	15º	15º	90º
INCLIN CUBITAL	30º	20º	45º

Continua tomando analgésicos y antiinflamatorios no esteroideos".

La nueva redacción se deduce el informe pericial del Doctor R., en relación con el informe del doctor C.G.P. y de la resonancia magnética realizada el día 7/12/2011 y la misma no puede prosperar por cuanto que dichos documentos junto con los demás informes médicos oficiales y particulares y pruebas periciales ya han sido valorados por la Magistrada de instancia, conforme se preocupa de indicar la misma en el primero de los fundamentos de derecho de la sentencia del juzgado, siendo doctrina judicial constante reiterada por ésta y otras Salas de los social que "es el juzgador ante quien tiene lugar la práctica de las pruebas el que debe resolver la discrepancia y seleccionar entre los pareceres técnicos contrapuestos los que considera más acertados y conformes con la realidad".

SEGUNDO.- El correlativo motivo del recurso se dice introducir por el cauce del artículo 191 c de la Ley de Procedimiento Laboral, si bien debió de ampararse en el apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, por las mismas razones que ya se expusieron al examinar el primero de los motivos del recurso. En este motivo se deduce la censura jurídica de la resolución impugnada a la que se imputa la infracción del art. 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social al considerar la defensa del recurrente que siendo las secuelas que presenta el demandante tributarias del grado de incapacidad permanente total, aunque por error se alude al grado de incapacidad permanente parcial, debió de reconocérsele el meritado grado de incapacidad permanente, remitiéndose a lo ya expuesto en el anterior motivo al solicitar las diversas revisiones fácticas.

Si bien el escrito de interposición del recurso no constituye ejemplo de lo que debe ser un recurso de suplicación pareciendo desconocer el contenido de los artículos 193 y 196 de la Ley de la Jurisdicción y en definitiva la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, tal y como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, entre otras en sentencias 294/93, de 18 de octubre, y 71/02, de 8 de abril, no es menos cierto que como también tiene dicho este Tribunal (véase su sentencia 18/1993, de 18 de enero) "...desde la perspectiva constitucional, en último extremo lo relevante «no es la forma o técnica del escrito de recurso, sino su contenido, esto es, que de forma suficientemente precisa exponga los hechos o razonamientos que estime erróneos y cuáles los que debieran ser tenidos por correctos ... desde esta perspectiva, resulta obligado concluir que el órgano judicial, según una interpretación flexibilizadora y finalista de las normas disciplinarias del recurso, no debe rechazar a límine el examen de una pretensión por defectos formales o deficiencias técnicas cuando el escrito correspondiente suministra datos suficientes para conocer precisa y realmente la argumentación de la parte..." En el presente caso, resulta claro que lo que se censura a la resolución recurrida es la infracción por no aplicación de lo previsto el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social al entender la defensa del recurrente que las secuelas derivadas del accidente de trabajo sufrido por el actor se han agravado hasta el punto de impedirle realizar las fundamentales tareas de su profesión habitual de oficial 2ª albañil.

De acuerdo con el art. 136 LGSS (RCL 1994\1825) la invalidez permanente configurada en la acción protectora de la Seguridad Social es de tipo profesional y por ello, para su debida calificación hay que partir de las lesiones que presenta el beneficiario y ponerlas en relación con su actividad laboral para comprobar las dificultades que provocan en la ejecución de las tareas específicas de su profesión (STCT 8-11-85), y proceder a declarar la invalidez permanente total cuando inhabilitan para desarrollar todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia (TS 26-2-79 [RJ

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

En el presente caso del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se constata que el demandante que nació en el año 1984 sufrió accidente de trabajo en fecha 10-4-07 al caer al vacío desde unos seis metros de altura. Como consecuencia de dicho accidente se le diagnosticó fractura bilateral extremo distal del radio, fractura escafoides carpiano izquierdo y fractura pala íliaca derecha. Iniciado expediente se le declaró afecto de lesiones permanentes no invalidantes al presentar como secuelas: limitación de la pronosupinación del antebrazo derecho en menos del 50%, limitación de la movilidad de la muñeca derecha en menos del 50% y limitación de la movilidad de la muñeca izquierda en más del 50%, en paciente con dominancia derecha. Cicatrices. Dicha resolución fue confirmada judicialmente. En fecha 11-1-10 se retiró el material quirúrgico que portaba el actor e inició nueva situación de incapacidad temporal, tramitándose a instancias del demandante nuevo expediente para la calificación de la incapacidad permanente, emitiéndose dictamen propuesta por el EVI en fecha 7-5-10 en el sentido de “no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. “No lesiones. Patología ya valorada e indemnizada” y por Resolución del INSS de 14-5-2010 se le denegó la prestación de incapacidad permanente. El demandante según los informes de los facultativos del Centro de Rehabilitación de Levante de fechas 16 y 23 de septiembre de 2009 padece artrosis radiocarpiana bilateral, presentando como secuela en la muñeca derecha una irregularidad en la superficie articular interesando tanto la fosa escafoidea como semilunar, con escalonamiento de ésta última de 2,5mm, lo que genera una alteración de la congruencia articular con discretos cambios en el hueso subcondral de semilunar y escafoides, presentando irregularidades la superficie articular de la cavidad sigmoidea. En cuanto a la muñeca izquierda se aprecia un hundimiento de la fosa escafoidea de aproximadamente 3mm. El trabajador, persona diestra, presenta como secuelas del accidente de fecha 10/04/07, una limitación de la movilidad activa de las muñecas: flexión dorsal 20º derecha y 60º izquierda, flexión palmar 30º derecha y 30º izquierda, desviación cubital 20º derecha y 30º izquierda y desviación radial 20º derecha y 20º izquierda, con buena fuerza global y capacidad de presa y pinza en las manos. Como consecuencia de ello, está limitado para actividades que impliquen sobrecarga biomecánica de muñecas.

Puestas en relación las secuelas que presenta en la actualidad el demandante con la profesión habitual del mismo que es la de oficial 2ª albañil en la que la sobrecarga biomecánica de las muñecas es una constante tanto por la continua manipulación de objetos como por la carga de pesos, lleva a concluir que el actor no tiene la capacidad necesaria para desarrollar las fundamentales tareas de dicha profesión con la eficacia, continuidad y dedicación que son exigibles en el mercado laboral ya que aun cuando la fuerza global que presenta en las manos es buena, no cabe decir lo mismo de la movilidad y capacidad de carga de sus muñecas, de modo que su situación se ha de encuadrar en el apartado 4 del art. 137 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción anterior a la Ley 24/1997, de 15 julio, vigente según la Disposición Transitoria Quinta bis del meritado texto legal, lo que obliga a estimar el recurso, y con revocación de la sentencia de instancia, declarar al demandante en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de oficial 2ª albañil derivada de accidente de trabajo con derecho a percibir una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador de 1.139,94 euros (13.679,28 euros x 1/12), con más los incrementos legales correspondientes. En cuanto a la fecha de efectos será la del cese en el trabajo, de conformidad con la doctrina jurisprudencial de la que se hace eco la STS de 17 de Febrero del 2009 (ROJ: STS 1212/2009), Recurso: 1827/2008, y que reitera el

criterio mantenido por las SSTs de 24-4-2002 (rec.- 2971/01), 19-12-2003 (rec.-2151/03), y 19-1-2009 (rec.- 1764/08). En esta última, recogiendo la doctrina anterior se dijo expresamente que:"Tal solución, derivada de una interpretación sistemática de los artículos 131 bis.3 de la Ley General de la Seguridad Social, 6 del Real Decreto 1300/1995 y 4 y 13-2 de la Orden de 18 de enero de 1996 es razonada en esas sentencias con argumentos que aquí damos por reproducidos, para evitar reiteraciones innecesarias. En ellas se afirma que, cuando la situación invalidante no ha venido precedida de una incapacidad temporal, al estar el trabajador en activo, "no hay dificultad en distinguir entre la fecha del hecho causante y la de efectos económicos de la prestación. La primera será la correspondiente a la fecha de emisión del dictamen-propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades -tal y como establece el párrafo segundo del número 2 del artículo 13 de la Orden de 18 de enero de 1996- y la segunda será aquella en la que se produzca el cese en el trabajo". No existen razones que justifiquen un cambio de esa doctrina que es acorde con lo dispuesto en los artículos 141 de la Ley General de la Seguridad Social, 24-3 de la Orden de 15 de abril de 1.969 y 18-4 de la Orden de 18 de enero de 1996, preceptos de los que se deriva que el percibo de la prestación es incompatible con el desempeño de la profesión ejercida al tiempo del hecho causante de la misma, lo que impone el que aquella se reconozca cuando se deja de trabajar y de cobrar el salario". La conclusión expuesta se ha de mantener ahora aun cuando en los hechos probados se fije como fecha de efectos económicos la del accidente de trabajo, habida cuenta que la determinación de los efectos económicos es de índole jurídica no fáctica y por otra parte las secuelas del accidente de trabajo que han determinado la incapacidad permanente del actor no son las que presentaba aquel en la fecha del referido accidente, sino las que se constatan posteriormente y que han sufrido un agravamiento respecto a aquellas, en concreto, la aparición de artrosis radiocarpiana bilateral, de ahí que tampoco se aprecie la excepción de cosa juzgada que aduce la Mutua codemandada y que parece estimar indebidamente la sentencia de instancia aun cuando también se pronuncia sobre el fondo de la cuestión debatida.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. T.G.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Seis de los de Valencia y su provincia, de fecha 19 de octubre de 2012, y revocando la misma, estimamos la demanda declarando a D. T.G.A. en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, y condenando a todos los codemandados a estar y pasar por dicha declaración y a MUTUA X. a abonar al demandante una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador de 1.139,94 euros, con más los incrementos legales correspondientes, y con efectos de la fecha de su cese en el trabajo, con la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo y de la Tesorería General de la Seguridad Social en su condición de reaseguradora.

Sentencia núm. 1.207, de 21 de mayo de 2013

Materia: Pensión de viudedad: Percepción de la prestación. La actora y el causante de la prestación se encuentran divorciados. En el convenio regulador, las partes manifiestan que el divorcio no entraña desequilibrio económico alguno. Tras el fallecimiento del actor, la viuda solicita prestación de viudedad, la cual es denegada por no ser perceptora de pensión compensatoria ni haberse producido el divorcio con anterioridad a 1 enero de 2008. La actora interpuso reclamación previa en la que alegaba haber sido objeto de violencia de género.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a lucrar pensión de viudedad, condenando a la entidad gestora a pasar por esta declaración y a abonarle la pensión correspondiente.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La actora tiene derecho a percibir la prestación solicitada. No procede sancionar en costas a la entidad gestora recurrente, puesto que éstas gozan del beneficio de justicia gratuita a efectos jurisdiccionales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el Letrado del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por D^a. J.P.M. y le reconoció el derecho a percibir la pensión de viudedad derivada del fallecimiento de D. A.M., con el que estuvo casada hasta que por sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 6 de Elche de 6 de septiembre de 2009 se declaró el divorcio de ambos cónyuges.

2. Se fundamenta el recurso en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción de los artículos 360 a 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el artículo 174.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio –en adelante, LGSS- y con su disposición transitoria 18^a. Se sostiene por la Entidad Gestora que “la actora no cumple los requisitos exigidos para la aplicación de la norma transitoria y (sic) que la prueba testifical practicada en el acto del juicio no es suficiente para considera probado que era víctima de violencia de género”.

3. Antes de resolver el motivo del recurso nos debemos pronunciar sobre la causa de inadmisibilidad alegada en el ordinal primero del escrito de impugnación presentado por el Letrado de la Sra. P. Se solicita que se ponga fin al trámite del recurso, pues tras la sentencia de instancia que reconoció el derecho reclamado la Entidad Gestora no cumplió con la obligación que le impone el artículo 230.2 c) de la LRJS de comenzar el abono de la prestación.

Petición que se rechaza pues consta en las actuaciones –folio 182- certificado del Subdirector Provincial del INSS de 4 de enero de 2012 de que en esa fecha comienza el trámite para el abono de la prestación reconocida por la sentencia recurrida, y que dicho pago se mantendrá durante la tramitación del recurso, por lo que se ha dado cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 230.2 c) de la LGSS.

SEGUNDO.- Rechazada la causa de inadmisibilidad del recurso, procede entrar a resolver la cuestión de fondo que se plantea en él, tal y como ha sido expuesta en el apartado 2 de este fundamento jurídico. Pues bien, el recurso debe ser desestimado dada su defectuosa articulación. En efecto, como hemos señalado el motivo se formula con invocación expresa del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, pero lo que se denuncia en él, básicamente, es la infracción de normas de carácter procesal como son los artículos 360 a 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, más concretamente, la valoración realizada por el Magistrado de instancia de la prueba practicada en el acto del juicio, pues toda la fundamentación del motivo descansa en la alegación de que la prueba testifical no es suficiente para acreditar la existencia de violencia de género. Esta tesis no puede prosperar por dos razones:

a) En primer lugar por razones formales, pues lo único que se puede denunciar por el apartado c) del artículo 193 de la LRJS es la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, pero no la vulneración de normas procesales como son los artículos 360 a 381 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los que se regula el interrogatorio de testigos; y menos aún, de la forma tan genérica como se hace con la cita genérica de esos veintiún artículos.

b) Y en segundo lugar porque la legislación sustantiva constituida por el artículo 174.2 de la LGSS, que también se cita en el recurso, no excluye ningún medio de prueba para acreditar la situación de violencia de género. Antes al contrario, establece expresamente que tal situación se puede acreditar "por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho". En efecto, el apartado Diez de la Disposición Final Tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2010, añadió al apartado 2 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social el siguiente párrafo: "En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en derecho". Así pues, no existe ninguna razón por la que se deba excluir la prueba testifical como medio para acreditar la situación de violencia de género. Estamos, en definitiva, ante una cuestión de valoración de la prueba practicada en juicio; y es bien sabido que en un recurso extraordinario como es el de suplicación esta tarea corresponde en exclusiva al juez que presidió el acto del juicio, de modo que solo puede ser corregida por este tribunal en supuestos excepcionales en los que se observe que tal valoración es irracional o arbitraria y siempre que se utilice el cauce procesal adecuado por el recurrente. Y en el presente caso, ni se ha solicitado la nulidad de la sentencia por esta causa, ni se ha intentado modificar el relato de hechos probados, por lo que siendo ello así, el recurso debe ser rechazado toda vez que consta que la Sra. P.M. se encuentra en la situación protegida contemplada en el artículo 174.2 de la LGSS.

TERCERO.- De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial de la que es expresión, por ejemplo, la STS de 27-9-2000 (recurso 4585/1999), no ha lugar a condenar en costas a la Entidad Gestora recurrente. Y ello es así, porque el artículo 19.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social dispone: "Las Entidades Gestoras gozarán del beneficio de justicia gratuita a efectos jurisdiccionales". Por su parte, la Ley 1/1996 de 10 de Enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, establece con respecto al ámbito personal de su aplicación, en el art. 2 que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita: "b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso".

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.3 de los de Elche de fecha 30 de noviembre de 2011 en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA J.P.M.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.266, de 24 de mayo de 2013.

Materia: Pensión de viudedad. Actora que mantiene convivencia habitual propia de pareja de hecho, sin que conste convivencia ininterrumpida ni inscripción en registro público de la Generalitat. La actora interesa pensión de viudedad.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de lo petitionado frente al mismo. No tiene derecho a la prestación al no concurrir los requisitos legalmente establecidos.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La actora no tiene derecho a percibir la prestación solicitada ni disfrutar de la misma puesto que no cumple con los requisitos básicos que dan derecho a ésta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), propugnando la revisión de los hechos probados 1 y 5, de los que ofrece esta redacción respectiva: A) “A.R.C., con DNI X. mantuvo convivencia habitual propia de pareja de hecho, constando la convivencia ininterrumpida con F.M.M., desde el año 1991. De dicha unión nacieron dos hijos, F. y B.M.R., el 20 de junio de 1992 y el 29 de septiembre de 1993, respectivamente”. B) “Se ha acreditado que al menos en los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, la demandante y él convivieron continuamente en el mismo domicilio sito en calle Virgen de las Nieves, núm. 68, bajo de Aspe –Alicante-, junto con sus hijos comunes”.

2.Las revisiones fácticas propuestas deben seguir esta suerte: A) La primera debe prosperar en parte, sobre todo a efectos aclaratorios, en lo atinente a los dos hijos de la unión de la actora con don F.M.M., nacidos respectivamente, el 20 de junio de 1992 y el 29 de septiembre de 1993, no así respecto de la convivencia ininterrumpida, que pretende basar en la “certificación” emitida por el Ayuntamiento de A., obrante al folio 12 de los autos, por cuanto la información policial en que se basa no es en rigor una certificación en cuanto no se fundamenta en datos obrantes en archivos o registros, tal y como indica el artículo 317.6º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino “en las pesquisas realizadas por esta policía”, ni de la misma se deduce otro hecho que el de la convivencia, y no la constitución como pareja de hecho. B) La segunda debe rechazarse al basarse en la misma prueba que la anterior, sin que de los hijos habidos de la unión pueda deducirse esa convivencia ininterrumpida, que tampoco sería suficiente para justificar la constitución de una pareja de hecho.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS (sin duda por error de transcripción alude al “motivo c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, dado que en la fecha de la sentencia -25 de mayo de 2012- estaba ya en vigor la LJS, y en esta ley ha fundamentado el primer motivo de recurso) denunciando infracción artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social y jurisprudencia aplicable, citando la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 sobre la existencia y persistencia de la pareja de hecho que se podrá acreditar mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, especialmente de carácter documental y no

exclusivamente el certificado de empadronamiento, y que las cortas y momentáneas interrupciones producidas en la convivencia lo fueron por violencia de género como consta a los folios 67 y siguientes.

2. El relato fáctico permanece inalterado y del mismo no se deduce que el causante y la actora no hubieran podido constituir formalmente la unión de hecho, teniendo en cuenta a mayor abundamiento que el artículo 15 del Reglamento que desarrolla la Ley 1/2001, de Uniones de Hecho en la Comunidad Valenciana, Reglamento aprobado por Decreto del Consell 61/2002, de 23 de abril, en su apartado 2 establece que “ Si por enfermedad, dificultad de desplazamiento o por cualquier otra circunstancia de análogas características debidamente acreditada, resulta imposible o muy gravosa la comparecencia de alguno de los miembros de la unión de hecho, el encargado del Registro o cualquier funcionario designado al efecto podrá tomarle declaración directamente en el lugar donde se encuentre”, de ahí que se predicara también de irrelevante la revisión fáctica interesada.

3. Tal y como viene indicando el Tribunal Supremo en sentencias de 26 de noviembre de 2012 y 28 de noviembre de 2011, siguiendo la línea jurisprudencial de la que forman parte otras sentencias que citan, el devengo de la pensión de viudedad desde una pareja de hecho a partir de la reforma operada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, requiere el cumplimiento de una serie de requisitos que sintetiza en estos puntos: 1) los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y de "convivencia estable y notoria", establecidos ambos en el vigente artículo 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2) que, en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes; 3) que la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS , bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas...". No existiendo Disposición Transitoria alguna al respecto y habiéndose exigido a situaciones en que los hechos causantes tuvieron lugar también antes de los dos años contados desde la entrada en vigor de la reforma introducida por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, así en el caso decidido por la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2011, el fallecimiento se había producido en 6 de octubre de 2008, y en el de la sentencia del mismo Tribunal de 22 de noviembre de 2011, en 15 de septiembre de 2008, subrayando en su fundamento de derecho segundo.3 esta sentencia que "...en último término rechazamos la extrapolación que el recurso hace de la doctrina contenida en la STC 199/2004 (15/Noviembre) , pues la misma va referida al supuesto matrimonio válido no inscrito en el Registro Civil y en cuya interpretación el TC niega valor constitutivo a la inscripción en el Registro, basándose precisamente en la afirmación que hace el art. 61 CC respecto de que «El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración». Doctrina que la parte recurrente pretende extrapolar a la pareja de hecho, sin tener en cuenta que muy contrariamente a aquel supuesto, el art. 174.3 LGSS -como ya dijimos más arriba- dispone justamente ese carácter formal/constitutivo para la inscripción de la pareja de hecho en el Registro o su constancia en documento público y la exige -además- «con antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante». Inequívoca exigencia impuesta por el legislador que no puede desconocerse con argumentaciones que carecen del exigible rigor jurídico, se impone como quedó adelantado la desestimación del motivo en este aspecto, máxime cuando no se acredita el dato clave de la inscripción en el Registro o la formalización del documento público correspondiente aún antes de los dos años exigidos por la ley, que según la doctrina jurisprudencial de referencia constituye una inequívoca exigencia impuesta por el legislador que no puede desconocerse. No puede aplicarse en consecuencia la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 relativa a la prueba de la convivencia por medios distintos al

empadronamiento, cuando segun ha quedado dicho aqu se trata no de la prueba de la convivencia, sino de la existencia misma de la pareja de hecho.

4. Haber tenido hijos comunes constituye solo uno de los requisitos previstos en la Disposicin Adicional 3^a de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre para la pensin de viudedad “en supuestos especiales”, que no es el del caso traído a nuestra consideracin, donde el causante falleci el 30.09.2010 despus y no antes de la entrada en vigor de la ley de referencia.

5. No se ha intentado siquiera introducir en el relato histrico datos referidos a violencia de gnero sufrida por la actora, por lo que mal se pueden tener en cuenta ahora, mxime cuando de acuerdo con lo ya indicado y reiteramos de nuevo no se trata de la prueba de la convivencia sino de la constitucin misma de la pareja de hecho.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado ser la desestimacin del recurso interpuesto e ntegra confirmacin de la sentencia impugnada.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicacin interpuesto en nombre de doa D^a. A.R.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nmero 5 de Alicante el da 25 de mayo de 2012 en proceso sobre pensin de viudedad seguido a su instancia contra el INSS y confirmamos la resolucin recurrida.

Sentencia núm. 1.271, de 28 de mayo de 2013

Materia: Despido. Trabajadores que prestan servicios para Entidad Local. Por razones técnicas y estructurales el Pleno de la Corporación acuerda la amortización de varios puestos de trabajo de la plantilla. Se finiquita a los demandantes por sus salarios, antigüedad y omisión de preaviso. Caducidad de la acción de despido.

Juzgado: Estimando la excepción de caducidad de la acción de despido, absuelve al ayuntamiento demandado de las pretensiones por despido deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, acordando la devolución de las actuaciones al Juzgado de instancia a fin de que se dicte otra en la que, sin estimar la caducidad de la acción, se pronuncie sobre el resto de las cuestiones planteadas en el acto del juicio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el Letrado de los demandantes la sentencia de instancia que apreció la caducidad de la acción de despido ejercitada por ellos frente a la decisión del Ayuntamiento demandado de extinguir sus contratos de trabajo alegando causas objetivas técnicas, productivas y económicas. Se fundamenta el recurso en un motivo único en el que se denuncia, siquiera que implícitamente, la infracción de la doctrina jurisprudencial expresada en la STS de 17 de septiembre de 2009 (rcud.4089/2008) en relación con el artículo 69 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Se argumenta en el motivo que fue la Administración demandada la que provocó el error de los demandantes en el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de despido.

2. En el escrito de impugnación del recurso se alega como primera cuestión, la inadmisibilidad por “defecto en su interposición”. Este motivo de oposición al recurso debe ser rechazado por las siguientes razones: A) Porque aunque se cita en el recurso el apartado b) del artículo 193 de la LRJS, de su lectura se desprende sin ningún lugar a dudas que el fundamento del motivo está en el apartado c) de ese precepto, pues lo que se solicita en él no es la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, sino la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre el cómputo del plazo de caducidad. Por tanto, el mero error en la cita del apartado del precepto procesal no puede suponer la inadmisibilidad del recurso, toda vez que ello supondría una interpretación excesivamente formalista de los requisitos de acceso al recurso y, consiguientemente, un atentado al derecho constitucional de la tutela judicial efectiva. B) Dado que en la sentencia recurrida se cita expresamente la resolución de la Alcaldía de 6 de marzo de 2012, esta Sala puede examinarla en su integridad sin que sea necesaria la reproducción íntegra de su contenido y sin que ello suponga alterar el relato de hechos probados. Ello supone que el recurso debe ser resuelto partiendo de los hechos que la sentencia declara probados, bien expresamente en el apartado correspondiente, bien implícitamente en la fundamentación jurídica, en el entendido que la remisión a una resolución o documento autoriza a la Sala a examinarlo en su integridad.

1. Rechazada la oposición a la admisibilidad del recurso procede entrar a resolverlo. Como hemos visto, la tesis que se mantiene en él es que fue la resolución de la Alcaldía que extinguió sus contratos de trabajo la que les indujo a error sobre el cómputo del plazo de que

disponían para presentar la demanda de despido.

2. Se declara probado en el hecho duodécimo de la sentencia recurrida, que el 6 de marzo de 2012 se notificó a los actores su despido por causas objetivas. Y con esa misma fecha de salida se notificó a cada uno de los demandantes resolución de la Alcaldía de 2 de marzo de 2012, en la que se hacía constar que en cumplimiento de lo acordado por el Pleno del Ayuntamiento se procedía al despido del personal adscrito a T. con fecha de efectos de 6 de marzo de 2012. Al pie de esta resolución que se dirigió a cada uno de los demandantes consta lo siguiente: “Contra la presente resolución podrá acudir a la Jurisdicción Social competente, previa interposición de esta Tenencia de alcaldía de reclamación previa en vía administrativa, en la forma establecida en las Leyes, en el plazo de quince días hábiles. Si se denegara la reclamación, o transcurrido un mes sin haber sido notificada la Resolución por este Ayuntamiento, podrá formalizar la demanda ante el Juzgado de lo Social o la Sala competente en el plazo de veinte días, contados a partir del día a (sic) siguiente a la notificación, o desde el transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral”. Es decir, la resolución administrativa por la que se acordó proceder al despido de cada uno de los demandantes, fijó el inicio del plazo de veinte días hábiles para impugnar el despido no en la fecha de su notificación, sino en el día siguiente a la notificación de la resolución denegatoria de la reclamación previa o desde el transcurso del plazo en que deba entenderse desestimada. Es evidente que esto no es lo que dice el artículo 69.3 de la LRJS, pues lo que se dispone en él es que en las acciones de despido el plazo de interposición de la demanda se contará “a partir del día siguiente a aquél en que se hubiere producido el acto o la notificación de la resolución impugnada (...) si bien la interposición de la reclamación previa suspende el plazo de caducidad, en los términos del artículo 73”.

3. Estamos, por tanto, ante una evidente contradicción entre la previsión de la norma procesal y la resolución administrativa que dispuso el despido de los demandantes. La sentencia de instancia ha efectuado el cómputo del plazo en los términos establecidos en el artículo 69.3 de la LRJS, por lo que entiende que cuando el 14 de mayo de 2012 se presentó la demanda la acción ya había caducado. Esta posición no es compartida por esta Sala de lo Social. En efecto, como hemos venido resolviendo en reiteradas sentencias, como las de 16 de diciembre de 1.997, 12 de marzo y 3 de abril de 1.998 y 11 de octubre de 2000, existe un mandato legal contenido en el antiguo artículo 79.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, y en el vigente art. 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre del Régimen Jurídico de la Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que precisa los requisitos que han de cumplir las notificaciones que efectúa las Administraciones Públicas, entre los que incluye la expresión de los recursos contra el acto notificado, el órgano ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos. De modo que el incumplimiento de tal obligación legal no puede tener el efecto de beneficiar al órgano incumplidor, pues como sostuvo el Tribunal Constitucional en sus sentencias 193 y 194/1922, de 16 de noviembre, “los mandatos de la Ley de Procedimiento Administrativo precisan los requisitos que han de cumplir las notificaciones que efectúe la Administración, requisitos que, evidentemente, revisten una esencial importancia, en cuanto que permiten a los administrados reaccionar adecuadamente en defensa de aquellos derechos o intereses que estimen lesionados por la actuación administrativa... Pues bien, no cabe considerar que la decisión del Juzgado de lo Social reúna las condiciones de razonabilidad y proporcionalidad a que se ha hecho referencia, exigibles en la interpretación de los requisitos de admisibilidad de una demanda de tutela judicial. Ciertamente, los mandatos del art. 59.3 ET son Derecho necesario, pero también lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administrativo que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas, esto es, el art. 79.3 y 4 LPA, cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el

Juzgado de lo Social... La prevalencia concedida al art. 59.3 ET supone que, de hecho, la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable. Y, como este Tribunal ha manifestado reiteradamente, no puede calificarse de razonable una interpretación que prime los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987, f. j. 4º).” Se señala por último en la mencionada sentencia que “si bien las indicaciones que sobre la irrecurribilidad de sus actos hagan las Administraciones Públicas carecen de fuerza vinculante para las partes (STC 78/1991) que puede así razonablemente discutirlos, no puede considerarse falta de diligencia de la parte, en virtud del principio de la buena fe que debe regir la actuación de la Administración y de la obligación constitucional de ésta, según el art. 103 CE, de actuar con sometimiento pleno a la Ley y el Derecho, el seguir las instrucciones contenidas en las notificaciones administrativas, relativas a los recursos procedentes y plazos para interponerlos. Lo contrario supondría colocar a los ciudadanos en una situación de inseguridad ante las notificaciones administrativas, y vendría a eliminar la garantía que supone para el administrado la regulación legal de los requisitos de esas notificaciones”. Posición igualmente seguida por el Tribunal Supremo en sentencia, entre otras, de 30 de octubre de 1.995 y en la más reciente de 17 de septiembre de 2009 (rcud.4089/2009), que se cita en el escrito de recurso.

4. La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado nos conduce a la estimación del recurso, pues si computamos como “dies a quo” para el ejercicio de la acción de despido el 17 de abril de 2012 –día siguiente al mes desde la presentación de la reclamación previa- resulta que cuando el 14 de mayo siguiente se presentó la demanda no había transcurrido el plazo de veinte días hábiles que se establece en los artículo 59.3 del ET y 103.1 de la LRJS para el ejercicio de la acción de despido. Procede, por tanto, devolver las actuaciones al Juzgado de instancia para que se pronuncie sobre el resto de las cuestiones planteadas en el acto del juicio y, en concreto, sobre la procedencia de la decisión extintiva adoptada por el Ayuntamiento de C.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.ª C.C.N. y OTROS SIETE, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.12 de los de Valencia y su provincia de fecha 13 de noviembre de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el AYUNTAMIENTO DE C.; y, en consecuencia, revocamos la mencionada sentencia y acordamos la devolución de las actuaciones al Juzgado de instancia a fin de que se dicte otra en la que, sin estimar la caducidad de la acción, se pronuncie sobre el resto de las cuestiones planteadas en el acto del juicio.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.286, de 28 de mayo de 2013

Materia: Invalidez: Incapacidad temporal. Trabajadora afiliada al RGSS que ejerce su actividad profesional como maestro de taller. La empresa en la que presta sus servicios tiene concertada cobertura de contingencias comunes y profesionales con determinada mutua. La actora inicia un periodo de IT temporal derivada de enfermedad común. Tras el alta del INSS, se procede por la mutua al pago de la IT. Discrepancias entre el subsidio abonado y el que correspondería. Diferencias en el cálculo de la base de cotización. Previamente a la baja, la actora había disfrutado de un permiso de un mes sin sueldo por motivos personales.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de la pretensión deducida en su contra. No existe error en el cálculo de la base de cotización.

Sala: Estima el recurso reconociendo a la actora las diferencias económicas entre el subsidio abonado y el que le correspondería, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración.

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 que se formula al amparo del artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (sin duda por error de transcripción dice “L.P.L.”) “por entender que la sentencia vulnera lo establecido “en el art.13 del Decreto 1646/1972 de 23 de junio (BOE de 26/6/72) sobre Financiación y Perfeccionamiento de la Acción Protectora de la Seguridad Social con relación al art. 3 del Código Civil”. Argumenta en síntesis que la base de cálculo “está falseada” por un permiso sin sueldo, que a su juicio no está comprendido en el supuesto contemplado en el artículo 13 de referencia, máxime cuando el apartado 2 del mismo dice “y haya permanecido de alta en la empresa todo el mes natural...”, es decir “está pensando en empleados que están trabajando, no en empleados con permiso sin sueldo o excedencia”, por lo que una interpretación del artículo 13 del Decreto 1646/1972 de 23 de junio debe conllevar conforme a la realidad social y a la equidad, y justo y acorde con la voluntad del legislador.

2. A tenor de lo dispuesto en el artículo 13.1 del Decreto 1646/1972, de 23 de junio, la base reguladora de la prestación de Incapacidad Temporal (IT) “será el resultado de dividir el importe de la base de cotización del trabajador, correspondiente a la contingencia de la que aquélla se derive, en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad, excluidos, en su caso, los conceptos remuneratorios comprendidos en el número 4 del presente artículo, por el número de días a que dicha cotización se refiera”.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2005, interpretando el precepto legal antes transcrito, y reiterando doctrina precedente (sentencias de 23 de septiembre de 2002 (recurso 3884/2001), que citaba las de 15 de febrero de 1999 (recurso 1268/98), dictada en Sala General y 10 de diciembre de 1997 (recurso 646/97), unificó doctrina indicando que “este precepto no distingue, al efecto mencionado de fijar la base reguladora de incapacidad temporal, entre trabajadores que prestan su actividad laboral durante todo ese mes anterior a la baja o lo hagan solo durante unos días, como ocurre en el caso aquí examinado, en el que el demandante prestó servicios sólo dos en el mes de junio, el 29 y el 30, por lo que no cabe una interpretación distinta a la que resulta de la propia literalidad del

precepto, que solo contempla en su número 3 la excepción referida al trabajador que inicia el periodo de incapacidad temporal en el mismo mes en el que empieza a trabajar, supuesto en el que, lógicamente, se aplican las bases de cotización correspondientes a dicho mes"...En la misma línea, aunque como pronunciamiento obiter dicta nuestra sentencia de 30 de septiembre de 2004 (recurso 1793/2003) estima de aplicación la misma doctrina ... subrayando que la base reguladora de la prestación debe calcularse dividiendo la cotización efectuada entre los 17 días trabajados y no sobre los 30 días naturales del mes. La doctrina unificada que allí se establece al respecto afirma que en los casos en que la prestación de servicios no abarca la totalidad del mes de referencia, ya sea éste el anterior, ya el mismo en que se produce la situación protegible, el divisor lo constituyen los días a que la cotización se refiere y no todos los días del mes," Porque así lo regula el artículo 13 del Real Decreto 1646/72 de forma clara y precisa, tanto para el supuesto de que en el mes anterior al de la fecha de iniciación de la situación de incapacidad existan cotizaciones (número 1); como si no existen porque la baja se inicia en el mismo mes en que se inicia la actividad (número 3)". Concluyendo que es el número de días trabajados el que debe servir de divisor del importe de lo cotizado en el mes anterior al del inicio de la incapacidad temporal (o maternidad que era la prestación a la que se refería el caso allí concernido).

4. Del inalterado e incombustible relato histórico de la sentencia impugnada destacamos que la actora inició situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común el día 6 de abril de 2010, habiendo disfrutado de un permiso no retribuido de un mes "por asuntos personales" desde el 1 al 31 de marzo de 2010, que le fue reconocido por la demandada, que la mantuvo de alta y cotizando por dicho período por la base mínima de 738,90 euros, correspondiente a 30 días cotizados, según TC2 de dicha mensualidad, abonándosele el subsidio conforme a esta base de cotización, de acuerdo con lo indicado en los hechos probados segundo y tercero.

5. Como quiera que la actora no trabajó el mes anterior al inicio de la baja que determinó la situación de incapacidad temporal, derivando la cotización por la base mínima del permiso sin retribución que disfrutó por aplicación de lo previsto en el párrafo último del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 69 del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, estimamos, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial antes referida que debió tenerse en cuenta para fijar el importe de la base reguladora del subsidio de incapacidad temporal, el de la base de cotización correspondiente a los días trabajados del mes en que se produjo la contingencia, y no a la cotización por base mínima que, por la circunstancia de haber disfrutado durante el mes de marzo de 2010 un permiso no retribuido de acuerdo con el Convenio Colectivo de aplicación, se aplicó, por cuanto esa base de cotización no respondía al trabajo realizado, por lo que devendría 0 al dividirse el importe de lo cotizado por 0 días cotizados, y ante este absurdo entendemos –como ya se dijo- que deberá atenderse a la base de cotización correspondiente a los días trabajados del mes en que se produjo la contingencia, y ello teniendo en cuenta el contenido de la base de cotización al que en general se refiere el artículo 109.1, párrafo primero de la Ley General de la Seguridad Social indicando que "estará constituida por la remuneración total, cualquiera que sea su forma o denominación, que con carácter mensual tenga derecho a percibir el trabajador o asimilado, o la que efectivamente perciba de ser ésta superior, por razón del trabajo que realice por cuenta ajena". Si además atendemos al fin del subsidio de IT que tiende a sustituir el importe del salario que no se tiene derecho a percibir por la suspensión del contrato que se produce por la incapacidad temporal (apartados 1.c) y 2 del artículo 45 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y artículos 128, 129 y 131 de la Ley General de la Seguridad Social), que no se cumpliría con el cálculo de la base reguladora sobre la base de cotización mínima que no se corresponde con la de la trabajadora en función de su categoría profesional (Maestro de Taller) y su remuneración y base de cotización correspondiente según lo indicado en los hechos probados 1º, 5º y 6º.

6. En definitiva, el único motivo de recurso se estima.

SEGUNDO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto para revocar la sentencia impugnada y conceder a la actora, ahora recurrente, las diferencias reclamadas en el abono del subsidio de incapacidad temporal, teniendo en cuenta lo indicado en el hecho probado 1º respecto de la cobertura de las contingencias comunes, y lo señalado respecto del importe y período reclamados en el fundamento de derecho segundo de la sentencia impugnada. Sin costas ante el signo revocatorio del fallo.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña V.P.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Valencia y su provincia el día 31 de julio de 2012 en proceso sobre prestación de incapacidad temporal seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, el INSTITUTO VALENCIANO DE ATENCIÓN A LOS DISCAPACITADOS (IVADIS), y la mutua U.M, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada, debemos declarar como declaramos que el importe de la prestación de incapacidad temporal a que tiene derecho la actora y de que estas actuaciones dimanen asciende a 53,53 euros/día, teniendo derecho a las diferencias reclamadas del período de 6 de abril de 2010 a 30 de abril de 2011, por importe de 12.314,71 euros, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a U.M. a que haga pago al actor de las diferencias indicadas, y que continúe abonando la prestación en cuantía de 51,53 €/día mientras continúa en situación de Incapacidad Temporal, y ello con independencia del complemento que abona la empresa codemandada IVADIS.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.299, de 28 de mayo de 2013

Materia: Reintegro de prestación por desempleo. Trabajadora afiliada al RGSS a la cual se le concede una prestación por desempleo. La actora marcha al extranjero sin notificar dicha circunstancia en la oficina de empleo ni alegar motivos. Acto seguido, se notifica a la actora expediente de extinción de su derecho a la prestación y percepción indebida de cantidades. La actora formula reclamación la cual le es desestimada. La actora alega en el escrito de reclamación que debió permanecer fuera por más tiempo para poder dejar a su hija, con síndrome de Down al cuidado de su padre, extremo que no fue negado por el Servicio Público de Empleo Estatal.

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

Sala: Estima en parte el recurso declarando no haber lugar al reintegro de las prestaciones por desempleo efectuada a la actora, sin perjuicio de que el organismo público pueda descontar el importe de la prestación coincidente con el periodo de tiempo en que la actora estuvo en el extranjero. Se produce una suspensión pero no una extinción de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo, dedicado al examen del derecho (sin duda por error de transcripción dice ampararse en el artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando, de acuerdo con la fecha de la sentencia impugnada (8 de junio de 2012) debió invocarse el artículo 193.c) de la Ley Reguladora De la Jurisdicción Social (LJS) conforme a lo prevenido en la Disposición Transitoria Segunda.1 de dicha ley, que entró en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE según previene su Disposición Final Séptima, apartado 1, es decir, en 11 de diciembre de 2011, dada su publicación en el BOE de 11 de octubre de 2011), denunciando “la infracción del art.231.1 de la Ley General de la Seguridad Social y del art. 6.3 del RD 625/1985, de 2 de abril, y su interpretación jurisprudencial”. Argumenta en síntesis que lo que motivó su viaje fue el agravamiento de la enfermedad de su madre que falleció poco después de su llegada a Ecuador (1 de septiembre de 2009) y que la permanencia allí fue debida a tener una hermana con síndrome de Down que era cuidada por su difunta madre, no pudiéndolo hacer su padre, por lo que hasta que otra de sus hermanas no fue a vivir con su padre y su hermana con síndrome de Down tuvo que permanecer en Ecuador.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 2012, modificando doctrina precedente (sentencias de 22 de noviembre de 2011 y 17 de enero de 2012) estableció en relación con la cuestión traída ahora a nuestra consideración respecto de los casos litigiosos generados por la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones de desempleo, partiendo de las disposiciones legales contenidas en los artículos 203, 213.g) y 231.1.b) y e) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), 6.3 del Real Decreto 625/19853 (redacción RD 200/2006) y 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, norma esta última que estima aplicable (al poner de manifiesto lo que la doctrina científica ha llamado la "territorialización de la

prestación de desempleo”; ésto es, la admisión de cláusulas de residencia o de vinculación con el mercado de trabajo del país que paga), que los principales problemas de interpretación que suscitaba el combinado de disposiciones indicadas se podían reducir a cuatro: “1º) la precisión del concepto de "traslado de residencia" al extranjero del artículo 213.1.g) LGSS , como causa de extinción de la prestación de desempleo; 2º) la determinación del alcance, del momento y del modo de cumplimiento de las obligaciones de información o comunicación a cargo del desempleado extranjero de las ausencias del territorio español; 3º) la determinación de si en el período de quince días de estancia en el extranjero previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo se puede mantener, y en qué condiciones; y 4º) la verificación del impacto posible de circunstancias sobrevenidas sobre el cumplimiento de las obligaciones de un lado de información o comunicación a la entidad gestora, y de otro lado de presencia en el territorio (y en el mercado de trabajo) español”. Llegando a estas conclusiones, que en síntesis son las siguientes: A) La residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985, y el vacío de regulación al respecto lo colma “mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social. Para el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia. Y, como ya se ha dicho, este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado en artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004 como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo. La precisión anterior del concepto legal de residencia a efectos del "traslado de residencia" que extingue en principio la prestación de desempleo rectifica la posición doctrinal adoptada en nuestras sentencias precedentes ya citadas de 22-11-2011 y 17-1-2012...”. B) Desde la interpretación que efectúa de las normas contenidas en el artículo 231.1 LGSS y artículo 6.3 del RD 625/1985 concluye que “...el incumplimiento de las obligaciones de comunicar ex ante (para la salida programada) o inmediatamente ex post (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal ("baja") de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía. Esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se menciona expresamente en el artículo 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión de la protección. Se trata casi siempre de situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS”. C) “La estancia de quince días al año como máximo en el extranjero, siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española, no supone en principio ni suspensión ni extinción de la prestación de desempleo. El artículo 6.3 RD 625/1985 no lo dice expresamente, pero de su redacción se desprende que se trata de una libranza temporal de la presencia del percceptor de la prestación de desempleo en el mercado de trabajo español, distinta pero semejante en algunos aspectos a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado. El principio que inspira este período de libranza es el de conciliación de la vida personal y la vida profesional del beneficiario de la prestación de desempleo. Ha de tenerse en cuenta, en fin, que las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo, como las que concurren en el presente litigio, así como los casos de fuerza mayor o equivalentes, pueden tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios, que son obligaciones de hacer sometidas a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones...”. D) “... De acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos

anteriores nos encontramos ante: a) una prestación "mantenida" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno; b) una prestación "extinguida", con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia", es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal; c) una prestación "suspendida" en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (redacción RD 200/2006) de " búsqueda o realización de trabajo " o " perfeccionamiento profesional " en el extranjero por tiempo inferior a " doce meses"; d) una prestación "suspendida", en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo; La aplicación de la doctrina general establecida en esta sentencia al caso controvertido conduce a la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto de prestación "suspendida" y no de prestación "extinguida", como pretende la entidad gestora y ha resuelto la sentencia recurrida. Es cierto que la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se desplazó a U. ausentándose del mercado de trabajo español, por razones familiares en principio atendibles. Pero no es menos verdad que este desplazamiento, respecto del cual no se cumplieron las previsiones de la libranza de 15 días como máximo establecida en el artículo 6.3 RD 625/1985, se llevó a cabo tanto sin comunicación en tiempo oportuno a la entidad gestora. Ahora bien, la estancia en el extranjero fue breve, con regreso a España el 25 de agosto de 2008, a las tres semanas de haberse ausentado, por lo que no concurre en el caso la circunstancia de traslado de residencia, generadora de extinción de la prestación, a que se refiere el artículo 213.g) LGSS, en los términos en que ha sido definida en el fundamento jurídico cuarto...".

3. Del inalterado e incombustible relato histórico de la sentencia impugnada destacamos: A) La actora solicitó el subsidio por desempleo el día 13 de agosto de 2009 y por resolución del SPEE de 17 de agosto de 2009 le fue reconocida con una duración de 480 días, periodo reconocido del 01 de agosto de 2009 al 30 de noviembre de 2010, una base reguladora diaria de 20,85 euros y un porcentaje de prestación del 70 por ciento, resultando una cuantía diaria inicial de 14,59 euros. (Folio 04 del SPEE). B) La actora marchó a su país de origen, República de Ecuador, del 16 de agosto de 2009 al 14 de noviembre de 2009 (si bien la vuelta a España tuvo lugar el 27 de septiembre de 2009 de acuerdo con el cajetín cuñado de su pasaporte), con una reserva de billetes efectuada el día 31 de julio de 2009, sin que notificara dicha circunstancia en la oficina de empleo, ni alegara los motivos. El motivo de la salida del país fue una enfermedad grave de su madre, D.ª E.P.E.Q-, la cual falleció el día 1 de septiembre de 2009. (Folios 8 y 9 de autos). C) En fecha 23 de septiembre de 2010 se le notificó a la actora el inicio de un expediente de extinción de su derecho y por resolución de 19 de diciembre de 2010 del Servicio Público de Empleo Estatal se acordó declarar la percepción indebida por la actora de 4.167,88 euros del periodo de 16 de agosto de 2009 al 30 de junio de 2010 y extinguir la percepción del subsidio reconocido, no pudiendo acceder a ninguna prestación o subsidio que pudiera corresponder por el agotamiento del derecho extinguido. (Folio 2 del SPEE). D) La actora formuló escrito de reclamación previa el día 23 de diciembre de 2010, la cual fue desestimada por resolución de 08 de marzo de 2011 (Folios 07 de autos y 3 del SPEE). La demanda se presentó en el Decanato de los Juzgado de Valencia el día 26 de abril de 2011, teniendo entrada en este Juzgado el día 28 de abril de 2011. E) La actora alega en el escrito de reclamación previa que debió permanecer en su país mas tiempo para poder dejar a su hija (parece que era hermana según el propio escrito manuscrito por la actora obrante al folio 3 del expediente administrativo), con síndrome de Down, al cuidado de su padre, extremo que no fue negado por el SPEE. (Folio 3 del SPEE).

4. La rectificación del escrito de interposición del recurso solicitada al Juzgado de instancia en escrito de 31 de enero de 2010 para que constara como fecha de la duración final de la estancia en Ecuador la de 27 de septiembre de 2009, en lugar de 14 de noviembre de 2009 que figuraba en el párrafo tercero del motivo único del recurso, no debe atenderse porque olvida que la sentencia de instancia en su hecho probado segundo señalaba como tal la fecha de 14 de noviembre de 2009, por lo que solo por la vía del artículo 233.1 de la LJS podía haberse intentado la admisión de los documentos que entonces aportó para justificar la “rectificación material del hecho fáctico indicado en el Recurso de Suplicación”, a los fines indicados en ese precepto legal, lo que ni siquiera se ha intentado, todo ello sin perjuicio de lo que se dirá a continuación.

5. Como quiera que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial resumida en el apartado 2 de este fundamento jurídico, aun teniendo en cuenta la fecha de 14 de noviembre de 2009 indicada en el hecho probado tercero de la sentencia impugnada no habrían transcurrido los 90 días a que alude esa doctrina jurisprudencial, deberá darse lugar a la pretensión ejercitada si bien la Entidad Gestora podrá descontarle el período de tiempo de la suspensión de la prestación por estancia en el extranjero a determinar en el procedimiento administrativo y en su caso judicial que corresponda, donde se podrá discutir exclusivamente, el período de suspensión de la prestación, teniendo en cuenta a mayor abundamiento que la cuestión acerca de que debió permanecer en Ecuador para atender a una hermana con el síndrome de Down no ha sido negado por el SPEE, tal y como se indica en el hecho probado sexto.

SEGUNDO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para dar lugar parcialmente a la pretensión principalmente ejercitada.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.ª J.E.E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia el día 8 de junio de 2012 en proceso sobre reintegro de prestación de desempleo seguido a su instancia contra el Servicio Público de Empleo Estatal, y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión principalmente ejercitada debemos declarar como declaramos no haber lugar al reintegro de las prestaciones por desempleo efectuada a la actora, sin perjuicio de que la Entidad Gestora pueda descontar el importe de la prestación coincidente con el período de tiempo de estancia en el extranjero a determinar en el procedimiento administrativo y en su caso judicial que corresponda donde se podrá discutir exclusivamente, el período de suspensión de la prestación.

1751

Sentencia núm. 1.304, de 29 de mayo de 2013

Materia: Preaviso electoral: Impugnación. Trabajadores al servicio de empresa de limpieza que presentan preaviso electoral. Procedencia. La empresa que ha subrogado a los trabajadores de la anterior contrata de limpieza cuenta con un comité de empresa provincial. No consta acreditado que la empresa cuente con alta administrativa como centro de trabajo en las instalaciones donde presta el servicio de limpieza.

Juzgado: Estima la demanda y declara que el preaviso de elecciones convocado no es ajustado a derecho.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida. No puede aceptarse que exista una unidad productiva con organización específica en el centro de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la pretensión actora y declaró que el preaviso de elecciones convocado no es ajustado a derecho, interpone recurso de suplicación la parte demandada A.C.T., siendo impugnado el recurso por la empresa actora y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque debe referirse a la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y bajo los tres apartados que dedica en este primer motivo del recurso a la revisión de los hechos declarados probados alude al primero y al segundo, pero en lugar de señalar que especifica modificación, adición, o supresión postula para los mismos, o de proponer, en su caso una redacción alternativa, se limita a expresar su particular valoración de la prueba practicada, añadiendo diversos razonamientos respecto de aquellas cuestiones que la parte recurrente considera conveniente, por lo que no puede prosperar este motivo del recurso, según reitera la doctrina del Tribunal Supremo mostrada entre numerosas sentencias de innecesaria cita, al no observarse los requisitos formales exigidos por la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Sin que pueda esta Sala -como pretende la parte recurrente, aunque no lo diga expresamente- examinar las pruebas practicadas, lo que es posible en el recurso de apelación, pero no en el extraordinario de suplicación, que por su carácter impide al Tribunal partir de otros hechos diferentes a los declarados probados por el Juez “ a quo”, que es el único juez competente para valorar en su plenitud la prueba, no pudiendo hacer el Tribunal Superior una valoración nueva y conjunta de la prueba, sino que tan solo tiene atribuida la posibilidad de revisar la valoración hecha por el Juez de instancia, si de algún documento o pericia se evidencia la equivocación del juzgador, y siempre que la revisión interesada se adecue a las formalidades mínimas exigidas. Por lo que no puede prosperar este motivo del recurso.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque debe referirse a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, las denuncias que efectúa el recurso en los diferentes apartados de este motivo pueden resumirse en que una correcta aplicación al caso del artículo 62.1 y 1.5 del Estatuto de los Trabajadores conduce a desestimar la pretensión actora al considerar que V. es un centro de trabajo con organización específica propia y registrado ante la Autoridad Laboral, por lo que interesa se

anule y revoque la sentencia de instancia por insuficiencia de hechos probados, como la petición principal, y se declare el preaviso de elecciones convocado ajustado a derecho.

Con respecto a la petición que efectúa por primera vez en el suplico del escrito de recurso relativa a que anule la sentencia por insuficiencia de hechos probados, debe tenerse en cuenta que nada de ello ha planteado la parte actora en su escrito de recurso, habiéndose limitado a indicar respecto del hecho probado primero que es insuficiente la expresión "... con un delegado de personal", lo que en modo alguno conlleva la denuncia de falta de suficiencia de la resultancia fáctica. Pero aunque, en hipótesis así se considerara, debe tenerse en cuenta la reiterada doctrina de esta Sala, mostrada en numerosas sentencias en las que se establece que no están facultadas las partes para denunciar por la vía aquí escogida, esa supuesta anomalía, como transgresión de normas rectoras del procedimiento, sino que, amparándose en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social pueden solicitar las rectificaciones o adiciones que estimen convenientes en la premisa histórica, siempre con fundamento en pruebas documentales y periciales, y proponiendo la redacción de esos hechos como resultado de esa prueba, lo que en este caso efectúa la parte recurrente en el primer motivo del recurso de forma inadecuada como ya se anticipo, por lo que la denuncia de nulidad del suplico por la vía planteada resulta inadecuada a tal fin.

En el presente supuesto resulta que la empresa actora I.F.S. S.A., dedicada a la actividad de limpieza prestando sus servicios para distintos clientes en la provincia de Valencia, es adjudicataria del servicio de limpieza del centro de trabajo de la empresa V.E. S.A., sito en el Polígono Industrial del Mediterráneo de la localidad de Albuixech, desde 1-1-2011, habiendo subrogado a los trabajadores de la anterior contrata de limpieza. La empresa actora cuenta con un comité de empresa provincial. En la empresa V.E. S.A., realizan trabajos de limpieza 15 trabajadores de I.F.S. S.A., y dichos trabajadores contaban con un delegado de personal. La gestión se realiza desde las oficinas centrales de la empresa en Valencia "... llevando las áreas financiera, contable y comercial. Desde allí se realizan las contrataciones, se efectúan pedidos y se factura".

En la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada se deja establecido con valor fáctico que no consta acreditado que la empresa I.F.S. S.A., cuente con alta administrativa como centro de trabajo en las instalaciones de V.E. S.A.

La circunstancia de que la nueva empresa que asume la contrata de limpieza haya continuado con la figura de un delegado de personal que existía en la contrata asumida, no impide que interesadas unas nuevas elecciones se oponga a tal pretensión en base a lo que imperativamente establece la normativa aplicable. Y en el supuesto que nos ocupa a tenor de los hechos declarados probados no consta que la empresa actora I.F.S. S.A., haya inscrito con alta administrativa como centro de trabajo de la citada empresa en las instalaciones de V.E. S.A., exigencia del artículo 1.5 del Estatuto de los Trabajadores al establecer que sea dada de alta como unidad productiva con organización específica ante la autoridad laboral. Pero tampoco se acredita que pueda considerarse centro de trabajo la unidad productiva a la que nos referimos, ya que la gestión se realiza desde las oficinas centrales de la empresa actora en Valencia llevando las áreas financiera, contable y comercial y desde allí se realizan las contrataciones, se efectúan pedidos y se factura, y este criterio ya ha sido mantenido para la empresa actora en una precedente sentencia de esta Sala de 1-3-2011 si bien para un centro de salud en el que la mercantil presta sus servicios de limpieza, sin que este criterio haya resultado desvirtuado para el presente supuesto, por lo que no puede aceptarse que exista una unidad productiva con organización específica en el lugar de trabajo que son las instalaciones de la empresa V.E. S.A.

Y siendo así que el artículo 63.2 del Estatuto de los Trabajadores dispone que la empresa que tenga en la misma provincia, o en municipios limítrofes, dos o más centros de trabajo cuyos censos no alcancen los cincuenta trabajadores, pero en su conjunto lo sumen, se constituirá un comité de empresa conjunto, y en caso que nos ocupa resulta que la empresa cuenta con un comité de empresa provincial, y en el lugar de trabajo sito en la empresa V.E. S.A., realizan su trabajo de limpieza 15 trabajadores de I.F.S. S.A., por lo que nos encontramos ante el supuesto contemplado por el precepto citado que establece un criterio imperativo no facultativo y por lo tanto debe estarse al mismo y considerar que el órgano de representación de los trabajadores de la empresa que prestan sus servicios de limpieza en V.E. S.A., seguirá siendo el Comité de Empresa Provincial, sin que puedan coexistir los delegados de personal con aquel, y al haberlo entendido de ese modo la sentencia impugnada debe ser confirmada previa desestimación del recurso que se examina.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a. A.C.T. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia, de fecha 17.12.2012 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 1.315, de 31 de mayo de 2013

Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios como conductor en empresa demandada. Se presenta carta de despido al cometer faltas muy graves de transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. El trabajador cuenta con una tarjeta de crédito para repostar combustible. Uso fraudulento de la tarjeta de crédito. Delito de hurto.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido de la parte actora. Condena a la readmisión del trabajador o a la indemnización correspondiente, más las responsabilidades legales del FOGASA en caso de insolvencia empresarial.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Queda probado que el trabajador utiliza la tarjeta para fines distintos a los asignados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia, que estimó la demanda presentada declarando la improcedencia del despido impugnado de fecha de efectos 28/8/2012 se formula recurso de suplicación por la representación letrada de la entidad demandada L.A. S.L. planteándose al efecto un único motivo de impugnación encaminado al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia.

Se aduce -amparándose en lo previsto en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) - la infracción de lo dispuesto en el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con las sentencias del Tribunal Supremo de 28/4/1997 y 18/1/2000 así como otras dictadas por distintos TSJ. Se argumenta en el motivo que en la carta de despido deben figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efecto sin que se imponga una pormenorizada descripción de aquellos entendiéndose que en la comunicación de despido se imputaba al actor la comisión reiterada de faltas muy graves de trasgresión de la buena fe contractual y abuso en el desempeño del trabajo, y en concreto se le reprobaban “los hechos acaecidos el 5/8/2012 en la EESS H.G. (Albacete) cuya Razón Social es C.N.F.M., S.A, con Cif X., donde alrededor de las 19,51 horas y mediante la utilización de la tarjeta Solred con nº 7078834899580033, propiedad de la empresa, comete un delito de hurto por valor de 390 Euros, teniendo conocimiento que el valor total del hurto asciende a una cuantía muy superior, dado que esta conducta se ha reiterado en el tiempo”.

Lo que se cuestiona en el recurso es si la carta de despido cumple con el contenido mínimo de descripción de hechos que revelaran un conocimiento preciso por parte del trabajador para poder rebatirlos y defenderse oportunamente o por el contrario si la misma incumple dichos condicionamientos formales y por lo tanto ha ocasionado indefensión al trabajador al no contar el escrito con los debidos hechos o circunstancias que se le imputaban siendo éste último planteamiento el acogido por la sentencia de instancia que entendió que con dicha comunicación se producía un claro incumplimiento a las exigencias de plasmación mínima de hechos, prevista y exigible en el art.55.1 del Estatuto, sin que puedan ser adicionados en el momento del acto de juicio oral hechos nuevos o distintos a los ya contenidos en la inicial comunicación, declarándose la improcedencia del indicado despido.

Debemos señalar que los requisitos considerados mínimos en su aspecto formal que deberá contener la carta de despido requieren de la constancia de unos hechos explícitos que

manifiesten, a criterio del empresario, una justificación de su voluntad de rescindir el contrato de trabajo, siendo la finalidad de dicha exigencia la de evitar una indefensión al trabajador para que un vez conocidos los detalles de la conducta imputada y que resulten indispensables para su cabal identificación pueda al efecto rebatirlos. De ahí que si la carta de despido solo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas, que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador, habría que considerar que la carta de sanción no cumple con la exigencia de los debidos requisitos formales, tal y como ponen de relieve las sentencias del Tribunal Supremo de 28/4/1998 y 18/1/2000, señalándose en ésta última resolución que “la oposición de la trabajadora a las imputaciones de la carta de despido no puede confundirse con un reconocimiento de la determinación de unos hechos que no han sido concretados y tampoco puede convertirse la prueba posterior de algunos hechos calificables como incumplimientos en una vía para concluir que -al ser aquellos ciertos- la trabajadora los conocía, aunque no figurasen en la carta, porque tal razonamiento circular envuelve una petición de principio y elimina la garantía del conocimiento concreto de las imputaciones por el trabajador y la limitación de la defensa del trabajador consagrando un resultado obtenido a partir de una situación de desigualdad de información en el proceso”.

En definitiva no resulta necesario una exhaustividad en la descripción de las conductas imputadas pero sí parece imprescindible cuanto menos una indicación clara y concreta de las mismas, de suerte que el trabajador pueda identificarlas para la articulación de su defensa jurisdiccional, en los términos que asimismo refiere la sentencia del indicado Tribunal de 5/7/1993.

El traslado de dichos criterios al supuesto que contempla la sentencia recurrida nos conduce a entender cumplidos por la mercantil demandada y ahora recurrente esa descripción de conductas al referirse el incumplimiento imputado al demandante de forma clara y concreta centrándose en la comunicación de despido el hecho reprobado al actor y que no fue otro que el de la utilización de la tarjeta Solred con un número específico y propiedad de la empresa el día 5/8/2012 en una concreta estación de servicio de Hoya Gonzalo (Albacete) cuya razón social era la de C.N.F.M., S.A. y en la que alrededor de las 19,51 horas se efectuó un cargo a la empresa por la cantidad de 390 euros. Y aunque es cierto que no se especificó que dicho cargo obedeció formalmente a un repostaje de combustible del camión de la empresa que no se efectuó entendemos que sí se suministró al demandante los datos reveladores de la conducta reprobada y que no era otra que el uso indebido de la tarjeta indicada que solo servía para efectuar los pagos de combustible del vehículo de la empresa que el actor empleaba en sus desplazamientos como conductor de aquel por lo que especificado el día, la hora, la concreta estación de servicio y el importe del cobro efectuado a la empresa con cargo a la tarjeta de repostaje entendemos que la comunicación de despido contaba con los datos esenciales para que el trabajador ofreciera una correcta y adecuada explicación a su conducta sin que la referencia que en la misma se adujo sobre la comisión de un delito de hurto por parte del mismo tenga relevancia a éstos concretos efectos sancionadores pues sin perjuicio de la calificación de dicha conducta dentro del orden jurisdiccional penal en el social lo determinante sería si con aquel proceder el actor había trasgredido la buena fe contractual y había cometido un acto revelador de un abuso de confianza en el desempeño de sus funciones profesionales o laborales, siendo ello lo reprobable. Constando debidamente acreditado que en relación a la única imputación concreta vertida en la carta de despido el demandante el día 5/8/2012 alrededor de las 19,51 horas aparcó el vehículo de la empresa en la estación de servicio y entregó la tarjeta Solred al empleado en el mostrador, acudiendo ambos a los aseos de caballeros y dirigiéndose el demandante al camión, arrancando el mismo, yéndose sin repostar combustible ni pasar por la zona de surtidores –hecho probado tercero- constando un

cargo a la empresa de 390 euros correspondiente a repostaje en la indicada gasolinera –hecho probado cuarto- siguiéndose actuación penal contra el actor –hecho probado quinto-. Con tales datos hemos de concluir afirmando que la debida acreditación por la empresa de los hechos imputados constituyen un incumplimiento laboral que debe considerarse como grave y culpable resultando el demandante merecedor de un despido que cabe calificarse como procedente, aplicándose al mismo los efectos establecidos en el art. 55.7 del Estatuto de los Trabajadores, haciéndonos eco de lo establecido por el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de Julio del 2010 (ROJ: STS 4591/2010), Recurso: 2643/2009 cuando establece que “en interpretación y aplicación del art. 54.1 y 2.b) ET , sobre la determinación de los presupuestos del " incumplimiento grave y culpable del trabajador " fundado en la " La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo", como motivo de despido disciplinario debemos tomar en consideración que el principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 de la LJS se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa L.A. SL frente a la sentencia de 11 de enero de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social 7 de Alicante en autos seguidos a instancia de M.R.N., debemos revocar y revocamos la citada resolución declarando la procedencia del despido acordado con efectos del 28/8/2012 con la consecuente convalidación de la extinción del contrato de trabajo que con aquél se produjo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Sentencia núm. 1.326, de 4 de junio de 2013

Materia: Despido. Trabajadora que presta servicios para fundación demandada. La actora venía disfrutando de reducción de jornada por cuidado de hijos. Extinción de contrato por causas objetivas. Incumplimiento de los requisitos del artículo 53.1 del ET. La mayor parte de los ingresos de la fundación proceden de subvenciones y donaciones de organismos públicos. La fundación queda extinguida y se encuentra en periodo de liquidación.

Juzgado: Desestima la demanda declarando ajustada a derecho la decisión extintiva acordada por la empresa demandada. Declara procedente el despido objetivo de la trabajadora.

Sala: Declara nulo el despido revocando la sentencia recurrida y declara extinguida la relación laboral al constatarse el cese de las actividades de la fundación, debiéndose abonar a la trabajadora los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la demandante se formula recurso contra la sentencia de instancia, que desestimó su demanda, declarando ajustada a derecho la decisión extintiva adoptada por su empleadora, la llamada “Fundación X.”, en adelante Fundación X., basada en causas económicas.

El primer motivo del expresado recurso, apoyado en el artículo 193 “b” de la LRJS, interesa la revisión del octavo hecho probado de la sentencia, donde se expresa que obra en autos informe de la Inspección de Trabajo en los términos que figuran en el mismo, a fin de que se amplíe dicho ordinal en el sentido que se plasma en el recurso, incluyendo las conclusiones del citado funcionario informante respecto los resultados negativos de la fundación y otras cuestiones referentes al periodo de consultas y aportación de la documentación exigida por la norma en el marco del ERE que supuso el despido de toda la plantilla de dicha entidad.

Pero el motivo se desestima, pues basada la redacción propuesta precisamente en el mismo documento que constituyó la base para la redacción que recoge la sentencia, incluir la frase solicitada constituiría una redundancia en tanto la sentencia ya se remite a la totalidad del informe, sin transcribirlo por su extensión, de modo que en aquél se constatan las frase solicitadas en este momento procesal.

SEGUNDO.- A continuación, y en el apartado destinado al examen del derecho aplicado, se objeta a la sentencia, en primer término, la infracción del artículo 51.2 del ET, en relación con el artículo 124.11 “c” del ET, motivo que debe ponerse en conexión con el siguiente, numerado como tercero, donde se consideran vulneradas igualmente las normas legales acabadas de citar en relación con el RD 801/ 2011.

Se argumenta que cuando estamos en presencia de la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo, en este caso ante el Juzgado de lo Social, se estará a lo previsto en los artículos 120 al 123 del ET, de modo que habiéndose limitado la Fundación X. a

entregar a sus trabajadores un informe relativo a la situación económica y financiera al 31 de diciembre de 2011, sin que se ponga disposición de aquellos las cuentas anuales de los últimos dos ejercicios económicos, aparte de que no hubo real negociación por no plantear la fundación ningún tipo de posibilidad de acuerdo, la solución que debía haberse adoptado realmente era la nulidad de la citada decisión extintiva.

La sentencia objeto de recurso, tras examinar pormenorizadamente la normativa relativa al tema del proceso, convalida la decisión extintiva en base a que si bien constata el incumplimiento de la entrega a los trabajadores de las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios suscritas por los responsables de la empresa solicitante del ERE, estima que esa omisión no acarrea la nulidad del despido pues hay que estar a los requisitos que se explicitan en el artículo 53.1 del ET y no a los del RD 801/11, que aprueba el reglamento de los procedimientos para la regulación de empleo, cuyo artículo 6.2 menciona dicha entrega documental.

En definitiva, se trata de resolver una cuestión jurídica, pues lo referente a las causas económicas concurrentes se constatan de una manera contundente, atendido a lo que se plasma en el quinto hecho probado de la sentencia, inalterado por consentido, ya que es evidente que desde esta perspectiva la fundación aludida carecía por completo de razón de ser, al nutrirse casi en exclusiva para su marcha de fondos suministrados por la propia administración que la creó en su momento y atendiendo a la vacuidad de las funciones que tenía encomendadas dicho organismo.

Respecto lo razonado en la sentencia de que la norma reglamentaria citada en el recurso no es aplicable, pues considera que la nulidad debe ser declarada en exclusiva para el caso del incumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 53.1 del ET, en el presente caso, atendiendo a la fecha en que se produce el despido de la trabajadora y previamente a la del inicio del periodo de consultas con los trabajadores, que tuvo lugar el 29 de febrero de 2012, obviamente estaba en vigor el RD 801/11, cuyo artículo 6.2 exige que, “Para la acreditación de los resultados alegados por la empresa, el empresario podrá acompañar toda la documentación que a su derecho convenga, y en particular, deberá aportar las cuentas anuales de los dos últimos ejercicios económicos completos...”. Al no constar que dicha documentación se hubiera aportado implica la ausencia de buena fe por parte de la entidad demandada a la hora de negociar con los trabajadores alguna salida que no supusiera la extinción de la totalidad de los contratos, aun cuando esto último pudiera entenderse una pura entelequia atendiendo a la inviabilidad económica de la fundación por las razones antes citadas, de modo que al acreditarse que el empresario incumplió la obligación que la norma establece, pues no se comparte el criterio de la sentencia recurrida de que el RD 801/11 se ciña en exclusiva a los EREs autorizados por la administración, ya que, aún siendo anteriores al RDL 3/12, el vigente RD 1483/12, de 29 de octubre, que deroga al anterior, prevé los mismos requisitos que los recogidos en el derogado, en orden a la documentación que debe entregar la empresa a los trabajadores, lo que abona a la aplicabilidad del reglamento controvertido, y consecuentemente, sin entrar a valorar, por resultar irrelevante, la censura jurídica plasmada en el último motivo del recurso, decidir la nulidad del despido, lo que supone la revocación de la sentencia recurrida, debiéndose declarar en este acto la extinción de la relación laboral al constatar el cese de las actividades de la fundación y su posterior liquidación, de modo que se deberán abonar a la trabajadora citada los salarios de tramitación hasta la fecha de la sentencia de instancia, de no acreditarse la existencia de ocupación anterior a esta, data a la que en armonía con lo expuesto deberán retrotraerse los efectos extintivos de la relación de trabajo, pues entonces debió declararse la nulidad del despido aquí cuestionado.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.P.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante de 26 de noviembre de 2012, recaída en autos sobre despido contra la “Fundación X.”, y con revocación de la expresada resolución debemos declarar y declaramos la nulidad del citado despido, teniéndose como percibida la indemnización recibida por la citada trabajadora al tiempo del cese, y con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el 26 de noviembre de 2012, dada la imposibilidad de readmitirle por haberse extinguido la fundación empleadora.

Sentencia núm. 1.347, de 4 de junio de 2013

Materia: Trabajador afiliado al RGSS. El actor, que se encuentra de baja por contingencia común, no recoge burofax en el que se le comunica que tiene que pasar revisión médica. Se procede a la extinción del subsidio por incapacidad temporal. Impugnación de la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda declarando que el actor no tiene derecho a cobrar la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara no ajustada a derecho la extinción del derecho al subsidio por incapacidad temporal decidida por la Mutua demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del juzgado y auto de aclaración de la misma que desestima la demanda sobre impugnación de la extinción de la prestación de incapacidad temporal acordada por la Mutua X., interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora que articula en dos motivos, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

Al amparo del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se formula el primero de los motivos en los que se solicita la siguiente redacción para el hecho probado segundo: “Con fecha 09 de agosto de 2010, causó baja por contingencia común, siendo citado por la Mutua para reconocimiento el 01.09.2010, vía burofax remitido el día 17.08.2010, que el demandante no recogió el referido Burofax de la Oficina de Correos.”

La redacción postulada se sustenta en el acta del juicio con el soporte audiovisual y los documentos provenientes de la oficina de correos (folios 36, 37, 38 y 39) y la misma tan solo puede ser acogida en cuanto a la supresión de la voluntariedad del actor en no recoger el burofax habida cuenta que supone una valoración predeterminante del fallo, no pudiendo prosperar en cuanto a la eliminación de que el actor tenía constancia del aviso del burofax, por no desprenderse de los documentos en los que se apoya, sin que el acta del juicio pueda considerarse prueba documental a los efectos de la revisión fáctica, pues no es un medio de prueba aunque esté documentada o grabada en soporte audiovisual.

SEGUNDO.- El correlativo motivo se formula por el cauce del apartado c del art. 193 de la LJS y contiene la censura jurídica de la sentencia del juzgado a la que se imputa la infracción del artículo 128.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 131 bis del mismo texto legal, así como los artículos 58 y 59 de la Ley 30/1992 de Régimen Administrativo de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común, el art. 60 de la LEC y la jurisprudencia recogida en sentencias como las de esta Sala de 31-5-2011 o la del TSJ de Galicia de 23-11-2010.

Razona la defensa de la parte actora que para que la incomparecencia ante los servicios médicos extinga la prestación de incapacidad temporal, dicha incomparecencia ha de ser injustificada lo que no sucede en el caso que nos ocupa ya que no se ha acreditado que el demandante tuviera conocimiento de su citación para el reconocimiento médico, puesto que por la Mutua no se han observado las garantías establecidas para las notificaciones en el art. 58 de la Ley 30/1992, además aun admitiendo que el actor hubiera tenido en su poder el aviso de recepción del burofax el plazo para recoger el mismo es de 30 días con lo cual en ningún caso el actor habría incurrido en dejación de sus obligaciones; haciéndose hincapié que desde la recepción de la carta certificada el actor se puso en contacto con la Mutua y es cuando tiene conocimiento del burofax.

Para resolver la cuestión controvertida, esto es, si la incomparecencia del demandante al reconocimiento médico es injustificada interesa destacar del relato de hechos probados con la modificación que ha sido acogida que el demandante inició situación de incapacidad temporal por contingencia común, en fecha 8-8-10, siendo citado por la Mutua para reconocimiento médico para el día 1-9-2010, vía burofax remitido el 27-8-2010 que el demandante constándole haber recibido no recogió en la Oficina de Correos. Por Resolución de 28-9-10 se dejó sin efecto la prestación económica por IT del actor, interpuesta reclamación previa fue desestimada.

Como hemos señalado en alguna sentencia anterior como las de 19 de octubre de 2010 (rs.385/2010), 31 de mayo de 2011 (rs.143/2011) y 24 de noviembre de 2011 (rs.1594/2011) el apartado primero del art. 131.bis de la LGSS, según la redacción dada por el art. 34. Cuatro de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2002, expresamente dispone que el derecho al subsidio se extingue “por la incomparecencia injustificada a cualquiera de las convocatorias para los exámenes y reconocimientos establecidos por los médicos adscritos al Instituto Nacional de la Seguridad Social o a la Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social”. Por lo tanto, hemos de partir del hecho cierto de que las Mutuas, como colaboradoras en la gestión de las prestaciones de incapacidad temporal están facultadas para suspender o extinguir el subsidio en aquellos casos en los que el beneficiario no comparece sin causa justificada a los reconocimientos médicos programados por sus facultativos. Además, como señala la STS de 15 de abril de 2010 (recud. núm. 97/2007), la capacidad de gestión de la Mutua –cuando se trata de contingencias comunes- “alcanza a todos los supuestos contemplados en el repetido art. 131 bis LGSS; esto es, los que corresponden a la dinámica ordinaria de la prestación, que es la determinada por objetivos hechos jurídicos del beneficiario, entre los que indudablemente se encuentra -se insiste- la incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, que legalmente se configura como automática causa extintiva”.

En el supuesto enjuiciado la sentencia recurrida argumenta para desestimar la demanda que fue la voluntad del demandante que deliberadamente no recogió el aviso de correos la única causante de no habersele comunicado en forma la citación para el reconocimiento médico y ello no puede ser utilizado en su beneficio, pues se llegaría al extremo de que si nunca recogiera la notificación, su sola voluntad impediría cualquier actuación de la Mutua. Razonamiento este que no comparte esta Sala por las razones que se expondrán a continuación.

No se cabe duda que el burofax es un medio hábil de practicar una comunicación o, como se ha calificado, es un medio de comunicación fehaciente con valor probatorio, pero antes de proceder a adoptar una medida de tanta trascendencia para el beneficiario como es la extinción del subsidio de incapacidad temporal que venía disfrutando pacíficamente, la Mutua debe de asegurarse de que el interesado ha recibido su citación a reconocimiento

médico o, al menos, que razonablemente ha podido conocerla y ello antes de que haya transcurrido la fecha del reconocimiento médico. A estos efectos es ilustrativa la STS de 29 de septiembre de 2009 (rcud. 879/2009). Ciertamente en ella se avala la actuación de una Mutua que ante la incomparecencia del beneficiario al reconocimiento médico al que había sido citado, procede a extinguir el percibo del subsidio de incapacidad temporal. Pero en el caso resuelto por esta sentencia (y en el que se aporta como contradictorio) consta que se intentó la citación del interesado mediante dos telegramas, que no fueron recogidos por aquél. Se argumenta en la sentencia del Alto Tribunal que en tales casos “la conducta del trabajador fue de mera pasividad, rozando, como afirma el Fiscal, “una negligencia omisiva”, ya que al tener en su poder los avisos de Correos con la constancia del remitente, cualquier persona que obrase con la diligencia debida al ciudadano medio –conocedor de su situación laboral- no hubiese dejado de recoger en la oficina de Correos los telegramas sobre los que se había dejado aviso (...) si el interesado no tuvo conocimiento de la comparecencia a que fue requerido por la Mutua se debió a una conducta omisiva”. Por el contrario en el caso que ahora se enjuicia, no solo consta el envío de un único burofax antes de la resolución extintiva, sino que además entre el intento de entrega del burofax al destinatario -el día 27 de agosto de 2010- y la fecha fijada para el reconocimiento médico -el día 1 de septiembre de 2010- sólo mediaban cinco días, plazo que es extraordinariamente breve si se tiene en cuenta que el interesado disponía de un plazo de treinta días naturales para acudir a la oficina de Correos a retirarlo –según consta en el “aviso de llegada” de Correos-. En definitiva, no parece adecuado fiarlo a todo a una única citación por burofax, que resultó infructuosa, cuando todavía no había transcurrido el plazo del que dispone el interesado para retirarlo y tomar conocimiento de su contenido.

Las consideraciones jurídicas expuestas llevan a concluir que la decisión de la MATEPSS demandada de extinguir el derecho a la prestación de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada del actor al control médico al que fue convocado por aquélla no se ajusta a Derecho porque no se dan los presupuestos del artículo 131 bis de la LGSS, de modo que procede revocar la sentencia que así lo entendió, con estimación del presente recurso de suplicación.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de D. E.L.D., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cinco de los de Alicante, de fecha 11 de junio de 2012 y el auto de aclaración de la misma de fecha 3 de julio de 2012, y, en consecuencia, declaramos no ajustada a Derecho la extinción del derecho al subsidio por incapacidad temporal decidida por la Mutua X.

Sentencia núm. 1.351, de 4 de junio de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador director adjunto de empresa grupo deportivo. El actor reclama el importe correspondiente a 33 mensualidades. Determinación del empresario contratante. Responsabilidad solidaria de empresarios.

Juzgado: Estimando parcialmente la excepción de prescripción invocada por una parte codemandada y estimando parcialmente la demanda interpuesta por el demandante, condena a que el grupo deportivo le abone determinada cantidad, absolviendo al resto de los codemandados de dicho pronunciamiento. Estima la excepción de falta de legitimación pasiva. Establece la responsabilidad subsidiaria del FOGASA, respecto a determinadas mensualidades, al estimarse la excepción de prescripción.

Sala: Estima parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandante al condenar solidariamente a las partes codemandadas en la instancia, reconociéndole el pago de la cantidad ya establecida en primera instancia, sin que tenga derecho a la correspondiente a 33 mensualidades solicitadas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son tres los motivos que se deducen por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que estima la excepción de prescripción aducida por Circuito del Motor y Promoción Deportiva SAU y estima parcialmente la demanda condenando a Grupo Deportivo X. a que abone al actor la cantidad de 55.289,78 euros en concepto de salarios del período que va de enero de 2010 a 3-12-2010, absolviendo al resto de los codemandados (Consellería de Cultura y Deporte de la GVA, Consell Valencia de L'Esport y Circuito del Motor y Promoción Deportiva SAU) al apreciar falta de legitimación pasiva de los mismos.

Los tres motivos se introducen por el cauce del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), es decir, están destinados al examen del derecho aplicado por sentencia de instancia y dicen seguir el mismo orden que la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia. Ahora bien el examen de dichos motivos por razones técnico procesales no va a seguir el orden en el que aparecen ya que para dilucidar si está o no bien apreciada la excepción de prescripción opuesta por Circuito del Motor y Promoción Deportiva SAU interesa primero dilucidar las relaciones existentes entre la referida sociedad y la Conselleria de Cultura y Deporte de la GVA, pues, ello repercutirá sin duda en el pronunciamiento que recaiga sobre la referida excepción.

SEGUNDO.- En primer lugar se procederá a examinar el segundo motivo del recurso en el que se combate la determinación de la deuda salarial que efectúa la sentencia de instancia. En este motivo se denuncia la infracción del art. 26 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 217 y 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por no haber considerado acreditado la Magistrada "a quo" la pervivencia de la relación laboral del demandante más allá del 3-12-2010 fecha en que consta su baja en la Tesorería General de la Seguridad Social.

Al margen de que la denuncia de preceptos procesales no tiene cabida en el apartado del precepto en el que el motivo se ampara, la censura jurídica expuesta no puede prosperar porque lo que pretende la defensa de la recurrente en este motivo es una distinta valoración de los medios de prueba practicados de los que según ella se ha de concluir la existencia de prestación de servicios por parte del actor para las demandadas hasta al menos el mes de septiembre de 2012 al que se extiende la reclamación de los salarios objeto de la presente litis y para ello combate los argumentos empleados en la sentencia recurrida y critica que no se haya utilizado la ficta confessio regulada en el art. 304 de la LEC para tener por probado dicho extremo, debiendo haber sido la empresa demandada la que acreditase los hechos obstativos. Como ya se ha adelantado el motivo no puede ser acogido en primer lugar porque los recursos se dan contra el fallo o parte dispositiva de las resoluciones y no contra su fundamentación jurídica y en segundo lugar porque el presente recurso de Suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de segunda instancia, sino que resulta ser –SSTC 18/1993 (RTC 1993\18), 294/1993 (RTC 1993\294) y 93/1997 (RTC 1997\93)– de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal «ad quem» no puede valorar «ex novo» toda la prueba practicada en autos. Naturaleza que se plasma en el art. 191 LPL (STC 294/1993, de 18 octubre) – actualmente en el art. 193 de la LJS –, cuya regulación evidencia que para el legislador es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso–: SSTCT 4 abril 1975 (RJ 1975\1660), 5 octubre 1977 (RJ 1977\4607), y STS 12 junio 1975 (RJ 1975\2709)–, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica (STC 17 octubre 1994 [RTC 1994\272]), la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316, 326, 348 y 376 Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el art. 97-2 de la Ley de Procedimiento Laboral) – actualmente en el art. 97-2 de la LJS –. Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado «a quo» es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho, precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo». Además, en el presente caso al no haberse propuesto ninguna revisión fáctica se habrá de estar al inalterado relato narrativo de la sentencia de instancia así como a las afirmaciones de hecho contenidas en la fundamentación jurídica de aquella, sin que de los mismos se constate la pervivencia del vínculo laboral del demandante más allá del 3-12-2010, por lo que la limitación de la condena al pago de los salarios hasta la referida fecha se ajusta a lo establecido en el art. 26 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo que determina, conforme ya se expuso la desestimación del motivo, teniendo que añadir tan solo que la aplicación de la ficta confessio o posibilidad de tener por confesa a la parte que ha incomparecido a juicio, aparece configurada en el artículo 91-2 de la LJS como una facultad potestativa del juzgador, por lo que sólo a éste corresponde decidir su aplicación, sin que la mera incomparecencia de la empresa suponga allanamiento a las pretensiones de la demanda, ni obligue, por esta sola razón a su estimación.

TERCERO.- A continuación se examinará el tercer motivo del recurso en el que si bien se denuncia la infracción de los artículos 43 y 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en realidad lo que se aduce es que la Generalitat Valenciana es la que ejerce la dirección y gestión sobre el Grupo Deportivo X., lo que se ha instrumentalizado sirviéndose del resto de codemandados, esto es, de la Conselleria de Cultura y Deporte, del Consell de L'Esport y del Circuito del Motor y Promoción Deportiva, los cuales han propiciado una subrogación empresarial encubierta a favor de la Administración autonómica, alegando también la defensa del recurrente la existencia de un fenómeno interpositorio respecto al

demandante en la medida en que si bien éste aparecía formalmente como trabajador del Grupo Deportivo X., en realidad era trabajador de la Conselleria de Cultura y Deporte, en cuyas instalaciones prestaba servicios.

Para dilucidar cuál es el verdadero empresario del demandante se habrá de estar al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia del que se desprende, en lo que ahora interesa, lo siguiente:

-El demandante ha venido prestando servicios para Grupo Deportivo X. prácticamente sin solución de continuidad desde el 11-3-04 hasta el 3-12-2010 en que fue dado de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social.

-El GRUPO DEPORTIVO X., es una sociedad que tiene por objeto el fomento, el desarrollo y la práctica continuada de la actividad física y deportiva sin ánimo de lucro, siendo la actividad deportiva principal de la entidad el ciclismo de carácter federativo. CIRCUITO DEL MOTOR Y PROMOCIÓN DEPORTIVA, S.A.U, está participada al 100% por la Generalitat Valenciana y tiene por objeto, entre otras actividades, la promoción de actividades deportivas que se correspondan con los objetivos y fines que en materia deportiva tiene la Generalitat Valenciana.

-En fecha 15 de enero de 2004 se suscribió un acuerdo marco entre el Sr. Q. actuando en nombre y representación del GRUPO DEPORTIVO X. y el CIRCUITO DEL MOTOR Y PROMOCIÓN DEPORTIVA, S.A. siendo de destacar del contenido de dicho acuerdo las siguientes cláusulas: PRIMERA.- El Circuito conoce y respalda el compromiso de la Agencia Valenciana de Turismo de aportar, en concepto de patrocinador del equipo para la promoción de la Comunidad Valenciana, la cantidad de 1.800.000 durante el año 2004. El Circuito se compromete a facilitar toda la ayuda posible para inscribir al Grupo Deportivo ante la Unión de Ciclismo Internacional, con la finalidad de que el mismo pueda participar en las competiciones organizadas por dicha entidad, mientras se buscan los patrocinadores necesarios para conseguir el objetivo presupuestario del año 2004. Si no se consiguieran patrocinadores suficientes para garantizar la totalidad del presupuesto, el mismo deberá reducirse en la cuantía efectivamente patrocinada. SEGUNDA: D. J.Q.N. y el Grupo Deportivo X. se obligan a realizar cuantas actuaciones sean necesarias para llevar a cabo las siguientes acciones dentro del citado Grupo Deportivo: 1. Reestructuración de los órganos de Gobierno del Grupo Deportivo X. manteniendo a D. J.Q. como Presidente, y propuesta por parte de la Generalitat Valenciana de nuevos miembros de la Asamblea y la Junta Directiva, entre personalidades de reconocido prestigio en el mundo del ciclismo de la "Comunidad Valenciana y del deporte en la provincia de Alicante respetando en todo caso los requisitos establecidos en los Estatutos del Grupo Deportivo. 2. Traslado de domicilio del Grupo Deportivo a Elche como sede integrada en la Comunidad Valenciana. Adaptación del mismo a la legislación valenciana. 3 Cambio de la denominación del Grupo Deportivo que pasará a ser Grupo Deportivo Comunidad Valenciana – X.. 4. Nombramiento de una gerencia con poderes generales de administración, que gestionará el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Grupo Deportivo y el ejercicio de sus derechos, y de una secretaria. Ambos puestos a propuesta de la Generalitat Valenciana.

-El 28-4-2005 se acordó por el actor en nombre de X. el cambio de domicilio que estaba en Elche a Valencia, primero a la C/ T. y luego pasó a estar ubicado en la Consellería de Cultura y Deportes sita en la C/ X. donde el trabajador tenía ubicado su despacho.

-En fecha 28-7-04 se remitió por el Sr. C.L. fax al Secretario autonómico de Economía y Presupuestos, indicándole la necesidad de abonar las nóminas del equipo.

-En fecha 14 de septiembre de 2004 la Conselleria de Cultura Educación y Deportes comunicó al equipo X. que se comprometía a patrocinar al equipo en las temporadas 2005 a 2008.

-En fecha 6-3-07 se certifica por el Subsecretario de la Conselleria de Turismo que en el presupuesto de la Agencia Valenciana de Turismo existe una línea nominativa a favor del Grupo X. por importe de 2.100.000€.

-En fecha 11 de junio de 2007, se suscribió convenio de colaboración entre la Agencia Valenciana de Turismo y el equipo ciclista "GRUPO DEPORTIVO X., para la promoción de la Comunidad Valenciana como destino turístico a través del apoyo al deporte base durante 2007, el cual por obrar como doc. de la Conselleria se da por reproducido, siendo el objeto del contrato además de ello, la equipación de los componentes de los dos equipos ciclistas sub 23 –masculino y femenino. Y en los dos vehículos de transporte y apoyo del equipo ciclista en todas las competiciones, fijando en la estipulación segunda el importe a transferir.

-En fecha 28-4-2009 el subsecretario de la Conselleria de Cultura y Esport solicitó, al haber una deuda contra el equipo X. ante la TGSS, el aplazamiento y fraccionamiento a la TGSS, el 29-9-09 dicho Subsecretario remitió al demandante un correo electrónico en el que le indico que intentarían solucionar el problema con la Seguridad Social, el 24-3-10, le remite nuevo correo indicándole que ha hecho lo que podía.

-Existen pagos realizados por el Circuito a X. en las siguientes fechas: 26-12-08, 12-2-09, 8-4-09, 29-1-10, 15-3-11.

-El grupo Deportivo Comunidad Valenciana consta de baja en la TGSS desde el 8-3-2006.

De los datos expuestos se ha de concluir que, en efecto, el demandante ha prestado servicios para la Conselleria de Cultura y Deporte de la GVA aunque formalmente los prestase para el Grupo Deportivo X. Es decir, estamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra, en la medida en que el Grupo Deportivo X. no constituye una empresa real sino aparente ya que tras su reestructuración en el 2004 es la Administración autonómica la que propone los miembros del Consejo de Administración así como de la gerencia y de la secretaria de dicho Grupo Deportivo, la que le busca los patrocinadores, asumiendo ella misma, en gran medida, su financiación, la que ha satisfecho, cuando no ha habido patrocinadores suficientes, los salarios de los miembros del equipo del Grupo Deportivo habiendo establecido para el año 2007 una línea nominativa a favor del referido Grupo Deportivo, interviniendo también como mediadora para lograr el aplazamiento y fraccionamiento del pago de las deudas que el Grupo Deportivo tiene con la Tesorería General de la Seguridad Social y facilitando al demandante un despacho dentro de las instalaciones de la propia Conselleria de Cultura y Deporte de la GVA. En definitiva, la Generalitat Valenciana bien directamente bien valiéndose del Consell Valencià de l'Esport y del Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A. ha asumido y ejercido las facultades empresariales propias del Grupo Deportivo X. para el que formalmente prestaba servicios el demandante lo que lleva a concluir que todos ellos han de responder del pago de los salarios devengados por el actor al actuar frente al mismo como el auténtico y único empresario, lo que determina la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva apreciada indebidamente por la sentencia del Juzgado y la extensión a todos los codemandados del pronunciamiento de condena que la misma contiene.

CUARTO.- Para finalizar se examinará el primer motivo del recurso en el que se imputa a la sentencia de instancia la infracción del art. 1973 del Código Civil por haber

entendido interrumpida la prescripción de los salarios reclamados tan solo respecto a la Conselleria de Cultura y Deporte y no respecto al Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.U por la presentación de la reclamación previa ante la Conselleria de Cultura y Deporte. Censura que también ha de merecer favorable acogida ya que, conforme se expuso en el anterior fundamento jurídico, si la Generalitat Valenciana ha actuado respecto al demandante como el auténtico empresario para lo que se ha servido, entre otros medios, del Acuerdo firmado entre el Grupo Deportivo y el Circuito del Motor y Promoción Deportiva S.A.U., habiendo utilizado, por lo tanto, a esta mercantil de la que es su absoluta titular, como un instrumento para ejercer la dirección y gestión sobre el susodicho Grupo Deportivo, no puede ahora dicha mercantil oponer desconocimiento en cuanto a la reclamación deducida por el actor por el hecho de que la misma fuera presentada tan solo ante la Conselleria, pues, lo cierto es que respecto al demandante ambas entidades han actuado como si fuesen una única organización empresarial y además la referida reclamación se dirigía también contra el Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.U. por lo que se ha de entender que la misma interrumpe también la prescripción respecto al Circuito del Motor y Promoción Deportiva S.A.U.

Las consideraciones jurídicas expuestas conllevan la desestimación de la excepción de prescripción tanto respecto a la Conselleria de Cultura y Deporte de la GVA como respecto al Circuito del Motor y Promoción Deportiva, S.A.U. y al no ser esta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia se ha de revocar en cuanto al indicado extremo.

FALLO

Estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. E.L.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Once de los de Valencia y su provincia, de fecha 28 de septiembre de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra Grupo Deportivo X. Consellería de Cultura y Deporte de la GVA, el Consell Valencià de L'Esport y Circuito del Motor y Promoción Deportiva SAU; y, revocamos la indicada sentencia en el sentido de desestimar la prescripción invocada por la Consellería de Cultura y Deporte de la GVA, el Consell Valencià de L'Esport y Circuito del Motor y Promoción Deportiva SAU, así como la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por los mismos codemandados, condenando solidariamente a Grupo Deportivo Comunidad X. Consellería de Cultura y Deporte de la GVA, Consell Valencià de L'Esport y Circuito del Motor y Promoción Deportiva SAU a abonar al demandante la cantidad de 55.289,87 € en concepto de salarios.

Sentencia núm. 1.360, de 5 de junio de 2013

Materia: Prestación de Jubilación: Complementos por mínimos: Fecha efectos. Trabajador afiliado a la Seguridad Social en el REA. Se reconoce una pensión de jubilación de 27 años cotizados y un porcentaje del 84%, con determinada base reguladora. El actor solicita complemento por mínimos con relación a la citada jubilación, la cual le es reconocida, reconociéndose el complemento por mínimos con cónyuge a cargo para tal prestación. Solicitud de que se le reconozca de ese derecho desde la edad de 65 años. Doctrina jurisprudencial.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a percibir el complemento por mínimos con cónyuge a cargo desde la edad de 65 años, en que le es reconocida la pensión de jubilación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Los efectos económicos del complemento a mínimos deben limitarse a los tres meses anteriores a la solicitud.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la sentencia que estimando la demanda sobre fecha de efectos del complemento por mínimos de la pensión de jubilación, declara el derecho del actor a percibir el complemento por mínimos con cónyuge a cargo respecto a su prestación de jubilación para cada año aprobado con carácter retroactivo al momento en el que le fue reconocida la pensión de jubilación, condenando al INSS a estar y pasar por tal declaración con abono de la correspondiente cantidad e intereses.

En primer lugar, esta Sala se cuestionó si frente a la sentencia de instancia cabía recurso de suplicación, y tras haber concedido plazo para alegaciones a las partes, estima que el recurso debe admitirse, conforme a lo señalado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 2-4-07 (rec.5355/05), que dice, “...el acceso y reconocimiento del complemento por mínimos, requiere unos determinados y propios requisitos, que condicionan su concesión y permanencia por la concurrencia de ciertas circunstancias, con problemas específicos (absorción, incompatibilidad, fecha de efectos del reconocimiento y pérdida del derecho), que aproximan su régimen jurídico al de otras prestaciones, es necesario concluir que tales prestaciones aunque complementarias tienen propia autonomía por lo que a las mismas resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 189.1.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en cuanto admite la posibilidad de recurrir en suplicación las sentencias de instancia recaídas en procesos que versen sobre el reconocimiento o denegación del derecho a obtener prestaciones de la Seguridad Social...”, y Sentencia del Tribunal Supremo de 22-4-09 (rec. 1726/09) que señala, “...la predicada autonomía de los complementos los hace asimilables -a los efectos prescriptivos de que tratamos- a una prestación propiamente dicha (siquiera asistencial) y que, por lo mismo, el tratamiento de jurídico de su reclamación se vea alcanzado de lleno por la previsión contenida en el art. 43 LGSS respecto que de los efectos económicos de su «reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud». Consecuencia, por otro lado, que -como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en su

estudiado informe- es la que ya adoptó la Sala respecto de la Cualificación en la IPT a los más variados efectos, argumentando que aunque no es una prestación independiente, sino un complemento de la IPT, tiene una cierta autonomía en sus requisitos y efectos. Así se ha mantenido a propósito de su posible acceso al recurso de Suplicación (STS 22/05/95 -rcud 2559/94-); en justificación de que sea reclamada en forma independiente durante la tramitación de un recurso contra la IPT (STS 22/11/99 -rcud 1074/99-); y -sobre todo- respecto de la retroacción de sus efectos económicos (SSTS 12/03/07 -rcud 4885/05-; 09/10/08 -rcud 4609/07-; 25/06/09 -rcud 2805/08-; 02/02/10 -rcud 397/09-; y 09/02/10 -rcud 1607/09-)....". En el presente procedimiento se acciona frente a la fecha de efectos económicos del complemento por mínimos reconocido, pretendiendo su retracción desde la fecha de la jubilación el 1-7-99, pues se le ha reconocido desde el 25-5-10, por lo que procede admitir el recurso.

SEGUNDO.- 1. El recurso se articula en dos motivos, ambos redactados al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, denunciando, en el primero, la infracción del art. 43.1 de la LGSS. Sostiene el recurrente que el actor solicitó complemento a mínimos el 25-10-10 presentando declaración de ingresos a dichos efectos, por lo que se le reconoció atendiendo a dichos ingresos, con tres meses anteriores a la solicitud, ya que dicho complemento está supeditado a no superar el límite de ingresos, estando obligado el interesado, conforme a los sucesivos Reales Decretos de revalorización de pensiones, a comunicar sus ingresos; que el complemento se reconoce en favor de quienes cumplan los específicos requisitos en las correspondientes normas reguladoras, como un derecho del art. 50 de la LGSS; que en los hechos probados no consta si desde 1999 a 2010 el actor supera o no el límite de ingresos establecido anualmente. Subsidiariamente, operaría el plazo de prescripción de cinco años del art. 43.1, a 25-10-2005 cinco años anteriores a la solicitud. En el segundo motivo, denuncia la infracción del art. 576 de la LEC que deja a salvo las especialidades legalmente previstas para las Haciendas públicas, art. 85 LGSS y STS 17-1-96, que no cabe condena a intereses salvo ejecución de sentencia.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 22-4-10, rec. 1726/09, señala que "2.- El art. 43 LGSS dispone -antes y después de la Ley 42/2006, de 28/Diciembre- que «El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en el que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio (...) de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud». Y el art. 50 LGSS, «Los beneficiarios de pensiones (...) que no perciban rentas o (...) no excedan de la cuantía que anualmente establezca la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado, tendrán derecho a percibir los complementos necesarios para alcanzar la cuantía mínima de las pensiones». 3.- Tales disposiciones -y las que se dirán- nos llevan a entender que los complementos por mínimos ostentan clara autonomía con la pensión -contributiva- que suplementan, siquiera se encuentren estrechamente ligados a ella su génesis y funcionamiento. En efecto: a) el «complemento a mínimos» es el importe suplementario de las pensiones generadas por las cotizaciones de los interesados, a fin del alcanzar la «cuantía mínima» de las pensiones, no respondiendo al objetivo -propio de la prestación mejorada- de sustituir una renta, sino la asistencial de paliar una situación de necesidad; b) su reconocimiento no atiende a los parámetros de la pensión (alta, carencia, cotizaciones..), sino exclusivamente a la referida falta de ingresos económicos; c) la propia denominación -«complementos»- pone de manifiesto que no tienen sustantividad propia, sino la accesoria de acompañantes de la pensión que suplementan; d) conforme al art. 86.2.b) LGSS, tienen «naturaleza no contributiva» y su

financiación habrá de hacerse con aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social (siquiera con la larga moratoria prevista por DT Cuarta LGSS, tras la redacción de la Ley 24/2001, de 27 /Diciembre); e) existen innegables analogías con las previsiones establecidas para las pensiones no contributivas (fecha de extinción; obligación de comunicar variaciones sustanciales...); y f) a diferencia de toda pensión en modalidad contributiva, la concurrencia de los requisitos no se exige en una exclusiva fecha (la del «hecho causante»), sino que han de acreditarse año tras año. Por todas estas razones, la conclusión que se nos impone es la de que los «complementos a mínimos» son prestaciones de naturaleza eminentemente asistencial y complementaria de las pensiones contributivas, respecto de las que mantiene una clara autonomía (conceptual y jurídica), siquiera guarden con ella íntima conexión genética y funcional.

TERCERO. 1.- La obligada consecuencia de todo ello es que la predicada autonomía de los complementos los hace asimilables -a los efectos prescriptorios de que tratamos- a una prestación propiamente dicha (siquiera asistencial) y que, por lo mismo, el tratamiento de jurídico de su reclamación se vea alcanzado de lleno por la previsión contenida en el art. 43 LGSS respecto que de los efectos económicos de su «reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha de la solicitud». Consecuencia, por otro lado, que -como señala acertadamente el Ministerio Fiscal en su estudiado informe- es la que ya adoptó la Sala respecto de la Cualificación en la IPT a los más variados efectos, argumentando que aunque no es una prestación independiente, sino un complemento de la IPT, tiene una cierta autonomía en sus requisitos y efectos. Así se ha mantenido a propósito de su posible acceso al recurso de Suplicación (STS 22/05/95 -rcud 2559/94-); en justificación de que sea reclamada en forma independiente durante la tramitación de un recurso contra la IPT (STS 22/11/99 -rcud 1074/99-); y -sobre todo- respecto de la retroacción de sus efectos económicos (SSTS 12/03/07 -rcud 4885/05-; 09/10/08 -rcud 4609/07-; 25/06/09 -rcud 2805/08-; 02/02/10 -rcud 397/09-; y 09/02/10 -rcud 1607/09-). Y al efecto se argumenta -en consideraciones "mutatis mutandi" s aplicables al presente caso de los complementos a mínimos-: «En efecto, aunque la Sala ha sostenido que el 20% que se abona en caso de la denominada incapacidad permanente total cualificada no es propiamente una prestación independiente de la que corresponde por la incapacidad permanente total, sino un complemento de la misma (SSTS 04/03/93 -rcud 1222/92-; y 21/03/94 -rcud 1415/93-), lo cierto es que, como señala la STS 22/11/99 (-rcud 1074/99-), ese complemento "tiene una cierta autonomía" con requisitos específicos de acceso al mismo que "aproximan su régimen jurídico al que es propio de una prestación" (STS 22/05/95 -rcud 2559/94 -) y esta autonomía justifica un tratamiento similar al que el artículo 43.1 Ley General de la Seguridad Social establece para las prestaciones, de forma que debe ser aplicable la limitación que en relación con su abono establece el precepto que se denuncia como infringido» (STS 12/03/07 -rcud 4885/05-).»

3. Aplicando la doctrina expuesta al presente supuesto, el recurso debe ser estimado pues la fecha de efectos económicos del complemento a mínimos reconocido debe limitarse a los tres meses anteriores a la solicitud.

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.2 de los de

Alicante, de fecha 16-1-2012, en virtud de demanda presentada a instancia de A.C.R.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos al demandado de la reclamación deducida frente al mismo.

Sentencia núm. 1.379, de 6 de junio de 2013

Materia: Pensión de orfandad. La madre de la beneficiaria solicita la prestación tras el fallecimiento del padre de la misma. Revisión prestación. Aplicación del término “huérfano absoluto” a la demandante para incrementar la prestación. **Procedencia.** La beneficiaria de la prestación es hija de una pareja que no ha contraído matrimonio ni que ha quedado inscrita ni registrada como pareja de hecho.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la huérfana a ver incrementada la pensión de orfandad que tiene reconocida, en la cuantía correspondiente al 52%.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Se incumple el precepto legal al acrecentar la pensión de orfandad, puesto que la situación de la beneficiaria no está incluida en del concepto de “huérfano absoluto”. La madre no cobra prestación de viudedad al no haber estado inscrita como pareja del padre de la huérfana demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la sentencia y posterior auto de aclaración que han estimado la demanda declarando el derecho de la huérfana demandante a incrementar la pensión de orfandad que tiene reconocida en la cuantía correspondiente al porcentaje del 52% de la misma base reguladora.

El recurso, que se impugna de contrario, contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS en el que denuncia la infracción por interpretación errónea del artículo 38 del Decreto 3.158/1966 incorporado por el art. 2º. Dos del RD 296/2009 de 16 de marzo. Considera el recurso que para tener derecho al incremento resulta requisito necesario ser huérfano absoluto, o ser desconocido el otro progenitor, alegando que esta Sala ya se ha pronunciado en el sentido que ahora solicita en la sentencia nº 3085/2011, de 10 de noviembre, y así mismo los TSJ de Cataluña y País Vasco.

Se trata de determinar, en el caso que describen los hechos probados de la sentencia, no impugnados, el derecho que pudiera tener la huérfana demandante a incrementar su pensión con el porcentaje correspondiente a la viudedad, teniendo en cuenta que la fecha de su nacimiento es la de 21 de noviembre de 1994, que es hija de M.C.A.E. y de J.C.B.A., siendo que éste último ha fallecido el 8 de abril de 2009, sin haber contraído matrimonio con la madre de la actora ni formar con esta pareja de hecho por lo que no percibe viudedad.

Como ya adelanta la parte recurrente, la cuestión ha sido resuelta en esta Sala en las sentencias resolutorias de los recursos de suplicación 1332/2011 y 2059/2012, la primera firme por inadmisión del recurso de unificación de doctrina y la segunda recurrida con reciente elevación de los autos al Tribunal Supremo, por lo que razones de igualdad en aplicación de la Ley (art. 14 de la Constitución Española), imponen seguir aquí el mismo criterio mientras no conste corregido en instancias superiores.

Como decíamos en la última de aquellas sentencias: “el Decreto de 2009 configuró un nuevo artículo 38, para la regulación del incremento de las pensiones de orfandad y de las

indemnizaciones especiales a tanto alzado con la finalidad entre otras de adecuar la disposición reglamentaria a los principios constitucionales recogiendo así la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2006, de 22 de mayo, a la que se refiere expresamente en la exposición de motivos y en la que se cuestionaba la denegación de dicho incremento a los hijos extramatrimoniales.

Es precisamente la mencionada sentencia en la que se fundamenta la STS 1/12/2011 que recoge la doctrina invocada por la resolución recurrida para llegar a la conclusión de que procede el incremento de la pensión de orfandad.

Por otro lado, esta Sala no desconoce que en nuestra sentencia de 10/11/2011 ya definíamos una posición diferente a la sostenida por la sentencia de instancia, partiendo de una interpretación literal de la actual regulación que trae su causa de la profunda revisión que en la materia supuso la Ley 40/2007. Posición que por otro lado no infringe la doctrina que la Sala 4ª recoge en su sentencia de 1/12/2011, en la medida que en el caso que en ella se resolvía, el hecho causante era anterior a la reforma de la norma y por lo tanto cabía la interpretación mediante la aplicación de la doctrina constitucional que el legislador ha tenido en cuenta para desarrollar la nueva regulación, tal y como expresamente recoge la exposición de motivos del RD 396/2009.

En su actual redacción el precepto en cuestión dispone que “En los casos de orfandad absoluta las prestaciones correspondientes a los huérfanos podrán incrementarse en los términos y condiciones siguientes:

1. *Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 %.*
 2. *Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.*
 3. *Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida.*
 4. *En cualquiera de los supuestos anteriores, en el caso de existir varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.*
 5. *Los incrementos de las pensiones de orfandad regulados en los párrafos 1, 2, 3 y 4 en ningún caso podrán dar lugar a que se supere el límite establecido en el apartado 4 del artículo 179 de la Ley General de la Seguridad Social, para las pensiones por muerte y supervivencia. No obstante, dichos incrementos serán compatibles con la prestación temporal de viudedad, pudiendo, por tanto, ser reconocidos durante el percibo de esta última.*
 6. *En caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional la indemnización que se reconozca a los huérfanos absolutos se incrementará con la que hubiera correspondido al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja de hecho del fallecido. En el caso de concurrir varios beneficiarios, el incremento se distribuirá a partes iguales entre todos ellos.*
 7. *Los incrementos de prestaciones regulados en este artículo sólo podrán ser reconocidos con respecto a uno solo de los progenitores.*
2. *Cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia*

de género, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta en el apartado anterior.

Asimismo, a efectos de lo previsto en este artículo, se asimila a huérfano absoluto el huérfano de un solo progenitor conocido.

La norma parte así de la total igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero condiciona el reconocimiento del derecho a acrecer a que exista una situación de orfandad absoluta, con la sola excepción prevista en el apartado 2 de los casos en los que el progenitor superviviente haya sido privado por condena relacionada con la aplicación de la Ley 1/2004 en materia de violencia machista, supuesto que no concurre en la presente. Esta interpretación es sostenida por distintos Tribunales Superiores tal y como pone de manifiesto la STSJ de Cataluña 26/01/2012, recurso 2156/2011 al denegar el derecho de acrecimiento de la pensión cuando la madre no tenía derecho a la viudedad por encontrarse divorciada sin tener reconocida pensión compensatoria.

Sin embargo, otros Tribunales o secciones de la misma Sala siguen sosteniendo la interpretación anterior, partiendo ahora del argumento de que lo que se protege en el derecho de acrecer de la pensión de orfandad, es la falta de renta sustitutiva en la unidad familiar, y que este derecho se devenga tanto cuando no existe progenitor vivo como cuando el progenitor vivo no tiene derecho a la pensión de viudedad (STSJ de Cataluña de 6/03/2012, recurso 1549/2011).

La sentencia de instancia concedora de todo este debate jurídico, argumenta que en atención a la doctrina mantenida por la Sala IV cabe una interpretación flexible del concepto “huérfano absoluto” que a su juicio incluiría tanto a aquellos que carecen de padre y madre como a los que el progenitor superviviente no tiene derecho a la pensión de viudedad

Esta Sala considera, sin embargo, que siguiendo el texto literal de la nueva redacción ya no cabe dicha interpretación. En primer lugar, porque la interpretación flexible se hace al margen del derecho constitucional consagrado en el artículo 14 de la CE, puesto que actualmente el precepto no causa discriminación indirecta por razón de la filiación, sino que parte de la idea de que el bien jurídico protegido es la unidad económica familiar dependiente y no la persona que pierde a sus progenitores, sin tener en cuenta que en ocasiones la falta del devengo de la prestación de viudedad no se encuentra fundada en la concurrencia de requisitos formales relacionados con la constitución de parejas de hecho o del matrimonio sino en la mayor capacidad económica del cónyuge superviviente. Por lo tanto, entendemos que la citada interpretación que se aparta de la literalidad de la norma genera cierta inseguridad al no poder distinguir de forma objetiva y conforme a los principios de proporcionalidad cuando procede o no el acrecimiento por encontrarnos ante una renta dependiente. En segundo lugar, porque el concepto de huérfano absoluto queda claramente definido por la falta de progenitores cuando la propia norma en el último inciso incluye en la definición aquellos casos en que falleciera el único progenitor conocido, excluyendo cualquier otra interpretación extensiva.

Desde esta perspectiva entendemos que la pensión de orfandad protege al hijo con independencia de la renta de la unidad familiar. Por lo tanto, condicionar la posibilidad de acrecentar la pensión a la pérdida de ambos progenitores no supone ninguna restricción discriminatoria directa o indirecta tal como sucedía cuando el derecho de viudedad no podía acrecer a los hijos extramatrimoniales porque no se reconocía su devengo fuera del matrimonio. Cabe destacar que durante el proceso legislativo la propuesta inicial recogida en el acuerdo de 13 de julio de 2006 (medida IV.4 c) proponía la posibilidad de incrementar la pensión de orfandad cuando siendo hijos de parejas de hecho estas no tuvieran derecho a la

pensión de viudedad por no cumplir los requisitos formales establecidos en la medida III.3 c), y que tal propuesta fue rechazada por considerar que si tal derecho no se reconocía igualmente a los hijos matrimoniales de nuevo se generaba un trato diferente derivado de la filiación. Por último, incidir en el hecho de que la situación de necesidad económica de la unidad familiar se encuentra protegida por otro tipo de prestaciones asistenciales, contributivas y no contributivas, por lo que entendemos que corregidas por el legislador las diferencias de trato que suponía en la anterior legislación, el derecho de acrecimiento de la pensión de orfandad, no existe necesidad de realizar una interpretación flexible al margen del tenor literal de la misma.

Desde este planteamiento que viene a ratificar nuestra posición inicial debemos concluir afirmando que la sentencia de instancia infringe la normativa vigente en la medida que atribuye un derecho de acrecer reservado únicamente para aquellos casos de orfandad absoluta, no siendo este el caso que nos ocupa.”

La consecuencia que se impone aplicando esta doctrina al caso aquí examinado es la de estimar el recurso y revocar la sentencia para desestimar la demanda.

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 8 de los de Valencia de fecha 17 de mayo de 2012; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones y absolvemos a la entidad gestora recurrente de las pretensiones deducidas en su contra.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.391, de 11 de junio de 2013

Materia: Prestación por cuidado de hijo menor gravemente enfermo. Trabajador en alta en el RGSS que presta sus servicios para empresa codemandada. El actor tiene un hijo al cual se le ha diagnosticado enfermedad de Crohn ileocólica. El actor solicitó vacaciones y excedencia por cuidado de hijo, las cuales le fueron concedidas. Posteriormente, solicita prestación por cuidado la cual le es denegada. El actor no ha reducido su actividad laboral en la empresa para el cuidado del hijo enfermo.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de la pretensión deducida en su contra. No procede la prestación puesto que no ha habido reducción de actividad laboral para cuidado. No se cumple el precepto legal necesario para optar a la prestación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El actor no cumple con uno de los requisitos necesarios para tener derecho a la prestación, que es la de reducir su actividad laboral con la finalidad de cuidar a su hijo. Tampoco procede reducir la actividad laboral al 100% pues ello supone ausencia de actividad alguna.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De dos motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima su reclamación de prestación por cuidado de hijo, habiendo sido impugnado el recurso por X. conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos que se incardina en el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) pretende la revisión de los hechos probados de la sentencia de instancia. La primera modificación atañe al hecho probado CUARTO-III para que se adicione al mismo, el siguiente párrafo: “La causa única de desestimación de la Reclamación previa fue que se encontraban pendiente de determinar reglamentariamente las enfermedades consideradas graves, a efectos del reconocimiento de esta prestación económica.”

La adición solicitada se apoya en la resolución de la reclamación previa obrante a los folios 40 y 94 y ha de ser acogida por desprenderse de la indicada documental y ser relevante a efectos de la argumentación deducida por el recurrente en el motivo destinado a la censura jurídica.

La siguiente modificación atañe al hecho probado CUARTO-I para que se le adicione el siguiente contenido: “Si bien la petición se efectuó mediante fax remitido el 03/03/2.011, con fecha 01/03/2.011 se había remitido a la Mutua mediante fax el acuerdo entre los progenitores, sobre la prestación para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cuando ambos pueden ser beneficiarios, que había sido firmado por éstos el día 18/02/2011, y el mismo día 01/03/2011 se remitió la declaración de la empresa sobre la reducción de jornada del trabajador para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.”

La adición postulada que se deduce de los documentos obrantes a los folios 88 y 80 de autos no puede prosperar aun cuando se desprenda de los referidos documentos al ser a todas luces intrascendente el consignar la tramitación simultánea de la prestación por cuidado de hijo ahora interesada y la excedencia por cuidado de hijo que disfrutó el actor, a efectos de dilucidar si el mismo tiene o no derecho a la prestación por cuidado de hijo.

La última modificación afecta al hecho probado CUARTO-I para que se sustituya el porcentaje de reducción que en él se hace constar del 75% por el 100%.

Esta modificación se sustenta en la argumentación que deduce el recurrente en relación con los documentos obrantes a los folios 86 y 21 que es la solicitud de la prestación efectuada por el demandante y la misma no puede prosperar ya que la revisión debe deducirse directamente de los solos documentos alegados sin necesidad de interpretaciones (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 sobre la ineficacia de los razonamientos e interpretaciones de los documentos y pruebas).

SEGUNDO.- El correlativo motivo del recurso se ampara en el apartado c del art. 193 de la LJS y tiene por objeto el examen de las infracciones de las normas sustantivas o de la jurisprudencia.

Dicho motivo se divide en dos submotivos. En el primero, se denuncia la infracción de lo establecido en el art. 72 de la Ley 36/2.011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social. Razona la defensa del recurrente que al haber quedado concretada la causa de denegación, de manera exclusiva, en la falta de determinación reglamentaria de las enfermedades consideradas graves, a los efectos de la prestación económica, tal y como se señaló en la contestación a la reclamación previa, la sentencia solo podría resolver dicho extremo, pero no valorar si se reunía el requisito de que ambos progenitores trabajaran en el momento del hecho causante de la prestación, causa de denegación inicial que había sido abandonada al contestar a la reclamación previa.

Al margen de que la denuncia de la infracción de normas procesales no tiene cabida en el apartado del precepto en el que ampara este motivo, dicha denuncia no puede tener favorable acogida ya que conforme a una doctrina jurisprudencial ya añeja manifestada entre otras en la STS de 28 de Junio del 1994 (ROJ: STS 14647/1994), Recurso: 2946/1993 *“La denominada exigencia de congruencia entre el procedimiento administrativo y el proceso de seguridad social ha planteado históricamente delicados problemas aplicativos para delimitar su alcance sin que se hayan establecido sobre este punto criterios suficientemente uniformes. Así, en algunos casos se ha destacado el carácter revisor de la impugnación judicial atribuyendo a la demanda el carácter de recurso jurisdiccional contra la resolución administrativa de forma que la decisión de ésta acotaría el ámbito de la controversia judicial (sentencia de 5 de noviembre de 1.987), mientras que en otros se ha definido su alcance limitándolo a una prohibición de alegación en juicio de hechos distintos de los que constan en el expediente o incluso a la alegación de hechos dotados de una especial relevancia, porque, al alterar la causa de pedir, modifican la pretensión deducida. El artículo 141.2 de la Ley de Procedimiento Laboral establece que "en el proceso no podrán aducirse por ninguna de las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo"*.

En principio, el término alegación referido a las dos partes puede llevar a la conclusión de que la Entidad Gestora no puede invocar más causas de oposición que las que expresamente haya establecido como motivación de la resolución inicial o en la desestimación de la reclamación previa y que el demandante no puede invocar más hechos para defender su pretensión que los que formalmente haya alegado al solicitar la prestación o en el escrito de

reclamación previa. Pero esta interpretación extrema plantea dificultades insuperables desde la perspectiva del principio de legalidad y obligaría además a una exhaustividad en las alegaciones y en la motivación muy difícil de cumplir en la práctica. Por otra parte, no puede olvidarse que la reclamación previa es una institución instrumental de evitación del proceso; no una exigencia que limite la función jurisdiccional -como función de satisfacer pretensiones conforme a Derecho-, imponiendo una cognición limitada, en la que el juez, aunque se haya alegado y probado un hecho que de acuerdo con la norma tiene una determinada consecuencia jurídica, deba establecer una decisión contraria a la Ley porque ese hecho no haya sido formalmente invocado en los escritos del solicitante o en las resoluciones administrativas. La prohibición de aportar al proceso hechos que no lo hayan sido al procedimiento administrativo supone ya una limitación importante que habría que relacionar con la prohibición de introducir variaciones sustanciales en la pretensión (artículo 72.1 de la Ley de Procedimiento Laboral) y con la falta de agotamiento de la vía previa como consecuencia de su desconocimiento. Pero si esta limitación se interpreta como un mandato al juez para pronunciarse únicamente sobre el motivo de denegación que se invoca en la resolución administrativa entonces se invierte la relación entre vía administrativa previa y proceso, se subordina éste a aquélla con las graves consecuencias que de ello se derivan desde la perspectiva del principio de legalidad, del principio "iura novit curia" y, en general, de los principios que rigen la carga de la alegación y de la prueba de los hechos en el proceso."

CUARTO.- En efecto, 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 impositivos, 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 impositivos 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. En este sentido, el hecho de que la Entidad Gestora desestime la solicitud por una causa cuando está acreditada en el procedimiento la existencia de otra no impone al juez la obligación de estimar la demanda y reconocer la prestación cuando considera improcedente la causa aplicada en la resolución administrativa, pero procedente la que debidamente acreditada no se tuvo en cuenta por el organismo gestor. De no ser así, la tutela judicial y la garantía de la cosa juzgada podría no otorgarse en contra del mandato de la ley, que no es disponible ni para el juez (artículo 1 y 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ni para la Administración (artículo 52.2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Esto es lo que sucede en el ámbito de la jurisdicción revisora típica que es la contencioso-administrativa. En ella ese carácter revisor exige simplemente, como señala la sentencia de 21 de junio de 1.988, que "ni las partes ni desde luego el órgano judicial pueden traer al debate cuestiones nuevas, es decir, pretensiones que no hayan sido planteadas ante la Administración, pero lo que no está vedado a las partes es invocar nuevos motivos o alegaciones para fundamentar el recurso y la oposición, que el Tribunal a su vez puede introducir en la discusión y luego considerar en la sentencia". Por lo demás, este es el principio que se contempla expresamente en los artículos 43 y 69 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

QUINTO.- Esta solución no produce indefensión alguna para el demandante. En principio quien afirma en un proceso la existencia de un derecho ha de estar en condiciones de alegar y probar en ese proceso la concurrencia de los requisitos que fundan su derecho y no puede invocar una situación de indefensión porque se alegue por la demandada o se aplique por el juez una previsión legal en virtud de un hecho directamente relacionado con la pretensión ejercitada que se ha probado en el proceso y que además constaba ya en el expediente administrativo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que los artículos 85 y 87 de la Ley de Procedimiento Laboral permiten garantizar en la instancia la audiencia del demandado sobre las causas de oposición no alegadas con anterioridad. En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1.989, que establece en su fundamento jurídico cuarto que el hecho de que la falta del periodo de cotización no fuera tomado en consideración por las resoluciones administrativas no impide al órgano judicial, en su función revisora del Derecho aplicado, atribuir a los hechos probados sobre el período de cotización las consecuencias legales que estimó inherentes a los mismos.”

La proyección de la doctrina jurisprudencial expuesta al presente caso determina como ya se adelantó la desestimación de la denuncia efectuada en el primero de los submotivos formulado al amparo del apartado c del art. 193 de la LJS.

TERCERO.- En el último submotivo de la censura jurídica se denuncia la vulneración del art. 135 quáter de la LGSS y en el mismo se aduce por la defensa del recurrente que el demandante tomó vacaciones para atender a su hijo enfermo y hospitalizado y mientras tanto comenzó a gestionar la prestación económica que se había introducido en la Ley hacía escasamente un mes y medio antes de la hospitalización del menor y que al finalizar el período vacacional como no se le había hecho efectiva la prestación, la propia empresa le redactó una solicitud de excedencia, estando trabajando en la fecha de ingreso hospitalario del menor y dado de alta en Seguridad Social y sin tener suspendido el contrato de trabajo, pues el ingreso hospitalario se produjo el 18-2-2011 y la suspensión del contrato por excedencia el 1-3-2011.

Conforme se desprende de lo establecido en el artículo 135 quáter de la Ley General de la Seguridad Social, así como de lo dispuesto en el art. 4 RD 1148/2011, de 29 de julio, 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, para ser beneficiario de dicha prestación, “será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 de su duración, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente, del menor.” Ambos preceptos establecen también que el subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras.

En el presente caso del relato narrativo de la sentencia de instancia se constata que durante el tiempo en que el hijo menor del demandante estuvo ingresado en el hospital y posteriormente pasó a la Unidad de Hospitalización Domiciliaria del Hospital de T., habiendo sido diagnosticado de Enfermedad de Crohn ileocólica y presentado complicación aguda infecciosa, fístula y absceso, el demandante no redujo su jornada laboral ya que primero tuvo vacaciones y seguidamente y sin solución de continuidad estuvo en excedencia por cuidado de hijo, por lo que no reúne uno de los requisitos necesarios para lucrar la prestación interesada cuya finalidad es, precisamente, tal y como indica la sentencia recurrida, paliar la disminución de ingresos derivada de la reducción de jornada por cuidado de hijo afectado por enfermedad grave. La Sala también comparte la conclusión mantenida por la sentencia del juzgado acerca de que cuando el demandante estuvo en período vacacional mantuvo todos sus derechos retributivos por lo que ninguna merma retributiva sufrió durante el mismo, aun cuando fuera solicitado dicho período vacacional para el cuidado y atención de su hijo enfermo. Por otra

parte no cabe la reducción de jornada en el porcentaje del 100%, tal y como solicita la parte actora por cuanto que entonces no existe reducción de jornada laboral sino ausencia de la misma. En este sentido se manifiesta el propio art. 4.7 del RD 1148/2011 según el cual “En todo caso, cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio. No obstante, si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo a efectos de determinar el citado límite.”

En definitiva, no concurriendo los requisitos necesarios para el reconocimiento de la prestación económica por cuidado de hijo menor gravemente enfermo, se ha de considerar ajustada a derecho la denegación de la misma, tal y como efectúa la sentencia impugnada que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, 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 D. A.J.E.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de los de Elche, de fecha 9 de mayo de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Mutua X. y la empresa X., S.A.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.399, de 11 de junio de 2013

Materia: Prestación por desempleo. Subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Percepción indebida de prestaciones. Sanción: extinción de la prestación y devolución de las cantidades indebidamente percibidas. La actora interpone reclamación previa la cual le es denegada. La actora cobra una pensión de viudedad y ha rescatado una póliza de seguro de vida. Cómputo de rentas: cómputo mensual frente a cómputo anual.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la entidad gestora de las pretensiones deducidas en su contra. El actor tiene que devolver lo indebidamente cobrado durante determinado periodo.

Sala: Estima en parte el recurso en el sentido de declarar que la obligación de reintegro del subsidio de desempleo se ciñe a lo abonado en el mes de diciembre de 2009, periodo en que debió quedar en suspenso el mismo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el Letrado de doña I.A. la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución administrativa dictada por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) el 15 de septiembre de 2011, confirmada por otra posterior de 16 de diciembre del mismo año, en la que, entre otros pronunciamientos, se declaró la percepción indebida de subsidio por desempleo percibido por la Sra. A. entre el 1 de enero de 2010 y el 30 de mayo de 2011 en la cuantía de 7.242 euros y se acordaba el reintegro de la mencionada cantidad.

2. El recurso contiene un primer motivo que se rechaza de plano por ser absolutamente irrelevante para la resolución de la cuestión controvertida, toda vez que únicamente tiene por objeto rectificar un error mecanográfico cometido al transcribir el número del documento nacional de identidad de la demandante. El medio procesal adecuado para rectificar los errores materiales cometidos en la redacción de las sentencias es el contemplado en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y no el recurso de suplicación.

SEGUNDO.- 1. El segundo y último motivo del recurso está redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Se denuncia la interpretación errónea de lo establecido en el artículo 1.8.2 de la Ley 45/2002, de 12 de diciembre, en los artículos 213, 215 y 219 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio –en adelante, LGSS–, en el 6 del Código Civil y 25.3 y 47.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000.

2. Lo que se plantea en el motivo son dos cuestiones: a) que a efectos de computar las rentas percibidas por la demandante no tenga en cuenta lo obtenido por el rescate de la póliza del seguro de vida; y b) que, en cualquier caso, solo procedería la devolución de lo percibido en el mes en que se percibió el ingreso.

3. A efectos de resolver el recurso debemos recordar que según el relato de hechos que contiene la sentencia recurrida ha quedado probado lo siguiente: a) a la demandante se le reconoció el subsidio de desempleo para mayores de 52 años con efectos 9 de mayo de 2009; b) en el mes de diciembre de ese mismo año 2009 la Sra. A. tuvo un ingreso de 10.615,71 euros como consecuencia del rescate de una póliza de seguro de vida; c) no obstante lo anterior, la demandante siguió percibiendo el subsidio por desempleo hasta que por resolución de la Entidad Gestora de 15 de septiembre de 2011 se declaró el cobro indebido y el reintegro de la cantidad percibida en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2101 y el 30 de mayo de 2011, pues la suma de tales ingresos con lo percibido en el año 2009 en concepto de rendimiento de trabajo excedía del 75% del salario mínimo interprofesional (SMI) que para ese año 2009 se fijó en 624 euros.

4. Siendo estos los hechos procede la estimación parcial del motivo. En efecto, por un lado se debe rechazar la primera de las peticiones formuladas, pues está fuera de toda duda que la cantidad percibida por la demandante por el rescate de la póliza del seguro de vida debe computar como renta. En efecto, el artículo 215.3.2 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 45/2002 dispone que “Se considerarán como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo el importe de las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social. También se considerarán rentas las plusvalías o ganancias patrimoniales, así como los rendimientos que puedan deducirse del montante económico del patrimonio, aplicando a su valor el 50 por 100 del tipo de interés legal del dinero vigente, con la excepción de la vivienda habitualmente ocupada por el trabajador y de los bienes cuyas rentas hayan sido computadas, todo ello en los términos que se establezcan reglamentariamente”. Así pues, se entendió que las plusvalías o ganancias patrimoniales son rentas o ingresos computables a estos efectos (STS de 27 de marzo de 2007 –rcud. 5391/2005).

5. Ahora bien, cuestión distinta es determinar las consecuencias que suponen para el receptor del subsidio de desempleo ingresar de una sola vez una cantidad a tanto alzado. Tal cuestión ha sido resuelta por STS de 28 de octubre de 2010 (rcud. 706/2010) que confirma el criterio de esta Sala de lo Social expresado en la sentencia de 20 de enero de 2009 (rs.1218/2008). Se plantea la sentencia “cuál es el efecto que sobre el subsidio asistencial provocan las ganancias generadas por la venta de bienes, teniendo en cuenta que la misma se produjo en unidad de acto y, por ello, también el precio fue obtenido de modo puntual”. Se razona que “la obligación de reintegro del subsidio de desempleo se ciñe a lo abonado en el mes de diciembre de 2006 (en ese caso), periodo en el que debió quedar en suspenso el mismo”, pues “la finalidad de la reforma legal en el aspecto al que se refiere el litigio es ajustar o acompasar de la manera más exacta posible la dinámica de la situación de desempleo a la “dinámica del derecho” a prestaciones. Siendo ello así, lo lógico es proceder al cómputo mensual o en unidades temporales reducidas de las rentas familiares, en lugar de al cómputo anual. Tal cómputo mensual o en unidades temporales reducidas es por razones evidentes más adecuado para alcanzar dicho propósito de ajuste entre situación de necesidad y acción protectora, no comportando ya, para los supuestos de obtención de rentas o ingresos esporádicos (“por tiempo inferior a doce meses”), la consecuencia inaceptable de pérdida del derecho que llevaba consigo la extinción de la prestación asistencial en la legislación anterior”. La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado nos conduce a la estimación del recurso en el sentido de declarar que la obligación de reintegro del subsidio de desempleo se ciñe a lo abonado en el mes de diciembre de 2009, periodo en que debió quedar en suspenso el mismo.

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

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA I.A.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 16 de los de Valencia de fecha 20 de septiembre de 2012; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida en el sentido de declarar que la obligación de reintegro del subsidio de desempleo se ciñe a lo abonado en el mes de diciembre de 2009, periodo en que debió quedar en suspenso el mismo.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.431, de 12 de junio de 2013

Materia: Contingencia. Trabajador afiliado al RGSS que sufre accidente de trabajo cuando estaba prestando servicio para la empresa codemandada. Determinación contingencia de la baja.

Juzgado: Estima la demanda y declara el origen laboral en accidente de trabajo del proceso de incapacidad temporal iniciado por el trabajador.

Sala: Estima el recurso y declara que el procedimiento de incapacidad temporal deriva de enfermedad común y no de accidente de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. En el presente recurso se plantean dos motivos formulados respectivamente al amparo de lo dispuesto en los apartados b y c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- en adelante LRJS-

En el primer motivo se solicita la modificación del hecho probado primero, para que se adicione al texto que el trabajador no impugnó el alta médica emitida el 21/11/2008 y que en cualquier caso transcurrieron más de siete meses desde el accidente laboral y la nueva baja emitida el 20/06/2009 durante los cuales el trabajador estuvo en activo y sin dejar de trabajar.

2. No procede acceder a lo solicitado pues la propuesta no se fundamenta en error de valoración de prueba documental, no se cita documento alguno, y además resulta irrelevante pues se trata de incorporar datos que ya recoge el actual relato fáctico del que sin dificultad pueden extraerse dichos datos.

SEGUNDO. 1. En segundo lugar la mutua recurrente denuncia al amparo de lo dispuesto en el artículo 193.c de la LRJS la infracción por aplicación incorrecta de lo dispuesto en el artículo 115.3º de la LGSS, y de la doctrina recogida en la STS 22/01/2007, al considerar que la contingencia de la baja iniciada el 20/06/2009 es un hecho causante nuevo y de origen común, totalmente desvinculada del suceso puntual ocurrido el 19/11/2008.

De los hechos declarados probados, que no han sido impugnados y que vinculan a esta Sala para la resolución del presente caso, se desprende que el trabajador sufrió un incidente laboral que le afectó a la zona sacro-ilíaca, y que tras recibir asistencia médica fue dado de alta sin que con ocasión del mismo se iniciara ningún proceso de Incapacidad temporal. Con posterioridad, el 29/01/2009 se le diagnosticó un cuadro clínico que la sentencia define como “hernias discales de localización central posterior y paramedial izquierda, acompañado de discopatías y degeneración discal y retrolistesis degenerativa, pese a lo cual siguió desempeñando su actividad laboral hasta el inicio de la baja por enfermedad común emitida el día 20/06/2009, con el diagnóstico de “desplazamiento disco intervertebral lumbar sin mielopatía”, que se describe como lumbociatalgia izquierda de 6 meses de evolución.

2. A la vista de los mismos entendemos que tal como alega la recurrente, que no se puede calificar la contingencia como profesional puesto que no existe nexo causal objetivo entre el incidente descrito en el hecho primero (se le fue el pie y le dolió la espalda) y el cuadro clínico descrito en el parte de inicio del proceso de Incapacidad temporal emitido casi 7

meses después.

La sentencia de instancia argumenta que dicho nexo causal se desprende de los testimonios de los testigos presentados, empleador del actor y compañero de trabajo, que afirman que desde el día del incidente el actor no dejó de sentir dolores, bajando su rendimiento laboral.

Tal interpretación no resulta compatible con los datos objetivos consignados en la sentencia y con la Doctrina seguida entre otras en la STS 22/01/2007, recurso 35/2005, citada por la recurrente, puesto que no existe una descripción objetiva del hecho causante, tal y como reconoce la Magistrada en el párrafo primero de su fundamento único, por lo que no es posible aplicar lo dispuesto en el artículo 115.1 que califica de accidente la lesión sufrida por el trabajador con ocasión de la prestación por cuenta ajena. Ya que con ocasión de este incidente no se cursó proceso de incapacidad alguna, ni se objetivó lesión incapacitante derivada del mismo. La baja cuya contingencia aquí se discute, se cursa casi siete meses después de dicho incidente, y tiene un origen degenerativo que a criterio médico se presume de seis meses de evolución, dicho periodo es inferior al transcurrido entre el incidente y la baja médica, sin que exista otra vinculación entre ambas dolencias que la localización de la zona afectada, lo que como sostiene el Alto Tribunal, no justifica por sí la aplicación de lo dispuesto en el artículo 115.3. Por último, la gravedad y alcance incapacitante de las patologías intervenidas, no resulta compatible con la levedad del incidente descrito como origen de las mismas ni con la actividad laboral desempeñada por el trabajador con posterioridad a éste y hasta el inicio del posterior proceso de incapacidad laboral que determinó su posterior declaración de invalidez.

Entendemos pues que no concurren en el presente caso los elementos que determinan la calificación de contingencia profesional de la incapacidad temporal iniciada el 10 de junio de 2009.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 15 de los de Valencia de fecha 20/06/2012 y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos que el proceso de incapacidad temporal iniciado por P.S.M. el 20 de junio de 2009 tiene su origen en contingencia común.

De acuerdo con el art. 203 de la LRJS, se acuerda que una vez firme la presente resolución se proceda a la devolución de las cantidades consignadas o en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados y del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 1.449, de 12 de junio de 2013

Materia: Prestación por desempleo: Reconocimiento. El trabajador que cobra la prestación se desplaza fuera de España para cuidado de padre sin que notifique tal hecho al organismo demandado. El INSS deniega la solicitud de prórroga de subsidio al considerar quedar extinguido el mismo.

Juzgado: Estima la demanda y revoca la resolución de la demandada por la que se extinguió al trabajador la prestación/subsidio por desempleo a partir de determinada fecha y declaró como indebidas determinadas cantidades.

Sala: Estima parcialmente el recurso del organismo demandado declarando el derecho de éste a descontar el importe de la prestación por desempleo durante el periodo en que el actor estuvo en el extranjero. Confirma la sentencia de instancia sobre el resto del pronunciamiento. No procede la extinción de la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), la sentencia que ha estimado la demanda sobre extinción del subsidio por desempleo y ha revocado la resolución del SPEE de fecha 11-2-2011 (error que debe entenderse referido al 9-2-11), por la que se extinguió la prestación a partir del 29-6-2010 y reclamaba como indebidas las prestaciones desde dicha fecha.

El recurso, se estructura en tres motivos. En los dos primeros, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, solicita la modificación de los hechos primero, tercero y cuarto, que por no apoyarse en prueba alguna se desestiman, debiendo precisarse que la sentencia ya admite que el actor se desplazó a Marruecos sin haber solicitado previamente autorización a la entidad gestora del desempleo.

SEGUNDO.- En censura jurídica, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, denuncia el segundo motivo de recurso, la infracción, por interpretación errónea del art. 213.1 g) de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 6.3 del real Decreto 625/1985, de 2 de abril y de la interpretación realizada de estos mismos preceptos por la jurisprudencia, citando las STS de 4-10-11, 22-11-11 y 17-1-2012.

Como ya hemos señalado en la Sala en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación nº 2892/2012: "La STS de 18 de octubre de 2012, modificando doctrina precedente (sentencias de 22 de noviembre de 2011 y 17 de enero de 2012) estableció en relación con la cuestión traída ahora a nuestra consideración respecto de los casos litigiosos generados por la ausencia del territorio nacional de los beneficiarios de prestaciones de desempleo, partiendo de las disposiciones legales contenidas en los artículos 203, 213.g) y 231.1.b) y e) de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), 6.3 del Real Decreto 625/1985 (redacción RD 200/2006) y 64 del Reglamento comunitario 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de Seguridad Social, norma esta última que estima aplicable (al poner de manifiesto lo que la doctrina científica ha llamado la "territorialización de la prestación" de desempleo, esto es, la admisión de cláusulas de residencia o de vinculación con el mercado de trabajo del país que paga), que los principales problemas de interpretación que suscitaba el combinado de disposiciones indicadas se podían reducir a cuatro: "1º) la precisión del concepto de "traslado

de residencia" al extranjero del artículo 213.1.g) LGSS , como causa de extinción de la prestación de desempleo; 2º) la determinación del alcance, del momento y del modo de cumplimiento de las obligaciones de información o comunicación a cargo del desempleado extranjero de las ausencias del territorio español; 3º) la determinación de si en el período de quince días de estancia en el extranjero previsto en el artículo 6.3 del RD 625/1985 la protección del desempleo se puede mantener, y en qué condiciones; y 4º) la verificación del impacto posible de circunstancias sobrevenidas sobre el cumplimiento de las obligaciones de un lado de información o comunicación a la entidad gestora, y de otro lado de presencia en el territorio (y en el mercado de trabajo) español". Llegando a estas conclusiones, que en síntesis son las siguientes: A) La residencia implica un asentamiento físico en un mismo lugar y por un tiempo mínimo, superior en cualquier caso a los quince días que dice el RD 625/1985, y el vacío de regulación al respecto lo colma "mediante el instrumento de la interpretación sistemática, proporcionando la legislación de extranjería una delimitación bastante ajustada a las exigencias del ordenamiento social. Para el artículo 31.1 de la Ley Orgánica de Extranjería la residencia temporal se distingue de la estancia, empezando a partir de los 90 días de permanencia. Y, como ya se ha dicho, este umbral es prácticamente el mismo al de los tres meses de estancia fuera del territorio del país miembro que abona la prestación utilizado en artículo 64.1.c) del Reglamento Comunitario 883/2004, como límite o tope normal para conservar el derecho a la protección por desempleo. La precisión anterior del concepto legal de residencia a efectos del "traslado de residencia" que extingue en principio la prestación de desempleo rectifica la posición doctrinal adoptada en nuestras sentencias precedentes ya citadas de 22-11-2011 y 17-1-2012...". B) Desde la interpretación que efectúa de las normas contenidas en el artículo 231.1 LGSS y artículo 6.3 del RD 625/1985 concluye que "...el incumplimiento de las obligaciones de comunicar ex ante (para la salida programada) o inmediatamente ex post (para una eventual circunstancia sobrevenida) genera automáticamente la suspensión o pérdida temporal ("baja") de la prestación de desempleo que corresponde a los días de estancia en el extranjero no comunicada: todos los días de estancia no comunicada si el incumplimiento ha sido total; o el exceso de días de estancia no comunicada, o no debidamente justificada, si el incumplimiento se refiere a una vuelta tardía. Esta causa de suspensión de la prestación de desempleo no se menciona expresamente en el artículo 212 LGSS, pero responde a la razón de ser común que inspira a la mayor parte de dichas causas de suspensión de la protección. Se trata casi siempre de situaciones temporales no prolongadas en las que el beneficiario no está a disposición de los servicios de empleo españoles para actividades formativas o de trabajo, pero que no alcanzan la entidad o la gravedad de las causas de extinción de la prestación establecidas en el artículo 213 LGSS". C) "La estancia de quince días al año como máximo en el extranjero, siempre que haya sido puntualmente informada o comunicada a la Administración española, no supone en principio ni suspensión ni extinción de la prestación de desempleo. El artículo 6.3 RD 625/1985 no lo dice expresamente, pero de su redacción se desprende que se trata de una libranza temporal de la presencia del perceptor de la prestación de desempleo en el mercado de trabajo español, distinta pero semejante en algunos aspectos a las vacaciones anuales retribuidas del trabajador ocupado. El principio que inspira este período de libranza es el de conciliación de la vida personal y la vida profesional del beneficiario de la prestación de desempleo. Ha de tenerse en cuenta, en fin, que las circunstancias personales o familiares del beneficiario de la prestación de desempleo, como las que concurren en el presente litigio, así como los casos de fuerza mayor o equivalentes, pueden tener influencia en la determinación del momento de cumplimiento de los deberes de información y documentación a cargo de los beneficiarios, que son obligaciones de hacer sometidas a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones...". D) "... De acuerdo con las consideraciones expuestas en los fundamentos anteriores nos encontramos ante: a) una prestación "mantenida" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;

b) una prestación "extinguida", con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia"; es decir, por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal; c) una prestación "suspendida" en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (redacción RD 200/2006) de " búsqueda o realización de trabajo "o" perfeccionamiento profesional "en el extranjero por tiempo inferior a "doce meses"; d) una prestación "suspendida", en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo; La aplicación de la doctrina general establecida en esta sentencia al caso controvertido conduce a la conclusión de que nos encontramos ante un supuesto de prestación "suspendida" y no de prestación "extinguida", como pretende la entidad gestora y ha resuelto la sentencia recurrida. Es cierto que la persona beneficiaria de la prestación de desempleo se desplazó a Ucrania, ausentándose del mercado de trabajo español, por razones familiares en principio atendibles. Pero no es menos verdad que este desplazamiento, respecto del cual no se cumplieron las previsiones de la libranza de 15 días como máximo establecida en el artículo 6.3 RD 625/1985, se llevó a cabo tanto sin comunicación en tiempo oportuno a la entidad gestora. Ahora bien, la estancia en el extranjero fue breve, con regreso a España el 25 de agosto de 2008, a las tres semanas de haberse ausentado, por lo que no concurre en el caso la circunstancia de traslado de residencia, generadora de extinción de la prestación, a que se refiere el artículo 213.g) LGSS, en los términos en que ha sido definida en el fundamento jurídico cuarto...”.

Los datos contenidos en los hechos probados de la sentencia recurrida y los que con tal valor se contienen en la fundamentación jurídica relatan el supuesto a enjuiciar. Se trata de un trabajador que tras agotar la prestación por desempleo se le ha reconocido el subsidio por cargas familiares que ha comenzado a percibir a partir del 14-1-10, y que en tales circunstancias se desplazó a país de origen (Marruecos), con su familia, concretamente a Beni Mellal, con fecha 29-6-10, visitando a su padre que se encontraba enfermo, regresando el 1-8-10, sin que se hubiera comunicado previamente el desplazamiento. Consta así mismo en la sentencia que en fecha 9-2-11 se le denegó la solicitud de prorroga del subsidio por desempleo, extinguiéndose el derecho ya que “En fecha 29-6-10 se produjo una salida al extranjero, sin haber acreditado que dicho traslado se haya producido para la realización de trabajo o perfeccionamiento profesional por lo que se prestación ha quedado extinguida en fecha 29-6-10.”

La aplicación de la doctrina jurisprudencial resumida que se ha expuesto, y como quiera que el traslado al extranjero no habría superado los 90 días, impone revocar en parte la decisión acordada en la sentencia recurrida dando lugar a la pretensión ejercitada, pero con estimación también parcial del recurso, debemos declarar que la Entidad Gestora podrá descontar el período de tiempo de la suspensión de la prestación por estancia en el extranjero a determinar en el procedimiento administrativo y en su caso judicial que corresponda donde se podrá discutir exclusivamente el período de suspensión de la prestación.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Elche de fecha el día 18 de septiembre de 2012 en proceso sobre reintegro de prestación de desempleo seguido a instancia de don L.B. contra la recurrente; y, en consecuencia, revocamos parcialmente la sentencia recurrida y declaramos el derecho de la Entidad Gestora a poder

descontar del importe de la prestación, el coincidente con el período de tiempo de estancia en el extranjero a determinar en el procedimiento administrativo y en su caso judicial que corresponda donde se podrá discutir exclusivamente, el período de suspensión de la prestación, confirmándola en el resto.

Sentencia núm. 1455, de 12 de junio de 2013

Materia. Declaración de invalidez y falta de cotización. Trabajador afecto de una incapacidad temporal y al que posteriormente se le deniega la incapacidad permanente por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución en su capacidad laboral. El actor tampoco reúne el periodo mínimo de cotización para causar derecho a esta prestación.

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

Sala: Estima el recurso reconociendo al actor afecto de una incapacidad permanente total con derecho a una pensión mensual del 55% de su base reguladora. Absuelve a la mutua codemandada en la instancia de la responsabilidad en el abono de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias no profesionales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por M.P.C. la sentencia que dictó el día 20 de septiembre de 2.012 el Juzgado de lo social número 4 de los de Alicante en la que se desestimó la demanda por el deducida frente al INSS, la TGSS, la Mutua X. y la empresa M.E.C. S.L en la que solicita ser declarado afecto a situación de incapacidad permanente en el grado de absoluta para todo trabajo o, subsidiariamente, en el de total para profesión habitual. El recurso se ha impugnado por la Mutua demandada.

2. En el primero de los motivos del recurso, formulado con “carácter previo” y sin invocación de apartado alguno del art. 193 de la LRJS que determine su objeto, se pretende se declare la nulidad de la sentencia recurrida a fin de que sea dictada otra en la instancia que contenga un relato suficiente de hechos probados, por cuanto que en los mismos se reproduce el error contenido en la sentencia dictada 548/2.009 del Juzgado de lo Social número 2 de los de Alicante que trae causa de la demanda deducida por el actor el día 3-3-2.009, impugnando el alta médica emitida fecha 11-12-2.008, en que se considera laboral el accidente que dio lugar al proceso de IT, cuando lo cierto es que dicho accidente no tenía etiología relacionada con el trabajo, sino que tuvo lugar cuando el actor mantenía vigente su relación laboral con la empresa M.E.C., S.L, siendo que la cuestión relativa a la determinación de la contingencia no fue objeto de discusión en dicho procedimiento, que terminó con la estimación de la demanda deducida por el actor dejándose sin efecto la baja que se impugnaba; que por otro lado, en tal relato histórico únicamente se hace referencia al expediente de invalidez pero no al previo de incapacidad temporal que resulta relevante a la hora de determinar la concurrencia de los requisitos de alta y cotización, lo que impide un pronunciamiento sobre el fondo del asunto

3. El motivo debe rechazarse, en primer lugar, por haberse formulado el motivo omitiendo la preceptiva cita del apartado concreto del art. 193 de la LRJS que discipline su objeto (en este sentido véase la STC 71/2.002), pero es que además los supuestos defectos que se achacan a la resolución recurrida son subsanables vía revisión de hechos probados sin necesidad de acudir a la nulidad de actuaciones, remedio éste que ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este

sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003 que "la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada".

SEGUNDO.- Los motivos segundo y tercero del recurso se encuentran formulados con cita del apartado b) del art. 193 de la LRJS y en ellos se pretenden las revisiones siguientes:

- la adición de un nuevo hecho a la relación histórica de la resolución recurrida de un nuevo apartado que bajo ordinal séptimo diga que: "Que en la fecha de su alta médica por IT, el actor estaba pendiente desde el 4-09-2.008 de una nueva intervención quirúrgica por epicondilitis en codo izquierdo, habiendo sido intervenido en octubre de 2.009 y siendo dado de alta tras el tratamiento de rehabilitación el día 14-4-2.010", en sustento de dicha revisión cita el recurrente los siguientes medios de prueba: informe médico forense obrante a los folios 39 y 40, informe traumatológico (folios 77 a 80), hoja de intervención quirúrgica programada para intervención de codo izquierdo y nuevo informe de traumatología de fecha 11-2-2.009 y sentencia 548/2.009 del Juzgado de lo Social número 2 de Alicante;

-la modificación del cuarto de los hechos probados de forma que diga: "En el informe de vida laboral del actor, cuyo contenido se da por reproducido, se acredita un periodo total de días cotizados de 2.677 días, siendo el último en la empresa M.E.C. S.L desde el 27-11-2.006 hasta el 26-03-2.008"; al efecto se cita el informe de vida laboral del actor (folios 115 a 117 de las actuaciones);

- finalmente que se diga en el hecho sexto que: la contingencia es de carácter común el accidente que dio lugar a la baja es de carácter común y a tal fin cita los documentos obrantes a los folios 13 a 36 de las actuaciones, correspondientes a los partes de baja donde se señala.

2. Procede acceder a todas y cada una de las revisiones propuestas por ser fiel reflejo de las pruebas que las sustentan incluso, la referente al carácter común del accidente que dio lugar al proceso de IT a la que se refiere el hecho sexto, puesto que la cosa juzgada no ha de operar respecto de dicho carácter que no fue cuestionado por ninguna de las partes en el proceso de impugnación de alta que concluyó con la sentencia de fecha 16-10-2.009 del Juzgado de lo social número 2 de los Alicante, proceso este en el que únicamente se cuestionaba si el actor a la fecha del alta se encontraba apto para reincorporarse al trabajo. Por otro lado, dicho carácter común del accidente padecido no ha sido cuestionado por ninguna de las partes, y la Sala tiene competencia para subsanar el error que en tal sentido consta en la sentencia.

TERCERO.- 1. El último de los motivos del recurso es el que se encuentra destinado a la censura jurídica. En este motivo se denuncia por el recurrente infracción del art. 138. 1 y 3 de la LGSS en relación con el art. 124.1 del mismo cuerpo legal y la jurisprudencia del TS en relación con el requisito del alta y el hecho causante en las prestaciones de incapacidad permanente, señalando que el requisito de que se encuentre el sujeto en situación de alta o asimilada debe referirse al momento en que se causó baja en el trabajo a consecuencia de las contingencias determinantes de la incapacidad (STS de 9-10-1.995) que no tiene porque coincidir con el alta médica con propuesta de invalidez o la solicitud o propuesta del EVI, de ahí que en los supuestos en que la incapacidad temporal previa a la incapacidad permanente trae causa de un accidente común, tal requisito del alta debe verificarse en el momento en que ocurre el accidente y al efecto se cita la STS de 1-6-2.006.

2. Asiste la razón al recurrente cuando afirma que es doctrina jurisprudencial resultante de la interpretación conjunta de los arts. 138.1 y 124 de la LGSS con relación al momento de verificación del alta en las prestaciones de incapacidad permanente derivada de accidente común es el de momento en que el mismo tuvo lugar. En este sentido la STS 1-6-2.006 señala que “el punto temporal a considerar para el requisito de alta ha de ser en el accidente no laboral el de acaecimiento de la "contingencia" protegida, es decir, el del accidente no laboral; otra interpretación conduciría, al no exigirse en este supuesto período mínimo de cotización, a un resultado en el que tal requisito carece de eficacia práctica. Por otra parte, la disposición legal expresa en contrario a que se refiere el art. 124.1. no se ha dictado respecto de dicha contingencia.” . Y resultando del relato histórico de la sentencia combatida que el actor en fecha 25 de junio de 2.007 cuando prestaba servicios por cuenta y orden de la empresa codemandada quien tenía concertado el pago de la IT derivada de contingencias comunes con la Mutua X. sufrió un accidente común, siendo dado de alta en fecha 11-12-2.008, e impugnando tal alta judicialmente, tal impugnación fue estimada por sentencia firme de fecha 16-10-2.009 del Juzgado de lo Social número 2 de Alicante, sin que conste una posterior reincorporación del actor al trabajo y sin que se tramitase de oficio expediente alguno de incapacidad permanente hasta que el mismo fue instado por el actor en fecha 20-9-2.010, siendo denegada tal petición por resolución de fecha 20-10-2..010 que ahora se impugna, y no cuestionándose por ninguna de las partes en el recurso la apreciación efectuada en la instancia según la cual las limitaciones orgánicas y funcionales que presenta el actor le incapacitan de modo permanente para la ejecución de la que fuera su profesión habitual de instalador de cables de alta tensión, se está en el caso de estimar el motivo, pues a la fecha del accidente que determinó la baja en el trabajo, (25-6-2.007) el actor se encontraba en situación de alta.

CUARTO.- Corolario de lo razonado será la estimación del recurso de suplicación interpuesto en el sentido de estimarse la demanda por él deducida, si bien absolviendo a la Mutua codemandada a la que no cabe atribuir responsabilidad alguna en el abono de las prestaciones de incapacidad permanente derivada de contingencias no profesionales. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por D. M.P.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de ALICANTE en sus autos núm. 35/11 de fecha 20-9-2012, procedemos a revocar la resolución recurrida en el sentido de estimar la demanda deducida por el actor al que se declara afecto a situación de IPT con derecho a una pensión mensual del 55 por ciento de la base reguladora de 609,54 y fecha de efectos de 7-10-2.010 con condena al INSS y a la TGSS a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la pensión referida. Sin costas.

Sentencia núm. 1.466, de 13 de junio de 2013

Materia: Vulneración derechos fundamentales: Falta de comunicación. Incidente concursal laboral. Determinación extinción laboral y antigüedad reconocida en la empresa. Nulidad de actuaciones.

Juzgado: Estima la demanda procediendo a la aclaración figurando la antigüedad de los trabajadores.

Sala: Estima el recurso revocando y anulando la sentencia recurrida, ordenando su reposición al momento anterior a la citación para la vista, con el fin de que se produzca la celebración de la misma con la oportuna citación de las partes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de F.J.S.M. la sentencia que dictó el día 10 de diciembre de 2.012- aclarada por Auto del 20 siguiente- el Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de Valencia en la que se estimó la demanda deducida por el FOGASA promoviendo incidente laboral en el seno del concurso frente a la empresa concursada “C.C.”, su administrador concursal, la trabajadora, A.L.C. y el propio recurrente reconociendo a ambos y a efectos de la extinción de su contrato de trabajo una antigüedad de 1 de abril de 2.008, en lugar que la de 23-10-2.007 y 17-5-2.005 que les reconocía la empresa demandada.

2. El recurso se articula en un único motivo que se formula con invocación del apartado a) del art. 193 de la LRJS, en el que se denuncia vulneración del artículo 24.1 de la Constitución por cuanto que se denuncia que el procedimiento se ha tramitado sin la citación personal del recurrente, quien ha tenido conocimiento de la resolución dictada por el Juzgado de lo mercantil mediante correo electrónico remito por parte del administrador concursal.

3. Siendo doctrina constante del TCo- por todas STCo 199/1.995 de 18 de diciembre- que “ el derecho a la tutela judicial efectiva garantiza el derecho a acceder al proceso y a los recursos legalmente establecidos en condiciones de poder ser oído y ejercer la defensa de los derechos e intereses legítimos en un procedimiento en el que se respeten los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales, lo que, sin duda, impone a los órganos judiciales un especial deber de diligencia en la realización de los actos de comunicación procesal, que aseguren, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios (SSTC 316/93, 317/93 y 334/93, entre otras)”, y resultando que en nuestro caso, únicamente se intentó la citación como demandado al hoy recurrente en uno de los domicilios que constaban en la investigación domiciliaria llevada a cabo por el Juzgado- calle S.-, que resultó infructuosa, no habiéndose intentado otra citación personal, constando otro domicilio – calle G. de la misma Ciudad Condal-, se está en el caso de estimar el recurso, decretando la nulidad de actuaciones solicitada.

SEGUNDO.- Corolario de lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto, con revocación de la resolución recurrida, anulando las actuaciones y decretando su reposición al momento inmediato a la citación para la vista, para que con la debida citación de los demandados se celebre la misma. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con ESTIMACIÓN del recurso de suplicación interpuesto POR F.J.S.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de los de VALENCIA el día 10 de diciembre de 2.012, aclarada por auto de fecha 20-12-2.012 en sus autos 1230/ 2.012 revocamos la misma y anulamos las actuaciones ordenando su reposición al momento inmediato anterior a la citación para la vista a fin de que se proceda a la celebración de la misma con la oportuna citación de las partes.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.480, de 17 de junio de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador con contrato de trabajo de duración determinada eventual por circunstancias de la producción.. El contrato se rige por el convenio colectivo de la industria del metal. Extinción de la elación laboral por causas objetivas. Firma finiquito: Valor liberatorio.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la demandada a abonar al actor determinada cantidad.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La Sala atribuye valor liquidatorio al finiquito firmado por la demandante en relación con su relación laboral con la demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa al abono de la cantidad que indica, interpone recurso de suplicación la empresa demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el conjunto del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 1255 del Código Civil, art. 1281 y art. 1258 del referido Texto legal, así como de la jurisprudencia que cita, alegando, en síntesis, que el documento firmado como finiquito contiene una renuncia general comprensiva de todo tipo de cantidad que por cualquier concepto pudiera derivarse de la relación laboral. Siendo los términos claros y concretos para entender la deuda reclamada totalmente satisfecha.

Los hechos declarados probados evidencian que el día 16 de diciembre de 2010 la empresa comunicó por escrito al actor la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas con efectos de esa misma fecha, y el mismo día 16 de diciembre de 2010 el demandante firmó documento de liquidación y finiquito desglosado en los siguientes conceptos: plus convenio, salario grupo, nocturnos, asistencias, complemento salarial comp. a pagas, plus turnicidad, parte proporcional de las pagas extraordinarias de diciembre y marzo, parte proporcional de vacaciones y falta de preaviso, por un importe total de 2.353,78 euros, firmando así mismo el trabajador la nómina correspondiente. El mismo día 16 de diciembre de 2010 actor y demandada suscribieron un documento en el que se hace constar que el trabajador reconoce que son ciertas las causas alegadas como motivo para extinguir la relación laboral, aceptando la indemnización de 3.989,99 euros antes mencionados “quedan totalmente satisfechas cuantas cantidades me pudieran corresponder derivadas de mi actividad laboral desarrollada para con la citada empresa e igualmente aquellas otras que en concepto indemnizatorio pudieran derivarse de la extinción de mi relación laboral”, manifestando no tener nada más que reclamar ni judicial ni extrajudicialmente.

A tenor de los hechos declarados probados si bien es cierto que existe un primer documento de liquidación y finiquito en el que se desglosan los conceptos que se consideran comprendidos en el mismo, lo que pudiera debe interpretarse en el sentido de que solo se consideran finiquitados los conceptos concretos y determinados que ce citan en el mismo. No debe olvidarse que el mismo día las partes suscriben otro documento en el que se expresa que quedan totalmente satisfechas cuantas cantidades me pudieran corresponder derivadas de mi

actividad laboral desarrollada para con la citada empresa e igualmente aquellas otras que en concepto indemnizatorio pudieran derivarse de la extinción de mi relación laboral, manifestando no tener nada más que reclamar ni judicial ni extrajudicialmente, y del tenor de este finiquito se evidencia que los términos del mismo son claros e inequívocos sobre la voluntad de la parte actora de nada más reclamar a la empresa y aunque es cierto que no se desiste expresamente de los conceptos en esta litis reclamados, no es menos cierto que no se excluyen en modo alguno los mismos, cuando el periodo que comprenden es anterior a la fecha del finiquito, lo que revela que cuando se está suscribiendo el recibo de finiquito no se está renunciando a un derecho futuro. Ni se trata de una reclamación de derechos nacidos con posterioridad a la firma del finiquito, ni de una reclamación derivada de los efectos retroactivos del Convenio Colectivo posterior a la fecha de firma del finiquito.

No se aprecia en el texto del finiquito una redacción confusa, ni la existencia de reservas o salvedades por las que pudiera entenderse excluida la acción en esta litis formulada. Y tampoco se acredita la existencia de vicio alguno del consentimiento en la voluntad expresada por la demandante al firmar el finiquito. Por lo que no se aprecia obstáculo alguno para atribuir valor liberatorio al finiquito firmado por la demandante en relación con su relación laboral con la demanda. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia, absolviendo a la parte demandada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandada MFV M. S.A., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Seis de los de Valencia, de fecha 3 de octubre de 2.012, dictada en virtud de demanda interpuesta por Don F.S., a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con desestimación de la demanda debemos absolver y absolvemos a la empresa demandada.

Se decreta la devolución del depósito y de la consignación efectuados para recurrir.

Sentencia núm. 1.551, de 20 de junio de 2013

Materia: Subsidio de Incapacidad temporal. Trabajadora que presta servicios para empresa y que se encuentra en situación de IT. La actora no se presenta a control médico al confundir la fecha de comparecencia. La Mutua dicta resolución declarando extinguida la prestación que viene percibiendo la actora al no quedar justificada suficientemente su incomparecencia. Impugnación de la resolución: Estimación.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La actora declara en un primer momento confusión en la fecha de la comparecencia y posteriormente amnesia derivada de la medicación, sin que haya podido probarla.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El recurso interpuesto se estructura en dos motivos. El primero se dedica a la revisión de los hechos probados (sin duda por error de transcripción cita la Ley de Procedimiento Laboral cuando, de acuerdo con la fecha de la sentencia impugnada (30 de enero de 2012) debió invocarse el artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social conforme a lo prevenido en la Disposición Transitoria Segunda.1 de dicha ley, que entró en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE según previene su Disposición Final Séptima, apartado 1, es decir, en 11 de diciembre de 2011, dada su publicación en el BOE de 11 de octubre de 2011, pero este error no tiene relevancia a los efectos del recurso en cuanto las dos normas de referencia, la derogada y la vigente, disponen lo mismo) a los fines siguientes: A) Se “añada un Hecho Probado con el ordinal segundo en el sentido de incorporar a la redacción fáctica esta redacción en base a los documentos aportados por esta parte que obran en folios 31-42 de Autos y según los cuales se desprende de forma clara que: “La actora, trabaja como limpiadora en 4 empresas S., E, Se. y Ser. las dos primeras empresas tienen concertado tanto para la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales como para la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, a la entidad gestora X MUTUA C. la tercera F. (sic) y la cuarta XX”. B) Se incorpore a “la redacción fáctica la siguiente redacción en base a los documentos aportados por esta parte que obran en folios 9 y 25-27 de Autos y según los cuales se desprende de forma clara que: “La trabajadora desde 20/09/2010 también, debido a su incapacidad temporal, acude regularmente a F. (sic), además de a X. MUTUA”. C) “Se añada un Hecho Probado con el ordinal Tercero en el sentido de incorporar a la redacción fáctica la siguiente redacción en base a los documentos aportados por esta parte que obran en folios 23, 24, 26 y 27 de Autos y según los cuales se desprende forma clara que: “Que tras la extinción de la prestación de Incapacidad Temporal siguió acudiendo a reconocimientos médicos con la Mutua F. (sic) y con los Servicios de Salud Públicos y mediante resolución del INSS de 11/10/2011 se ha aprobado reconocer a la actora la prestación por incapacidad permanente para la profesión habitual con el cuadro clínico residual: Lumbalgia mecánica con ciatalgia sobre patología lumbar previa IQ hace 15 años.”

2. Ninguna de las revisiones/adiciones propuestas debe prosperar. Como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su

naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), la revisión de hechos "... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas", y es de ver que la referencia respectiva a "los documentos aportados por esta parte que obran en folios 31-42 de Autos", a "los documentos aportados por esta parte que obran en folios 9 y 25-27 de Autos" y a "los documentos aportados por esta parte que obran en folios 23, 24, 26 y 27 de Autos", incide en el defecto antes indicado.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se dedica al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia (como en el motivo anterior y sin duda también por error de transcripción, cita la Ley de Procedimiento Laboral cuando, de acuerdo con la fecha de la sentencia impugnada (30 de enero de 2012) debió invocarse el artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social conforme a lo indicado en el apartado 1 del fundamento jurídico anterior que damos aquí por reproducido, reiterando que ese error no tiene relevancia a los efectos del recurso en cuanto las dos normas de referencia, la derogada y la vigente, disponen lo mismo), denunciando infracción, por aplicación indebida de "los artículos 131.1 bis de la Ley General de la Seguridad Social, y del art.6 del Real Decreto 575/1997, de 18 de abril, por el que se regulan determinados aspectos de la gestión y control de la prestación económica de la Seguridad Social por incapacidad temporal, así como jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana entre otras en Sentencia de fecha 10/06/2008 Rec. Suplicación 2446/2007 y también de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en Sentencia de 13/02/2007 Rec. Suplicación 2258/2006". Argumenta en síntesis que la incomparecencia no fue injustificada porque hubo una confusión de fechas tal y como la actora manifestó a la Mutua en 26/11/2010 y se recoge en la fundamentación de la sentencia, por lo que como en el caso resuelto en nuestra sentencia de 10/6/2008, debe resultar creíble la explicación de la actora al ser posible la confusión real entre dos fechas próximas y desarrollarse la conducta de buena fe, habiendo sido siempre la recurrente sincera y honrada respecto a la confusión de fechas como causa de la incomparecencia que por ello no debe considerarse injustificada.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia impugnada y datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica destacamos: A) La actora en situación de alta en el Régimen General, como consecuencia de los servicios laborales que presta como limpiadora inició situación de incapacidad temporal por enfermedad común en fecha 20 de Septiembre de 2010. B) El 26.11.2010, la Mutua requirió a la demandante en los términos siguientes: "El pasado 23.11.2010, dejó Ud., de acudir de forma injustificada al control médico que debían realizar los servicios de esta Mutua. Por ello y en aplicación de lo dispuesto en el art.131 bis de la LGSS se le notifica que, si en plazo de 10 días naturales, contados desde hoy, no se ha personado Ud., en nuestros servicios y justificado adecuadamente su incomparecencia, quedará extinguida la prestación de IT que percibe, con efectos desde el día 24.11.2010." C) La demandante presentó escrito en la Mutua el día 29.11.2010 en el que consta "justifico que el motivo de no haberme presentado el día 23.11.2010 a la cita que tenía con Uds., ha sido un error por mi parte confundiendo la fecha que era el 23 del 11 y yo pensaba que era el 26 del 11 a las 16 horas, porque el día 26 del 11 también tenía cita con otra mutua llamada F. a las 15,30 horas". D) La Mutua X M, dictó resolución en fecha 7.12.2010 declarando extinguida la prestación que venía percibiendo de conformidad con lo establecido en el art.131 bis de la LGSS porque "el pasado 23.11.2010 dejó Ud., de acudir de forma injustificada al control médico que debían realizar los servicios de esta Mutua, no habiendo justificado suficientemente su incomparecencia pese a haber sido emplazada para ello". E) En el acto del juicio alegó que tomaba medicación que podía causar amnesia, lo que no resultó acreditado.

3. Partiendo de la hoy indiscutible competencia de la Mutua recurrida, para extinguir el subsidio de incapacidad temporal por incomparecencia injustificada a reconocimiento médico, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 131 bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 2010) al enmarcarse esa extinción en la gestión del subsidio que se les atribuye. Siendo así que la actora/ahora recurrente no compareció al control médico para la que había sido citada el día 23 de noviembre de 2010, alegando primero error por haberse confundido de fecha al tener revisión médica acordada por otra Mutua para el día 26 de noviembre de 2010, y alegando después en el acto del juicio amnesia derivada de la medicación, lo que no probó, no apreciamos que se haya justificado la incomparecencia.

4. El supuesto resuelto por la sentencia de esta Sala de 10 de junio de 2008, aunque puede considerarse próximo, se separa del actual ya que en aquél fue el mismo día en que había sido citado el beneficiario para reconocimiento médico por la Mutua cuando pasó consulta con el Médico del Servicio de Salud, lo que explicaba la confusión de fechas y que la incomparecencia estuviera justificada. Tampoco es paragonable con el presente caso el decidido por la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 13 de febrero de 2007 (que tampoco constituye jurisprudencia ex artículo 1.6 del Código Civil), cuya decisión partía del hecho de que la allí actora el mismo día que tenía que acudir a la revisión médica acordada por la Mutua presentaba un cuadro de infección respiratoria que requería reposo en domicilio.

5. En consecuencia, este motivo también se desestima.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto y consiguiente confirmación de la sentencia impugnada. Sin costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y 235.1 de la LJS, al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M^a J. H.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Castellón el día 30 de enero de 2012, en proceso sobre extinción de subsidio de incapacidad temporal seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la Mutua X MUTAL C. y confirmamos la aludida sentencia.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.562, de 25 de junio de 2013

Materia. Prestación por maternidad: reconocimiento. Trabajadora que presta servicios en entidad estatal con sucesivos contratos de trabajo temporales. La actora, que recibía de la mutua prestación por riesgo durante el embarazo, ve extinguida la misma al extinguirse el contrato de trabajo con la empresa demandada. Denegación de prestaciones por maternidad al no encontrarse en situación de asimilada al alta en la fecha del hecho causante. Solicitud consideración situación asimilada al alta.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, al considerar a la actora en situación de asimilada al alta. Condena al abono de esta prestación a la entidad gestora, absolviendo a la mercantil codemandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En un solo motivo que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se articula el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima su reclamación sobre reconocimiento de prestaciones por maternidad al considerar que la demandante no se encuentra en situación de alta o asimilada al alta en la fecha del hecho causante, habiéndose impugnado el recurso por la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos S.A. como se expuso en los antecedentes de hecho.

En el único motivo del recurso se imputa a la sentencia de instancia la infracción de los artículos 133 ter. y 124. 1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social ya que entiende que debió de considerarse a la demandante en situación asimilada al alta en la fecha del hecho causante al haber impugnado la resolución de la Mutua de extinguir la prestación por riesgo durante el embarazo que le fue concedida desde el 19-5-10 al 30-6-10 al extinguirse su contrato de trabajo con la empresa.

De conformidad con lo establecido en el artículo 133 ter de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 124.1 del mismo texto legal para ser beneficiaria del subsidio por maternidad la trabajadora ha de reunir el requisito general de estar en alta o en situación asimilada al alta y de los hechos que se declaran probados se constata que la demandante ha venido prestando servicios para la mercantil demandada en virtud de sucesivos contratos de trabajo temporal desde el 1-1-10 al 30-6-10 en que se produjo la extinción del último contrato. En fecha 20-5-10 solicitó y se le concedió con efectos de 19-5-10 prestación de riesgo durante el embarazo que le abonó la Mutua F.M. hasta el 30-6-2010. En fecha 28-3-2011 solicitó prestación por maternidad al haber dado a luz un hijo en fecha 29-12-10, denegándosele por no encontrarse en alta o situación asimilada al alta.

De los datos expuestos se constata que la actora causó baja en el sistema de Seguridad Social en fecha 30-6-2010 al extinguírsele el contrato de trabajo con la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A., pero de acuerdo con lo establecido en el 37.3 del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, "cuando la trabajadora se encuentre en situación de riesgo durante el embarazo y durante ella se extinga su contrato, por alguna de las causas previstas

en el artículo 208.1 de la Ley General de la Seguridad Social, la prestación por riesgo durante el embarazo se extinguirá, pasando entonces a la situación legal de desempleo y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación", de tal modo que desde la fecha en que se extinguió la prestación de riesgo durante el embarazo la actora se encontraba en situación legal de desempleo con derecho a percibir la prestación correspondiente -derecho este no cuestionado por las partes- y en plazo para solicitarla, de modo que la prestación reclamada ha de serle reconocida, por encontrarse en situación asimilada al alta (artículo 4 del Real Decreto 295/2009), siendo esta también la solución alcanzada por la Sala de lo Social del TSJ de Asturias en sentencias de 01 de Julio del 2010, Recurso: 1346/2010 y de 16 de Septiembre de 2011, Recurso: 1831/2011.

La estimación del recurso conduce a la revocación de la sentencia impugnada a fin de estimar la demanda y declarar el derecho de la demandante a la prestación de maternidad sobre la base reguladora de 48,82 € diarios y fecha de efectos 29-12-2010.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.ª M.ª J. M. L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cuatro de los de Alicante y su provincia, de fecha 16 de octubre de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la empresa Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, estimando la demanda y declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad sobre la base reguladora de 48,82 € diarios y fecha de efectos 29-12-2010, condenando a la Entidad Gestora al abono de la prestación en los términos indicados y con la absolución de la mercantil codemandada.

Sentencia núm. 1.570, de 25 de junio de 2013

Materia: Prestación por desempleo. Solicitud prestación renta activa de inserción. Extinción de prestaciones y percepción indebida por extinción del derecho al haber permanecido fuera de España. Impugnación resolución administrativa.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas de contrario.

Sala: Estima en parte el recurso revocando la sentencia de instancia. La trabajadora debía haber comunicado el desplazamiento al extranjero, aunque en el momento de su viaje no tuviese todavía concedida la prestación. Procede la suspensión de la prestación por el tiempo que permaneció fuera pero no la extinción de la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el Letrado de la Sra. A. la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución administrativa dictada por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), en la que se acordó la exclusión de la renta activa de inserción que tenía reconocida, por haber permanecido fuera de España por un periodo superior a 15 días naturales sin comunicar tal circunstancia a la Oficina de prestaciones y sin que el traslado obedeciera a motivos laborales o perfeccionamiento profesional, con reclamación de la cantidad de 2.485 euros correspondientes al periodo 1 de agosto de 2010 a 25 de enero de 2011.

2. El recurso se sustenta en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción del artículo 213.1 g) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) y del artículo 9.1 h) del Real Decreto 1369/2006, de 26 de noviembre, en relación con la sentencia dictada por esta Sala de lo Social el 16 de julio de 2008 (rs.3868/2007). Se argumenta por la recurrente, que en el momento en que la Sra. A. inició su viaje a Marruecos por motivo de la enfermedad de su madre, todavía no le había sido reconocida la prestación solicitada y la oficina gestora no le había notificado su obligación de permanecer en España; y que, en cualquier caso, el SPEE actuó con falta de diligencia, pues a pesar de haberse entrevistado con la demandante el 10 de septiembre de 2010, no acordó la extinción de la prestación hasta el mes de febrero de 2011, dando lugar a que tenga que reintegrar la prestación percibida hasta esta fecha con los intereses correspondientes.

3. Lo primero que debemos señalar a efectos de resolver el recurso, es que el supuesto que ahora se examina no es idéntico al resuelto por esta Sala de lo Social en la sentencia de 16 de julio de 2008 que se invoca en el motivo, pues en el caso resuelto por esta resolución la demandante había obtenido permiso de la Entidad Gestora para desplazarse a su país y una vez allí sufrió una enfermedad que justificó el retraso en el regreso a España; mientras que nada esto consta en los hechos probados de la sentencia que ahora se recurre.

Ahora bien, ello no obstante recurso debe ser estimado, siquiera que en parte, de acuerdo con la más reciente doctrina jurisprudencial expresada en la STS de fecha 18 de Octubre del 2012 (rcud.4325/2011) que ante la ausencia de una aclaración legal respecto al concepto de residencia, ha entendido que la residencia temporal, según la legislación de extranjería, exige al menos 90 días de permanencia, considerada ésta como un asentamiento durante un cierto tiempo, lo que la distingue de la mera estancia. Se razona en la citada sentencia que *"El concepto jurídico de "residencia" pertenece a una familia en la que se encuentra emparentado con los conceptos de "domicilio" y de "estancia". Por otra parte, el sustantivo "residencia" viene acompañado a menudo en las distintas ramas legislativas que lo utilizan de diversos adjetivos: "residencia habitual", "residencia temporal", "residencia permanente" o "residencia de larga duración". Es de notar, además, que la determinación de la residencia en sus diferentes modalidades se puede graduar con cierta elasticidad mediante la aplicación de umbrales o criterios, que no son exactamente los mismos en las distintas ramas o sectores del ordenamiento; no es exactamente igual la residencia a efectos del impuesto de la renta que la residencia a efectos del derecho-deber de empadronamiento en un municipio, o que la residencia a efectos de la legislación de extranjería, o que la residencia a efectos de movilidad geográfica de los trabajadores, o que la residencia a efectos de los derechos de sufragio activo y pasivo"*. Aplicando el concepto de residencia y los razonamientos que le siguen a la legislación de Seguridad Social, de acuerdo con la precedente sentencia del mismo Tribunal de 22 de noviembre de 2011, entiende el Tribunal Supremo, que hay tres situaciones de protección de desempleo prestación "mantenida", prestación "suspendida" y prestación "extinguida", y en base a ello, las situaciones siguientes:

"a) una prestación "mantenida" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;

b) una prestación "extinguida", con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia", es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;

c) una prestación "suspendida" en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (redacción RD 200/2006) de " búsqueda o realización de trabajo " o " perfeccionamiento profesional " en el extranjero por tiempo inferior a "doce meses" ;

d) una prestación "suspendida", en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo".

3. Como hemos señalado en reciente sentencia de esta Sala de lo Social de 6 de febrero de 2013 (rs.2022/2012), la solución adoptada por el Tribunal Supremo al acoger como referencia una normativa aplicable exclusivamente a los extranjeros no miembros de la Unión Europea, no resuelve los posibles problemas que podrían derivarse de las ausencias del resto de trabajadores a los que no resuelta aplicable dicha normativa especial, lo que podría dar lugar a posibles situaciones de aplicación desigual de la norma a situaciones esencialmente iguales, o al menos muy similares. Pero dado que este no el supuesto que ahora debemos resolver, dado que se trata de una trabajadora de nacionalidad marroquí que permaneció en su país durante un mes sin comunicar dicho viaje a la entidad gestora, debemos concluir que nos encontramos ante un supuesto de los previstos en el apartado d) de los antes citados, es decir, ante una prestación que debió ser suspendida por el tiempo de la ausencia. Por último

debemos reseñar que el hecho de que la demandante saliera de España nada más presentar la solicitud para percibir la renta y antes de que recayera la resolución del SPEE, no le eximía de comunicar su viaje a la Entidad Gestora como así se le advertía en el formulario de la solicitud.

4. Así pues y en virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso en el sentido de revocar la resolución de fecha 29 de abril de 2011, confirmada por otra posterior de 22 de junio de 2011, debiendo limitarse la entidad gestora a declarar la suspensión de la prestación por el tiempo de duración de la ausencia de la demandante, limitando la percepción indebida a la cantidad percibida por el tiempo de la ausencia.

SEGUNDO.- No procede imponer condena en costas (art. 235.1 LRJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA T.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia de fecha 7 de septiembre de 2012; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y limitamos la declaración de indebida de la renta de inserción activa percibida por la demandante durante periodo de duración de su ausencia de España entre el 31 de julio de 2010 y el 31 de agosto de 2010, condenando al SPEE a estar y pasar por ésta declaración.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.594, de 25 de junio de 2013

Materia: Conflicto colectivo. Falta de acreditación acto de conciliación. Falta de subsanación de defecto observado en la demanda presentada por el sindicato demandante. Infracción artículo 81.3 de la LRJS.

Juzgado: Archiva la demanda presentada por el sindicato demandante por no haber sido subsanada legalmente dentro del plazo establecido.

Sala: Estima el recurso de suplicación contra el auto en procedimiento de conflicto colectivo dejando el mismo sin efecto, debiendo el Juzgado de origen proceder a tramitar la demanda a trámite y proceder a un nuevo señalamiento. La conducta del órgano judicial de proceder a un requerimiento de subsanación no exigido por el artículo 81.3, así como al posterior archivo de la demanda, excedió los límites razonables de control e impidió el correcto acceso de la parte al proceso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al auto del Juzgado de lo Social nº Dos de los de Castellón que archiva la demanda de Conflicto Colectivo en base a la falta de subsanación del defecto observado en la demanda, consistente en la falta de acreditación de la celebración o intento de conciliación o mediación previo, interponen los demandantes recurso de suplicación, que plantean en base a dos motivos amparados en el apartado a) o subsidiariamente en el c), del art. 193 de la LRJS.

En el primero de ellos se cita como infringido el art. 157.2 de la LRJS en relación con el art. 64 y 156 ambos del mismo texto legal, así como el art. 24.1 de la C.E. señalando que el art. 64 establece una serie de excepciones a la conciliación o mediación previas al proceso, entre las que se encuentra actualmente y con la nueva LRJS la correspondiente a los procedimientos donde se ventilen “modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo”; y que tales excepciones son aplicables tanto a los procesos individuales como a los conflictos colectivos, a tenor de lo dispuesto en el art. 157.2 de la LRJS que señala, frente a la exigencia general de previo intento de conciliación o mediación en los conflictos colectivos establecido en el art. 156.1, un apartado 2º que señala lo siguiente: “A la demanda deberá acompañarse certificación de haberse intentado la conciliación o mediación previa a la que se refiere el artículo anterior o alegación de no ser necesaria aquella”. Como apoyo de dicha interpretación se cita sentencia del TJS de Canarias, las Palmas de 4 de diciembre de 1992, rec, 739/92 que en un conflicto en el que se analiza un derecho de vacaciones colectivo, que estaba excluido de la previa conciliación en la anterior normativa, aceptó también para el conflicto colectivo la citada exclusión. Al margen de que la citada sentencia, por no provenir del Tribunal Supremo, carece del valor de la jurisprudencia en el sentido de su aplicación al presente recurso de suplicación, lo cierto es que en el caso analizado la parte accionante dejó de alegar la razón de la excepción. Pero además, y dado que la actual redacción del art 64 de la LRJS y la del anterior precepto de la LPL excluyen la materia que aquí se analiza, no cabe entender que estemos ante el supuesto de interpretar una nueva norma. Cosa distinta es que no parezca, al menos desde una perspectiva garantista, que en un conflicto que va precedido de una negociación previa, sea necesaria una previa mediación o conciliación, como exige la norma, la cual no lo exige, por el contrario, en un procedimiento de modificación sustancial de condiciones de carácter individual, que en ocasiones puede resultar una decisión sorprendente. Pero tal

cuestión nos sitúa dentro de un marco más de lege ferenda que de lege data, y por tanto procede rechazar el indicado motivo.

SEGUNDO.- Con el mismo amparo procesal se cita la infracción del art. 81.3 de la LRJS en relación con los mismos artículos 63 y 156 de la misma norma y art 24 CE, así como la STC número 203/2004 de 16 de Noviembre, y la numerada como 168/2003 y el principio pro actione. Señalan los recurrentes, en primer lugar, que el requerimiento de subsanación no incluyó el apercibimiento integrado en el precepto sobre el posible archivo de la demanda. Tal ausencia, constituye, desde luego, una omisión de interés pues el órgano judicial debe señalar con concreción al interesado, lo que puede resultar de la omisión de atender a dicho requerimiento. No obstante, el hecho de que la dicción literal del art. 81.3 de la LRJS incluya tal apercibimiento y que los demandantes estén defendidos por letrada, impide dotar de relevancia tal omisión, pues es obvio que dicha parte conoció el posible resultado de omitir el señalado requerimiento.

Entrando en la cuestión garantista y el principio pro actione, debemos señalar que ya ésta Sala se ha pronunciado, en aplicación del nuevo contenido del art. 81 en su apartado 3º de la LRJS, en un caso muy similar al actual, sobre si se han cumplido o no los requisitos de los actuales arts. 80 y 81 de la LRJS, que han visto modificado su contenido en relación a los anteriores preceptos de la LPL. En sentencia de éste TSJ de 20 de marzo del 2013, nº 705/13, resolutorio del Rec. Suplic 157/13, señalábamos que se debe partir del hecho de que la LRJS, tras la doctrina constitucional que ponía de relieve las dificultades de cumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva, por la interpretación rigorista de los preceptos de la LPL que regulaban la admisión a trámite de la demanda, ha modificado su tenor literal para no solo dotar de agilidad al trámite de admisión de la demanda, sino también con la pretensión de garantizar al mismo tiempo el derecho de tutela de la parte demandante, en su vertiente de acceso a la jurisdicción.

Se posibilita ahora que la demanda a la que se acompañe, (bien la certificación del acto de conciliación o mediación previa, o la papeleta de conciliación o de la solicitud de mediación...), sea admitida a trámite y señalamiento, sin que sea necesario en esos supuestos la necesaria subsanación de los posibles defectos procesales que se adviertan, en el 'taxativo plazo de 15 días que ahora se reserva a los supuestos en que no se acompañe a la demanda ninguno de los documentos citados. Tal y como expresamente establece el nuevo art 81.3 de la LRJS, con independencia del trámite establecido en su apartado 1, que: "Si a la demanda no se acompaña certificación del acto de conciliación o mediación previa, o de la papeleta de conciliación o de la solicitud de mediación de no haberse celebrado en plazo legal, el secretario judicial, sin perjuicio de resolver sobre la admisión o proceder al señalamiento, advertirá al demandante que ha de acreditar la celebración o el intento del expresado acto en el plazo de quince días contados a partir del día siguiente a la recepción de la notificación, con apercibimiento de archivo de las actuaciones en caso contrario, quedando sin efecto el señalamiento efectuado". Por lo que "a sensu contrario" debemos entender que si acompaña alguno de dichos documentos no existe la obligación de subsanar a que antes se refería el art 81.2 de la LPL, al menos en ese momento.

Del mismo modo se dijo en la sentencia ya citada, que "no es aplicable tampoco la doctrina constitucional plasmada en la STC nº 122/2006 de 24 de abril que entendió en un caso en el que se pretendía la impugnación de una sanción, que "el incumplimiento del requerimiento judicial en el plazo legalmente establecido determina irremisiblemente el archivo de las actuaciones, excluyendo así la Ley una reiteración o cadena de subsanaciones sucesivas, que podría significar el ampliar ad infinitum las posibilidades de subsanación de la

demanda". Pero entiende ésta Sala, como ya hizo en ocasión anterior (auto 28/07/08 rec. queja 933/2008), en donde se requirió por el órgano judicial la subsanación de una representación, que una cosa es que la parte asuma el riesgo de perder la posibilidad de subsanación si el órgano que resuelve la suplicación considera que ese requerimiento resultaba ajustado a derecho, y otra muy distinta es que éste tribunal pueda valorar la legalidad de la resolución de archivo; pues entender que el requerimiento debe ser cumplido en todo caso conllevaría el nulo interés del recurso. Y que: "la jurisprudencia constitucional en materia de garantías constitucionales del proceso laboral, ha afectado de forma principal a la vertiente de acceso al proceso, no solo en materia interpretativa sino también influyendo en las reformas procesales, de ahí la reforma legislativa del art. 81.3 LRJS que distingue ahora entre las distintas situaciones que pueden plantearse y aplica las pautas que una jurisprudencia constitucional creativa pretendía garantizar, operando rigurosamente sobre el derecho de acceso al proceso. Por ello, la STC nº 22/2011 reiteró que las decisiones de inadmisión deben tener un control, que ha de verificarse de forma especialmente intensa, aplicando el principio "pro actione", y dos posteriores sentencias, las nº 220 y 231, ambas del 2012 han conocido de supuestos de vulneración de la tutela judicial en supuestos de acceso al proceso, concluyendo en ambos casos que el requerimiento de subsanación exige que la causa esgrimida por el órgano judicial sea real y necesariamente determinante del archivo, de manera que si es rigorista o se extralimita, sea cual sea el propósito al que responda, está sacrificando el derecho de acceso al proceso.

En el caso que aquí se analiza, la demanda acompañó la papeleta que acreditaba la solicitud de conciliación ante el TAL, así como la citación a dicho acto, señalando expresamente en un segundo otrosí digo que dicha acta de celebración se aportaría en el momento procesal oportuno, que pudo serlo hasta el momento del juicio oral, si bien consta aportado ya con el recurso que aquí se resuelve. Por ello entendemos, que bastaba la aportación de la demanda de mediación al TAL y que la conducta del órgano judicial de proceder a un requerimiento de subsanación, no exigido por el art. 81.3, así como al posterior archivo de la demanda, excedió los límites razonables de control e impidió el correcto acceso de la parte al proceso, interpretando de forma excesivamente rigurosa un texto legal que precisamente pretende evitar dicha interpretación, lo que nos lleva a estimar el recurso de suplicación interpuesto contra el auto de archivo, dejando el mismo sin efecto, debiendo acordarse la admisión a trámite de la demanda con nuevo señalamiento a juicio.

TERCERO.- No procede efectuar pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación contra el auto de fecha 18 de diciembre del 2012 del Juzgado de lo Social nº DOS de los de CASTELLON, en procedimiento de Conflicto Colectivo nº 869/2012, interpuesto por la defensa de la CONFEDERACIÓN SINDICAL X., y en su consecuencia dejamos el mismo sin efecto, debiendo el Juzgado de origen proceder a tramitar la demanda a trámite y proceder a nuevo señalamiento.

Sentencia núm. 1.607, de 26 de junio de 2013

Materia: Tutela de los derechos fundamentales: Vulneración. Trabajadora que presta servicios en empresa dedicada a la actividad de correos y telégrafos. Contratos laborales temporales. La trabajadora es despedida improcedentemente recibiendo su correspondiente indemnización. Se convoca constitución de bolsas de empleo destinada a cobertura de puestos base. Requisito para participar: no haber sido despedido ni indemnizado por despido. La actora denuncia vulneración de derecho fundamental.

Juzgado: Previa desestimación de adecuación del procedimiento, estima parcialmente la demanda, declarando que la exclusión de la actora de las bolsas de trabajo constituye una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la tutela judicial efectiva. Se condena a abonar a la actora determinada cantidad en concepto de indemnización y se absuelve al organismo demandado de las restantes pretensiones deducidas en la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Condena al organismo demandado al abono de las costas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el Abogado del Estado la sentencia que ha estimado parcialmente la demanda, sobre tutela de derechos fundamentales, en la que se declara que la exclusión de la actora de las bolsas de trabajo efectuada por la demandada durante el periodo 13-12-2007 a 27-6-2008 constituye una vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la tutela judicial efectiva (en su vertiente de indemnidad) debiendo declarar la nulidad radical de la citada conducta, condenando a la demandada a abonar a la actora la suma total de 9.389,48 € en concepto de indemnización de daños y perjuicios, absolviéndola de la petición de condena de 20.000 € por daños morales. El recursos, que se han impugnado de contrario, se articula en dos motivos formulados respectivamente por los apartados a) y c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral solicita la reposición de las actuaciones al momento de la admisión de la demanda por ser inadecuado el procedimiento de tutela interpuesto con infracción de los arts 181 y 63 de la Ley de Procedimiento Laboral, al entender que correspondía el procedimiento ordinario de reclamación de cantidad; y la infracción de los arts. 59.1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, art. 1969 del Código Civil y art. 177.2 de la Ley de Procedimiento Laboral y jurisprudencia que los interpreta, al considerar prescrita la cantidad reclamada.

SEGUNDO.- Constando antecedentes en la Sala que desestiman las mismas cuestiones planteadas por el Abogado del Estado en su recurso, éste debe ser desestimado. En efecto la sentencia nº 458/2012 de 14 de febrero (rec. 139/2012), que se hace eco de la dictada en fecha 25 de noviembre de 2011 (rec.2670/2011) resuelven cuestión semejante a la planteada en el recurso que ahora examinamos, y razones de igualdad en la aplicación de la Ley imponen seguir el mismo criterio, ya firme. En la solución del primer motivo se afirma: “La Sala no puede estimar el motivo por cuanto que, según consta en autos, la demanda formulada por el actor denunciaba la vulneración de sus derechos fundamentales y solicitaba la indemnización correspondiente, por lo que en aplicación del artículo 181 LPL, la modalidad procesal adecuada

para dar trámite a su pretensión era, necesariamente, la de tutela de la libertad sindical y otros derechos fundamentales. Es más, aunque a efectos puramente dialécticos, se admitiese que hubiera no cabido la pretensión declarativa de que se estimase que existía una vulneración de los derechos fundamentales y sí, únicamente, una simple reclamación de daños y perjuicios, no cabe perder de vista que esa reclamación derivaba directa y expresamente de un atentado a los derechos fundamentales del trabajador, por lo que, también, en este caso, inexcusablemente, la modalidad procesal adecuada sería la que se ha seguido y no el proceso ordinario, pues no cabría separar, de manera artificial, la causa de la reclamación de su cuantía. Consecuentemente, en la medida en que el artículo 64.1 LPL exceptúa expresamente del requisito de la conciliación preprocesal previa a los procesos de tutela de derechos fundamentales, no se ha producido la infracción denunciada y procede la desestimación del motivo.”

Y por lo que se refiere al segundo motivo decíamos: “La Sala considera que el motivo debe ser desestimado en atención a las siguientes razones: A) Como hemos indicado en el fundamento de derecho primero de esta resolución, la cuestión aquí controvertida podría haberse resuelto a través de los trámites de ejecución de sentencia. Si así se hubiera hecho, la acción de reclamación de la indemnización por daños y perjuicios no estaría prescrita en modo alguno. En efecto, el artículo 301 LPL que dispone la ejecutividad de las sentencias de este tipo de procesos desde que se dictan, con independencia de los recursos que contra la misma pudieran interponerse, está situado en el Capítulo relativo a la ejecución provisional de sentencias y, aunque doctrinalmente, se ha dicho que más que una ejecución provisional constituye la privación de los efectos suspensivos propios de los recursos, no cabe duda de que el hecho de que no se hubiese instado por esa vía, no impediría que, una vez firme la sentencia, fuese la fecha de su firmeza el dies a quo para el comienzo del plazo prescriptorio a efectos de reclamar la oportuna indemnización por los daños causados tras la no reparación inmediata de sus derechos fundamentales. Significa ello que, si se hubiese instado la ejecución de la sentencia originaria en la fecha en que se presentó la demanda origen de estas actuaciones, la acción ejecutiva no estaría prescrita, porque lo que es un privilegio -derecho a anticipar el ejercicio de la acción- no puede convertirse en un perjuicio-cómputo del plazo de prescripción a partir de la fecha privilegiada de pronunciamiento de la resolución y no de su firmeza- (STS 24-2-1998). En esas condiciones no parece coherente que, habiendo elegido el actor la vía declarativa, en ésta haya que negar eficacia interruptiva a los recursos que impedían que la sentencia fuese firme, en contra de lo que se ha reseñado para la vía ejecutiva. B) Las sentencias que cita la recurrente en apoyo de su motivo no resultan aplicables al presente caso por las notables diferencias que en éste existen. Así, con independencia de que aquí estamos en presencia de un proceso de tutela de derechos fundamentales y en las citadas por el recurso no, resulta que en éstas se trata de retribuciones de carácter salarial que se perciben periódicamente en las que se discute el derecho a las mismas y la cuantía; sin embargo, aquí estamos en presencia de una indemnización de daños y perjuicios derivados de la vulneración de un derecho fundamental que, aunque para su cálculo se tenga en cuenta el tiempo transcurrido sin reparar el derecho, no es en absoluto una prestación periódica sino única, cuyas bases de cuantificación se habían establecido en una sentencia que no alcanzó firmeza hasta tres meses antes de que el actor formulase su demanda. Además, la propia jurisprudencia que cita el recurrente establece que, para que opere el 1973 CC, se exige la identidad entre la acción antes ejercitada y la que después se utilice, por lo que al tratarse de “diferencias retributivas” de períodos diferentes no contempla aquella identidad. Situación radicalmente diferente del asunto sobre el que se formula el presente recurso en el que no hay diferencias retributivas sino la correspondiente indemnización reparadora a una vulneración de derechos fundamentales continuada y sostenida en el tiempo. C) Admitir la tesis de la recurrente supondría, además, aceptar que sus fracasados recursos en sucesivas instancias han causado, indirectamente, un beneficio a la empleadora que vulneró el derecho

fundamental, pues negar a los mismos eficacia interruptiva de la prescripción conllevaría el perjuicio directo al actor que no podría interesar la violación producida tras la tramitación de aquellos recursos. D) La propia jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la naturaleza de la prescripción indica que la misma, en cuanto no se sustenta en un principio de justicia intrínseca, sino de seguridad jurídica, debe ser objeto de interpretación restrictiva y que, como norma general establecida en el artículo 1971 del Código Civil, el día inicial del plazo prescriptivo arranca desde la firmeza de la sentencia y, que, por lo tanto, también si en términos generales, el «dies a quo» de la prescripción coincide con la fecha a partir de la cual la acción puede ser ejercitada (artículos 59.2 del Estatuto de los Trabajadores y 1969 del Código Civil) debe entenderse que es lógico pensar que, la acción en términos de cierta seguridad y razonabilidad nace en la fecha en que la resolución judicial deviene firme (STS de 24 de febrero de 1998, Rec. 1287/97). E) Por último, la Sala no puede obviar que la propia sentencia originaria es la que condujo al actor a formular una nueva reclamación para lo que, lógicamente, esperó a que aquella sentencia fuese firme.”. En nuestro caso la sentencia de la primera tutela no es firme sino hasta enero de 2010 y la demanda se interpone en marzo siguiente, por lo que no ha prescrito la reclamación que es objeto de este procedimiento.

TERCERO.- Por todo lo razonado debe confirmarse la resolución recurrida, con condena a la sociedad estatal de Correos y Telégrafos al pago de las costas, con arreglo al art. 233.1 de la LPL, fijándose al efecto en 300 euros los honorarios del profesional impugnante, y decretando conforme al art. 202 de la LPL la pérdida del depósito constituido y demás cantidades consignadas para recurrir, manteniendo en su caso los aseguramientos prestados.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuestos en nombre de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche de fecha 1 de diciembre de 2010; 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 Sociedad Estatal Correos y Telégrafos SA a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

Sentencia núm. 1.613, de 27 de junio de 2013

Materia: Conflicto colectivo. Descanso retribuido para almorzar. Decisión empresarial de recuperar determinadas horas de trabajo correspondientes al disfrute de los 20 minutos de bocadillo. La decisión afecta a los trabajadores que prestan servicios en jornada continuada.

Juzgado: Estima la demanda formulada por el sindicato contra la empresa demandada, dejando sin efecto la decisión empresarial de recuperar las horas anuales de trabajo correspondientes a los 20 minutos de bocadillo, con relación a los trabajadores que prestan servicios en jornada continuada.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia estima la demanda del Sindicato accionante y declara la existencia de una condición más beneficiosa, por lo que deja sin efecto la decisión empresarial de recuperar 42,58 horas anuales de trabajo correspondientes a los 20 minutos de bocadillo que disfrutaban los trabajadores que hacen jornada continua de 8 horas. Y frente a dicho pronunciamiento recurre la empresa a través de dos motivos, con el amparo procesal de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

En el primero de ellos solicita que se modifique la redacción del hecho tercero, a fin de reflejar en el mismo, además de lo expuesto de forma sintética en el mismo, el contenido íntegro del documento nº 2 que se aportó por la empresa recurrente en el acto de la vista oral, en el que un buen número de trabajadores se desmarcaban de las acciones legales emprendidas desde el sindicato actor y de una nota de prensa del mismo sindicato. Solicita la recurrente que tal escrito obre íntegro en los hechos probados; y por lo tanto, se añada al hecho tercero lo que sigue:

“Que el escrito donde la mayoría de trabajadores se desmarcaban de las acciones legales emprendidas desde la X. fue promovido desde los propios trabajadores y no desde la empresa como pretenden hacer creer. Que los firmantes de ese escrito en ningún momento renuncian a ninguno de sus derechos, sino que rechazan determinadas acciones emprendidas en su nombre sin haber sido consultados. Que, por tanto, no se sienten víctimas de ninguna clase de coacción sindical. Que la empresa ha procedido a despedir a dos trabajadores por motivos internos y los despidos han sido realizados legalmente y con la indemnización correspondiente para éstos. Que la nota de prensa de X. está generando un daño injusto a la imagen de la empresa de la que todos formamos parte, por lo que nos sentimos también directamente atacados”.

Sin embargo, tal documento que si bien refleja el malestar de muchos trabajadores ante la forma que han revestido las manifestaciones públicas del sindicato, hace constar de forma expresa la no renuncia de los derechos laborales que se puedan ostentar, por lo que en relación con el caso concreto que aquí se analiza, carece dicho documento de toda relevancia a fin de establecer la existencia del interés actual y real de los trabajadores, que dicho documento no niega. No obstante, tales alegaciones sobre la existencia del interés que

justifica este procedimiento, así como la legitimación del sindicato que veladamente se impugna, se verán de forma somera en el apartado siguiente, que es donde corresponde al tratarse, no de cuestiones fácticas, sino jurídicas.

SEGUNDO.- Con base en el apartado c) del precepto procesal antes citado, se señala que en la instancia se han infringido normas sustantivas y jurisprudencia, y se cita la STS de 9 de abril del 2002 sobre la condición más beneficiosa, así como la sentencia de ésta misma Sala de fecha 27 de febrero del 2007.

En primer lugar y en relación a la capacidad del sindicato accionante, ya el extinguido Tribunal Central de Trabajo elaboró un cuerpo de doctrina en el que se proclamaba la capacidad y el poder de representación de los sindicatos para poder plantear conflictos colectivos en defensa de los intereses de los trabajadores, no sólo de sus afiliados sino de todos los que pertenezcan a las empresas a quienes afecta el conflicto, distanciándose así de la figura del sindicato representativo de sus afiliados. Y este criterio fue legalmente consagrado con posterioridad en el art. 2.2.d) de la LOLS , que comprende en el derecho de libertad sindical el de plantear conflictos colectivos, y en el art. 154 de la LRJS, siendo necesaria una conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada (STS de 10 de marzo de 2003 -rec. 33/2002 -, 4 de marzo de 2005 -rec. 6076/2003 -, 16 de diciembre de 2008 -rec. 124/2007 -, 12 de mayo de 2009 -rec. 121/2008 -, 29 de abril de 2010 -rec. 128/2009 - y 2 de julio de 2012 -rcud. 2086/2011 -). Ese vínculo especial y concreto entre el sindicato y el objeto del debate en el pleito de que se trate habrá de ponderarse en cada caso y se plasma en la noción de interés profesional o económico, traducible en una ventaja o beneficio cierto, cualificado y específico derivado de la eventual estimación del recurso entablado (STC 7/2001, 164/2003, 142/2004, 153/2007 y 202/2007). No cabe duda que en éste supuesto concurren tales requisitos.

Respecto a la existencia del interés actual y real, efectivamente, la jurisprudencia viene exigiendo que el conflicto colectivo implica (STS de 26 de mayo de 2.009, rec 107/2008): a) la existencia de un conflicto actual; b) el carácter jurídico del mismo, diferenciándose así el conflicto de intereses; y c) su índole colectiva. Y en el presente supuesto, no cabe discutir la existencia del conflicto actual traducible en la previa existencia de una situación definida por el disfrute de un descanso de 20 minutos, no recuperable ni compensable, que la empresa en un momento dado declara será recuperable con horas a trabajar durante el año siguiente. Cosa muy distinta a la que la empresa intenta poner de relieve, y es que el sindicato accionante haya actuado de espaldas a gran parte de los trabajadores o generado una situación que no resulta deseable para la mayoría de ellos.

Entrando ya en la calificación de la situación previa a la decisión unilateral de la empresa de considerar recuperable con trabajo el descanso que los trabajadores en jornada continua de 8 horas tenían para el bocadillo, ésta Sala se muestra acorde con el pronunciamiento de la instancia. Resulta aplicable a dicha cuestión la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1998 (rec. 2616/1997) a su vez citada por las sentencias de 20 de mayo de 2002 (rec. 1235/2001) y 28 de abril de 2005 (rec. 72/2004), señala que "para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión (sentencias de 16 de septiembre de 1992, 20 de diciembre de 1993, 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual; en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho; (sentencias de 21 de febrero de 1994, 31 de mayo de 1995 y 8 de julio de 1996), y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o beneficio social que supera a los

establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo; (sentencias de 25 de enero, 31 de mayo y 8 de julio de 1996)".

También es verdad, como señala la parte recurrente que no todas las situaciones de hecho que se reiteran en el tiempo son expresivas de la voluntad del empresario de conceder tal beneficio, que en éste supuesto se ha concretado además en la habilitación de un local adecuado para su efectividad con cafeteras, microondas, etc, que revelan no solo la conducta de un buen empresario, sino también la de un buen organizador del trabajo y la productividad, pero en el caso concreto, la falta de determinación temporal de la existencia de dicho beneficio que existe “desde que se recuerda”, y el hecho de haberse confirmado y reiterado a través de actos expresos de la empresa tendentes a su satisfacción de cara al futuro, conlleva la correlativa obligación de mantenerlo, pues es evidente que respondió a una voluntad expresa de incorporarlo a las condiciones laborales colectivas del grupo de trabajadores que efectuaban la jornada continua de 8 horas.

Por todo lo cual procede, con desestimación del recurso interpuesto por la empresa, confirmar la sentencia de la instancia

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de “J.A. SA”, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.DIEZ de los de VALENCIA, de fecha 18 de Enero del 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de COMISIÓN EJECUTIVA DE LA FEDERACIÓN AGROALIMENTARIA de X.; 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.

Sentencia núm. 1.628, de 2 de julio de 2013

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador que recibe subsidio por agotamiento de la prestación contributiva y concurrencia de cargas familiares. Impugnación resolución en la que se declara percepción indebida de cantidades ante incompatibilidad por el abono de prestaciones de carácter económico de la seguridad social. El actor ha estado en situación de IT.

Juzgado: Desestima la demanda y confirma la resolución del organismo demandado en la instancia.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El trabajador no ha cobrado el subsidio de incapacidad temporal mientras estuvo de baja médica (teniendo derecho al mismo). No procede el reintegro del subsidio reclamado por el SPEE.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son cuatro los motivos que se formulan en el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre impugnación de la Resolución del SPEE sobre percepción indebida del subsidio de desempleo, habiendo sido impugnado el recurso por F.M., como se refirió en los antecedentes de hecho.

Los tres primeros motivos se amparan en el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y tienen como objeto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia del Juzgado, mientras que el último motivo se formula por el cauce del apartado c del indicado precepto y contiene la censura jurídica de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La primera modificación afecta al hecho probado tercero para el que se propone la siguiente redacción: "El INSS, en Resolución de 26.05.2010 declara expresamente que la baja médica iniciada en julio de 2009 tiene su origen en el accidente de trabajo de 23.11.2005, y determina como responsable de la cobertura de la prestación de incapacidad temporal a: a) F.M., entidad colaboradora que cubría las contingencias profesionales de la empresa E.M.B., S.L. cuando ocurrió el accidente, a quien corresponde el reconocimiento del derecho de todos los procesos derivados del referido accidente, siendo el importe del subsidio, de reunir en cada uno de ellos los requisitos exigidos, el que corresponda a cada proceso y limitándose esa responsabilidad al importe del subsidio calculado sobre la base reguladora del primer proceso. b) I, por la diferencia del subsidio que corresponda, de ser la base reguladora del segundo proceso, iniciado con la baja médica de 07/07/2009, superior a la del proceso inicial". La modificación solicitada se apoya en la propia Resolución del INSS de fecha 26.05.2010 obrante a los folios 91 y 92, 118 y 119 y 136 y 137 y la misma ha de prosperar por desprenderse de los documentos en los que se sustenta y ser relevante para la argumentación deducida por la defensa del recurrente en el motivo destinado a la censura jurídica, corrigiéndose, además, con la redacción propugnada por el recurrente el error material cometido en la redacción original del hecho controvertido respecto a la fecha de la baja médica iniciada en julio de 2009 y no en julio de 2007, como erróneamente refleja la sentencia impugnada.

La siguiente modificación concierne al hecho probado sexto para el que se propone la siguiente redacción: “6. M., por escrito de fecha 22.10.2010, comunicó al actor que había resuelto desestimar su solicitud de pago de la prestación económica por IT, fundamentando dicha decisión en que no estaba de alta en la Seguridad Social, ni en situación asimilada, ni en situación de desempleo contributivo en la fecha de la baja médica. No constan diferencias de base reguladora que obliguen al pago por I.”

La referida modificación se sustenta en la Resolución de la indicada Mutua obrante a los folios 15, 93 y 146 y la misma también ha de prosperar por desprenderse del indicado documento y ofrecer una información más amplia sobre la denegación del subsidio de incapacidad temporal al demandante por parte de I.

La tercera y última revisión atañe al hecho probado séptimo para el que se insta el siguiente tenor: “7. El SPEE por resolución de 07.10.2010 declara la percepción indebida de cantidades (5.002,39 euros) por el actor, por, textualmente, el siguiente motivo: INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL PAGO MUTUA INCOMPATIBLE DESEMPLEO, ART. 221 Y 222 LGSS.”

La modificación solicitada se apoya en la referida Resolución del SPEE que obra al folio 78 de los autos y la misma ha de prosperar también por desprenderse del documento del que se extrae, si bien resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, pues, con independencia del error en el que hubiera podido incurrir la Resolución del SPEE, es evidente que el mismo no vincula al órgano judicial a efectos de dilucidar si resulta incompatible la percepción del subsidio de desempleo con la concreta situación del demandante que no es la de incapacidad permanente total como recoge erróneamente la Resolución del SPEE, sino la de incapacidad temporal.

TERCERO.- En el motivo destinado al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia se imputa a la misma la infracción por indebida aplicación de los artículos 221.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social ya que entiende el recurrente que al haber denegado F.M. la prestación de incapacidad temporal al demandante porque en el momento de la baja médica no se encontraba en situación de alta ni de asimilada al alta ya que estaba percibiendo el subsidio de desempleo y habiéndose aquietado a dicha resolución el demandante, la misma ha devenido firme y el actor no solo no ha percibido cantidad alguna en concepto de subsidio por incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo sino que tampoco tiene reconocido dicho derecho por parte de la entidad a la que legalmente le corresponde dicho reconocimiento y por consiguiente no es de aplicación lo establecido en el art. 221.2 de la LGSS, al no haberse producido incompatibilidad alguna durante la percepción por el demandante del subsidio de desempleo.

Para dilucidar la cuestión controvertida, esto es, si el demandante ha percibido simultáneamente el subsidio de desempleo y el subsidio de incapacidad temporal se habrá de estar al inalterado relato fáctico de la sentencia del juzgado del que interesa destacar que el demandante ha venido percibiendo subsidio de desempleo desde el 18-4-2009 al 30-6-2010, habiendo causado baja médica en fecha 7-7-2009 por recaída en las patologías ocasionadas como consecuencia del accidente de trabajo que sufrió en fecha 23-11-2005 y que originó que el demandante estuviera en situación de incapacidad temporal hasta el 19-7-2006; habiéndose denegado al demandante la prestación de incapacidad temporal derivada de la baja médica de 7-7-2009 por parte de la M.F.M. por considerar que aquél no se encontraba en la fecha de dicha baja médica en situación de alta o asimilada al alta, siendo a la referida Mutua a la que correspondía el reconocimiento del subsidio de incapacidad temporal, en el caso de que el actor cumpliera los requisitos legales para ello, según Resolución del INSS de 26-5-2010, no

habiendo percibido el demandante el subsidio de incapacidad temporal derivado de la baja médica de 7-7-2009.

De los datos expuestos se evidencia que el demandante durante el período de 7-7-2009 al 30-6-2010 en que ha percibido el subsidio de desempleo no ha percibido el subsidio de incapacidad temporal al habersele denegado por la Mutua a quien correspondía su reconocimiento por considerar que no tenía derecho al mismo, de modo que no es de aplicación al presente caso lo establecido en el art. 221.2 de la Ley General de la Seguridad Social y según el cual la prestación o subsidio por desempleo son incompatibles con la obtención de pensiones o prestaciones de carácter económico de la Seguridad Social, salvo que éstas hubieran sido compatibles con el trabajo que originó la prestación por desempleo.

Con independencia de que el actor tuviera o no derecho al subsidio de incapacidad temporal por su baja médica de 7-7-2009, lo cierto es que el mismo no lo percibió al no habersele reconocido por la Entidad Colaboradora a la que correspondía dicho reconocimiento, de modo que no cabe apreciar incompatibilidad del subsidio por desempleo del demandante con la obtención por el mismo del subsidio de incapacidad temporal durante el período en que estuvo de baja médica ya que dicho subsidio de incapacidad temporal no lo ha percibido y por consiguiente no procede el reintegro del referido subsidio por desempleo que reclama el SPEE al actor durante el período que va del 7-7-2009 al 30-6-2010 por importe de 5.002,39 euros, lo que determina la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, dejando sin efecto la Resolución del SPEE de 7-10-2010.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. A.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 5 de los de Alicante y su provincia, de fecha 19 de julio de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Servicio Público de Empleo Estatal, la Mutua F.M. y la Mutua I.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimando la demanda, dejamos sin efecto la Resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 7-10-2010 y declaramos el derecho del demandante a percibir el subsidio por desempleo durante el período del 7-7-2009 al 30-6-2010, condenando a los codemandados a estar y pasar por dicha declaración.

Sentencia núm. 1.647, de 2 de julio de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Abono de plus de transporte al prestar el actor servicios en distinto centro de trabajo, motivado por causas organizativas y técnicas de la empresa. El desplazamiento no conlleva cambio de residencia.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda reconociendo al actor el derecho a percibir un complemento de transporte fijado en determinada cuantía.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El cambio de centro de trabajo no conlleva un cambio de residencia, por lo que no se prevé en el convenio aplicable una compensación económica. Tampoco existe tampoco pacto individual o colectivo, por lo que la sentencia de instancia no se ajusta a la legalidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada de la empresa demandada se recurre la sentencia de instancia, que estimó en parte la demanda y le condenó a abonar al demandante determinada suma en concepto de gastos de desplazamiento por traslado forzoso.

El recurso se estructura en un único motivo, destinado al examen del derecho aplicado, y en él se censura a la sentencia la infracción, por indebida aplicación, del artículo 16.6 del Convenio Colectivo de E. en relación con los artículos 3.1 y 1.281 y siguientes del Código Civil y con los artículos 3.1, 26.3, 40 y 82 del ET.

Lo que se pretendió en la demanda y fue estimado parcialmente en la sentencia recurrida era una compensación económica derivada del cambio de ubicación del centro de trabajo donde el demandante prestaba sus servicios a una localidad distinta, situada a más distancia de donde aquél trabajador tiene su residencia habitual, señalando el recurrente que la condena en realidad es fruto de la creación por parte de la juzgadora de instancia de un nuevo concepto retributivo que compensa la distancia existente entre el domicilio del trabajador y el nuevo centro de trabajo, y que ciertamente no prevé el convenio aplicable.

Para resolver la cuestión objeto del recurso es preciso detenerse en los hechos probados de la sentencia, firmes por consentidos, y que afectan al tema de fondo, donde consta que el trabajador, que reside en la localidad de Castalla, desde el comienzo de su relación laboral se desplazaba a Sant Vicent del Raspeig, población donde se hallaba el centro de trabajo de la empresa, y desde junio de 2010 lo hace a Crevillente, al ser en esta última localidad donde desde esa fecha radica su centro de trabajo, al ser trasladado desde Sant Vicent. Consta que la demandada abona al actor un complemento económico por día de trabajo efectivo, que la sentencia considera insuficiente, pues partiendo de que el artículo 16 del convenio de aplicación fija en 0,18 euros por kilómetro el importe del plus de transporte y distancia cuando no exista medio de transporte público ordinario, entiende la juez que al haber una distancia de 34 kilómetros entre Crevillente y Sant Vicent del Raspeig la compensación debe ser superior a la que abona la empresa, pero desde luego inferior a la pedida por el trabajador, cuya reclamación parte de su domicilio en Castalla como punto de inicio. La suma que abona la empresa toma en cuenta una distancia de 18 kilómetros, al ser esta la existente, sumando la ida y la vuelta, desde el centro de Crevillente al lugar donde radica el centro de trabajo donde presta sus servicios el actor. No obstante, la propia parte

recurrente parte del error de que la compensación estimada en la sentencia viene dada por la distancia que existe entre el domicilio del trabajador y el nuevo centro de trabajo en Crevillente. Esta era en realidad la pretensión del demandante pero la resolución recurrida lo que hace es fijar la compensación partiendo del cambio de centro de trabajo, como ya se dijo, de Sant Vicent a Crevillente, teniendo en cuenta que ambas poblaciones distan unos 34 kilómetros. Lo que se debe discernir en definitiva son las consecuencias de ese cambio, que no se puede entender como un supuesto de movilidad geográfica, al no implicar un cambio de residencia para los trabajadores afectados (así se determinó en el proceso de conflicto colectivo al que se refiere el tercer hecho probado de la sentencia recurrida), pero que indudablemente provoca más tiempo de desplazamiento, al menos desde el domicilio habitual del demandante.

Y desde esta perspectiva debe considerarse que la sentencia realiza una interpretación que no se adecua a la literalidad de la norma, pues ésta no prevé que el empresario tenga que satisfacer el mayor tiempo invertido desde el domicilio del trabajador a resultas de dicho cambio, en la medida que nos hallamos en un caso paradigmático de cambio de centro de trabajo sin cambio de residencia, pues el precepto citado en la sentencia regula el abono del plus para el exclusivo caso de que el centro de trabajo se encuentre fuera de los límites del casco urbano del municipio y la empresa no facilita medios de transporte, y ese es el complemento que abona la empresa por cada día de trabajo efectivo. No hay constancia de la existencia de pacto individual ni colectivo que contemple las resultas del cambio de centro de trabajo consecuente con la actual reclamación, pues el artículo 51 del convenio aplicable está pensado para el traslado de centro de trabajo que implique cambio de residencia, lo que no se ha producido, de modo que en el caso que el cambio de centro de trabajo no suponga la necesidad de residir en la localidad donde se halle este, las compensaciones serán las pactadas entre las partes o las previstas en el convenio, no desprendiéndose del mencionado artículo 16 que exista una compensación económica derivada del cambio llevado a efecto.

La interpretación de dicha norma llevada a cabo en la instancia no es acertada, pues aunque la solución alcanzada en la sentencia pueda entenderse equitativa realmente no se ajusta a la legalidad, al no deducirse directamente de la literalidad del artículo 16.6 del convenio de la empresa demandada ninguna obligación de compensar, en este caso, el mayor desplazamiento derivado del cambio citado, lo que conduce a la estimación del recurso y la revocación de la aludida resolución judicial.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por “E., S.A”, frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante de 15 de octubre de 2012, recaída en autos sobre cantidad a instancia de don P.A.C.L., y con revocación de la expresada resolución judicial, debemos absolver y absolvemos a la citada recurrente de las pretensiones sustentadas en su contra en el escrito de demanda.

Se decreta la devolución del depósito constituido y de la suma consignada para recurrir.

Sentencia núm. 1.654, de 3 de julio de 2013

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Competencia de jurisdicción. Personal técnico al servicio de entidad local. El actor suscribe un contrato administrativo pero que tras la baja laboral del arquitecto municipal es nombrado director de las obras públicas que se ejecuten en el ayuntamiento donde presta servicios, firmando nuevo contrato administrativo de servicios por tiempo determinado. Tras la finalización del mismo se le comunica el cese de su actividad. Existencia de relación laboral.

Juzgado: Declara la falta de competencia de este órgano judicial para conocer de la demanda de despido y reclamación de cantidad, dejando imprejuizadas las acciones deducidas en la misma.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Queda probada la relación de laboralidad entre las partes, dándose las notas típicas de ajeneidad y dependencia en la prestación de servicios de la parte actora. La Sala declara que el actor ha sido objeto de un despido improcedente, condenando a la parte demandada en la instancia al abono de la indemnización correspondiente establecida por ley o a la readmisión del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia estima la excepción de Incompetencia de la Jurisdicción Social, por lo que no enjuicia la prestación de servicios que existió entre las partes desde el año 2001 hasta su resolución, por finalización del contrato administrativo suscrito entre las partes. Contra dicho pronunciamiento recurre el actor a través de diversos motivos y con el amparo procesal de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Como revisiones fácticas se centra el recurrente en los hechos segundo y sexto, de la manera que se expone:

1.- Interesa que en el hecho segundo se suprima la frase que dice: “para la realización de funciones de consultoría y asistencia técnica”, y su sustitución por la que sigue: “La relación entre las partes se inició en virtud de contrato verbal del mes de marzo del 2001. Posteriormente... Y sigue igual hasta el final”. Señala el recurrente que desde el año 2001 hasta el 2006 la relación entre las partes se basó en un pacto verbal, por lo que la mención a que el mismo establecía una relación de consultoría carece de base pues tal contrato debe ser el resultado de una adjudicación expresa.

2.- Respecto al hecho sexto interesa que conste el salario medio mensual, que la sentencia no establece y debe fijarse en 3.540 euros brutos mensuales, consecuencia de dividir 14.160 euros por 4 meses, de enero a abril, por lo que solicita se añada tal mención, que se desprende del propio documento nº 1 de la parte demandada, consistente en un certificado de lo abonado al actor en ese período que fue el previo a la finalización de su contrato.

Sin embargo, no procede aceptar tales revisiones, tal y como se encuentran expuestas, pues la cuestión relativa a determinar si estamos o no ante una cuestión de incompetencia, como ha entendido la sentencia de la instancia, al afectar al orden público

procesal se ha de resolver sin sujetarse a los presupuestos y concretos motivos del recurso, sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y con amplitud en el examen de toda la prueba practicada, para decidir, fundadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (SSTS 23 octubre 1999, 24 enero, 5 marzo, 6 abril, 17 mayo y 11 julio 1990, entre otras). Por ello no puede aceptarse ni la denominación de salario al importe de las percepciones del actor, que predeterminaría la resolución, ni rechazar que las funciones del actor estuvieran relacionadas con actividades de consultoría, pues precisamente ese es el objeto del recurso.

SEGUNDO.- Como infracciones normativas o de la jurisprudencia, señala la parte recurrente que han sido tres las etapas sucedidas en la relación entre las partes, una inicial, verbal de 5 años, 2 meses y 23 días; una segunda de 23.5.2006 de consultoría y asistencia técnica acogido al RD –L 272000 TRLCAP por un total de 2 años que fue prorrogado, y un nuevo contrato acogido a la Ley 30/07 de Contratos del Sector Público que finalizó tras los 20 meses pactados de duración. Respecto de éste último, se produjo la adjudicación al actor de la actividad del arquitecto municipal, funcionario, que había cursado su baja por enfermedad, estableciendo en dicho contrato las mismas funciones que antes realizaba dicho arquitecto, con cita de las SSTS de 22.12.2011 y del 19.06.2012, rec. 3159/2011. En un segundo motivo vinculado directamente con el anterior se alega la aplicación indebida del art. 1.3 a) del ET, que excluye del régimen laboral al personal vinculado por normas de derecho administrativo, pues la presunción de laboralidad cobra vigencia cuando la contratación de tal carácter se desvía de su cauce legal. Por último, se cita el art 56 del ET en relación con el art 108 de la LRJS.

A fin de establecer el marco legal para la resolución del presente recurso, debemos partir de las características que nuestro Tribunal Supremo ha venido estableciendo en asuntos similares, como en la sentencia de 21 de diciembre de 2005 (rcud. 5212/2004). Se razona en ella, recogiendo pronunciamientos anteriores, que la Sala desde antiguo ha deslindado entre lo que es un contrato laboral y un contrato administrativo y que "El problema se planteó tradicionalmente en la distinción entre lo que pudiera entenderse por "trabajos específicos y concretos no habituales" que excepcionalmente podía llevar a cabo la Administración cuando para realizarlos contrataba personas individuales, y lo que era un contrato de trabajo, puesto que aquellos trabajos podían confundirse con los que podían realizar personas individuales en régimen de contratación laboral. En relación con ello, y para distinguir entre los contratos administrativos y los laborales, en una sentencia de Sala General de 2-2-1998 (Rec.- 575/1997), el TS después de reconocer la dificultad en la delimitación de los ámbitos administrativo y laboral en esta materia, estableció que en la normativa administrativa lo que estaba previendo era la contratación con carácter administrativo para la posibilidad de llevar a cabo un "trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un "trabajo específico", es decir un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final"; habiendo incidido en esta idea posteriores sentencias de esta misma Sala como las de 13-7-98 (Rec.- 4336/97), 15-9-98 (Rec.- 3453/97), 9-10-98 (Rec.- 3685/97), 4-12-1998 (Rec.- 598/98) 21-1-99 (Rec.- 3890/97), 18-2-99 (Rec.- 5165/97), 3-6-99 (Rec.- 2466/98) o 29-9-99 (Rec.- 4985/98) entre otras, en las que se estableció con mayor precisión que *"la naturaleza materialmente laboral de la prestación de servicios realizada, cuando presenta las notas típicas de ajeneidad y dependencia, y tiene carácter retribuido, no puede desvirtuarse por la calificación meramente formal del contrato como administrativo en virtud del artículo 1.3.a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con la disposición adicional 4ª.2 de la Ley 30/1984 y con los Reales Decretos 1465/1985 y 2357/1985... Ello es así porque la procedencia de esta contratación administrativa queda condicionada a la concurrencia del presupuesto que la*

habilita, es decir, a que se refiera "a la realización de un trabajo específico, concreto y no habitual, lo que, como señala la sentencia de contraste, exige que lo contratado sea "un producto delimitado de la actividad humana y no esa actividad en sí misma independientemente del resultado final de la misma", añadiendo que "el contrato regulado en estas normas pertenece al tipo de contrato de obra, cuyo objeto presenta las características mencionadas, y tal tipo de contrato no concurre cuando lo que se contrata no es un producto específico que pueda ser individualizado de la prestación de trabajo que lo produce - un estudio, un proyecto, un dictamen profesional, como precisaba el art. 6.1 de la Ley articulada de Funcionarios Civiles-, sino una actividad en sí misma".

TERCERO.- Respecto a los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral cabe resumirlos en los siguientes:

" a) La calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.

b) En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. El contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada. Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajeneidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

c) Tanto la dependencia como la ajeneidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra.

d) Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

e) Indicios comunes de la nota de ajeneidad son, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones. En relación con éstas dos últimas notas, esenciales para analizar la existencia o no de vinculación laboral, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23-11-2009, rec. 170/09, en un supuesto en el que se plantea la naturaleza de la relación jurídica que vincula un arquitecto con el Ayuntamiento que le ha contratado dijo que "Las notas características de "ajeneidad" y "dependencia" que determinan que una relación jurídica deba configurarse como laboral (art. 1 ET), han sido entendidas en sentido amplio en función del tipo de servicios prestados".

f) En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.

g) En las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas”.

Aplicando la anterior doctrina al presente caso y teniendo en cuenta la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET , debe concluirse que se dan en el concreto supuesto de hecho las notas características de la relación laboral de ajeneidad y dependencia, ya que la prestación de servicios del arquitecto demandante a favor del Ayuntamiento recurrente presenta rasgos que sólo son concebibles en el trabajo dependiente, dado que el actor acudía al Ayuntamiento, realizando sus funciones en las dependencias municipales y utilizaba el material fungible y de papelería y los medios de oficina ubicados en el edificio del Ayuntamiento (teléfono, ordenador y fax...), tres o cuatro días a la semana, con una atención al público determinado por las exigencias del servicio, siendo flexible su horario en el resto de actividades; que tales actividades han sido las relativas a la redacción proyectos y memorias valoradas, dirección de obras, emisión de informes técnicos en expedientes de licencias de obras mayores, atención al público respondiendo a consultas, sobretodo en materia de planeamiento y normativa urbanística, asesoramiento y emisión de informes que le fueran requeridos por el Ayuntamiento dentro de su competencia como Arquitecto Superior. Por ultimo, el actor ha percibido por su actividad, que en los últimos meses era estrictamente sustitutiva de la del Arquitecto Municipal, que se hallaba imposibilitado para trabajar, determinadas cantidades en importe mensual o bimensual, emitiendo facturas de liquidación de honorarios por los trabajos realizados por importe de 3.540 euros mensuales, que con la retención del 15% quedan en 3.090 euros al mes. Pues bien, aplicando al caso la doctrina emanada de la ya citada sentencia del TS de 23.11.2009, en el presente supuesto aparece determinada entre las partes una relación, consistente en una prestación de servicios independientemente de su resultado final. Debe, por tanto, estarse a la jurisprudencia unificada que, como recuerda la STS/IV 17-junio-2009 (recurso 3338/2007)"para distinguir entre los contratos administrativos y los laborales, esta Sala en una sentencia de Sala General de 2-2-1998 (Rec. 575/1997), contemplando lo dicho en las disposiciones administrativas antes referidas, después de reconocer la dificultad en la delimitación de los ámbitos administrativo y laboral en esta materia, estableció que en la normativa administrativa lo que estaba previendo era la contratación con carácter administrativo para la posibilidad de llevar a cabo un trabajo de tipo excepcional, pues su objeto no es una prestación de trabajo como tal sino un trabajo específico, es decir un producto delimitado de la actividad humana y no una actividad en sí misma independiente del resultado final.

Por todo lo cual procede estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia, dado el carácter laboral de la relación existente entre las partes, lo que nos obliga a estimar la demanda y declarando la existencia de una relación laboral ente las partes, establecer los pronunciamientos consecuentes al despido. Si bien en la demanda consta también reclamación de salarios, no constan impagados a la fecha del juicio.

CUARTO.- No procede imponer condena en costas. Y respecto a la solicitud a ésta Sala, contenida en el otrosí digo 2º del recurso, para que se promueva cuestión de inconstitucionalidad respecto a la actual Ley de Tasas, a la vista del Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo sobre las tasas en el orden social, de fecha 5 de Junio del presente año, en el que declaró: “que los beneficiarios del sistema de seguridad social, como titulares que son del derecho de asistencia jurídica gratuita, y por tanto con derecho a la exención de tasas por la utilización de los tribunales, están exentos del pago de tasas para recurrir, incluso en la modalidad de pago parcial o bonificado”, con lo que ésta Sala está totalmente de acuerdo, no procede plantear la mencionada cuestión

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON F.J.A.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.SEIS de los de VALENCIA, de fecha 10 de Abril del 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declarando la existencia de relación laboral entre las partes de éste procedimiento, declaramos que el actor ha sido objeto de despido improcedente, y en su consecuencia condenamos al Ayuntamiento de C., a que le haga pago de la indemnización de 59.944 euros, según topes legales establecidos en el RD 3712, y sin salarios de tramitación, salvo que se opte por la readmisión.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.655, de 3 de julio de 2013

Materia: Prestación familiar. Solicitud prestación por nacimiento de hija en supuesto de familia monoparental. Requisitos para reunir la consideración de familia monoparental. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda condenando al organismo demandado a reconocer la prestación familiar de pago único por nacimiento de hija en supuesto de familia monoparental, debiendo pagar a la actora determinada cantidad.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda probado que la hija solamente convive con la madre, no constando filiación paterna, dándose el supuesto de familia monoparental.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia que estimando la demanda, condena a la entidad gestora a reconocer a la actora la prestación familiar de pago único por nacimiento de hija en supuesto de familia monoparental, por motivo del nacimiento de su hija V.F.U., y a abonarle la cantidad de 1000€.

El recurso se formula en un único motivo, al amparo del art. 193-c) de la LRJS, denunciando la infracción del art. 185.1 de la LGSS. Sostiene el recurrente que la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas, establece que *“se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador de la familia”*, que un solo progenitor se refiere a cuando desde el inicio no exista otro progenitor o cuando este hubiese fallecido, y en el presente caso la filiación no está determinada, lo que no implica que no sea determinable mediante las acciones civiles frente al otro progenitor a fin de que este asuma su responsabilidad, pues existen dos progenitores y no consta el abandono de familia ni el incumplimiento de las obligaciones legales del progenitor no custodio, tras el ejercicio de las acciones sobre filiación.

2. El artículo 185 de la LGSS dice *“Beneficiarios.*

1. En los casos de nacimiento o adopción de hijo en España en una familia numerosa o que, con tal motivo, adquiera dicha condición, en una familia monoparental o en los supuestos de madres que padezcan una discapacidad igual o superior al 65 por ciento, se tendrá derecho a una prestación económica del sistema de la Seguridad Social, en la cuantía y en las condiciones que se establecen en los siguientes apartados.

A los efectos de la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia.

2. A efectos de la consideración de beneficiario de la prestación será necesario que el padre, la madre o, en su defecto, la persona que reglamentariamente se establezca, reúna los requisitos establecidos en los párrafos a), c) y d) del apartado 1 del artículo 182.

En el supuesto de convivencia del padre y de la madre si la suma de los ingresos percibidos por ambos superase los límites establecidos en el párrafo c), apartado 1, del art. 182, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos”.

3. En el presente supuesto, se declara probado que la actora solicitó la prestación por el nacimiento de su hija V.U.F. el 18-8-11, que en la inscripción de nacimiento de la citada menor únicamente consta la identificación de la madre, R.F.U., y que en el domicilio de la actora consta empadronada la menor V. y la menor D.T.F., hija de la actora y de J.M.T.B. De lo que debe concluirse que Valeria convive con su madre como única sustentadora de la familia, no constando la filiación paterna, lo que conforme al precepto transcrito constituye familia monoparental, por lo que el recurso deberá ser desestimado.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 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 del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Castellón, de fecha 6-11-2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.660, de 3 de julio de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Expediente de regulación de empleo de extinción en empresa perteneciente a un grupo empresarial Comunicación de la extinción por burofax. La empresa debe a los demandantes las nóminas por determinadas mensualidades. Responsabilidad solidaria de la empresa accionista principal.

Juzgado: Estima la demanda condenando solidariamente a las mercantiles demandadas a abonar a los demandantes determinada cantidad más los intereses del artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores.

Sala: Estima el recurso de la empresa codemandada, declarando la no existencia de responsabilidad solidaria. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. No cabe apreciar ninguna conducta fraudulenta por parte de la recurrente que permita extender a ésta la responsabilidad por las deudas contraídas por la codemandada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la empresa U. SA la sentencia de instancia que estimando la demanda condena solidariamente a las empresas codemandadas al abono de cantidad. La representación letrada de la parte actora presentó escrito de impugnación al recurso, en el que no se solicita rectificaciones de los hechos probados al amparo del art. 197.1 de al LRJS.

El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-b) de al Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando, en primer lugar, que el cuarto párrafo del hecho probado “primero”, -debe referirse al tercero-, quede redactado del siguiente modo, “La plantilla fija de M. la integraban los 10 demandantes y una limpiadora, esto es 11. De los 10 demandantes, 2 habían trabajado en U. con anterioridad a hacerlo en M.: D. J.A.B. trabajó en U. el periodo 13.11.2000-31.01.2001, en virtud de contrato de trabajo por obra o servicio; y D. J.C.G., hizo lo propio de 5.10.1998-31.01.2001, también mediante contrato temporal. Los citados trabajadores, y el resto de la plantilla de M. prestaron sus servicios únicamente para M. desde su contratación, sin que pasaran de una empresa a otra y sin que simultanearan prestaciones para ambas empresas demandadas”, en base al documento 36 de la parte actora.

La revisión no se admite, pues el hecho impugnado cita expresamente el documento en que se apoya el recurrente, sin que se aprecie error patente en su valoración, ya que se declara la relación laboral habida por el Sr. A. y el Sr. C., y respecto al Sr. P. lo que consta es que estuvo en U. en concepto de colaboración como estudiante en prácticas, debiendo tenerse en cuenta, además, que cuando en la sentencia se hace referencia a un documento o alguno de sus extremos, todo él queda incorporado al texto de la resolución, sin que sea necesaria su reproducción íntegra.

2. En segundo lugar, se solicita la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal quinto, que diga, “La Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Valencia emitió Informe el 18/01/2010 (entrada el 20), a petición del Juzgado de lo Social nº 9, en virtud del cual y a la

vista de a documental requerida y aportada, declara la inexistencia de grupo de Empresas entre las codemandadas”, en base a los folios 184 a 186 del ramo de prueba de la recurrente.

Consta en los autos Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, por lo que en estos términos se admite la adición.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 1.2 del Estatuto de los Trabajadores. Alega el recurrente que el hecho de que las codemandadas conformen grupo de empresas no implica que existe responsabilidad solidaria, con cita de STS de 9-5-90, 30-6-93, 26-1-98, 21-12-00, 26-9-01 y 23-1-02, 3-11-05, 22-2-12, que no existe plantilla única, los centros de trabajo y las actividades son distintas, que el Sr. P. estuvo en U. en virtud de convenio con la Universidad, que solo dos actores habían trabajado para U. por lo que no ha habido prestación de servicios de manera indiferenciada ni simultánea, que no hay confusión de patrimonios ni caja única, que U. era cliente de M., que U. tiene su propia infraestructura y trabajadores, que la Inspección de Trabajo informó sobre la no existencia de grupo de empresas a efectos laborales, que cada empresa tiene su plantilla, que no existe referencia alguna a la existencia de velo empresarial ni animo defraudador.

De la relación de hechos probados contenida en la sentencia, a la que esta Sala queda vinculada, se desprende que U. SA es el socio único en M.T. SA, que tienen domicilios distintos, que la actividad económica de U. SA es la construcción y la de M. la domótica, efectuando las instalaciones de domótica de los edificios que construye U.; que el administrador único de M.T. era U. (en la actualidad, liquidador único, al estar M. en liquidación); que la plantilla fija de M. la integraban los 10 actores y una limpiadora, de los 10 trabajadores, 2 habían trabajado en U. y pasaron a M.: el Sr. A.B. trabajó en U. el periodo 13.11.2000-31.1.2001 en virtud de contrato de trabajo por obra o servicio determinado, y el Sr. C.G. trabajó en U. el periodo 5.10.1998-31.1.2001 en virtud de contrato de trabajo por obra o servicio determinado: “realización proyecto investigación y desarrollo informático domótica”; y el Sr. P.S., estuvo en U. el periodo 15.10.1999-31.1.2001 en concepto de “colaboración como estudiante en prácticas”. El grupo U. lo integran varias empresas, una de ellas M., todas gestionadas por la misma dirección. El grupo cuenta con un “Plan de Acogida” a los trabajadores. Del mismo resulta la gestión de las empresas por la misma dirección: comparten administrador (J.P.), directoras adjuntas (M.I.P. –áreas de RRHH, Administración, Calidad, Medio Ambiente y Prevención- y V.P. áreas de Suelo, Marketing y Ventas), subdirector (M.E.) y staff de apoyo, con departamentos comunes jurídico, financiero, de recursos humanos, comparten oficinas centrales y todos los trabajadores del grupo tienen unos beneficios sociales comunes. Existe normativa interna común del grupo sobre vacaciones, bajas, ausencias, permisos, vestimenta, aseo, amonestaciones, faltas, sanciones, sistema de calidad. En la cuenta que M. tiene abierta en Banesto, hay transferencias de U. a favor de la primera, sin que conste el motivo: de 32.000€ y 3.000€ en 2004, de 3.500€ en 2005 y de 30.000€ en 2007 (en sentencia aportada por la actora consta alguna otra transferencia de U. a M., sin que tampoco conste la razón de las mismas). Pues bien, conforme a reiterada doctrina, la dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del grupo empresarial, no de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Para lograr tal efecto, hace falta un elemento adicional, que la Jurisprudencia de la Sala IV ha estimado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 de mayo de 1.981 y 8 de octubre de 1.987). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias de las empresas del grupo (SS. 4 de marzo de 1.985 y 7 de diciembre de 1.987). 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes

de una exclusión de responsabilidades laborales (SS. 11 de diciembre de 1.985, 3 de marzo de 1987, 8 de junio de 1.988, 12 de julio de 1.988 y 1 de julio de 1.989). 4.- Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS. de 19 de noviembre de 1.990 y 30 de junio de 1.993). Y lo que se constata en el caso enjuiciado, del inalterado relato de hechos probados contenido en la sentencia de instancia, es la creación por estrategia empresarial de la sociedad M., que asumió a dos trabajadores que hasta entonces habían prestado servicios para U., compartiendo la misma dirección y organización común del grupo, pero con diferente actividad, no apreciándose ni confusión de plantilla ni de patrimonios, pues no implica tal la existencia de transferencias de U. ya que M. realizaba los trabajos de domótica en los edificios construido por U.. Por tanto y desde la óptica del derecho del trabajo, no cabe apreciar ninguna conducta fraudulenta que permita extender a U. SA la responsabilidad por las deudas contraídas por M.T. S. A.; lo que nos conduce a la estimación del recurso.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de U. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Valencia, de fecha 10 de julio de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de F.B.V.N Y OTROS NUEVE; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida y absolvemos a la empresa U. SA de la reclamación deducida frente a ella.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

Sentencia núm. 1.661, de 4 de julio de 2013

Materia: Impugnación de alta médica. Trabajadora afiliada al RGSS que presta servicios como educadora infantil. Tras haber agotado la duración máxima de 365 días de baja por incapacidad temporal, se emite alta médica. La actora solicita impugnación del alta médica, al padecer una serie de patologías que le incapacitan para el ejercicio de su profesión.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de cuantas pretensiones se deducen en dicha demanda, confirmando el alta impugnada.

Sala: Declara la inadmisibilidad del recurso de suplicación y la incompetencia funcional de la Sala para conocer del mismo. Declara firme la sentencia de instancia y la nulidad de las actuaciones practicadas en la tramitación del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO. 1. Frente a la sentencia de instancia dictada el 13 de junio de 2012 que desestimó la demanda presentada por doña C.B.B. en la que se impugnaba el alta médica cursada para que se declarara “improcedente e inadecuada el alta médica dada a la compareciente, volviendo a serle reconocida en situación de baja médica, y con derecho a la prestación económica del 100% de la base reguladora establecida, con efectos económicos desde el día 24/10/2011”, interpone aquélla recurso de suplicación, que no ha sido impugnado de contrario, donde bajo la rúbrica “antecedentes de hechos” hace un resumen de lo a su juicio acreditado, argumentando que en lugar de haberse producido un alta médica debió iniciarse de oficio expediente de invalidez permanente, y en otro apartado que denomina “motivos del recurso”, al amparo del artículo 193.c) de la LJS denuncia la infracción del “art. 24 de la Constitución, del art. 218 de la L.E.C. que establece que las “sentencias han de ser claras, precisas y congruentes”, del art.128.1.A) párrafo 2º de la L.G.S.S. y Real Decreto 1300/1995 de 21 de julio”, sin efectuar razonamiento alguno, .

2. Pese a que el recurso no cumple las previsiones del artículo 196.2 y por ello podría sin más desestimarse, máxime cuando lo que se postula en el mismo no coincide exactamente con lo pretendido en la instancia, propugnando la iniciación de expediente de invalidez permanente. Como quiera que la sentencia de instancia fue dictada el día 13 de junio de 2012, cuando ya había entrado en vigor la Ley 36/2011, Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), de acuerdo con lo dispuesto en su disposición final séptima, según la cual la entrada en vigor se produciría a los dos meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, lo que tuvo lugar el 11 de octubre de 2011 (BOE 245/2011). Resulta de aplicación su disposición transitoria segunda, en cuyo apartado 1 se dispone que “1. Las sentencias y demás resoluciones que pongan fin a la instancia o al recurso, dictadas a partir de la vigencia de esta Ley, se regirán por lo dispuesto en ella, en cuanto al régimen de recursos y demás medios de impugnación contra las mismas, así como en cuanto a su ejecución provisional y definitiva”. Siendo ello así, y a efectos de saber si una determinada sentencia es o no recurrible en suplicación, habrá que acudir a los preceptos de la nueva LJS que disciplinan esta materia. Y, en concreto y por lo que respecta a las altas médicas, el artículo 191.2 g) de la LJS establece que no procederá el recurso de suplicación en procesos de impugnación de alta médica cualquiera que sea la cuantía de las prestaciones de incapacidad temporal que viniere percibiendo el trabajador. Así pues y dado que el objeto de este proceso es, precisamente, la impugnación del alta médica de

la demandante (la pretensión ejercitada en la demanda inicial y que se ratificó en el acto del juicio se dirigía a que se declarara “improcedente e inadecuada el alta médica dada a la compareciente, volviendo a serle reconocida en situación de baja médica, y con derecho a la prestación económica del 100 por 100 de la base reguladora establecida, con efectos económicos desde el día 24/10/2011”). Teniendo en cuenta a mayor abundamiento que como se deduce de lo indicado por la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de marzo de 2013, las “decisiones determinantes de la situación del asegurado - prórroga, nueva baja médica, declaración de incapacidad permanente, concesión de prestación por lesión permanente no invalidante - corresponde a la entidad gestora, que la adoptará... son desde luego impugnables tanto en vía administrativa como en vía judicial ante los órganos de la jurisdicción social. Pero tal impugnación ha de llevarse a cabo por los cauces previstos en el *artículo 128.1.a) párrafos 3º, 4º y 5º LGSS*, y no, como ha sucedido en este caso a propósito de un acto no separable del procedimiento, como lo es el alta médica”, máxime cuando hoy la LJS, en su artículo 140.3.c) taxativamente indica que los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso de impugnación de altas médicas “se limitarán al alta médica impugnada, sin condicionar otros procesos diversos, sea en lo relativo a la contingencia, a la base reguladora, a las prestaciones derivadas o a cualquier otro extremo”, cabe concluir – de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal -que la sentencia que lo resolvió no era recurrible en suplicación. Es por ello que no procedía admitir el recurso, careciendo la Sala de competencia funcional para resolverlo, declarando la firmeza de la sentencia de instancia y la nulidad de lo actuado con posterioridad a su dictado.

FALLO

Declaramos la inadmisibilidad del recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de doña C.B.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 2 de los de Alicante el día 13 de junio de 2012, y la consiguiente incompetencia funcional de la Sala para conocer del mismo, declarando firme la sentencia de instancia y la nulidad de las actuaciones practicadas en la tramitación del recurso.

Sentencia núm. 1.674, de 8 de julio de 2013

Materia: Despido. Trabajadora que firma un contrato de agente de seguros realizando funciones de venta de seguros y recuperación de cartera. La trabajadora es acusada de realizar pólizas para otra compañía, pidiéndosele los recibos que gestionaba la actora para realizar una inspección. La demandada presenta papeleta de acta de conciliación por despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando que no ha existido relación laboral ni ha quedado acreditada la existencia de resolución contractual, debiendo absolver a la demandada de la pretensión de despido ejercitada contra ella.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de la sentencia, al haberse impedido a la actora la práctica de prueba testifical relacionada con la acreditación de los elementos constitutivos de la relación laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación la parte actora, la sentencia que ha desestimado su demanda de despido, con declaración de inexistencia de relación laboral y de extinción contractual.

El recurso, que se impugna de contrario, se estructura en tres motivos. En el primero, con incorrecta cita de precepto procesal, al referirse al apartado b) del art. 193 de la LRJS, cuando debía haberse señalado el apartado a), solicita la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión (sic), al considerar que el Juzgador de Instancia ha incumplido lo preceptuado en el art. 81.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, de aplicación a tenor de lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la LRJS, al haberse iniciado el proceso por demanda presentada el 5 de octubre de 2011, porque la falta de aclaración de la demanda ha impedido la práctica de prueba relacionada con la acreditación de los elementos constitutivos de la relación laboral, sin la que no existe despido colocando a la demandante en situación de indefensión.

La nulidad de la sentencia será estimada con las matizaciones que más adelante se dirán. Aunque la nulidad no se haya interesado en el suplico del recurso, no le falta razón a la parte actora cuando solicita la nulidad, al habersele impedido la práctica de prueba testifical relacionada con la acreditación de los elementos constitutivos de la relación laboral, ya que contrariamente a lo que sostiene el Magistrado de Instancia, aunque desde la demanda se admite la suscripción entre las partes de un contrato de agente de seguros, se afirma que las “labores llevadas a cabo desde el inicio de la relación laboral, han sido claramente de trabajadora por cuenta ajena, por lo que solicitó que se le formalizara su alta en la seguridad social como tal, o cuanto menos que le reconocieran la condición de autónomo dependiente...” en consecuencia la demanda no adolece de defecto alguno, dado que con tal alegación la empresa ya sabía que se iba a discutir la concurrencia de los requisitos que conforman el contrato de trabajo y entre ellos, por ser el que diferencia los contratos de trabajo con los de agencia, la nota de dependencia a través de las circunstancias que la configuran tales como el horario, la sujeción a las instrucciones de la empresa, la utilización de sus medios materiales, la facilitación de clientes etc, y se ha causado indefensión a la parte

actora, al inadmitirle la prueba testifical para acreditar la existencia de la relación laboral que es presupuesto necesario para que prosperara su demanda de despido. En efecto en el visionado de la grabación del juicio se observa como a la letrada de la parte actora se le impide realizar cualquier aclaración de la demanda para determinar las funciones que realizaba en la empresa y se consideran impertinentes todas las preguntas relacionadas con las labores llevadas a cabo en la misma, al considerar que son hechos que no constan en la demanda, formulando la letrada la oportuna protesta. Ante ello no cabe sino concluir que ha quedado vulnerado el derecho de defensa, siendo además la incompetencia de jurisdicción que alega la empresa cuestión de orden público procesal apreciable incluso de oficio, sin que la Sala tenga elementos suficientes para ello al faltarle los hechos que pudieran haberse derivado de la prueba testifical que se ha impedido practicar a la parte actora.

En consecuencia, procede declarar la nulidad de la sentencia y del juicio al haberse impedido a la parte utilizar los medios de prueba previstos en la ley para acreditar los hechos controvertidos y alegados en la demanda (art. 90 de la LRJS), lo que causa indefensión material y procede retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior a la celebración del juicio para que se señale uno nuevo en el que se permita a las partes la utilización de todos los medios de prueba para acreditar los hechos alegados y que sean controvertidos, resolviendo sobre la naturaleza de la relación que mantenían las partes, que incide en la competencia de este orden jurisdiccional.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña L.R.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche, de fecha 18 de junio de 2012; y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la sentencia, retrotrayendo las actuaciones al momento anterior al juicio, para que se señale la celebración de uno nuevo en el que se permita a las partes hacer uso de todos los medios de prueba previstos en la ley para acreditar los hechos discutidos, continuándose el procedimiento en los pertinentes términos legales.

Sin costas.

1778

Sentencia núm. 1.739, de 10 de julio de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador, peón agrícola, afiliado en el régimen de trabajadores de modalidad agrícola. Solicitud declaración invalidez permanente. Por resolución del INSS se le comunica que sus dolencias no son merecedoras de la declaración de invalidez solicitada.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor, junto con su posible agravamiento, le incapacitan para el desarrollo de las tareas propias de su profesión. Declara al actor afecto de una Invalidez Permanente en el grado de Incapacidad Permanente Total para la profesión de peón agrícola con derecho a percibir una pensión del 55% de su base reguladora con efectos desde determinada fecha más las revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la parte actora, la sentencia que ha desestimado su demanda en la que solicita la Invalidez Permanente en el grado de Incapacidad Permanente Total (IPT).

El recurso se estructura en cuatro motivos. En el primero formulado con amparo procesal en el apartado b) del art. 193 de la LRJS propone la modificación de los hechos primero y quinto; y los tres siguientes interpuestos por la letra c) del art. 193 de la LRJS denuncian tanto la infracción de normas sustantivas (arts 137.2 y 4 de la LGSS), como la infracción de normas procesales (arts. 97.2 de la LRJS y art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), como la infracción de la jurisprudencia (STS de 1-12-2008 -rec. 4039/2007- sobre el concepto de profesión habitual).

Comenzando a decidir las modificaciones fácticas interesadas en el primer motivo, diremos que solicita en primer lugar, con apoyo en el documento nº 1 de los aportados en su ramo de prueba que es un certificado de su empleador, la ampliación del hecho primero para que diga: “Que el actor B.F.B. con D.N.I. X. y afiliado en el Régimen de Trabajadores de modalidad agrícola de la Seguridad Social con el número X. , siendo su profesión habitual la de peón agrícola (recolector de cítricos) empleado de la empresa F. SL con antigüedad desde el 16/12/2000, trabajo que ha venido ejerciendo hasta la suscripción de un nuevo contrato, como corredor de frutas, en fecha 17/09/2010, computando esa fecha a efectos de antigüedad:”, lo que así resulta de la certificación empresarial y no discute la sentencia por lo que la completa y se estima.

A continuación, se ataca en el mismo motivo el hecho quinto, donde se describe el cuadro clínico y limitaciones a enjuiciar, proponiendo una redacción prácticamente idéntica y se rechaza la modificación que se apoya en la misma prueba que ya fue valorada por la Magistrado de Instancia.

SEGUNDO.- Los tres últimos motivos, se van a resolver conjuntamente, no sin antes precisar que el apartado c) del art. 193 de la LRJS no sirve para denunciar la infracción de normas procesales, que solo por la vía del apartado a) del mismo precepto y para conseguir la

nulidad de la sentencia podían haber sido alegadas, por lo que como en definitiva los tres motivos se formulan para rebatir dos cuestiones que el recurrente no comparte con la decisión que plasma la sentencia, relativas a cual sea la profesión habitual del demandante y si está o no incapacitado para el desarrollo de las tareas que conforman dicha profesión, se tratarán a continuación ambas cuestiones.

Sobre la profesión habitual, en efecto, aparece acertada la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 1-12-2008 que señala, interpretando el art. 137.3 de la LGSS, que en el caso de enfermedad común es aquella que desarrollaba el trabajador antes de la iniciación de la enfermedad, integrada por todas las funciones o trabajos concretos que integran objetivamente aquella profesión, siendo irrelevante el hecho de que su concreta empleadora le hubiera adjudicado un puesto compatible con su limitaciones por mucho que pudiera pertenecer a la misma categoría profesional, debiendo ser consideradas las tareas habituales que venían conformando la profesión habitual que era la que antes venía realizando, por lo que aplicando esta doctrina al caso enjuiciado yerra la sentencia al considerar que por el hecho de haber pasado de forma inminente a desarrollar en la misma empresa tareas de corredor de frutas que no requieren esfuerzo alguno, no proceda acceder a la IPT que postula.

En relación a la IPT que se reclama 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 5ª 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”.

Reiterada jurisprudencia (Sentencias del TS de 24-7-86 y 9-4-90) señala que, a los efectos de la declaración de invalidez permanente en el grado de total, debe partirse de los siguientes presupuestos, sistematizados en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 30-5-2005 que por su claridad hacemos nuestros:

- A) La valoración de la invalidez permanente ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto tales restricciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia;
- B) Han de ponerse en relación las limitaciones funcionales resultantes con los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la concreta profesión;
- C) La aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, sin que el desempeño de las mismas genere "riesgos adicionales o superpuestos" a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a "una continuación de sufrimiento" en el trabajo cotidiano;
- D) No es obstáculo a la declaración de tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas y sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas "menos importantes o secundarias" de su propia profesión habitual o cometidos secundarios o complementarios de ésta, siempre que exista una imposibilidad de continuar

trabajando en dicha actividad y conserve una aptitud residual que "tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro";

E) Debe entenderse por profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en la movilidad funcional.

Los hechos probados de la sentencia relatan que el actor, nacido el 12-1-1961 (lo que aparece en el expediente), tiene por profesión la de peón agrícola, que instó el expediente de incapacidad y que presenta el siguiente cuadro clínico residual derivado de enfermedad común: estenosis foraminal, HD L5L5, iq el 13.02.09, artrodesis, gonartrosis de rodilla derecha grado moderado. Como limitaciones orgánicas y funcionales padece limitación para la sobrecarga mecánica y postural habitual e intensa a nivel de columna lumbar y de rodilla derecha.

Según el perito de parte actora Dr. S., las lesiones son susceptibles de agravamiento, tiene limitaciones funcionales de estructura de la columna lumbar, dolor en la espalda y rodilla derecha y movilidad del caquis lumbar, y le incapacitan para inclinaciones repetitivas del tronco y/o manejo de cargas, estando contraindicadas las tareas que produzcan sobrecarga biomecánica del caquis, tales como el transporte de objetos pesados y las flexoextensiones del tronco están contraindicadas por riesgo de agravamiento.

Pues bien, con estos datos, no cabe duda que, el actor no podrá seguir desarrollando las principales tareas de su profesión de peón agrícola, que se caracteriza por la realización de tareas muy exigentes de movilidad a todos los niveles, incluso la deambulación por terrenos irregulares y el manejo de cargas lo que tiene contraindicado y para lo que esta incapacitado, por lo que procede estimar el recurso y revocar la sentencia para estimar la demanda.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don B.F.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Benidorm en fecha 25 de junio de 2012; y en consecuencia revocamos la sentencia y estimamos la demanda del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social declarando al actor afecto de Invalidez Permanente en el grado de Incapacidad Permanente Total para la profesión de peón agrícola con derecho a percibir una pensión del 55% de la base reguladora de 589,47 € mensures con efectos 11-5-2010, sin perjuicio de revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan.

Sin costas.

Sentencia núm. 454, de 16 de diciembre de 2013

Materia: Despido colectivo. Trabajadores al servicio de entidad bancaria que procede a la extinción de puestos de trabajo. Consideración despido improcedente. Defecto formal en la extinción de los puestos de trabajo de los demandantes.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia de los despidos enjuiciados. Los actores tienen derecho a una indemnización en dos tramos de 45 y 33 días de salario por año trabajado, a los que habrá que deducir los importes ya percibidos en concepto de indemnización por extinción objetiva. Juzg. Social nº3 Castellón. Cabe recurso suplicación.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Edo Prades

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS se hace constar que los hechos que se declaran probados en el apartado primero no han resultado controvertidos, salvo el salario regulador, al mostrarse disconforme B. SA con el propuesto por JLDJ por YMG, que difiere del tomado en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones reflejadas en las cartas de despido. Cabe señalar que en ambos casos se considera probado el percibido por los demandantes en la mensualidad de abril de 2013 recogido en el documento nº 20 de los aportados por la empresa demandada en los ramos de prueba correspondientes a cada uno de los demandantes, por las razones que se expondrán en el fundamento de derecho quinto.

Los hechos probados segundo al quinto se extraen de los documentos nº 1 al 8 de los aportados por B. SA como prueba documental común a los tres demandantes.

El hecho probado sexto se extrae de la testifical prestada por la Sra. RM, Directora de Personas de la Comunidad Valenciana, Islas Baleares y Murcia, que detalló el proceso de evaluación interna del personal desarrollado, siendo que al documento nº 27 de los aportados se adjuntan las líneas maestras del Proyecto Conocer+Valorar seguido por la empresa para el desarrollo de tal evaluación.

Las notas concretas obtenidas por cada uno de los demandantes se extraen de la documental aportada por la demandada en cada ramo de pruebas. Así por lo que respecta a JTLB se extrae de los documentos nº 22 y 24. En cuanto a YMG se extrae del documento nº 14 de su ramo de prueba. Y, en cuanto a JLDJ se extrae del documento nº 14.

Igualmente, por la testigo se aclaró la cuestión relativa a las fechas que figuraban en las evaluaciones de cada uno de los trabajadores, que podían hacer pensar en variaciones sustanciales de calificaciones en un mismo acto sin justificación para ello, al indicar que la fecha que figuraba en cada informe era la correspondiente a la última modificación que se había realizado en el documento.

El hecho probado séptimo se extrae de las cartas de despido adjuntadas con las demandas. No resultan discutidos, y se extraen del texto del Acuerdo, la existencia de

colectivos que gozaban de preferencia, y en concreto, por lo que respecta a los contratos de relevo, en el documento nº 21 se aportó el contrato de relevo de la trabajadora BOM.

El hecho octavo se extrae de los documentos nº 17 a 19 de los aportados por la empresa demandada.

El hecho noveno no resulta controvertido y el hecho décimo se extrae de los autos.

SEGUNDO.- Ninguno de los demandantes impugna las causas económicas recogidas en las comunicaciones de despido, ni tampoco la falta de comunicación de las extinciones individuales a los representantes de los trabajadores, en cuanto que como cuestión introducida en el acto del Juicio por la defensa de JTLB, fue dejada de lado por el mismo en el tramo de conclusiones definitivas. Tampoco se discute la regularidad del proceso de negociación colectiva del expediente de regulación de empleo. Se centra el debate, por tanto, en el defecto formal en la extinción de los contratos de trabajo de los demandantes, por la redacción de la carta de despido que genera indefensión a los trabajadores por cuanto que se desconoce cuáles han sido los criterios de selección de los demandantes en orden a la extinción acordada por la empresa demandada, ya que consideran que la comunicación escrita está plagada de generalidades sin ninguna referencia a los demandantes. Igualmente, la representación de JLDJ consideró que se había producido un error inexcusable en el cálculo de la indemnización por cuanto que el salario correspondiente al trabajador era superior al consignado en la carta de despido para el cálculo de la indemnización. Igualmente, la representación de YMG propugnó un mayor salario que el ofrecido por la empresa.

La empresa B. SA se opuso a la estimación de las demandas, centrando su argumentación en la descripción del proceso de selección de los trabajadores afectados por el expediente de regulación de empleo, incidiendo en que la gran mayoría de extinciones –a las que se refiere la empresa como desvinculaciones- se han producido por aceptación de las propuestas realizadas por los trabajadores y solo una mínima parte por designación directa de la empresa. Se defiende la validez del proceso de evaluación de desempeño realizada en el año 2012 con anterioridad a la negociación del expediente de la regulación de empleo y la elección de tal evaluación como forma de establecer los criterios de designación, que especificó en el acto del Juicio respecto de cada uno de los demandantes. En cuanto a los defectos achacados a las cartas de despido, considerando que solo serían causa de improcedencia pero no de declaración de nulidad, sostiene la empresa que la redacción de las cartas no es insuficiente, ya que bastaba que el trabajador conociese que había resultado afectado, y en el momento procesal oportuno se procedería a dar la conocer las razones. En cualquier caso optó en el acto del Juicio por la indemnización.

Por SATE se sostuvo que la empresa demandada había realizado una incorrecta aplicación de los términos del Acuerdo alcanzado el 8 de febrero de 2013.

No comparecieron los sindicatos CCOO, UGT, CSICA, ACCAM.

TERCERO.- Centrada la cuestión en el defecto formal que sostienen las partes demandantes se produce en la comunicación individual de las extinciones, cabe señalar que el art. 51.4 del ET por remisión al art. 53.1 del ET obliga a notificar individualmente por escrito a todos los trabajadores afectados por el despido objetivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, tanto si el despido individual es fruto del acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, como si es una decisión individual de la empresa. Al respecto la posición mayoritaria en la doctrina considera que la comunicación individual del despido colectivo cuya fase colectiva haya concluido con acuerdo, debe respetar

las formalidades establecidas en el art. 53.1 del ET, esto es, comunicación escrita al trabajador expresando la causa ya puesta a disposición de la indemnización con las salvedades en caso de causa económica y alegación por la empresa de imposibilidad de puesta a disposición.

La sentencia de la Sala de lo Social del TSJ del País Vasco de 15 de enero de 2013, realiza una extensa interpretación de los preceptos concernidos en tal cuestión, y señala “...Se ha de añadir a los anteriores argumentos de interpretación sistemática, otro de carácter lógico, cuál es que la notificación individual del despido a los trabajadores afectados resulta también indispensable cuando existe conformidad entre los interlocutores sociales sobre la pertinencia de la medida extintiva pues la firma del acuerdo no determina, por sí misma, la extinción de los contratos de trabajo, siendo preciso un acto adicional del empresario, de ejecución y aplicación de lo pactado. Esto sentado, la norma estatutaria no contempla un procedimiento específico para la comunicación individual del despido en ese supuesto, lo que supone que la tesis interpretativa defendida por la recurrida llevaría, en caso de acuerdo, a una libertad absoluta de forma que no sólo pugnaría con lo dispuesto en el artículo 122.3 del Texto Adjetivo Social (RCL 1995, 1144, 1563), sino con el derecho fundamental de los afectados a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que resultaría quebrantado si la empresa pudiese proceder a su despido de forma verbal, o por escrito, pero sin identificar de manera suficiente la causa de la decisión extintiva como exige el artículo 53.1.a) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997)...” para señalar más adelante que “...Situada en este plano, la Sala no aprecia ninguna diferencia relevante que pueda justificar el trato desigual entre los trabajadores de uno y otro grupo, respectote las formalidades aplicables a la comunicación individual de su despido. No la encuentra, desde luego, en relación con el requisito previsto en la letra a) del artículo 53.1 del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995,997). El objetivo al que responde, de garantizar al trabajador despedido el derecho a articular adecuadamente su defensa e intervenir en el proceso en condiciones de igualdad con el empresario, se hace presente en los mismos términos si las consultas han concluido con acuerdo o sin él. Además, la disposición adicional 54ª de la Ley General de la Seguridad Social, añadida por el Real Decreto Ley 3/2012 (RCL 2012, 147, 181), se establece que en los supuestos de despido colectivo, la situación legal de desempleo se acreditará, sin establecer diferencias en razón del resultado del proceso de negociación, mediante comunicación escrita del empresario al trabajador en los términos del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, precepto que sólo hace mención a esa comunicación en el apartado 4.

Así, el art. 53.1 a) del Estatuto de los Trabajadores exige, en primer lugar, que en la comunicación escrita en que se notifique al trabajador la extinción se exprese las causas que la fundamentan. El requisito tiene como evidente finalidad que el trabajador conozca las causas (económicas, técnicas, organizativas y de producción, en este caso, según la comunicación extintiva empresarial), en los términos del art. 52.c) del ET en relación con el art. 51.1, y pueda oponerse a la extinción rebatiendo la existencia de las mismas. La doctrina del TS viene desde antiguo resaltando que la exigencia formal en la comunicación por escrito responde a la triple finalidad de proporcionar conocimiento de los hechos para poder impugnarlos sin indefensión, de determinar los motivos de la posible oposición y de proceder a la delimitación fáctica de una posible controversia judicial, por lo que el requisito ha sido considerado siempre como dotado de carácter “ad solemnitatem” y comportando la necesidad de que en la notificación del despido se describan los hechos que integran la causa de la decisión empresarial en términos de adecuado detalle cronológico, cuantitativo y circunstancial que, sin llegar a un rechazable sacramentalismo, permitan al trabajador aprestar los medios adecuados de defensa, lo que se hace imposible tanto en los supuestos de acentuado laconismo narrativo cuando en los que imprecisiones o vaguedades, que obviamente llevan a un claro desamparo procesal. Y es claro que dicha doctrina jurisprudencial, elaborada en supuestos de despido disciplinario, resulta de plena aplicación a los “despidos objetivos” del art. 52 c) del ET, puesto

que si bien en los despidos disciplinarios el trabajador puede tener una idea o sospecha de cuál es la causa de la decisión empresarial por cuanto, en principio, estará fundada en una conducta llevada a cabo por aquél, en los despidos objetivos no ocurre lo mismo, toda vez que el trabajador no tienen por qué conocer cuál es la situación real de la empresa en relación con su posición económica –ganancias o pérdidas de los últimos ejercicios-, o con las dificultades que impidan su buen funcionamiento en el mercado.

Tal doctrina es plenamente aplicable al caso de autos, aún no discutiéndose por las partes la concurrencia de las causas económicas aducidas por la empresa, ya en que las comunicaciones extintivas remitidas a los demandantes no cumplen con las exigencias derivadas del art. 53.1 a) del ET. Así, no debe perderse de vista, que en el Acuerdo alcanzado entre empresa y representantes de los trabajadores el 8 de febrero de 2013 se regula de forma detallada en el Anexo III los criterios de afectación de empleados, y se establece el marco de aplicación y desarrollo –hecho probado quinto-, según el cual se alcanza el pacto por el que la designación de las personas afectadas por la extinción, un vez resultas las peticiones individuales de adhesión, se realizaría teniendo en cuenta la valoración resultante de los procesos de evaluación realizados, y debe establecerse que la calificación que servía de corte se estableció en 5 puntos, por debajo de los cuales la empresa podía designar a los trabajadores afectados, y sin perjuicio de la existencia de grupos preferentes que aún con notas inferiores a la de corte, no eran seleccionados.

Basta la lectura de las cartas de despido, recogidas en el hecho probado séptimo, para constatar que las referencias a los criterios de selección de cada uno de los trabajadores afectados no es sino una remisión al contenido del Anexo III del Acuerdo de 8 de febrero de 2013, sin ninguna referencia concreta y precisa al caso de cada uno de los demandantes, que explicita la razón por la que en aplicación de los criterios de afectación pactados, hayan sido seleccionados. No puede suplirse la parquedad de la carta individual de despido, con las remisiones a los Anexo del acuerdo alcanzado, por cuanto que la mera firma del acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores no produce la extinción del contrato de trabajo, sino que es necesario al acto adicional de la empresa de aplicación y ejecución de lo pactado, con la necesaria inclusión de la explicación suficiente de las razones que motivan la extinción de su contrato. Ello, necesariamente conlleva también, en concreción de lo pactado, la especificación de las razones por las cuales se ha seleccionado al trabajador concreto y no a otros, de acuerdo con los criterios de designación pactados en el Anexo III. Tal circunstancia no se cumple respecto de los demandantes, dado que las cartas se limitan a lamentar que hayan sido seleccionados, pero sin indicar las razones por las cuales habían sido escogidos, y que les hubiera permitido, si esa era su voluntad, plantear las preferencias atribuidas a otros trabajadores que no fueron designados, combatir la puntuación obtenida, o incluso, de haberse conocido con anterioridad, optar por su adhesión voluntaria al programa de bajas incentivadas con condiciones económicas más beneficiosas de cuya posibilidad se vieron privados al desconocer la puntuación. La ausencia total de conocimiento de la evaluación de desempeño y las notas obtenidas hasta el mismo día del Juicio en que fueron aportadas por la empresa demandada, no hace sino corroborar lo sostenido, esto es, la concurrencia del defecto formal en el redacción de la carta.

La consecuencia, como se anticipaba, no puede ser otra que considerar el despido de los demandantes como improcedente en aplicación de lo dispuesto en el art. 53.4 en relación al art. 53.1 del ET y 122 de la LRJS por remisión del art. 124.13 de la LRJS.

La misma conclusión se alcanza por la sentencia de 5 de diciembre de 2013 dictada por el Juzgado de los Social nº 4 de Castellón en el expediente 755/13, que se comparte íntegramente por este Juzgado.

CUARTO.- La defensa de JLDJ, asimismo, solicita la declaración de improcedencia del despido aduciendo error inexcusable en el cálculo de indemnización al no tenerse en cuenta el salario real percibido por el trabajador en el importe que se proponía en la demanda.

Como se ha anticipado en el fundamento de derecho primero, y se recoge en el hecho probado primero, el salario regulador establecido es distinto al propuesto, e inferior, y se basa en el recibo salarial correspondiente al mes de abril de 2013, al no haberse especificado por el trabajador que existieran percepciones salariales en cuantía diversa y de distribución irregular.

En cualquier caso, no puede atenderse la alegación de la parte demandante, por cuanto que en el seno del expediente de regulación de empleo concluido con el acuerdo de los representantes de los trabajadores, se pactó en el Anexo II del Acuerdo de 8 de febrero de 2013 la forma de cálculo del salario en orden a fijar las indemnizaciones, y que ha sido seguido por la empresa demandada al consignar en las cartas de despido el importe correspondiente. Ciertamente no se discute por el demandante el error en la aplicación de los criterios pactados, sino el salario regulador.

No debe olvidarse que el importe reconocido como indemnización es muy superior al fijado por el art. 53.1 del ET, incrementándose en la negociación colectiva los parámetros del despido objetivo, como una mejora negociada por los representantes de los trabajadores. Por ello no puede aplicarse la doctrina del error inexcusable, por cuanto que aún considerando que se hubiera incurrido, en error, el importe obtenido por el trabajador, aún así, sería siempre superior al resultante de aplicar los módulos que como mínimo indisponible se establecen en el art. 53.1 del ET. La única vía que le restaría al trabajador sería la de entender que no se han aplicado correctamente los criterios del Anexo II del Acuerdo, circunstancia que como se indica no ha sido discutida por las partes.

QUINTO.- Para el cálculo de la indemnización deberá tenerse en cuenta la Disposición Transitoria Quinta de la Ley 3/2012 de 6 de julio, en su apartado segundo, en tanto que el despido tiene fecha de efectos posterior al 12 de febrero de 2012, de manera que deberá calcularse el importe de la indemnización de dos tramos distintos con parámetros diferentes.

El salario a tener en cuenta a los efectos del cálculo de las indemnizaciones será el realmente percibido por los trabajadores, y no el calculado en el Anexo II del Acuerdo de 8 de febrero de 2013, por cuanto que tales previsiones eran establecidas en el seno del expediente de regulación de empleo concluido con acuerdo, pero no para el caso de improcedencia del despido, en el que el salario regulador es el que corresponde al trabajador al tiempo del despido según constante doctrina jurisprudencial. Por ello habrá que estar al establecido en el hecho probado primero.

Igualmente, cabe recordar que la empresa B. SA al amparo del art. 110.1 a) de la LRJS, titular del derecho de opción, anticipó su opción a favor de la indemnización para el caso de declaración de improcedencia.

JTLB, en el primer tramo, hasta el 11 de febrero de 2012, le correspondería una indemnización de 179.641,13 euros, calculada con arreglo a los preceptos antes citados, y tomando en consideración la fecha inicial de la relación laboral fijada en la sentencia (1 de diciembre de 1986), con una indemnización de 45 días de salario por año de servicio que, prorrateada, es la cantidad antes citada.

En el segundo tramo, desde el 12 de febrero de 2012 hasta el 9 de abril de 2013,

correspondería una indemnización de 6.086,45 euros, con arreglo a 33 días de salario por año de servicio.

La cantidad total 185.727,58 euros.

YMG, en el primer tramo, hasta el 11 de febrero de 2012, le correspondería una indemnización de 113.592,19 euros, calculada con arreglo a los preceptos antes citados, y tomando en consideración la fecha inicial de la relación laboral fijada en la sentencia (6 de abril de 1989); con una indemnización de 45 días de salario por año de servicio que, prorrateada, es la cantidad antes citada.

En el segundo tramo, desde el 12 de febrero de 2012 hasta el 11 de mayo de 2013, correspondería una indemnización de 4543,69 euros, con arreglo a 33 días de salario por año de servicio.

La cantidad total 118.135,88 euros.

JLDJ, en el primer tramo, hasta el 11 de febrero de 2012, le correspondería una indemnización de 117.330,23 euros, calculada con arreglo a los preceptos antes citados, y tomando en consideración la fecha inicial de la relación laboral fijada en la sentencia (15 de mayo de 1989), con una indemnización de 45 días de salario por año de servicio que, prorrateada, es la cantidad antes citada.

En el segundo tramo, desde el 12 de febrero de 2012 hasta el 11 de mayo de 2013, correspondería una indemnización de 4719,34 euros, con arreglo a 33 días de salario por año de servicio.

La cantidad total 122.040,57 euros.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 123.4 de la LRJS, constando que los demandantes han percibido distintos importes por la indemnización reconocida en la carta de despido, tales importes deberán deducirse del importe establecido como indemnización por despido improcedente.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que con ESTIMACIÓN de la demanda presentada por JTLB, YMG y JLDJ contra la empresa B. SA, CCOO, UGT, CSICA, ACCAM Y SATE, debo declarar y declaro la improcedencia de los despidos enjuiciados de fecha de efectos 9 de abril y 11 de mayo de 2013, y debo condenar y condeno a la empresa demandada B. SA, en atención a la opción a favor de la indemnización manifestada en el acto del Juicio, a indemnizar a los trabajadores demandantes de las siguientes cantidades:

JTLB: 185.727,58 euros,

YMG: 118.135,88 euros, y

JLDJ: 122.040,57 euros, a las que habrá que deducir los importes ya percibidos en concepto de indemnización por extinción objetiva de acuerdo con el art. 123,4 de la LRJS.

Procede la absolución de CCOO, UGT, CSICA, ACCAM y SATE.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer RECURSO DE SUPPLICACIÓN para ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que deberá anunciarse dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución, bastando para ello la mera manifestación de la parte, su Abogado o representante de su propósito de entablar tal recurso, o por comparecencia o por escrito ante este Juzgado.