

**Sentencia núm. 1.744, de 10 de julio de 2013**

**Materia:** Prestación por desempleo. Trabajador extranjero que, tras agotar la prestación contributiva de desempleo, le es concedida una prestación de nivel asistencial. El actor marcha al extranjero en dos ocasiones sin haber comunicado su salida al SPEE. Extinción de la prestación reconocida y devolución de cantidades percibidas indebidamente. Presentación de alegaciones y reclamación previa por parte del demandante, las cuales son desestimadas.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones en su contra deducidas en la misma. Procede la extinción de la prestación.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso, revocando en tal sentido la sentencia de instancia. Las ausencias del trabajador, tanto individualmente como en su conjunto, han sido inferiores al tiempo necesario para declarar extinguidas las prestaciones por desempleo. Tan solo procede la suspensión de las mismas por el tiempo de ausencia en el extranjero.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se recurre por parte de H.A. la sentencia que dictó el día 22 de octubre de 2.012 el Juzgado de lo social número 15 de los de Valencia en la que se desestimó la demanda por él deducida en la que impugnaba la resolución dictada por el SPEE que declaró la extinción de las prestaciones desempleo que le fueron reconocidas, con efectos desde el 29 de agosto de 2.008, reclamándole el reintegro de 10.061,47 euros que ha percibido desde entonces en concepto de prestación por desempleo y de subsidio por desempleo de carácter asistencial. El recurso se articula en único motivo que se destina a la censura jurídica, si bien en el mismo se denuncian tres infracciones diferenciadas.

2. Son datos necesarios para resolver el motivo que se formula los siguientes que aparecen recogidos en el inalterado relato histórico de la sentencia recurrida: a) el actor siendo beneficiario de una prestación por desempleo de carácter contributivo se ausentó del territorio español en dos ocasiones a Marruecos por más de 15 días sin solicitar autorización alguna del SPEE: del 29 de agosto de 2.008 al 29 de septiembre de 2.008, y del 11 de diciembre de 2.008 al 8 de enero de 2.009; habiéndole sido reconocida subsidio de desempleo de nivel asistencial el día 25 de febrero de 2.010, nuevamente se ausentó de España por un periodo superior a 15 días entre los días 25 de julio a 11 de agosto de 2.010, si bien había solicitado autorización el día 23 de julio de 2.010 y dicha ausencia había sido concedida por la entidad gestora demandada si bien por un periodo no superior a quince días; habiéndose promovido por la entidad gestora demandada procedimiento para la declaración de la extinción de las prestaciones por desempleo reconocidas y de reintegro de cantidades indebidamente percibidas, el mismo concluyó por resolución del SPEE de fecha 26-1-2.011, que es la que ahora se impugna, y que como arriba se indicaba declaraba la extinción de las prestaciones desempleo que le fueron reconocidas, con efectos desde el 29 de agosto de 2.008,

reclamándole el reintegro de 10.061,47 euros que ha percibido desde entonces en concepto de prestación por desempleo y de subsidio por desempleo de carácter asistencial.

3. Dados estos hechos, y considerando la Juzgadora de instancia que la resolución impugnada era ajustada a derecho, puesto que la ausencia por más de 15 días del territorio nacional sin justificación alguna debe reputarse como causa de extinción de las prestaciones por desempleo a tenor de lo dispuesto en el art. 231.1 g) de la LGSS en relación con el art. 6.3 del RD 625/1.985 de 2 de abril, en la censura jurídica que se efectúa considera vulnerados los siguientes preceptos legales:

a) en primer lugar, denuncia infracción de los arts. 9 y 24 de la Constitución Española ya que se alega que la resolución impugnada al no expresar con claridad el motivo de la extinción del derecho le ha generado indefensión;

b) en segundo lugar, denuncia que se han vulnerado los siguientes principios del ordenamiento jurídico: de legalidad, de jerarquía normativa, el principio de publicidad de las normas, la irretroactividad de las normas sancionadoras y restrictivas de derechos individuales, el principio de seguridad jurídica y el principio de interdicción al arbitrariedad de los poderes públicos, y ello porque se considera indebidamente justificada la resolución administrativa que declaraba extinguido la prestación por desempleo;

c) y finalmente, se alega en todo caso, que resultaría de aplicación el art. 24 de la LISOS con arreglo al cual la infracción del recurrente debería calificarse como falta leve, no procediendo la extinción de la prestación, en ningún caso pues no ha existido un efectivo cambio de residencia por parte del recurrente, por lo que no hay obligación de restituir cantidad alguna.

4. Si bien las dos primeras infracciones denunciadas no pueden ser acogidas, pues se trata de cuestiones nuevas que no fueron suscitadas ni en la reclamación previa, ni en instancia-, en este sentido debemos recordar con la STS de 26-9-2001 que es doctrina de Sala IV contenida de forma y reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello, como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal- , *si ha de merecer parcial acogida la tercera de las infracciones denunciadas, por las razones que procedemos a exponer, pues como se explicará a continuación la más reciente doctrina unificada de la Sala IV del TS viene considerando que las ausencias del territorio nacional cuya duración temporal no exceda de los 90 días no implican traslado de residencia al extranjero, lo que a su vez implica que nos encontremos ante una causa de suspensión, y no de extinción de la prestación por desempleo.*

5. En efecto, la doctrina del TS expresada en la STS de 18-10-2012 (rcud 4325-11), señala interpretando conjuntamente los arts. 231.1 g) de la LGSS y 6.3 del RD 625/1.985 que “La diversidad de supuestos litigiosos y la complejidad de la

normativa aplicable aconsejan una exposición lo más clara posible de las distintas soluciones jurisprudenciales que corresponde en derecho a tales supuestos. Seguimos en este punto la técnica utilizada en nuestra precedente STS 22-11-2011, que distingue los tres grupos de situaciones de la protección del desempleo: prestación "mantenida", prestación "suspendida" y prestación "extinguida". 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 EDL1985/8175 (redacción RD 200/2006 EDL2006/6215 ) 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”.

6. La aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa en que ninguna de las tres ausencias del recurrente superó los noventa días, no llegando siquiera a sumar dicho número de días en su conjunto el total de las mismas hace que debamos estimar que nos encontremos ante un supuesto de suspensión y no de extinción de las prestaciones por desempleo reconocidas, lo que hace que únicamente proceda el reintegro de las prestaciones devengadas y percibidas por el beneficiario durante las referidas ausencias.

**SEGUNDO.-** Lo razonado en el anterior fundamento derecho nos llevará a la estimación parcial del motivo en los términos expuestos en el último de los párrafos del mismo. Sin costas.

### **FALLAMOS**

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por H.A.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de VALENCIA de fecha 22 DE OCTUBRE DE -2012 en sus autos núm. 913/11, PROCEDEMOS a REVOCAR LA SENTENCIA RECURRIDA en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por el actor declarando que únicamente procede el reintegro por parte de este al SPEE de las cantidades percibidas en concepto de prestación por desempleo contributiva y de subsidio de carácter asistencial devengadas en los siguientes periodos de tiempo según se fije en ejecución de la presente sentencia:

- a. entre el 29 de agosto y el 29 de septiembre de 2.008;
- b. entre el 11 de diciembre y el 9 de enero de 2.009;

c. entre el 25 de julio y el 21 de agosto de 2.010.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.764, de 11 de julio de 2013**

**Materia:** Reclamación de cantidad y modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora fija discontinua para campaña de invierno. La trabajadora tiene garantizado 9 meses de trabajo al año en virtud de acuerdo del comité de empresa. Modificación condiciones de trabajo. La actora solicita la extinción de la relación laboral que le vincula con la empresa.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de lo peticionado frente a los mismos.

**Sala:** Estima el recurso y anula la sentencia de instancia en el sentido de dictar una nueva que resuelva el fondo del asunto.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación letrada de la parte demandante se formula recurso frente la sentencia que desestimó su demanda, recaída en proceso tramitado inicialmente sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, aunque la desestimación versó sobre la pretendida extinción del contrato de trabajo que le vinculaba con la empresa.

La ahora recurrente formula en primer término, y con apoyo en el artículo 193 “a” de la LRJS, dos motivos en donde solicita la nulidad de la sentencia, alegando en estos como infringidos el artículo 97.2 de la LRJS, el artículo 248.3 de la LOPJ y el 24.1 y 120.3 de la C.E., en referencia a la insuficiencia de hechos probados que a su entender tiene la sentencia, y en segundo término, y por lo que se refiere a la censura de incongruencia omisiva, se citan como infringidos, de nuevo el artículo 24.1 de la CE y el artículo 97.2 de la norma adjetiva laboral y por vez primera los artículos 216 y 218.1 de la LEC y el 238.3 y 240.1 de la LOPJ.

Pero la primera de las peticiones de nulidad debe decaer, pues tan drástica decisión no cabe adoptarla atendiendo a que las infracciones citadas no tienen lugar. En efecto, la supuesta insuficiencia de hechos probados, que se centra en lo reflejado en el sexto ordinal del relato fáctico de la sentencia, que a juicio del recurrente incluso predeterminaría el fallo, se puede colmar a través de la petición de inclusión de nuevos hechos a partir de las pruebas documentales y periciales practicadas en el acto de juicio, dejando de lado que en este caso concreto en dicho pasaje de la sentencia ya existen datos que implican que la Sala ya tenga un conocimiento cabal acerca de los antecedentes del problema de fondo que se suscita.

**SEGUNDO.-** En alusión al segundo motivo, donde la petición de nulidad se insta porque la sentencia decide la controversia acudiendo a lo dispuesto en el artículo 50 del ET, pero no atendiendo a lo pedido expresamente en la demanda y ratificado en el juicio, esto es, la extinción del contrato conforme el artículo 41.3 de dicho texto legal, la solución que se adoptará aquí debe ser distinta. Se insiste en el recurso en la existencia de incongruencia al no haber resuelto el órgano de instancia conforme a lo alegado y pedido en la demanda, pues se solicita la extinción de la relación laboral y la

indemnización de veinte días por año de trabajo en tanto el día 5 de marzo de 2012 se puso en conocimiento de los trabajadores una decisión de la empresa que en principio se juzgó por la ahora recurrente como constitutiva de una modificación sustancial de condiciones de trabajo y la sentencia recurrida, en cambio, acude al precepto citado antes en primer término para resolver la cuestión. Con independencia de que exista o no dicha modificación sustancial, lo cierto es que el artículo 50 del ET no es de aplicación pues este precepto solo entra en juego cuando la modificación sustancial se lleva a cabo sin respetar el procedimiento del artículo 41 del ET, y además redunde en perjuicio de la dignidad del trabajador, con unas consecuencias económicas distintas, de modo que la sentencia incurre en el vicio de incongruencia apuntada al decidir con arreglo a una norma que ni fue invocada ni tampoco es de aplicación al presente supuesto, aparte de que incluso la posibilidad de concesión de recurso de suplicación se cierra en el caso de que estemos en presencia de una modificación sustancial de condiciones de trabajo no colectiva, a tenor del artículo 191. 2 “e” de la vigente LRJS.

En definitiva, al haber incurrido la sentencia de instancia en la incongruencia acabada de referir, procederá estimar el recurso, y anular la citada resolución al objeto de que se vuelva a dictar nueva sentencia que decida el fondo del asunto en conformidad a lo solicitado en la demanda, fijando en su caso en los hechos probados los datos suficientes para que las partes, y la Sala en el caso de un eventual recurso, tengan un conocimiento lo más completo posible sobre el fondo de lo que se suscita en el proceso.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación formulado por doña E.R.M contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante de 15 de octubre de 2012, recaída en autos sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo contra “B. SAT nº X.”, declarando la nulidad de la referida sentencia a fin de que se vuelva dictar nueva resolución de fondo atendiendo a lo solicitado en la demanda.

**Sentencia núm. 1.773, de 11 de julio de 2013**

**Materia: Reclamación de cantidad: Prestaciones a cargo derivadas de reclamación salarial. Despido del trabajador e insolvencia empresarial. Los conceptos recogidos en el título ejecutivo fueron reclamados habiendo transcurrido más de un año desde la fecha de su devengo hasta la de presentación de la papeleta de conciliación ante el órgano correspondiente. El organismo demandado no fue parte ni fue citada en el proceso de despido.**

**Juzgado: Estima la demanda, condenando al organismo demandado a abonar al trabajador determinada cantidad, como responsable subsidiario por insolvencia empresarial.**

**Sala: Estima el recurso, desestimando la pretensión ejercitada contra el FOGASA al haber transcurrido el plazo anual de prescripción de la acción.**

**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 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 ordinal tercero del relato histórico, añadiendo un nuevo párrafo (que sería el inicial del mismo y que continuaría con el literal del mismo hecho probado), que dijera: “D. J.A.N. prestó servicios laborales por cuenta de N.A., S.L. desde el 2 de junio de 2006 hasta el 18 de junio de 2008, en que la relación laboral se extinguió por causas objetivas. El 22 de septiembre de 2009 presentó papeleta de conciliación ante el SMAC en reclamación de cantidad contra le empresa N.A. ,S.L. y tuvo lugar el acto de conciliación el 13 de octubre de 2009, con el resultado de “intentado sin efecto”, al no comparecer la demandada”.

2. La revisión propuesta debe prosperar, pues así se deduce directamente de los documentos en que se ampara.

**SEGUNDO.1.** El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando infracción del “art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los arts. 1.973 y 1.975 del Código Civil, así como la jurisprudencia que admite la posibilidad de que el Fondo de Garantía Salarial alegue excepciones en el proceso seguido sobre su responsabilidad, ante la insolvencia del empresario, cuando no pudo hacerlo en el proceso que sirvió como precedente, al no haber sido citado para ello”. Argumenta en síntesis, invocando la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003, que remitiéndose a la doctrina ya sentada en sentencia de 3 de julio de 2001, estima que cuando el Fondo de Garantía Salarial no fue parte, ni fue citado para comparecer en el proceso de despido, dicho Organismo puede oponer la excepción de caducidad de la acción pese a habersele dado audiencia en el proceso ejecutivo con carácter previo a la declaración de insolvencia, criterio que estima aplicable también a la prescripción de deudas salariales de acuerdo con los preceptos legales invocados como infringidos, al haber transcurrido más de un año entre la fecha de devengo de las cantidades y la presentación de la reclamación ante el SMAC, sin que el reconocimiento de la deuda por la empresa tenga efecto interruptivo para el FOGASA

cuando su responsabilidad es subsidiaria, de acuerdo con la doctrina jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 24-4-2001 y 19-2-2007 entre otras.

2. Tal y como se indica con valor fáctico en el párrafo anterior al antepenúltimo de la sentencia de instancia “...inicialmente no se dio traslado al Fondo de Garantía Salarial...”.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 8 mayo de 2003, invocada en el recurso, admite que el Fondo de Garantía Salarial pueda alegar la caducidad del despido en el proceso donde se reclamaban las prestaciones derivadas del despido por la insolvencia de la empresa, cuando no fue parte ni fue citada para comparecer en el proceso de despido. Las razones indicadas en esa sentencia para la apreciación de la caducidad de la acción de despido son perfectamente extrapolables a la alegación de prescripción de la deuda reclamada, pues ambas instituciones se fundan en la seguridad jurídica, y suponen extinción de derechos por el transcurso del tiempo, sin que compartamos por ello las razones indicadas en la sentencia de instancia para la no apreciación de la prescripción, pues el trámite del artículo 274.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, entonces vigente, para el que se dio audiencia al Fondo de Garantía Salarial, “para que pueda instar la práctica de las diligencias que a su derecho convenga y designe los bienes del deudor principal que le consten”, como ya indicamos en la sentencia resolutoria del recurso 2664/2000, asumiendo doctrina de la Sala de lo Social del TSJ de Andalucía-Sevilla, de 7 de mayo de 1999, esa audiencia “no le convierte en parte de la ejecución, sólo puede plantear en ella lo relacionado con la solvencia, por lo que cuando posteriormente se le formule reclamación podrá alegar la prescripción...”.

4. Siendo así que en el caso traído a nuestra consideración no se produjo reclamación respecto de la deuda causada en 18 de junio de 2008 hasta el 22 de septiembre de 2009 en que se presentó la papeleta de conciliación, es patente que había transcurrido el plazo anual de prescripción del artículo 59.1 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de referencia “...una cosa en suma es que la acción contra FOGASA nazca desde la fecha del auto de insolvencia y otra que, cuando éste se dicta dicha acción de naturaleza subsidiaria de la directa del empleador ya no esté "viva", por haber decaído el derecho del trabajador, y se pueda reclamar contra el Fondo, pues ello sería tanto como revivir frente al mismo una acción inexistente”.

5. La doctrina jurisprudencial de referencia se ve corroborada por lo indicado en sentencia más reciente (así la de 12 de julio de 2012) donde se resume el criterio indicado resaltando lo ya indicado por las sentencias de dicho Tribunal de 12 de noviembre de 1997 y de 23 de abril de 2001, cuyo criterio (entre otras sentencias) se mencionaba “a sensu contrario” en la sentencia de 8 de mayo de 2003 (fundamento jurídico segundo, apartado 3).

**TERCERO.** Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto para con revocación de la sentencia impugnada, desestimar la pretensión ejercitada contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, a quien se absolverá. Sin costas ante el signo revocatorio del fallo.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por el Abogado del Estado, en nombre del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Castellón el día 13 de julio de 2012, en proceso sobre cantidad seguido contra el mencionado Organismo a instancia de D. P.B.T. representante del Sindicato X. PV, actuando en nombre e interés de su afiliado D. J.A.N. y con revocación de la expresada sentencia declaramos no haber lugar a la pretensión ejercitada contra el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, a quien absolvemos de la misma.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.781, de 16 de julio de 2013**

**Materia:** Prestación por riesgo durante el embarazo. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como educadora en centro de reeducación de menores. Al quedarse embarazada y ante los riesgos de su actividad laboral solicita cambio a otro puesto de distinta categoría. La empresa no procede al cambio, solicitando la actora emisión de certificado médico sobre existencia de riesgo durante el embarazo y posterior prestación por riesgo durante el embarazo. Posteriormente, la mutua le reconoce el derecho a esa prestación.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de todas las prestaciones formuladas en su contra. La actora no se encuentra en las situaciones protegidas que dan derecho a esta prestación.

**Sala:** Estima el recurso, reconociendo la prestación desde el momento de su solicitud.

**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 dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para que se revise el hecho probado tercero del que ofrece esta redacción: “**TERCERO.-** Tras quedarse embarazada D<sup>a</sup> L.P.M., la Empresa X. se vio imposibilitada técnica u objetivamente para cambiarla de puesto de trabajo, al no existir otros puestos de la misma o distinta categoría en la que no concurrían los riesgos descritos, sin que la Empresa declarase el paso de la trabajadora a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. De esta forma, D<sup>a</sup> L.P.M. solicitó el 5 de mayo de 2010 de F. la emisión de certificado médico sobre la existencia de riesgo durante el embarazo, el cual le fue denegado el 14 de dicho mes. Asimismo, y por escrito de 31 de mayo de 2011, y con fecha de efectos del día 5 de dicho mes, le denegó la prestación por riesgo durante el embarazo al considerar que no se encontraba en las situaciones protegidas que daban derecho a la misma. Finalmente, y con efectos de 31 de agosto de 2010, la Mutua le reconoció el derecho a la prestación en cuestión”.

2. La revisión fáctica propuesta no debe prosperar al no poder deducirse directa e inequívocamente de la documental a que se remite, sin necesidad de interpretaciones (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003).

**SEGUNDO.**1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS y se divide en tres apartados o submotivos. En los dos primeros denuncia “infracción del artículo 91.2, en relación con el artículo 94.2, ambos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, así como infracción al artículo 316, en relación con el 304, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como de la doctrina jurisprudencial que se señala, todo ello con respecto a la incomparecencia en el acto del juicio oral de la Empresa demandada, X., y la valoración del interrogatorio de las partes” así como “infracción del artículo 94.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, así como de la doctrina jurisprudencial que se cita, con respecto a la no aportación por parte de la Mutua X. de la misma documentación

que la no aportada por la empresa no compareciente...”. Argumenta en síntesis que la empresa codemandada debió tenérsela por “confesa” al no haber comparecido, extendiéndose en amplias consideraciones sobre la valoración de la prueba y la fundamentación de la sentencia, y que respecto de los documentos no aportados después de haber sido requerida su aportación debieron también tenerse por probadas las alegaciones realizadas al respecto.

2. Para desestimar estos submotivos basta considerar: A) Que, fundados en la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, luego, ignorando la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional 71/2002, de 8 de abril) se orienta a denunciar la infracción de normas procesales. B) Que, a mayor abundamiento, la infracción de las normas procesales invocadas no ha podido producirse en cuanto las mismas simplemente otorgan una facultad, así el artículo 91.2 de la LJS en relación con los preceptos de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil que invoca, indica en lo que aquí interesa que “...podrán ser reconocidos como ciertos en la sentencia los hechos a que se refieran las preguntas...” y el artículo 94.2 de la LJS simplemente anuda a la falta de presentación sin causa justificada de documentos la consecuencia de que “podrán estimarse probadas las alegaciones hechas por la contraria en relación con la prueba acordada.” C) Todo lo atinente a la falta de motivación de la sentencia debió aducirse en forma (artículo 193 a) de la LJS en relación con el artículo 24.1 de la Constitución, y preceptos concordantes de la Ley Orgánica del Poder Judicial), en orden a una eventual nulidad de la sentencia impugnada, que ni siquiera se solicita en el recurso, por más que –con independencia de que se pueda estar o no de acuerdo con lo razonado y resuelto en la resolución recurrida- la misma cumple los requisitos de motivación exigidos por la doctrina constitucional (véase por todas la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 2006 que cita muchas otras).

3. En el tercer submotivo se denuncia “infracción, por aplicación indebida, de los artículos 134 y 135 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 26 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, así como de la doctrina jurisprudencial que se cita”. Argumenta en síntesis que la actora reunía todos los requisitos exigidos para tener derecho a la prestación solicitada por lo que la demanda debió estimarse.

4. A tenor de lo dispuesto en el artículo 134 de la LGSS “A los efectos de la prestación económica por riesgo durante el embarazo, se considera situación protegida el periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su estado, en los términos previstos en el art. 26, apartado 3, de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, dicho cambio de puesto no resulte técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados. La prestación correspondiente a la situación de riesgo durante el embarazo tendrá la naturaleza de prestación derivada de contingencias profesionales.

5. El inalterado ordinal tercero del relato histórico tras indicar es su primer párrafo que “tras quedarse embarazada D<sup>a</sup> L.P.M., la empresa X., en la cual había otros puestos de distinta categoría en la que no concurrían los riesgos antes descritos, no intentó cambiarla a uno de ellos”, subraya en sus dos párrafos siguientes que “De esta forma D<sup>a</sup> L.P.M. solicitó el 5 de mayo de 2010 de F. la emisión de certificado médico sobre la

existencia de riesgo durante el embarazo, el cual le fue denegado el 14 de dicho mes. Asimismo, y por escrito de 31 de mayo de 2011, y con fecha de efectos del día 5 de dicho mes, le denegó la prestación por riesgo durante el embarazo al considerar que no se encontraba en las situaciones protegidas que daban derecho a la misma.

Finalmente, y con efectos de 31 de agosto de 2010, F. le reconoció el derecho a la prestación en cuestión”.

6. Con estos antecedentes nos encontramos ante el mismo supuesto que dio lugar a la sentencia recaída en el recurso 995/12 (donde también se dilucidaba el derecho a esta prestación respecto de otra trabajadora en un Centro de reforma y corrección de menores), en la que ya indicamos partiendo de la constatación de que la actora no puede trabajar (contacto directo) con usuarios agresivos o bajo sospecha de poder serlo y el trabajo de la actora que era la de educadora en un centro de reforma y corrección de menores, implicaba el contacto directo con usuarios bajo sospecha de poder ser agresivos, sin que se discutiera que la empresa no pudiera facilitar a la actora un puesto de trabajo exento de dicho riesgo, pues “de hecho se le concede el subsidio interesado si bien a partir del 23-3-10, cuando el riesgo era el mismo que con anterioridad”.

7. Como se indica en el inalterado ordinal segundo, párrafo segundo del relato histórico, el trabajo de la actora consistía “en realizar tareas de intervención directa con los menores, siendo la responsable de la formación integral de los que estaban a su cargo. Ello le exigía participar en las actividades deportivas y permanecer en situación de bipedestación más de cuatro horas al día. Asimismo concurrían los riesgos de agresión por parte de algún usuario del Centro (si bien desde el 1 de diciembre de 2007 al 6 de junio de 2012 no existe constancia de agresión alguna) y/o posible transmisión de enfermedades infecto-contagiosas (tales como hepatitis B, SIDA o tuberculosis). Con valor fáctico se reseña, en el párrafo primero del fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia, que “la existencia de riesgo para el embarazo de la demandante como consecuencia de su trabajo era evidente cuando durante la jornada laboral se veía expuesta tanto a posibles agresiones por parte de los usuarios del Centro -delincuentes menores de edad-...como a eventuales contagios de enfermedades por parte de éstos”. De ahí que reconocido con efectos de 31 de agosto de 2010 por F. el derecho a la prestación en cuestión, los elementales principios de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley conducen a que lleguemos aquí a idéntica conclusión, tal y como quedó adelantado, por cuanto como en la sentencia de referencia indicábamos “... Si tenemos en cuenta que el trabajo de la actora es el de educadora en un centro de reforma y corrección de menores, lo que sin duda implica el contacto directo con usuarios bajo sospecha de poder ser agresivos, habiéndose producido desde el año 2008 cuatro casos de agresión a educadoras, no cabe sino concluir que ha quedado acreditada la situación de riesgo específico durante el embarazo de la demandante que además resulta inevitable a diferencia del riesgo biológico que también se apunta en el indicado informe pero que se podría eludir con la adopción de medidas o equipos de trabajo que eviten un posible contacto accidental con sangre, fluidos corporales contaminados, etc; de modo que al no resultar controvertida la imposibilidad de que la empresa facilite a la actora un puesto de trabajo exento del indicado riesgo, de hecho se le reconoce por la Mutua F. el subsidio interesado si bien a partir del 23-3-10 cuando el riesgo referido ya existe antes de la indicada fecha como se refleja en el informe del servicio de prevención elaborado por la propia Mutua F., procede reconocer el derecho de la demandante al subsidio de riesgo durante el embarazo con efectos desde su solicitud”.

**TERCERO.** Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para conceder a la actora el subsidio reclamado. Sin costas, dado el signo revocatorio del fallo.

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D<sup>a</sup> L.P.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante el día 30 de julio de 2012 en proceso sobre prestación por RIESGO DURANTE EL EMBARAZO seguido a su instancia contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la MUTUA F. y la empresa X., y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada del modo como quedó concretada en el suplico del escrito de interposición del recurso declaramos el derecho de la actora al subsidio de riesgo durante el embarazo con efectos de 5 de mayo de 2010, con abono de las cantidades dejadas de percibir por tal concepto, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la Mutua F. al abono de la indicada prestación, con la responsabilidad subsidiaria de la Entidad Gestora en caso de insolvencia de la Mutua.

Sin costas.

1784

**Sentencia núm. 1.790, de 16 de julio de 2013**

**Materia:** Despido. Trabajadora con sucesivos contratos de duración determinada que presta servicios como auxiliar administrativa en empresas dependientes de organismo oficial. Se realizan distintos contratos pero la empleada realiza las mismas funciones en el mismo centro de trabajo. Al realizar un ERE una de las empresas que figuran en los contratos suscritos con la demandante, se incluye a la trabajadora en el ERE de extinción.

**Juzgado:** Se estima la demanda, desestimándose la excepción de caducidad de la acción, y se declara improcedente el despido de la trabajadora, condenando solidariamente a las demandadas a readmitir a la trabajadora o a abonarle la indemnización correspondiente.

**Sala:** Estima el recurso estimando la excepción de la caducidad de la acción de despido alegada por parte de la Conselleria codemandada en la instancia, absolviendo a la misma de los pedimentos deducidos en su contra, a la vez que mantiene el resto de los pronunciamientos respecto a la resolución recurrida.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Son tres los motivos que se deducen por el Abogado de la Generalitat Valenciana en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del juzgado que desestima la excepción de caducidad de la acción de despido y estimando la demanda declara improcedente el despido de la demandante y condena solidariamente a todas las codemandadas excepto a A. a las consecuencias legales derivadas de dicha declaración, habiendo sido impugnado el recurso por la parte actora, como se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados en la resolución recurrida, en concreto se solicita una nueva redacción para el hecho probado cuarto que de prosperar sería la siguiente: "**Desde la fecha de 10 de abril de 2009 y como consecuencia de la suscripción de la encomienda de gestión de la orden de ejecución denominada "Plan Estratégico Valenciano y Elaboración de Programas Plurianuales Municipales para atender las necesidades de vivienda sujetas a régimen de protección pública", la actora fue contratada por el IVVSA y destinada a dicha encomienda, desarrollando las funciones propias de su categoría en la sede de la Consellería de Infraestructuras y Vivienda bajo la dirección, coordinación, seguimiento y supervisión de la Dirección General de Vivienda y Proyectos Urbanos, desarrollando directamente tales funciones, como servicio competente, el de Planificación de Vivienda y Suelo**". La redacción solicitada se apoya en los documentos obrantes a los folios 189, 190, 191, 195, 196, 199, 202, 203, 227, 269 y 270 y que hacen referencia a la encomienda de gestión a la que se alude en la redacción transcrita así como en la argumentación que

deduce el Abogado de la Generalitat Valenciana en relación con las Relaciones de Puestos de Trabajo de la Generalitat Valenciana y la misma no puede ser acogida por cuanto que el contenido original del hecho controvertido lo obtiene el Magistrado de instancia de la declaración testifical del Jefe de Servicio así como de la documental aportada por la demandante con los ordinales 1 a 19, no siendo hábil en este recurso de suplicación el interrogatorio de los testigos a efectos de modificar el relato fáctico, como se desprende de lo establecido en el art. 193 b y en el art. 196.3, ambos de la LJS. En realidad, lo que pretende la parte recurrente es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LJS al juzgador de instancia.

**SEGUNDO.-** El correlativo motivo del recurso se ampara en el apartado c del art. 193 de la LJS y en él se imputa a la resolución recurrida la infracción de los artículos 59.3 ET y 103.1 de la LJS y de la jurisprudencia sobre la caducidad de la acción de despido respecto a la Conselleria de Infraestructuras de la Generalitat Valenciana.

Razona el Abogado de la Generalitat Valenciana que sería ilógico exigir a la Conselleria codemandada que dictase un acto expreso cuando se extinguió la relación laboral de la demandante al no existir relación laboral entre la actora y la Administración autonómica y que al haber dejado transcurrir la demandante hasta siete meses para dirigir su acción contra la Conselleria codemandada desde la notificación del despido debió apreciarse la caducidad de la acción respecto a aquella.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto que del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se constata que la demandante aunque formalmente fue contratada primero por AIDICO y posteriormente y sin solución de continuidad por IVVSA, siempre ha prestado servicios para la Consellería de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalitat Valenciana como secretaria en la Secretaría de la Jefatura de Servicio de Planificación de Vivienda y Suelo y siempre en el local de dicha Conselleria sito en la calle de Francisco Cubells 7, de Valencia, que el IVVSA tramitó un ERE en el que incluyó a la demandante y que dicho ERE terminó con acuerdo con los representantes de los trabajadores, habiéndose comunicado a la actora la extinción de su contrato de trabajo derivada de dicho ERE el 13-7-2012, que es la fecha de efectos de dicha extinción, así como que la actora amplió la demanda contra la Conselleria referida en fecha 14-2-2013, habiendo presentado reclamación previa contra la misma en fecha 13-2-2013.

De los anteriores datos se evidencia que la actora desde el inicio de su prestación de servicios para la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalitat Valenciana sabía que esta era su empleadora aunque formalmente figurasen como tal, primero, AIDICO y, posteriormente, IVVSA, luego desde la fecha de efectos de su despido empieza a contar el plazo de veinte días hábiles que para el ejercicio de la acción de despido se establece en los artículos cuya infracción denuncia la recurrente, por lo que no habiéndose presentado la reclamación frente a la Conselleria codemandada hasta el 13-2-2013, habiéndose producido el despido de la demandante en fecha 13-7-2012, es evidente que ha caducado la acción de despido contra la susodicha

Conselleria sin que quepa considerar suspendido el indicado plazo de caducidad por el hecho de que la Administración autonómica no notificase a la actora su despido, ya que es obvio que al no ser formalmente la empleadora de la demandante, dicha notificación nunca se iba a producir sin que ello pueda suponer la suspensión del plazo para el ejercicio de la acción de despido como afirma el Magistrado de instancia, pues en la práctica sería dejar en manos de la trabajadora la determinación del “dies a quo” del plazo de caducidad, lo que resulta absurdo y, por tanto, se ha de rechazar.

No está de más señalar que la responsabilidad solidaria del empresario cedente y del cesionario respecto a las obligaciones contraídas con los trabajadores y que establece el art. 43.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no es un supuesto en que, como exige el art. 64.2 LPL, sea necesario dirigir la demanda contra personas distintas a las inicialmente demandadas, sino que por el contrario es potestativo para la demandante la de dirigir su acción contra todos o parte de los posibles responsables (art. 1144 Código Civil), obedeciendo tan solo a un posible error jurídico o cambio de criterio, el no haber considerado la actora desde el principio la posibilidad de que frente a su cese respondiese no sólo la persona jurídica que formalmente figuraba como empresaria en el contrato de trabajo suscrito entre las partes sino también la Administración autonómica para la cual la demandante ha venido prestando servicios durante la vigencia de los contratos suscritos primero con AIDICO y luego con IVVSA.

Por otra parte, tampoco nos encontramos en el supuesto del art. 103.2 LPL ya que este precepto se refiere al caso en que se hubiera dirigido la demanda por despido contra una persona a la que erróneamente se hubiera atribuido la cualidad de empresario, y se acreditase en juicio que lo era un tercero, no comenzando a correr el plazo de caducidad hasta el momento en que conste quién sea el empresario. Por el contrario, en el caso de autos se dirige la demanda contra la empresa con quien se ha concertado el contrato de trabajo, sin que en ello haya error alguno, pues aquélla es, sin duda alguna, empleadora de la actora, y posteriormente, ya transcurrido el plazo de caducidad, se amplía la demanda contra otra empresa, la Conselleria codemandada, a la que se considera responsable por circunstancias que pudieron ser alegadas desde un principio. Por ello, hay que concluir que es incorrecta la desestimación de la excepción de caducidad que efectúa la sentencia de instancia, pues aunque la demanda inicial se presentó dentro de plazo, no lo fue la ampliación contra la susodicha Conselleria y aunque existiera la responsabilidad solidaria que se alega y se aprecia por la sentencia de instancia, el plazo de caducidad sigue corriendo para los deudores solidarios y no se suspende por la acción deducida contra uno de ellos, pues cada deudor solidario puede utilizar contra las reclamaciones del acreedor todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales (art. 1148 Código Civil). Al proceder la estimación de la excepción de caducidad de la acción de despido procede la estimación del recurso interpuesto y la revocación de la sentencia de instancia en el sentido de absolver a la Conselleria codemandada de los pedimentos deducidos en su contra, sin que quepa entrar a conocer del último de los motivos del recurso al combatirse en el mismo la condena de la referida Conselleria que se ha dejado sin efecto al apreciarse la caducidad de la acción de despido respecto a la Administración autonómica.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Conselleria de Infraestructuras, Territorio y Medio Ambiente de la Generalitat Valenciana, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Siete de los de Valencia y su provincia, de fecha 27 de marzo de 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª D.C.C.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de estimar la excepción de caducidad de la acción de despido contra la indicada Conselleria, absolviendo a la misma de los pedimentos deducidos en su contra, y manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

**Sentencia núm. 1.796, de 18 de julio de 2013**

**Materia:** Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador al servicio de empresa de transporte con categoría de conductor. La empresa presta servicio de de transporte para otras empresas. La línea de servicio que realiza el trabajador ha quedado extinguida, por lo que éste recibe carta de despido por causas objetivas. La empresa ha externalizado sus servicios. Con posterioridad al despido, la empresa de transporte ha realizado nuevas contrataciones por subrogación y temporales de interinidad para la campaña de navidad. Declaración de improcedencia del despido.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando improcedente el despido optando, o bien, por la readmisión del trabajador, debiendo éste reintegrar la indemnización recibida, o bien extinguir la relación laboral, con el abono de la indemnización y los consiguientes salarios dejados de percibir desde que el despido tuvo lugar hasta la notificación de la resolución.

**Sala:** Estima el recurso declarando procedente el despido del trabajador por causas objetivas. La ruta que realizaba el vehículo conducido por el actor ha quedado extinguida y éste solo se utiliza para sustitución de otros vehículos o emergencias.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa condenada, frente a la sentencia que estimando la demanda declaró la improcedencia del despido del actor. El primer motivo del recurso se denomina “haber incurrido la sentencia de instancia en error de hecho a la vista de la prueba documental obrante en autos”, -sin cita del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social-, interesando, en primer lugar la revisión del hecho probado cuarto, proponiendo la siguiente redacción al mismo, “La empresa ha procedido a recolocar en otro puesto de trabajo a D. P.J.P.M., con antigüedad en la empresa desde el 17/01/2005”, en base a prueba testifical y documentos 124 a 128 y 203 a 208, folios 126.

La revisión no se admite, pues en la documental citada no consta la antigüedad postulada, y conforme a lo dispuesto en los artículos 193, b) y 196.3 LRJS, en el recurso de suplicación la pretensión de que se revisen los hechos declarados probados por la sentencia de instancia no puede fundarse en la errónea valoración de la prueba testifical o de interrogatorio de parte (confesión judicial).

2. En segundo lugar, se interesa la revisión del hecho probado sexto, proponiendo la siguiente redacción al mismo, “La empresa ha pasado de 24 rutas de servicio para su principal cliente M. a 23 rutas de servicio, al ser suprimida la ruta de reparto de mercancías del camión rana X., ruta Valencia-Tabernes Blanques, ruta que venía realizando el actor y su compañero P.J.P.M. Dichas rutas las realiza con vehículos propios y otras con vehículos y conductores ajenos a la empresa”, en base a los folios 183 a 206, 197.

En el presente recurso de naturaleza extraordinaria con motivos tasados, para que pueda prosperar la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, sin que pueda pretender el recurrente, de nuevo, la valoración total de las pruebas practicadas o una valoración distinta de una prueba que el Juzgador "a quo" ya tuvo presente e interpretó de una determinada manera, evitando todo subjetivismo parcial e interesado en detrimento del criterio judicial, más objetivo, imparcial y desinteresado. Y en el presente caso, la prueba documental citada por el recurrente consiste en facturas e informe de vida laboral de la empresa, de la que no se desprende el texto que postulado, por lo que el motivo se desestima.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo, sin cita del art. 193 de la LRJS, se denomina “Haber incurrido la sentencia de instancia en error de hecho a la vista de la prueba documental obrante en autos, al haber vulnerado lo dispuesto en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En cuanto que resultan erróneos los razonamientos de derecho que la sentencia de instancia realiza sobre los mismos”. Alega el recurrente, -con cita de los folios 183 a 206, 135 a 170, 175-176, y 203 a 451-, que concurren las causas productivas y organizativas alegadas por la empresa, al existir una disminución de los servicios prestados por suprimir M. la ruta de reparto de mercancías del camión rana X. Valencia-Tabernes Blanques, no siendo posible recolocar al actor, que las contrataciones realizadas lo han sido para periodos de vacaciones y bajas por incapacidades temporales mediante contratos de interinidad, y para la campaña de navidad mediante contratos de obra o servicio.

El motivo debe desestimarse, pues el proceso laboral es un proceso de instancia única en el que corresponde al juez de instancia la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, de modo que sólo cabe la revisión de los hechos declarados probados por aquél, cuando el error se evidencie de forma patente de una prueba documental o pericial, según se desprende de los artículos 193.b) y 196.3 LRJS. Ciertamente, la Sala también puede ejercer un control de la razonabilidad del “iter” que ha llevado al juez de instancia a dar por probados determinados hechos, pero se trata de un control de mínimos, de forma tal que si el razonamiento expuesto por el Magistrado de instancia no es irrazonable o absurdo, debe prevalecer su criterio por encima del que pretenden las partes.

**TERCERO.-** El tercer motivo, -sin cita del art. 193 de la LRJS-, se denomina “Infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia”, y en el mismo se denuncia la infracción por aplicación errónea del art. 51.1 y 52-c) del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene el recurrente, con cita de la STS de 31-1-08 y 16-9-09, que el despido objetivo fue consecuencia de la decisión de M., principal cliente, de suprimir la ruta de reparto que realizaba el actor y el Sr. P., sin asignación de nueva ruta, pasando de 24 rutas y camiones a 23, no siendo posible reubicar al actor aunque sí al Sr. P. con mayor antigüedad reconocida de 17-10-05, entiende el recurrente que concurren causas productivas y organizativas.

De la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, se deduce que el actor venía realizando la ruta de Madrid-Valencia hasta que por desavenencias con sus compañeros de ruta, el 10-4-12 la empresa dispone encomendarle

la ruta asignada al camión X. que realiza su actividad para M. SA; que mediante correo electrónico de 2-5-12, la empresa se tiene por notificada por M. SA de que con efectos del 10-6-12 la “Rana X. se dará de baja”, que la empresa mantiene 24 rutas de servicio para M. SA, unas las realiza con vehículos propios y otras con vehículos y conductores ajenos a la empresa, que con anterioridad y con posterioridad al despido del actor la empresa ha externalizado parte de los servicios que presta, y que con posterioridad al despido del actor la empresa ha contratado a nuevos trabajadores por subrogación, asumiendo rutas de actividad con el camión y conductor correspondiente, y ha efectuado diversas contrataciones temporales por interinidad y para obra o servicio determinado por razón de temporada de Navidad; que tras el despido del actor el vehículo que conducía ha quedado reservado para efectuar sustituciones de otros vehículos o emergencias. De todo lo cual debe concluirse que la ruta de trabajo asignada al camión conducido por el actor ha sido dada de baja por el cliente, y el vehículo ha quedado reservado para sustituciones, razón por la que conforme a lo dispuesto en el art. 51.1 del ET, existe causa productiva, por la disminución de la demanda de servicio, que justifica el despido objetivo, pues lo cierto es que, conforme a los hechos probados, la ruta suprimida se identifica con la que efectuaba el vehículo conducido por el actor y dicho vehículo ya no efectúa la ruta que este tenía asignada, sin que conste probado que la realice ningún otro vehículo, por lo que teniendo en cuenta que no es óbice a la decisión extintiva el hecho de que la demandada realice servicios con vehículos y conductores ajenos pues la externalización es un medio objetivo de mejora organizativa, y que no supone fraude alguno la realización de contrataciones temporales en Navidad, ni el asumir por subrogación rutas que ya tienen su correspondiente camión y conductor, correspondiendo al ámbito de decisión empresarial (art. 20 ET) la elección de reubicación de uno u otro trabajador, procede estimar el recurso pues conforme a lo dispuesto en el art. 122 de la LRJS, art. 52-c y 53 del ET, la decisión extintiva es procedente.

**CUARTO.**-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 G.E.O.L. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Valencia, de fecha 29-1-2013, en virtud de demanda presentada a instancia de V.L.H.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

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

1786

**Sentencia núm. 1.805, de 18 de julio de 2013**

**Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas económicas. Trabajador al servicio de empresa perteneciente a grupo empresarial. Subrogación de empresas. Nulidad de actuaciones.**

**Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido por causas económicas.**

**Sala: Estima el recurso con reposición de autos para nuevo dictado. Se ordena su devolución para que se dicte otra en su lugar, con libertad de criterio, para que se atienda también, en la solución del pleito, a lo razonado con anterioridad.**

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.**-La sentencia de instancia, dictada a raíz de haber sido declarada por esta Sala la nulidad de la que fuera dictada en 14 de octubre de 2011, desestima la pretensión actora, absolviendo a las empresas codemandadas, por declarar la pertinencia del despido por razones objetivas de que fuera objeto el trabajador demandante, y frente a tal decisión se interpone, por la dirección letrada de este último, el presente recurso de suplicación, -impugnado de contrario en nombre de la empresa P. S.L.- en el que, con fundamento respectivo en los apartados a), b) y c) del art. 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, se articulan hasta ocho motivos: los dos primeros, para interesar, otra vez, la nulidad de la sentencia con reposición de los autos para su nuevo dictado; los dos siguientes para instar la revisión de los hechos declarados probados; y los cuatro últimos, para incidir en el examen del derecho aplicado.

**SEGUNDO.**- En el ámbito relativo a la nulidad de actuaciones, en los dos iniciales motivos, se aduce que con el dictado de la nueva sentencia, ahora recurrida, se sigue manteniendo, por no haberse cubierto, la insuficiencia en la declaración de hechos probados, por lo que se reitera la vulneración, en el primero de los motivos, del art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, del art. 248.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de los arts. 120.3 y 24.1 de la Constitución Española, y, en el segundo, se insiste en que, por ello, la sentencia continúa incurriendo en una incongruencia omisiva, con infracción, además de los anteriores preceptos, de los arts. 216 y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con los 238.3 y 240.1 de la antedicha Ley Orgánica así como de la jurisprudencia interpretativa de los mismos. Al igual que se dijo en nuestra sentencia de 3 de abril de 2012, al existir una correspondencia entre ambos motivos deviene procedente efectuar su análisis de forma conjunta. Se argumenta, en síntesis, que de las tres cuestiones que, en su día, fueron planteadas, y que motivaron se acordase la nulidad de actuaciones, sólo se ha dado respuesta, en el fundamento de derecho cuarto, a la afectante a los datos económicos relativos a la situación de la patronal demandada, pero no así a las otras dos, por lo que se entiende debe seguirse abundando en lo que se decía en el anterior recurso al apuntar que, en atención al contenido de la demanda y al específico desarrollo del juicio, como se infiere del visionado de su grabación, se desprende que, además de haber sido objeto de controversia la situación de la empresa y la necesidad y justificación de la medida adoptada, han sido cuestiones directas sometidas a debate, de un lado, la posible improcedencia del despido por

incumplimiento de los requisitos establecidos en el art 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, lo que presupone tener en consideración el montante indemnizatorio y la fecha o fechas en que fuera abonado e incluso la posibilidad de concurrencia de un error, susceptible de poder ser calificado de excusable o inexcusable; y, de otra parte, la determinación de la antigüedad del trabajador que debe ser tenida en consideración precisamente para jugar con esa cuantía de la indemnización, lo que supone tener que incidir en la relación habida entre las codemandadas al plantearse no sólo, como ciertamente se resuelve en la sentencia recurrida, la presencia o no de un grupo empresarial, sino también, en lo que no existe decisión alguna, sobre una posible subrogación de las empresas. Sobre este planteamiento se aduce la ausencia de datos suficientes en el relato fáctico de la sentencia recurrida sobre tales cuestiones, y, de igual manera, la falta de respuesta razonada a unos elementos esenciales que devienen trascendentes para la determinación del fallo y que, por razón de sus consecuencias, son causa de indefensión.

En orden a su resolución, debe partirse recordando lo que la Sala ya exponía en su anterior sentencia, como criterios informadores de la materia suscitada, cuando se indicaba que “deviene adecuado constatar que la doctrina jurisprudencial de forma reiterada, al considerar el art. 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, ha venido incidiendo, por su singular relevancia, en la temática que se suscita, y así, aún cuando se parte de que la exposición de los hechos que se estiman probados puede ser sucinta, lo ineludible es que siempre habrá de ser completa, sin que, por lo tanto, esté permitido que se recojan aquellos puntos necesarios para la solución dada por el Juzgador de instancia, sino que debe comprender todos los extremos planteados y discutidos en el proceso “para que el órgano judicial superior pueda aceptar otras soluciones diferentes de ser oportuno”, lo que, a su vez, conecta con la exigencia de la observancia del principio de la congruencia en tanto que en la sentencia habrá de resolverse todos los temas planteados en el litigio por las partes, sin que esté permitido omitir o dejar de resolver sobre alguno de ellos, del mismo modo que tampoco surge autorización para otorgar más de lo solicitado. Sobre estas premisas básicas es cierto que a fin de evitar, cual ha señalado el Tribunal Constitucional, “la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal..” una nulidad de actuaciones procesales, la misma jurisprudencia ha llegado a entender que resulta admisible se dote del valor de hechos probados aquellos que, como tales, se exponen en el ámbito de la fundamentación jurídica “porque aún no siendo lugar adecuado operan como tales hechos probados al estar contenidos dentro de la sentencia” y, de igual manera, se ha matizado, respecto de la incongruencia omisiva que no se estará en su presencia, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución quepa interpretar razonablemente que se ofrece una desestimación tácita de las pretensiones deducidas”.

En el supuesto de autos, atendido el escrito de demanda y el desarrollo del juicio, entre otras cuestiones suscitadas, que fueron objeto de controversia, se plantearon la relativa a la antigüedad que debe serle reconocida al trabajador, y la referente a haberse dado o no cumplimiento a los requisitos de forma establecidos legalmente para el despido, lo que también determina conexión con lo anterior. En concreto, por los litigantes personados se ha mantenido una discrepancia en torno a la fecha de inicio de la relación laboral a tener en consideración, el demandante propugna el 18 de febrero de 2002 en que empezó a trabajar para P. S. L., precisamente para la empresa que le ha despedido, y ésta sostiene la de 19 de febrero de 2003, que es la que le ha venido

reconociendo sin oposición, fecha en la que, al parecer, inició una relación contractual con la codemandada R.U.S. S.L., dando origen, de esta forma, a una posible problemática en torno a la subrogación de empresas o bien a la presencia de grupo empresarial. Y, de igual manera, se han mostrado distintas versiones en cuanto a la fecha y a la forma y cuantía en que se le hizo entrega al actor de la indemnización, pues éste aduce que no se correspondió con la fecha de notificación de la carta de despido ni de su propia efectividad, además de que el montante tampoco alcanzaba el legalmente procedente, mientras que por la patronal se aduce la existencia de un error excusable al haber habido una confusión en la confección de la carta de despido que obligó a una rectificación, siendo tal circunstancia también de aplicación, en su caso, respecto de la cuantía indemnizatoria.

Sobre este presupuesto, en nuestra anterior sentencia ya decíamos que del examen del contenido de la sentencia que inicialmente se dictó, y en aplicación de los principios doctrinales anteriormente expuestos, podría llegar a obviarse la nulidad pretendida en lo “que afecta a la concreción de la antigüedad si se atiende a la conexión de lo que se indica en el hecho probado primero con la respuesta que en torno a la posible existencia de un grupo empresarial se ofrece en el punto segundo de los fundamentos bien que no se contemple directamente la idea de una posible subrogación empresarial como elemento condicionante del referido periodo de antigüedad”. Y, a continuación, se indicaba que este planteamiento “no resulta ya factible en relación con la tercera de las cuestiones que se aduce, la relativa a las circunstancias concurrentes respecto de la puesta a disposición de la indemnización derivada de la adopción del despido, la que precisamente se significa por su trascendente importancia en orden a la determinación, de conformidad con la doctrina establecida en vía unificadora por el Tribunal Supremo, de la procedencia o improcedencia del cese acordado. En torno a esta cuestión el vacío es pleno en la declaración fáctica y en lógica correspondencia no existe valoración ni pronunciamiento alguno, lo que determina se incurra en la causa justificativa de la nulidad propugnada en el recurso...”, Se hacía singular hincapié en esta cuestión ya que no cabe desconocer la reiterada jurisprudencia, (sentencias del Tribunal Supremo de 26 de julio de 2005, 13 de octubre de 2005 y 2 de noviembre de 2005 entre otras), que vienen a establecer que “el requisito de la puesta a disposición del trabajador de la indemnización de veinte días por año de servicio, a que se refiere la letra b) del número 1 del art. 53 del Estatuto de los Trabajadores, ha de ser cumplido ineludiblemente en el mismo acto en el que el trabajador se sabe despedido, esto es, cuando se le efectúa la comunicación de la decisión empresarial...” y asimismo que. “el error en el cálculo de la cuantía indemnizatoria que se ha de poner a disposición del trabajador y, en su caso, depositar en el Juzgado, no impide el efecto establecido en el aludido art.56.2 del Estatuto de los Trabajadores cuando el mismo es excusable, esto es, cuando obedece a una causa razonable por existir unas discrepancias afectantes al salario regulador, a la categoría profesional o al tiempo de servicios que se ofrecen, por las posibles circunstancias concurrentes, sujetas a una natural y fundada controversia”.

Pues bien, esas mismas consideraciones deben tenerse por reproducidas al socaire de la nueva sentencia, la hoy recurrida, ya que en lo tocante a la antigüedad existen elementos suficientes para poder obviar la nulidad interesada, teniendo por delimitada la que expresamente se atribuye en el primero de los hechos declarados probados, es decir, para poder conformar su concreta determinación, y tanto más cuanto que incluso por la misma posición de la recurrente, al atribuir el periodo en entredicho a un trabajo realizado en la misma empresa que ha procedido a despedir, lo que supone un

reconocimiento de los servicios prestados en la codemandada, obvia la necesidad del pronunciamiento sobre la subrogación de empresas a que se refiere la nulidad propugnada y en lo que afecta a tal particular. Pero no sucede lo propio en relación con el segundo de los aspectos señalados porque por el Juzgador a quo, de manera incomprensible e inexplicable, se hace caso omiso a lo que amplia y expresivamente se razonaba como determinante de la decisión anulatoria, pues de nuevo se vuelve a evidenciar el mismo vacío. Nada sobre la cuestión se contiene en la declaración de hechos probados, y sólo en la fundamentación jurídica, después de valorar la situación económica de la empresa como justificativa de su decisión, se apunta como única mención lo siguiente: “De todo lo anterior resulta que la empresa, formalmente cumple los requisitos necesarios en la confección de la carta de despido objetivo, y sustancialmente, observamos...”. En todo lo anterior se ignora, por completo, ante la carencia absoluta de hechos y de razonamiento alguno, esa conclusión valorativa que se sienta al estimar el cumplimiento de las formalidades requeridas legalmente para despedir.

La solución no puede ser otra que volver a dar acogida al motivo formulado, reiterando, como se dijo en nuestra anterior sentencia, “por cuanto que, como se indica, es una materia que se constituye en uno de los temas esenciales controvertidos sobre los que debe existir el pertinente pronunciamiento adecuado a derecho, so pena de convertirse la Sala en juzgador de instancia, limitando el derecho de las partes a poder actuar la cuestión a través del pertinente recurso. Consecuente con ello, se impone declarar la nulidad de la sentencia recurrida, reponiendo los autos al momento de su dictado, sin haya lugar a pronunciarse sobre el resto de los motivos que se articulan en el escrito del recurso”.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

## **FALLAMOS**

Estimar el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa demandada P. S.L. contra la sentencia dictada el 6 de febrero de 2013 por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Alicante, a que se contrae el presente rollo, y, en su consecuencia, declaramos la nulidad de dicha sentencia con reposición de los autos para su nuevo dictado, y, por ende, se ordena su devolución para que, por el indicado Juzgado, se dicte otra en su lugar, con libertad de criterio, para que se atienda también, en la solución del pleito, a lo razonado con anterioridad.

**Sentencia núm. 1.829, de 23 de julio de 2013**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como operaria en empresa dedicada a la fabricación de cepillos con contrato indefinido a tiempo completo. La actora sufre accidente de trabajo habiendo causado baja y habiéndosele concedido una incapacidad permanente parcial. La trabajadora sufre trastorno mixto ansioso depresivo grave, por estrés postraumático derivado de accidente laboral. Solicitud de declaración de incapacidad permanente total.

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

**Sala:** Estima parcialmente el recurso declarando a la actora afecta de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Condena a la mutua a que constituya el capital necesario para hacer frente al devengo de la indicada pensión, con los incrementos y revalorizaciones que legal y reglamentariamente correspondan.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado tanto en nombre de MUTUA X, como de la empresa A.C. S.L., se estructura en cuatro motivos. Los tres primeros se formulan al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), a los fines respectivos siguientes: A) Se modifique el hecho probado 2, otorgándole esta redacción: “El 1 de marzo de 2001 la actora sufrió accidente de trabajo por atropamiento del pulgar de la mano izquierda por una máquina embudidora de cepillos, con resultado consistente en “fractura de falange (s) distal/es”, causando baja médica ese mismo día, hasta que fue dada de alta médica el 4 de abril de 2001 por curación”. B) Se revise el hecho probado 10 con esta redacción: “Tras el alta médica la actora fue sometida a nuevo reconocimiento médico por parte de la empresa, en fecha 23 de enero de 2009, con resultado de “Apto”, tras el cual la empresa comunicó a la trabajadora que se incorporase el 2 de febrero de 2009. En dicha fecha la actora fue formada en el uso de la maquinaria a la que la empresa la destinó. En fecha 12 de febrero de 2009 la empresa redactó escrito dirigido a la trabajadora en el que acusaba recibo de justificante de asistencia en consulta de la interesada de fecha 10 de febrero de 2009, indicando: “justifica ausencia laboral de 48 horas”, requiriendo a la trabajadora para acreditarse estar impedida para el trabajo mediante el preceptivo parte de baja por incapacidad temporal. En fecha 16 de febrero de 2009 se emitió parte de consulta del Servicio Valenciano de Salud en el que consta: “Ruego control paciente que reitera ideas de autolisis. Paciente en tratamiento psiquiátrico que acompaño.” En fecha 23 de febrero de 2009 se emitió informe del Hospital La Fe de Valencia en el que consta que la interesada había sufrido un accidente de trabajo por aplastamiento de la mano en el año 2004, que había sido intervenida en dos ocasiones, que estaba en tratamiento en la clínica del dolor y que termina indicando que la interesada figura nuevamente apuntada en lista de espera quirúrgica por las disfunciones de la mano que en él se especifican. En fecha 26 de febrero de 2009 la interesada fue atendida en el centro de salud mental de “T.” del S.V.S.”. C) Se añada al final del hecho probado 17

este particular: “La paciente no ha solicitado asistencia médica en los servicios médicos de la mutua por las lesiones sufridas en su accidente de trabajo desde 7-4-2005.”

2. Las revisiones propuestas deben seguir esta suerte: A) La primera debe prosperar, a efectos fundamentalmente aclaratorios, como se verá luego pues así se deduce directamente del parte de accidente a que se remite. B) La segunda debe decaer al fundamentarse en la cita genérica de los folios 157 a 160, con olvido de la doctrina que 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), acerca de que 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". Por otra parte, la comunicación de la empresa de fecha 12 de febrero de 2009 no es indicativa de las dolencias que determinaron la denegación de la revisión por agravación, como tampoco lo es el parte de consulta de 16 de febrero de 2009, ni el informe médico de 23 de febrero de 2009, ni el de la consulta de Psiquiatría de 26 de febrero de 2009. C) La tercera debe prosperar, aunque a efectos simplemente aclaratorios como también se verá luego, pues así se deduce directamente de lo indicado en el informe médico mutua (folio 332 de los autos) a que se remite.

**SEGUNDO.-** 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denuncia infracción “del art.137.1.b de la vigente Ley General de la Seguridad Social, aprobada por RDL 1/1994 de 20 de junio, a falta de desarrollo reglamentario de tablas de valoración, y que describe el grado de incapacidad permanente total para la profesión ejercida, como aquella situación que impide la realización de todas o de las fundamentales tareas de la profesión habitual, siempre y cuando el trabajador pueda dedicarse a otra distinta”. Argumenta en síntesis que de los hechos probados, incluso sin revisarse se deduce que la actora está incapacitada totalmente para la realización de las tareas propias de su profesión habitual.

2. Del relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) Al tiempo de serle reconocida la Incapacidad Permanente Parcial la actora presentaba la siguiente patología: fractura abierta de 3º, 4º y 5º dedo mano izquierda (no dominante); rigidez poliarticular postraumática; trastorno mixto en relación con accidente laboral (estrés postraumático); limitación de la movilidad global del dedo medio izquierdo en más del 50%, del dedo anular izquierdo en más del 50% y del dedo meñique izquierdo en más del 50%; dificultad para presa, garra y manipulación; déficit para la flexión completa. En el dictamen del EVI de 6 de mayo de 2005 se determinó el siguiente cuadro clínico residual: “fractura abierta de 3º 4º y 5º dedos mano izq (no dominante)” e hizo constar como limitaciones orgánicas y funcionales apreciadas en la actora: “limitación para realizar movimientos de prensión y fuerza con mano izq”. A la exploración presentaba, según informe de Valoración Médica de 28 de abril de 2005: “movilidad 3º, 4º y 5º dedos, flexión MCF de 20º y extensión completa en dedos. IFP prácticamente anquilosados a 40º de flexión y anquilosis IFD. B) El 24 de febrero de 2010 se produjo la extracción del material de osteosíntesis de dos placas, sin que presentara mejoría clínica. En marzo de 2010 presentaba la actora en la mano izquierda alteraciones en la rotación del 5º dedo y rigidez en 4º y 5º dedos, estando la función de la mano muy disminuida. Tras la intervención quirúrgica, tras retirarse la placa, hay más flexión en el

dedo afectado. La actora ha sido tratada en la Unidad del Dolor del Hospital La Fe en septiembre y octubre de 2010, habiendo recibido tratamiento de Fentolamina. Con posterioridad ha sido tratada de nuevo en dicha Unidad, recibiendo radiofrecuencia pulsada, con escasa mejoría. Debido a la fibromialgia se ha descartado la implantación de un neuroestimulador medular, que sería una alternativa por su patología del SDRC (tratamiento paliativo). La actora está siendo tratada en el Centro de Salud Mental T. desde el año 2005, por trastorno mixto ansioso depresivo grave y por estrés postraumático derivado de accidente laboral. El cuadro se ha prolongado en el tiempo, con reacciones y crisis ansiosas con múltiples manifestaciones de tipo pánico, reacciones fóbicas relacionadas con el suceso traumatizante, así como reacciones depresivas manifiestas debidas a sentimientos de incapacidad e inutilidad, reacciones ansiosas con crisis frecuentes de gran envergadura (taquicardias, agobio respiratorio), estado de ánimo triste, anhedónico, inhibición, apatía, sentimientos de desesperanza, y en multitud de ocasiones, inhibición psicomotriz. Por esta patología la actora precisa intervención psicoterapéutica de apoyo y uso continuado de medicación, con escasa respuesta clínica. C) La demandante se halla afecta de la siguiente patología: SDRC-I (distrofia refleja, dolor regional complejo), que le provoca dolor neuropático en MS izquierdo-mano (desde el hombro hasta la mano), y axonotmesis parcial severa del nervio cubital izquierdo del 4º dedo (con repercusión motora en los músculos). Asimismo presenta osteoporosis, fibromialgia (16/18), discopatía L4-L5 y bursitis trocánterea, que son controladas en el Servicio de Reumatología. A nivel psicológico presenta trastorno mixto ansioso depresivo grave y trastorno de estrés postraumático derivado de accidente laboral. A nivel de los dedos 3º, 4º y 5º de la mano izquierda (no dominante) hay rigidez, déficit de fuerza de prensión, presencia de disestesias e hipoestesias (dolor al roce), imposibilidad de manipulación repetida y de manipulación fina. Las funciones de pinza y garra son posibles aunque no efectivas.

3. Con los antecedentes indicados, entendemos que la actora se encuentra en la situación que da lugar a la prestación reclamada de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual, por cuanto las dolencias de la actora se han agravado (A nivel de los dedos 3º, 4º y 5º de la mano izquierda (no dominante) hay rigidez, déficit de fuerza de prensión, presencia de disestesias e hipoestesias (dolor al roce), imposibilidad de manipulación repetida y de manipulación fina. Las funciones de pinza y garra son posibles aunque no efectivas. Mientras que cuando se declaró la incapacidad permanente parcial presentaba en lo que aquí interesa dificultad para presa, garra y manipulación y déficit para la flexión completa. Presenta también trastorno mixto ansioso depresivo grave y trastorno de estrés postraumático (reacciones y crisis ansiosas con múltiples manifestaciones de tipo pánico, reacciones fóbicas relacionadas con el suceso traumatizante, así como reacciones depresivas manifiestas debidas a sentimientos de incapacidad e inutilidad, reacciones ansiosas con crisis frecuentes de gran envergadura (taquicardias, agobio respiratorio), estado de ánimo triste, anhedónico, inhibición, apatía, sentimientos de desesperanza, y en multitud de ocasiones inhibición psicomotriz. Por esta patología la actora precisa intervención psicoterapéutica de apoyo y uso continuado de medicación, con escasa respuesta clínica) mientras que inicialmente se calificaba simplemente un trastorno mixto en relación con accidente laboral (estrés postraumático). Sufre además dolor neuropático en MS izquierdo-mano (desde el hombro hasta la mano), y axonotmesis parcial severa del nervio cubital izquierdo del 4º dedo (con repercusión motora en los músculos). Asimismo presenta osteoporosis, fibromialgia (16/18), discopatía L4-L5 y bursitis trocánterea, que son controladas en el Servicio de Reumatología) hasta el punto de

poder concluirse que en la actualidad y sin perjuicio de la aplicación en su caso del instituto de la revisión está incapacitada para la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual que requiere poner mechones en un cepillo, poner rulos de PVC e introducirlos en una barra y sujetarlos, y después poner en marcha la máquina (semiautomática), accionando el pedal, y tiene que hacer rular el eje con las dos manos (hecho probado 20) por lo que atendiendo a lo dispuesto en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción originaria, por mor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria quinta bis de dicha Ley (“...la que inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta.”), toda vez que como se deduce de lo ya indicado la profesión habitual de la actora requiere la utilización de las dos manos y cierta aptitud psicológica, incompatible por el momento con el trastorno mixto ansioso depresivo grave y trastorno de estrés postraumático, si a todo esto añadimos el dolor neuropático en MS izquierdo-mano (desde el hombro hasta la mano), y axonotmesis parcial severa del nervio cubital izquierdo del 4º dedo (con repercusión motora en los músculos), así como la osteoporosis, fibromialgia (16/18), discopatía L4-L5 y bursitis trocantérea, que padece la conclusión que se impone es la ya adelantada de estimación de este motivo (de ahí que se predicara de meramente aclaratoria la revisión fáctica que se ha aceptado) todo ello de acuerdo con la jurisprudencia muy reiterada que excusa la cita de concretas sentencias en torno al instituto de la revisión por agravación (artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social), cuando indica que para que la revisión proceda no solo es necesario que las dolencias se hayan agravado sino que alcancen a constituir el grado de incapacidad permanente pretendido, como aquí sucede.

**TERCERO.-** Corolario de todo lo razonado será, la estimación parcial del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para dar lugar a la pretensión ejercitada (el porcentaje del 75% se aplicará desde el cumplimiento por la actora de la edad de 55 años –véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2006), siendo la base reguladora de la pensión consiguiente y la fecha de efectos las indicadas en el inalterado e incombatido hecho probado 21 del relato histórico. Sin costas, dado el signo revocatorio de la presente.

## FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D<sup>a</sup>. M.V.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.17 de los de Valencia el día 29 de noviembre de 2012 en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSS, TGSS, MUTUA X., y la empresa A.C. S.L., y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para la profesión de Oficial de máquina de cepillos, por causa de accidente de trabajo, en cuantía del 75% (desde el cumplimiento de los 55 años siendo hasta entonces del 55%) de la base reguladora de 1.245,86€ mensuales, doce veces al años, con las mejoras procedentes y con efectos de 26 de noviembre de 2010, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones y a MUTUA X., como subrogada en las obligaciones de la empresa, a que constituya en el servicio común correspondiente el capital necesario para el devengo de la indicada pensión, con los incrementos y revalorizaciones que legal y reglamentariamente correspondan.

1788

**Sentencia núm. 1.852, de 14 de marzo de 2013**

**Materia: Despido: Extinción de contrato. Trabajador que presta sus servicios como director de zona de entidad bancaria. Por reestructuración empresarial es cesado como director y pasa a dirigir una unidad de gestión, con notable disminución salarial por supresión de complementos funcionales. El actor solicita ser incluido en el ERE empresarial autorizado por la Dirección General de Trabajo. Extinción de la relación laboral por aplicación del artículo 50.1 del ET. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo y trato vejatorio al trabajador.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las empresas demandadas de las peticiones de la misma.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No puede aplicarse la extinción de la relación laboral en virtud del artículo 50.1 del ET.**

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora y absolvió a las empresas demandadas, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada y en el apartado que el recurso destina a los motivos alega como cuestión previa que con los motivos del recurso se trata de determinar si el empresario ha incurrido en un comportamiento que tiene el efecto de atentar contra la dignidad del trabajador y de crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante y humillante y para ello acude a la valoración de la prueba a la que alude para concluir lo que interesa a su pretensión, pero olvida la parte recurrente no nos encontramos ante un recurso de apelación, sino ante un recurso de suplicación que es un recurso extraordinario en el que deben observarse los requisitos legales, sin que pueda la Sala revisar totalmente la prueba, por ello prescindiendo de estas alegaciones procede analizar el primer motivo del recurso en el que 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 del ordinal segundo para el que propone una nueva redacción que no puede alcanzar éxito. En lo relativo a que el actor solicitó acogerse a la modalidad de baja incentivada alcanzada en sede de ERE por cuanto ya se halla recogido en el hecho probado tercero y resulta innecesaria su reiteración; con relación a la expresión “te adjuntamos el modelo de contrato que se pretende suscribir entre las partes... para recoger tu posición en la organización...” utilizada en el correo electrónico por parte de la empresa respecto de la oferta de un nuevo contrato no puede prosperar por cuanto resulta irrelevante para cambiar el signo del fallo, ya que tal expresión en modo alguno demuestra un entorno hostil e intimidatorio como alega la parte recurrente. Las referencias en la revisión fáctica que se pretende introducir respecto a cuestiones relativas a las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo devienen irrelevantes en función de la acción ejercitada sino se acredita que estas redundan en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad sin que ninguno de tales extremos se concreten en la modificación fáctica interesada. Sin olvidar que al ampararse la revisión en los mismos documentos que han servido de base a la sentencia que se recurre, es doctrina reiterada

la que sostiene que no pueden ser combatidos los hechos declarados probados si han sido obtenidos por el Magistrado del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso.

También interesa la parte recurrente una nueva redacción para el ordinal tercero que estima debe ser ampliado en el sentido que indica en su escrito de recurso, pero la modificación fáctica no puede ser acogida, por cuanto se trata de incorporar al hecho las condiciones del ERE y ello resulta irrelevante a los efectos de la acción ejercitada, habiéndose ya establecido en el hecho que se pretende ampliar la existencia y autorización del ERE y que el actor solicitó de la demandada ser incluido en el mismo sin que haya sido incluido en este ni contestada su petición. Debiéndose tener en cuenta que al igual que se indicó en la precedente modificación fáctica, la misma no puede ampararse en los mismos documentos que han servido de base a la sentencia que se recurre si han sido obtenidos por el Magistrado del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso y que tampoco pueden incorporarse a los hechos probados vía revisión fáctica extremos obtenidos de prueba testifical inidónea a tal efecto revisorio como es la alusión a la manifestación del Director Territorial de la Zona de Levante Norte.

Por último se pretende la variación del hecho probado cuarto para que se amplíe con el texto que indica en su escrito de recurso, pero la ampliación fáctica no puede prosperar, en la parte que se ampara en prueba testifical por resultar esta inidónea a efectos revisorios y en lo demás por cuanto contiene o bien alusión a inexistencia de pruebas, o por cuanto constituyen valoraciones jurídicas impropias de figurar en los hechos probados o porque en definitiva no resultan directamente sin necesidad de conjeturas, ni de hipótesis, ni razonamientos de los documentos en que se basa.

**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 por interpretación errónea y por no aplicación del artículo 50.1 a, b, y c del Estatuto de los Trabajadores, apartado a y b en aplicación combinada con el artículo 41 del mismo cuerpo legal y el artículo 4.2.c del E.T., así como el artículo 1124 del Código Civil sobre el incumplimiento de las obligaciones recíprocas contractuales, alegando en síntesis, que la empresa demandada incurrió en un comportamiento que evidencia un propósito que tiene el efecto de atentar contra la dignidad del trabajador y de crear un entorno intimidatorio, hostil y degradante con el único objeto de obligar a mandos intermedios a firmar contratos claramente lesivos para sus intereses particulares en beneficio de la entidad y relata una serie de extremos en base a los cuales pretende concluir que nos encontramos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (tanto de las funciones como del salario) del actor llevada a cabo de forma ilegítima y en fraude de ley, sin causa que lo justifique y donde el trabajador resulta perjudicado y que dicha modificación atenta contra la dignidad del actor impidiéndole que desempeñe las funciones de su puesto de trabajo y existe causa justa para solicitar la extinción indemnizada del contrato amparada en el artículo 50 del E.T.

La inalterada resultancia fáctica de la sentencia impugnada, tanto la debidamente asentada en la premisa fáctica como la establecida de modo impropio en la fundamentación jurídica de la misma pero con valor fáctico, pone de manifiesto que el actor presta sus servicios profesionales para la empresa demandada Banco X. S.A., con

la categoría profesional de director de zona de Levante Norte, percibiendo un salario diario de 282,62 euros, estando su centro de trabajo situado en Valencia calle Pintor Sorolla, y que con fecha 6-7-2012 fue cesado como director de zona de Levante Norte, pasando a dirigir la Unidad de Gestión con sede en la oficina de Xirivella, percibiendo en su nuevo puesto de trabajo una retribución anual de 68.000 euros, esto es 5.721,58 euros mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extras, disminución en sus emolumentos que viene dada por la supresión de algunos complementos funcionales, como el de exclusividad y no competencia, modificándose también el kilometraje y se suprimen los regalos de Navidad. La empresa ha descontado del salario del actor el anticipo social de su nómina con arreglo a su nómina anterior, hasta que se ha regularizado dicha situación. Con fecha 24-1-2011 la Dirección General de Trabajo autorizó ERE que afectaba a varias cajas de ahorro, entre ellas la de X. habiendo solicitado el demandante de la entidad bancaria ser incluido en dicho ERE, sin que haya sido incluido en el mismo ni contestada su petición. La empresa demandada ha suprimido Direcciones de Zona y ha creado Unidades de Gestión Comercial. También se han cerrado con ocasión de su reestructuración 80 oficinas.

La acción que ejercita la parte actora se encuentra basada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores y en el apartado a) del mencionado precepto se establece que será causa justa para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden en perjuicio de su formación profesional o en menoscabo de su dignidad, y en el presente caso la sentencia de instancia sostiene que se aprecia una modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor, relativo al sistema de remuneración y cuantía salarial, al suprimirse algunos de los complementos funcionales que venía percibiendo el demandante y modificando su puesto de trabajo, añadiendo la citada sentencia, que tampoco consta la notificación de la modificación con 15 días de antelación, con indicación de las causas económicas, Técnicas, organizativas o de producción que justificarían la adopción de tal medida, y ello que podría constituir el primer presupuesto del citado precepto, no resulta suficiente para integrar la figura de extinción por voluntad del trabajador en su apartado a) dado que se hace necesario que además concorra el requisito de que ello redunde en perjuicio de la formación profesional del trabajador o en menoscabo de su dignidad, lo que no se observa acontezca en el caso analizado. Porque la empresa, como con valor fáctico se establece en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, ha pasado al actor de un puesto a otro dentro del mismo grupo profesional y mismo nivel retributivo con ocasión de un proceso de reestructuración, que implica, entre otras medidas, la reducción y consiguiente supresión de Jefaturas de Zona, entre ellas la de Levante Norte, puesto que venía desempeñando el actor, la creación de las denominadas Unidades de Gestión y el cierre de cerca de 80 oficinas en toda España. Y que se han suprimido algunos complementos funcionales como el de exclusividad y no competencia, manteniéndose el salario al actor con la excepción de los complementos propios de un Director de Zona.

Se alega por la parte actora la existencia de errores en la nómina que no se concretan y que tuvo que remitir un correo electrónico a sus superiores poniendo de relieve aquellos, pero el Juzgador de Instancia considera razonable la explicación dada por la empresa de que dichos errores se deben a problemas informáticos derivados de la modificación del salario, y se añade que estas divergencias ya han sido solventadas a medida que los trabajadores comunicaban dichas incidencias, sin que por la parte recurrente se acredite lo contrario. Respecto de la citación al actor para acudir a una

reunión a los efectos de suscribir un nuevo contrato de trabajo, no consta acreditado que se hayan producido amenazas, chantaje y presiones como instrumentos de la empresa para obligar a los mandos intermedios a firmar un cambio de contrato lesivo a sus intereses, y también alega que se le ha mandado a la oficina de Xirivella como represalia, nada de lo cual se acredita. También se sostiene que en la oficina de Xirivella a la que pasa el actor ya existía un director, pero ello no implica tampoco incumplimiento contractual por parte empresarial, ya que como con valor fáctico se establece ello era provisionalmente y en todo caso el actor estaba por encima jerárquicamente de aquel y que en este caso la Unidad de Gestión coincide territorialmente con una oficina del Banco, no constando tampoco que se le hayan revocado poderes al actor.

No se aprecia la concurrencia del apartado a) del art. 50.1 del E.T. dado que no se acredita que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo hayan redundado en perjuicio de la formación profesional del trabajador que continua desempeñando su cometido en el mismo grupo profesional y mismo nivel retributivo, ni se le han revocado poderes al actor, y tampoco se acredita que la modificación se haya producido en menoscabo de la dignidad del trabajador, ni tenga una motivación subjetiva ni, en consecuencia, intención discriminatoria, ya que ha sido consecuencia de una reorganización de la empresa que ha dejado sin contenido y suprimido las Jefaturas de Zona, entre ellas la que venía desempeñando el actor, Levante Norte; sin que se acredite la existencia respecto del actor de presiones como instrumentos de la empresa para obligarle a firmar un cambio de contrato que considera el trabajador lesivo a sus intereses.

Tampoco se puede considerar que integre una causa de extinción por voluntad del trabajador del apartado a) ni del c) del artículo 50. 1 del E.T. al referirse en este ultimo punto a “cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor”, por el hecho de que habiendo solicitado el actor su inclusión en un ERE en vigor en la empresa el banco no le haya contestado, ya que ello no constituye una causa legal lo suficientemente grave para la extinción del contrato de trabajo, por cuanto si bien el actor podía impugnar en vía judicial la decisión de la empresa de incluirle en un ERE por considerar que no procedía su inclusión o por considerar que tiene preferencia sobre otros trabajadores para permanecer en la empresa y no ser incluido en el ERE, no existe un procedimiento judicial que permita al actor reclamar ante la Jurisdicción Social su no inclusión en el ERE, ni de prioridades para ser incluido en el mismo, ya que se trata de una facultad discrecional de la empresa la inclusión del trabajador o no en el ERE. Sin que, por otro lado, la circunstancia de que la empresa no haya contestado expresamente a su petición, al igual que lo ha hecho la empresa con otros trabajadores que han solicitado su inclusión en el ERE y no han sido incluidos en el mismo, no constituye causa o incumplimiento lo suficientemente grave para justificar la resolución del contrato a instancia del trabajador. Sin que por último tenga incidencia en el presente supuesto que el actor haya tenido que renegociar el préstamo hipotecario que tenía suscrito con la entidad demandada a consecuencia de la disminución de sus retribuciones mensuales, y haya ampliado el periodo de amortización del mismo, porque ello es fruto de su nueva situación económica, pero en modo alguno constituye una causa justa para la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador. 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 S.A.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia de fecha 14 de marzo de 2013 en virtud de demanda formulada contra BANCO X. S.A. y L. S.A. y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

**Sentencia núm. 1.857, de 10 de septiembre de 2013**

**Materia:** Despido. Trabajadora que presta sus servicios como auxiliar administrativa en empresa dedicada a la actividad de alquiler y comercio. Extinción de la relación laboral por ofensas graves de la trabajadora, disminución de rendimiento y trasgresión de la buena fe contractual.

**Juzgado:** Estima en lo sustancial la demanda promovida por la actora y declara improcedente el despido de la trabajadora, condenando a la empresa demandada a la readmisión de la misma o al abono de la correspondiente indemnización más los salarios de tramitación devengados.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La conducta ofensiva de la actora es considerada falta grave y merecedora de sanción de despido disciplinario.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chalver.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por la representación letrada de la empresa la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada, declarando la improcedencia del despido y condenando a la parte demandada a las consecuencias legales del mismo. Se estructura el recurso en base a un primer y único motivo formulado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante, LRJS-. En el mismo se denuncia la infracción del art. 54 del ET en sus apartados c), d) y e), en relación con el Convenio colectivo provincial de Oficinas y Despachos de la provincia de Valencia, y error en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita y entiende aplicable al caso. Se alega que la conducta no se ha tipificado incorrectamente ya que el art. 54.2 c del ET contiene una previsión específica que sí incluye concretamente al empresario y sus familiares como sujeto pasivo de las ofensas verbales y a la que otorga la máxima sanción prevista por el ordenamiento laboral, por lo que atendiendo exclusivamente a lo dispuesto en este artículo existe causa más que suficiente para el despido. La conducta fue grave y culpable, con publicidad inherente al tratarse de una empresa pequeña y de dos empleadas sobre los cinco que integran la plantilla, además de dejar lo transcrito a la vista sobre el monitor de la empresa. No existió arrepentimiento por la actora y ni tan siquiera acudió a la vista oral. La relación laboral ha quedado viuda de la recíproca confianza y una sanción de suspensión de empleo y sueldo no puede reponer a los tres destinatarios de las ofensas, en su honor e imagen.

**SEGUNDO.-** Una adecuada resolución del conflicto suscitado exige partir del inmodificado relato fáctico, y en concreto del siguiente extremo recogido al hecho 3º: “la demandante, identificada como “A.G.R.” desde el ordenador del representante de la empresa que dejó abierto (motivo por el cual el mismo alcanzó a conocer su contenido, que no fue borrado) mantuvo con su compañera de trabajo doña A.B.B.M. identificada como “C.G.R.” por medio de conversación por Skype (Mensajería tipo Messenger) y durante la jornada laboral, la conversación que se transcribe en la carta de despido y que por su extensión y obrar incorporada a los autos, se tiene por

reproducida”. Transcribimos seguidamente algunos fragmentos de la conversación referidos al empresario: “Ahora se dejara manipular de esta”; “Conoce una tía un mes y la deja meterse en todos sus asuntos de dinero”; “Creo que este tío es tonto”; “Después de su experiencia con su ex de Juanjo etc”; “Tinc repelus (puke)”. Como referidas a los dos empresarios: “entre él y su hermana se juntan con una gente”; “Solo hace falta ver con que clase de gente se juntan para asustarse”. Como referidas a la pareja de hecho del empresario: “Qué estúpida”; “le he llevado las cajas como si fuera su criada”; “es un cactus”; “en Italia se diría figa di leño (coño de madera), “ésta es peor que la ex”; “ya...con cara de culo”; ahora llevará la parrusa meada...jajajaja”; “parecen todas las extensiones”; “parece una peluca”; “nosotras nos la lavamos en el bidet”; “ah me ha dicho que ha usado un clínex”; “tienes la perrusa meada y el pelo finto”.

La juzgadora de instancia entiende que el empresario ha tipificado incorrectamente la conducta imputada ya que el artículo 5 del convenio sanciona “las ofensas de palabra proferidas o de obra cometidas contra las personas dentro del centro de trabajo cuando revistan acusada gravedad”, lo que se tipifica como falta grave en el art. 62.2.11, y por lo tanto solo puede ser sancionada con suspensión de empleo y sueldo. Sin embargo, no podemos entender que se ha producido una incorrecta tipificación ya que, por un lado, el empresario sanciona asimismo en base al art. 54.2 del ET en sus apartados c), d) y e), lo que formalmente es suficiente, no siendo necesario el apoyo de un precepto convencional.

En relación con este tema, y como ya dijo esta Sala en la sentencia recaída en el recurso de suplicación número 3761-2005, conviene precisar que las normas de los Convenios Colectivos habrán de tenerse en cuenta para la determinación de las faltas y sus sanciones, pero ello no supone que dichas disposiciones hayan de excluir la aplicación del art. 54 del ET. Y así, conforme al art. 58 de este mismo texto, “los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el Convenio Colectivo que sea aplicable”. Por otra parte, esta Sala, en virtud del principio iura novit curia, (los órganos de instancia y el Tribunal pueden utilizar argumentos jurídicos no alegados pero amparados en normas de aplicación al caso concreto, cuya aplicabilidad se deduzca con claridad de los hechos expuestos por las partes) puede dirigirse a dicho convenio y basarse en el mismo a la hora de buscar la solución al litigio planteado. Y en el mismo, el art. 66.1.c sanciona con el despido las faltas muy graves, y como tal se considera: “El uso de medios informáticos, telemáticos o electrónicos y de comunicación, correos electrónicos etc..., dentro del ambiente empresarial, cuando se utilicen para fines no estrictamente empresariales” (art. 65.3.n del Convenio de aplicación). La recurrente, entre otros razonamientos, apela a tal artículo en su recurso, indicando la impugnante que nos encontramos ante la alegación de hechos nuevos en la instancia. Pero ello no es así, ya que, los hechos son los mismos, y han quedado fijados en el inmodificado relato fáctico de instancia. Es el precepto jurídico aplicable el que ahora cambia y es función del juzgador subsumir los hechos en la correcta norma de aplicación.

Sentado lo anterior, debemos indicar que el comportamiento de la actora va más allá de una conversación privada entre compañeras o amigas de trabajo desde el momento en que, durante la jornada laboral, y a través del ordenador de su empresario, de su jefe, mantiene una conversación o diálogo escrito a través de un “chat”, en el que cruza, con su compañera de trabajo, una serie de insultos y expresiones soeces y sumamente despectivas respecto de sus empresarios y de la pareja de hecho de uno de

ellos, atentando contra su dignidad y honor. Al quedar grabada y el ordenador abierto, el empresario la visualizó. No se trata de un acaloramamiento puntual por parte de la actora, ya que el medio escrito permite sopesar y reflexionar lo que se está diciendo, antes de enviarlo a través de la red, y lo escrito permanece. Nos encontramos, además con una empresa pequeña, en la que la actuación objeto de litigio se realiza por 2 de los 5 trabajadores, por lo que además de lo que conlleva la difusión informática de este tipo de procedimientos, la convivencia en el seno del centro de trabajo con la autora de las expresiones injuriosas, tras el descubrimiento por el empresario de la bochornosa y denigrante conversación sobre su persona, la de su hermana, y la de su compañera sentimental, resultaría contraria a lo que una convivencia pacífica de trabajo requiere. El artículo 10 de la Constitución Española eleva el reconocimiento de la dignidad de la persona, a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social. De modo que lo que es objeto de protección por el ordenamiento jurídico laboral, no es sólo el mantenimiento del orden necesario en la empresa, sino también la dignidad de cada una de las personas que conviven en ella en razón del trabajo que realizan. Y sobre todo, hemos de destacar que la conducta desplegada encaja de lleno en el art. 65.3.n) del Convenio colectivo de oficinas y despachos que reputa de falta muy grave: “El uso de medios informáticos, telemáticos o electrónicos y de comunicación, correos electrónicos etc..., dentro del ambiente empresarial, cuando se utilicen para fines no estrictamente empresariales”, castigándola el art. 66.1.c) con el despido disciplinario. Y la actora utilizó un medio de comunicación de la empresa para fines puramente privados, alejados totalmente de un fin empresarial. Es más, según el hecho probado 3º la demandante operó desde el ordenador del representante de la empresa, y no olvidemos que al usar el ordenador de su jefe, utilizó también su “usuario” (“A.G.R.”), suplantando su identidad, ya que la realidad virtual es que era el propio representante de la empresa el que “hablaba”, lo que mal casa con el pretendido carácter privado del “chateo”. Estando las dos compañeras en la empresa, lo verdaderamente privado hubiera sido que hablaran entre ellas cara a cara. Finalmente, si para valorar la gravedad de una conducta hay que atender a todas sus circunstancias, incluso los acontecimientos anteriores y posteriores, en cuanto a los primeros diremos que la conducta de la demandante no obedeció a provocación previa o una situación del entorno que actuara como detonante, destacando respecto a los posteriores la ausencia de petición de cualquier tipo de disculpa.

Según lo expuesto, y al margen de que a la conducta descrita es de aplicación el art. 54.2.c) del ET, (no así el apartado d) y e) del citado precepto), el comportamiento de la demandante es plenamente incardinable en el referido artículo del convenio, por el empleo del medio informático y telemático de comunicación dentro del ambiente empresarial, destinado a una utilización alejada totalmente de la finalidad empresarial. Nos encontramos ante una conducta grave, culpable y no tolerable en el seno de la mercantil, y como tal merecedora de la sanción de despido por lo que, habiéndose acreditado el incumplimiento tipificado en los arts. 54.2.c) del ET, y 65.3.n) del Convenio de aplicación, la sentencia de instancia ha de revocarse, previa estimación del recurso planteado.

Por todo lo expuesto el despido de la parte actora ha de considerarse procedente, quedando convalidada la extinción de trabajo que aquél supuso y sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

## FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por C. S.L. contra la sentencia de fecha 13 de marzo de 2013 del Juzgado de lo Social nº 15 de Valencia y con revocación de la misma, declaramos la procedencia del despido de la actora de fecha 6-9-2012, convalidando la extinción del contrato de trabajo que aquél produjo y sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Devuélvase a la empresa recurrente las cantidades consignadas y depositadas para recurrir.

Sin costas

1790

**Sentencia núm. 1.878, de 11 de septiembre de 2013**

**Materia.** Despido objetivo. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la fabricación de cerrajería y estructuras metálicas para obra civil. Extinción de la relación laboral por causas económicas. Quedan demostrados los saldos negativos de la empresa en las entidades bancarias. Tampoco se ha puesto a disposición de los trabajadores las indemnizaciones correspondientes.

**Juzgado:** Desestima íntegramente la demanda declarando procedentes los despidos objetivos de los trabajadores.

**Sala:** Estima en parte el recurso debiendo la empresa y el FOGASA proceder a la indemnización correspondiente. No puede considerarse improcedente el despido por ausencia del requisito formal de puesta a disposición de la indemnización.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO.-** Recurren en suplicación los actores la sentencia que ha declarado procedente el despido de 30-4-2012, formulando al efecto dos motivos de recurso que ampara procesalmente en la letra c) del art. 193 de la LRJS, en los que denuncia la infracción del art. 53.5 a) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 123 de la LRJS, porque si de conformidad con lo que se dice en el hecho segundo los actores no han percibido la indemnización que les corresponde por el despido objetivo por causa económica, por falta de liquidez, el fallo debió condenar al abono de las referidas indemnizaciones, como se ha solicitado y denegado por la vía de la aclaración de sentencia. Y la infracción de lo establecido en el art. 56 del Estatuto de los Trabajadores que les da derecho a percibir la indemnización equivalente a 33 días por año de servicio hasta un máximo de 234 mensualidades, considerando que el despido debió ser declarado improcedente al no constar la iliquidez de la empresa ni estar justificados los despidos acordados al faltar la conexión funcional entre la causa económica y productiva con las extinciones contractuales.

Pues bien el recurso así formulado, que se impugna de contrario, debe estimarse solo en parte; ya que atendiendo a los datos que arrojan los hechos probados, a los que hay que estar al no haber sido impugnados, no cabe sino confirmar la sentencia que declara procedente el despido al constar acreditada la causa económica (hecho cuarto), y el conocimiento que de la misma tenían los trabajadores (hecho quinto) y la iliquidez de la empresa en el momento del despido (hecho tercero y sexto); sin embargo, constando que la indemnización que le corresponde a cada uno de los trabajadores no se les ha abonado, debe contener el fallo de la sentencia la condena de la empresa a su abono por así establecerlo los arts 53.1 b) párrafo segundo, en relación con el art. 123.1 de la LRJS, con la responsabilidad directa del Fondo de Garantía Salarial al tratarse de empresa de menos de 25 trabajadores (art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores) y la responsabilidad subsidiaria para el supuesto de insolvencia de la empresa (art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores).

En definitiva, la claridad con que los hechos probados de la sentencia, no atacados, describen las pérdidas de la empresa en el último ejercicio y la falta de liquidez de la empresa, permite a la empresa despedir a los trabajadores por causa económica, como ha acontecido e incluso como acreditó su falta de liquidez, el despido no puede ser declarado improcedente por ausencia del requisito formal de puesta a disposición de la indemnización, lo que no impide que la sentencia deba condenar a la empresa a abonar la indemnización ofrecida y no discutida por las partes, sin que a ello se oponga el desistimiento formulado por la reclamación de cantidad que se había acumulado al despido, ya que la indemnización forma parte y es consecuencia del despido objetivo.

Procede por todo ello estimar en parte el recurso condenando a la empresa al pago de las indemnizaciones, siendo por lo demás intachable la sentencia que declara procedente el despido en aplicación de la jurisprudencia que relaciona.

### FALLO

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don S.C.C.S, don C.B.P. y don A.O.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante de fecha 28 de noviembre de 2012; y en consecuencia revocamos parcialmente la sentencia recurrida para añadir la condena a la empresa y al Fondo de Garantía Salarial del pago de la indemnización que corresponde al despido de cada uno de los actores en las cuantías que seguidamente se dirán y, en el porcentaje y cuantías legales, confirmándola en el resto.

- d. D. S.C.C.S.....8.595,62 €
- e. D. C.B.P.....18.453,60 € y
- f. D. A.O.P..... 10.561,28 €

Sin costas.

1791

**Sentencia núm. 1.905, de 17 de septiembre de 2013**

**Materia:** Prestación por desempleo. Trabajador afiliado al RGSS que cobra prestación por desempleo, la cual queda extinguida. Posteriormente, se le reconoce subsidio de desempleo. El actor marcha al extranjero sin haber solicitado la oportuna autorización. Extinción del subsidio y reintegro de cantidades indebidamente percibidas.

**Juzgado:** Estima la demanda, revocando la resolución de la demandada por la que se le denegó el derecho al subsidio de desempleo, declarando el derecho del actor a la percepción del mismo mientras reuniera los requisitos para ello, y declarando no haber lugar a la declaración de percepciones indebidas durante determinado periodo.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Se produce una extinción del subsidio al no constar la autorización ni la finalidad del traslado al extranjero.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Mercedes Boronat Tormo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por Don R.H.C. y revocó la resolución por la que se extinguió la prestación reconocida en su día y declaró el cobro indebido de las cantidades percibidas por tal concepto. En dicha resolución se entiende que la salida al extranjero por tiempo superior a quince días no puede conllevar la extinción del beneficio de prestaciones de desempleo, pues no parece ser esa la intención de la norma, con cita de abundante doctrina jurisprudencial expuesta de forma cronológica.

En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS que se modifique el hecho probado tercero para señalar: “Desplazamiento y sus circunstancias. El actor se desplazó sin haber solicitado previamente la preceptiva autorización a la entidad gestora, a Argentina el 24/06/2009, regresando el 23/07/09”. Entiende el SPEE que tal dato pretende aclarar los datos relevantes para resolver la cuestión. Y a la vista de que dicho dato, aunque figura en la resolución impugnada, no fue recogido como hecho probado en la sentencia de la instancia, y tampoco, y tampoco ha sido objeto de expresa oposición en la impugnación, debe aceptarse su inclusión en la resultancia fáctica.

**SEGUNDO.-** En el segundo motivo del recurso se denuncia la interpretación errónea del artículo 213.1 g) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 6.3 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril. Señala el SPEE que el traslado al extranjero implica la extinción del derecho, o en su caso la suspensión, en salidas superiores a quince días, citando al respecto la STS de 4 de Octubre del 2011, así como las de 18 y 30 de octubre del 2012, y se opone a la aplicación de la Declaración de DDHH señalada en la sentencia de la instancia. En el mismo motivo se cita como infringido el art 231.1 de la misma norma y art 28.2 del RD 625/85 de 2 de abril que estima han sido inaplicados, citando por último el art 209.2

relativo al compromiso de actividad, y los arts 231.1c) y 231.2, así como el 27.2 de la Ley 56/2003 de Empleo, pues una estancia de la duración de la producida, sin atender a ninguno de los fines señalados en la norma impide al desempleado atender los posibles requerimientos de una oferta de empleo. Por último y subsidiariamente, denuncia la infracción de la jurisprudencia más reciente: SSTS 18 y 30 de Octubre del 2012 que ha distinguido los supuestos de extinción y los de suspensión de la prestación.

Esta Sala ya ha procedido a aplicar la jurisprudencia citada en el recurso, en resoluciones anteriores, como la sentencia de 6 de febrero del 2013, nº 279/13, y otras posteriores, en las que ante la ausencia de una aclaración legal respecto al concepto de residencia, se entiende 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 STS de 18 de Octubre del 2012 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”. Esta nueva jurisprudencia, aplica 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”.

En aplicación de dicha jurisprudencia al caso analizado, y dado que la parte actora no había solicitado autorización para su salida al extranjero, que ésta ha durado 11 meses y varios días, y que tampoco ha pretendido acreditar, de alguna de las formas posibles en derecho ante el SPEE ni ante los órganos jurisdiccionales, que tal traslado se ha efectuado para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, debe esta Sala entender que Resolución administrativa por la que se extingue la prestación y se reclaman prestaciones indebidas, ha aplicado correctamente la anterior doctrina, por lo que procede estimar el recurso.

Pero, además, debe la Sala añadir, que en apoyo de ésta interpretación jurisprudencial, por Real Decreto-Ley nº 11/2013, de 2 de agosto, dictado “para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social”, se ha procedido a aclarar la laguna normativa mediante la introducción de dos nuevos apartados en el art 212.1 de la LGSS, lo que matiza el contenido del art 213 LGSS que establece en su letra g) los supuestos de Extinción de la prestación por “Traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen”. Los dos nuevos apartados del 212 que regula los supuestos de suspensión del derecho, matizan los supuestos señalados en la doctrina ya citada del Tribunal Supremo, para introducir, como casos de suspensión los que siguen:

f) “En los supuestos de traslado de residencia al extranjero en los que el beneficiario declare que es para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, por un período continuado inferior a doce meses, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora, sin perjuicio de la aplicación de lo previsto sobre la exportación de las prestaciones en las normas de la Unión Europea”.

g) “En los supuestos de estancia en el extranjero por un período continuado o no, de hasta 90 días como máximo durante cada año natural, siempre que la salida al extranjero esté previamente comunicada y autorizada por la entidad gestora”.

El supuesto analizado se encuadraría en el citado apartado f), lo que se menciona a los efectos de servir como pauta interpretativa del concreto supuesto de hecho. Por todo ello, y no constando ni la preceptiva autorización ni haberse acreditado la finalidad del traslado prevista por la norma relativa a la búsqueda o realización de trabajos, etc, la aplicación del mencionado RD-L supondría, igualmente, la resolución estimatoria del recurso.

## F A L L O

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del SPEE, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DOS de los de ELCHE, de fecha 29 de octubre del 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de DON R.H.C.A.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, manteniendo la Resolución del SPEE, de fecha 29 de septiembre del 2010.

Sin costas.

1792

**Sentencia núm. 1.912, de 17 de septiembre de 2013**

**Materia:** Prestaciones: Lesiones no invalidantes. Responsabilidad. Trabajador afiliado al RGSS que trabaja para empresa azulejera. La empresa tiene concertada con la mutua demandante las coberturas derivadas de contingencia profesional, hallándose al corriente del abono de las cotizaciones. Determinación de la fecha del hecho causante para establecer la responsabilidad en el pago.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando que la responsabilidad por el abono de lesiones permanentes no invalidantes corresponde al INSS, absolviendo al resto de los demandados.

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

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Montés Cebrián.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia que se combate estimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, actuando en nombre y representación del INSS. El recurso plantea un motivo único dedicado a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico con el debido ajuste dentro de lo previsto en el art.193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social en el que se denuncia la infracción del art. 6.3 del RD 1300/1995, de 21 de julio, por el que se desarrolla la ley 42/1994, de 30 de diciembre, y art. 13.2 de la Orden de 18/1/1996 para la aplicación y desarrollo del citado Real Decreto 1300/95 en relación con el art. 68 apartado 3 letra a) de la LGSS y la instrucción tercera, apartado 1 letra d) de la Resolución de 27/5/2009 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social. Se sostiene en el recurso que el hecho causante debió situarse en la fecha de emisión del Dictamen Propuesta del EVI, salvo que existiera una incapacidad temporal precedente, que no concurría en el supuesto que contemplaba la sentencia recurrida, pues lo contrario generaría una total inseguridad al seguir el trabajador desarrollando sus servicios en el mismo puesto de trabajo, sin saberse con precisión cuando se generó y consolidó el déficit, citándose al efecto diversas sentencias dictadas por TSJ, así como del propio TS, como la de fecha 7/2/2000, por lo que siendo la fecha de emisión del Dictamen de 3/3/2011 la responsabilidad en el pago de la LPNI correspondería a la Mutua.

La censura jurídica expuesta ha de ser rechazada de acuerdo con la doctrina de nuestro Alto Tribunal establecida entre otras en la sentencia de 13 de Julio del 2011 (ROJ: STS 5971/2011), Recurso: 2994/2010 y conforme a la cual “El accidente de trabajo y la enfermedad profesional son objeto de un tratamiento privilegiado en la normativa que nos ocupa por tratarse de contingencias estrictamente ligadas a la condición del sujeto amparado por un conjunto de normas, tanto laborales como de seguridad social que sin perder de vista otros ámbitos ajenos al trabajo en los que pudiera verse afectada la salud del trabajador y su capacidad, bien como sujeto productivo, bien en cuanto a su aptitud para desenvolverse en las condiciones de vida ordinaria. Así, en aras de una menor aleatoriedad en el caso del accidente de trabajo es doctrina consolidada la determinación del hecho causante en función de la fecha del acontecimiento dañoso que motivó la posterior declaración de incapacidad, lo cual ha

venido deslindando en tales términos ámbitos de responsabilidad de diferentes entidades aseguradoras. En el caso de la enfermedad profesional es obvio que no cabe establecer una fecha inicial en los términos del accidente de trabajo pero no es menos cierto que por su propia naturaleza sólo puede adquirirse en tanto mantuvo su actividad profesional, durante la que rige la presunción de alta de pleno derecho con arreglo al artículo 125.3 de la Ley General de la Seguridad Social precepto que por encontrarse en el Capítulo comprensivo de normas que rigen las condiciones generales de las prestaciones sin estar limitada al régimen de invalidez permanente no sugiere una interpretación restrictiva del mismo por lo que la consideración de alta debe amparar las consecuencias que se deriven aún cuando éstas no resulten apreciadas hasta transcurrido un tiempo entre la finalización de la actividad y la concreción de las secuelas.”

De la doctrina expuesta se constata que si bien en los supuestos de enfermedad profesional la jurisprudencia normalmente ha fijado como fecha a tener en cuenta para determinar la entidad aseguradora la del dictamen de la unidad de valoración médica, este criterio se establece ponderando la dificultad de fijar en estos casos la fecha de la contingencia determinante, esto es, el de aparición de la enfermedad, pero una vez constatada dicha aparición, en ese momento se habrá de entender producido el hecho causante.

La proyección de la anterior doctrina al presente caso conduce a la desestimación del único motivo del recurso, y es que de la relación de hechos probados de la sentencia de instancia se desprende que los problemas ya valorables de audición bilateral que presentaba el trabajador derivados de la exposición al ruido en su puesto de trabajo se constatan al menos desde el año 2006, conforme quedó objetivado en la audiometría que se le practicó en fecha 18/10/2006 y en la que ya se constató una pérdida de audición significativa de más de 25 dB, en concreto, presentaba una media de más de 50 dB, por lo que se ha de concluir que es en dicha fecha cuando se produce el hecho causante de la hipoacusia bilateral que afecta al demandante y por consiguiente la entidad responsable del abono de la indemnización derivada de las lesiones permanentes no invalidantes reconocida al actor es el Instituto Nacional de la Seguridad Social que es el que cubría la contingencia de enfermedad profesional en la indicada fecha, tal y como ha resuelto esta Sala en numerosas sentencias, entre las que cabe citar la recaída en el recurso 2196/2011, 2982/2011, 2841/2011 o 2200/2012, por lo que al ser la conclusión expuesta la que aplica la sentencia impugnada la misma se ha confirmar, previa desestimación del recurso contra ella interpuesto. Tan solo añadir que aunque la regla general sobre la determinación del hecho causante sea la fecha del dictamen del EVI no existe impedimento legal que permita delimitar tal hecho en una fecha anterior, siempre que existan pruebas objetivas que constaten dicha enfermedad profesional, tal y como sucede con los supuestos de prácticas de prueba de audiometría que revelan de forma contundente la existencia de una lesión auditiva ya permanente e irreversible, posibilitándose así el traslado del hecho causante a un momento anterior (véase la STS de 30/4/2007-rcud 618/2006- o 22/9/2008 –rcud 3242/2007-).

**SEGUNDO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, en relación con el artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar las Entidades Gestoras del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

**FALLO**

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de INSS y TGSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Castellón de fecha 12 de septiembre de 2012 en virtud de demanda formulada, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

1793

**Sentencia núm. 1.929, de 18 de septiembre de 2013**

**Materia:** Reconocimiento de derecho y cantidad. Personal laboral fijo de la Generalitat. Solicitud excedencia voluntaria automática por ocupar otra plaza sin reserva de puesto a la persona cesada. Ausencia de vacante e inaptitud física para realizar las funciones del puesto requerido.

**Juzgado:** Desestima la demanda, confirmando la resolución administrativa impugnada, absolviendo a la demandada de cuantos pedimentos se formulen en su contra.

**Sala:** Estima el recurso declarando no ser conforme a derecho la resolución administrativa que denegó el derecho de la recurrente a reingresar al servicio activo planteado en su solicitud.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación letrada de la demandante se formula recurso frente la sentencia que desestimó su demanda, donde reclamaba frente la denegación de solicitud de reingreso en la demandada, y en los términos pretendidos en dicho escrito. La desestimación de tal pretensión por parte de la administración radicaba en la inexistencia de vacante y además, en la falta de aptitud física de la peticionaria para desenvolver los puestos de trabajo solicitados.

El primero de los motivos del dicho recurso, fundado en el artículo 193 “b” de la LRJS, solicita que se añada un nuevo hecho probado, numerado como decimosexto, lugar donde se incluiría una relación de puestos de trabajo pertenecientes a la categoría de ayudante de residencia adscritos a centros de trabajo de la Conselleria de Bienestar Social dentro de la provincia de Castellón, y que, tanto el 21 de febrero de 2011 como el 19 de julio de 2012 no se hallaban ocupados por personal laboral fijo, añadiendo el motivo dos nuevas adiciones, respectivamente numeradas como decimoséptima y decimooctava en la narración fáctica, con la redacción explicitada en cada caso el escrito de recurso, y que en esencia refieren las circunstancias del cese de la recurrente en el puesto de auxiliar de clínica que desenvolvía mientras estuvo en situación de excedencia voluntaria automática como ayudante de servicios, cuyo reingreso ahora postula, así como el salario mensual que corresponde a la categoría de ayudante de residencia/servicios del grupo E del personal laboral de la Generalitat Valenciana.

Realmente, y en la medida que las frases que se proponen responden a la realidad, al venir contrastadas con documentos con valor revisor, a la postre, como luego se verá, y al gozar de relevancia para alterar el signo del fallo, debe estimarse el motivo y ampliar el relato fáctico con la inclusión literal de los tres nuevos hechos probados plasmados en el recurso.

**SEGUNDO.-** En el motivo del citado recurso desestimado a la censura del derecho aplicado en la resolución de instancia, se considera que ésta vulnera lo señalado en el artículo 10. a 6 del II convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la

Administración de la Generalitat Valenciana, en relación con el artículo 3.1 “b” del ET, infringiéndose asimismo en la sentencia impugnada el artículo 46.5 del ET.

Se argumenta que el único hecho jurídicamente relevante para conceder –o denegar– el reingreso de la trabajadora en el presente procedimiento es la existencia o inexistencia de vacantes en la misma categoría que la correspondiente a la trabajadora, pues la efectividad del reingreso no puede quedar condicionada a las necesidades del servicio y a que se reúnan los requisitos exigidos para el puesto de trabajo pretendido, como apunta la sentencia.

Tiene razón el recurrente al señalar que la decisión recurrida hace una lectura sesgada del convenio de aplicación, pues en este texto no existe el condicionante que, a fin de cuentas, tanto la administración como la sentencia emplean para denegar la solicitud de reingreso. La aptitud para el puesto de trabajo se precisa, desde la lectura del dicho precepto paccionado, solo cuando la vacante a la que se pretende acceder desde la situación de excedencia voluntaria sea de distinta categoría a la del trabajador que pide el reingreso. El artículo que se dice infringido solamente condiciona el reingreso a que existan vacantes de su categoría, y ello ya se ha visto que concurría al tiempo de solicitarse el reingreso. Que sea posible en hipótesis que la ahora recurrente, si atendemos a lo que se plasma en el séptimo y en el décimo hecho probado de la sentencia objeto de recurso, y una vez incorporada al puesto pretendido, no sea capaz de desenvolver con eficacia las funciones propias de aquél, no es objeto de este litigio, y llegado el caso, la normativa laboral arbitra diversas soluciones que garanticen los derechos de ambas partes, pero lo que no cabe es que, sin que la norma convencional lo contemple expresamente para este caso concreto, se prive a la demandante de reingresar en el puesto pretendido en la demanda al hilo de una hipotética ineptitud, de modo que debe ser estimada la demanda, en los términos que se interesan en el suplico, con revocación de la sentencia de instancia.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por doña M.S.B.N. frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Castellón de 16 de noviembre de 2012, recaída en autos sobre reconocimiento de derechos y cantidad instados contra la Generalitat Valenciana, y con revocación de la indicada resolución judicial declaramos no ser conforme a derecho la resolución administrativa que denegó del derecho de la recurrente a reingresar al servicio activo planteada en solicitud fechada el 2 de febrero de 2011, y en consecuencia declaramos del derecho de dicha trabajadora a reingresar y prestar servicios como personal laboral fijo de la Conselleria de Bienestar Social en alguno de los puestos vacantes existentes en el Grupo E, categoría de ayudante de residencia/servicios en el ámbito de la Generalitat Valenciana, con efectos de 21 de febrero de 2011, y a indemnizarle con la suma de los salarios dejados de percibir desde dicha fecha a razón de 42,04 euros diarios hasta la fecha del reingreso efectivo, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

**Sentencia núm. 1.951, de 24 de septiembre de 2013**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajador afiliado a la seguridad social y que presta servicios en industria azulejera como director técnico de producción. Solicitud reconocimiento de incapacidad permanente por deficiencias anatómicas y funcionales significativas: infarto agudo de miocardio, enfermedad de tres vasos y doble by-pass.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra.

**Sala:** Estima el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual con origen en enfermedad común. Se reconoce al trabajador una pensión vitalicia en la cuantía del 55% de la base regulatoria más las revalorizaciones correspondientes.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que denegó el reconocimiento de una incapacidad permanente, interpone la parte actora el presente recurso de suplicación.

2. En un primer motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) solicita la revisión del hecho probado quinto para que, en síntesis, se deje constancia de que la empresa en la que presta servicios el demandante tiene entre 75 y 90 operarios; que es habitual en este tipo de empresas que converjan en una misma persona el puesto de Director de Producción, Jefe de Personal y Técnico de Mantenimiento; que el actor solo tenía como superior al gerente y que su jornada se distribuía de lunes a domingo, con total disponibilidad las 24 horas del día. Esta petición se apoya en el informe pericial que obra a los folios 25 y 26, pero no puede prosperar no solo porque los datos que se pretenden introducir nada tienen que ver con la aportación al proceso de conocimientos especializados, que es lo propio de los informes periciales, sino con lo que sería una prueba testifical -que es inhábil para producir una modificación de los hechos-, sino también porque ya se recogen con valor fáctico en el fundamento de derecho segundo de la sentencia donde se deja constancia del testimonio prestado por don M.A.B., antiguo compañero de trabajo del actor, en el que se relatan las circunstancias en que este prestaba sus servicios.

**SEGUNDO.-** 1. En el segundo motivo del recurso y al amparo de la letra c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 136 y 137 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por el recurrente, que las dolencias que padece y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de director técnico de producción en la industria azulejera.

2. Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del

trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral". Por su parte el artículo 137.4 del mismo texto legal y en la indicada redacción, 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".

3. De la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, se desprende que en el recurrente concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. En efecto, según se recoge en el hecho probado cuarto, el Sr. S. presenta unas importantes limitaciones funcionales de carácter cardiorhipertensivo que se manifestaron con un infarto agudo de miocardio (enfermedad de tres vasos) que requirió la práctica de un doble by-pass coronario. De modo que está discapacitado para realizar esfuerzos físicos de moderados a intensos y para someterse a situaciones de estrés térmico y/o psíquico. Consta, asimismo, que el grupo profesional en el que está encuadrado es el 2 del convenio colectivo para la industria del azulejo, pavimentos y baldosas cerámicas de la Comunidad Valenciana, que agrupa a los mandos intermedios y técnicos de primer nivel, de tal manera que entre sus funciones está la coordinar y supervisar el trabajo de un conjunto de colaboradores, así como realizar tareas de alto contenido intelectual. Ello se traduce, en la empresa en la que el demandante presta servicios, en que tiene a su cargo en torno a los 100 operarios cuyo trabajo, como hemos dicho, debe supervisar y coordinar, así como una absoluta disponibilidad horaria para atender las posibles incidencias que se puedan producir durante el proceso de producción. Todo ello revela que el trabajo que debe desarrollar el actor es de una alta exigencia y responsabilidad, lo que implica estar sujeto a un importante componente de estrés que, como ya se ha señalado, es incompatible con su estado de salud. Es por ello que procede estimar el recurso presentado en los términos que se recogen en la parte dispositiva de la presente resolución.

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

### **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON E.S.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Castellón de fecha 22 de febrero de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos que el demandante se encuentra afecto de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual de director técnico de producción de la industria azulejera con origen enfermedad común y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonarle una pensión vitalicia en la cuantía del 55 por 100 de la base reguladora de 2044,43 euros, más las revalorizaciones, con efectos económicos desde el 3 de noviembre de 2011.

Sin costas.

1795

**Sentencia núm. 1.977, de 25 de septiembre de 2013**

**Materia:** Prestación por riesgo durante la lactancia. Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios como educadora en centro de reeducación de menores. Tras dar a luz solicita prestación al haberse denegado cambiarla a otro puesto con menos riesgos.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de todas las prestaciones en su contra formuladas. La actora no se halla en las situaciones protegidas que dan derecho a la prestación.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se dan los requisitos necesarios para obtener la prestación: la descripción de los riesgos aparece acreditada de forma genérica y no específica, y no consta que la empresa haya intentando acomodar el puesto de trabajo de la actora a su situación, evitando o mitigando al máximo el riesgo, siendo la actitud de la empresa demandada la de evitar la adopción de cualquier medida preventiva, pretendiendo que la actora vea sin más suspendido su contrato de trabajo, asumiendo la entidad colaboradora la pérdida de rentas salariales de aquella.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se interpone por parte de L.P.M. recurso de suplicación contra la sentencia que dictó el día 31 de julio de 2.012 el Juzgado de lo Social número 3 de los de Alicante que desestimó la demanda por ella entablada frente al INSS, la TGSS, la Fundación D. y la Mutua Patronal X. en la que reclamaba el reconocimiento de la prestación de riesgo durante la lactancia.

2. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión de los hechos que fueron declarados probados en la instancia a fin de que el tercero de los hechos que fueron declarados probados en la instancia:

*“Tras dar a luz a su hijo A., y disfrutar de la correspondiente prestación por maternidad ( la cual concluyó el 18 de febrero de 2011) y de sus vacaciones, la actora solicitó de la empresa FUNDACIÓN D., en fecha 14 de enero de 2011, el cambio de puesto de trabajo por riesgo en la lactancia natural, comunicándole la empresa que en ese momento no existía puesto alguno de similar categoría profesional que no supusiera un riesgo para la trabajadora en el estado de la lactancia en que se encontraba, decretando la Empresa que lo más aconsejable en esa situación era el paso de la trabajadora a la situación de riesgo oportuna, viéndose por ello la empresa imposibilitada técnica u objetivamente para cambiarla de puesto de trabajo.*

*De esta forma D<sup>a</sup> L.P.M. solicitó el 22 de febrero de 2011 de X. la emisión del certificado médico sobre la existencia de riesgo durante la lactancia. Ante ello, por escrito de 1 de marzo de 2.011, y con fecha de efectos del día 21 de febrero de dicho año, le denegó la prestación por riesgo durante la lactancia, al considerar que no se encontraba en ninguna de las situaciones protegidas para causar derecho a la misma.*

*Finalmente, Doña L.P.M., optó por solicitar excedencia la cual fue concedida con efectos de 8 de marzo de 2.011 y finalización el 7 de septiembre de dicho año”.*

Funda su pretensión en el documento obrante al folio 42 de las actuaciones, consistente en respuesta dada por la empresa a petición de la actora. El motivo se estima ya que la revisión propuesta es fiel reflejo de la prueba que la sustenta.

**SEGUNDO.-** 1. Para abordar los motivos destinados a la censura jurídica, en los que son denunciadas tres infracciones diferenciadas, debemos partir de los siguientes datos consignados en el relato histórico de la resolución: la actora que prestaba servicios como educadora para la codemandada Fundación D. en el Centro de Reeducción de Menores “X.” desde el 1-12-2.007, con jornada de trabajo continua en turnos rotativos de mañana ( de 8:00 h a 16:30 h), tarde ( de 15:45 h a 23:15 h) y de fines de semana (sábados y domingos de 8: 30 h a 23:30 h), consistiendo su trabajo en realizar tareas de intervención directa con los menores, siendo responsable de la formación integral de los que se encuentren a su cargo, concurriendo el desempeño de las mismas riesgo de agresión por parte de los usuarios del centro – si bien desde el 1-12-2.007 no se ha documentado ninguna- y/o posible transmisión de enfermedades infecto contagiosas tales como SIDA, Hepatitis B o tuberculosis, tras dar a luz a su hijo A., y disfrutar de la correspondiente prestación por maternidad (la cual concluyó el 18 de febrero de 2011) y de sus vacaciones, solicitó de la empleadora el día 14 de enero de 2011, el cambio de puesto de trabajo por riesgo en la lactancia natural, comunicándole la empresa que en ese momento no existía puesto de alguno de similar categoría profesional que no supusiera un riesgo para la trabajadora en el estado de la lactancia en que se encontraba, considerando la Empresa que lo más aconsejable en esa situación era el paso de la trabajadora a la situación de riesgo oportuna, por lo que la trabajadora el día solicitó el 22 de febrero de 2011 de X. la emisión del certificado médico sobre la existencia de riesgo durante la lactancia; la Mutua demandada, con quien la empresa tiene concertada la cobertura de las contingencias profesionales, por escrito de 1 de marzo de 2.011, y con fecha de efectos del día 21 de febrero de dicho año, le denegó la prestación por riesgo durante la lactancia, al considerar que no se encontraba en ninguna de las situaciones protegidas para causar derecho a la misma; finalmente, la actora optó por solicitar excedencia la cual fue concedida con efectos de 8 de marzo de 2.011 y finalización el 7 de septiembre de dicho año. A la vista de tales datos la resolución de instancia, reproduciendo las tesis que viene manteniendo la Sala IV del TS a la hora de interpretar el art. 135. bis de la LGSS desestimó la demanda, porque, a pesar de considerar que existe una situación potencial de riesgo para la salud del lactante evidenciada en el riesgo de contagio de enfermedades existente, no obstante lo anterior estima que no concurre la situación protegida en el referido precepto de la LGSS por cuanto que no se ha justificado que el cambio de puesto de trabajo de la actora resultase técnica u objetivamente imposible, ya que no se ha contemplado la posibilidad de que durante la lactancia la actora fuese cambiada a un puesto de diferente categoría para el que fuese profesionalmente hábil, siendo la suspensión del contrato que da derecho a la prestación la última solución a adoptar.

2. Partiendo de lo anterior, en los dos primeros motivos destinados a la censura jurídica se denuncia:

- en primer lugar, infracción de los arts. 91.2 y 94.2 de la LRJS por cuanto que se alega que habiéndose solicitado por el actor ya que se considera que ante la incomparecencia de la FUNDACIÓN D. habiéndose requerido a la misma para que

aportase “ copia completa de las peticiones, informes completos y resolución adoptada de concesión de la prestación por riesgo durante la lactancia de otras trabajadoras: Doña G.C.M.”, debió de tenerse por acreditado tal hecho, por aplicación de las denominadas “ficta confessio” y “ficta documentatio”, cuestiones estas que, por otro lado, no fueron objeto de análisis en la resolución recurrida;

- en segundo lugar, infracción del art. 94.2 de la LRJS, respecto de la no aportación por parte de la Mutua codemandada X. de la misma documentación exigible a la empresa codemandada.

3. Estas dos primeras objeciones no pueden ser acogidas y ello por las razones que pasamos a exponer: en primer lugar por que se utiliza el cauce del apartado c) del art. 193 de la LRJS, destinado a análisis de las infracciones de carácter sustantivo para denunciar infracciones de preceptos procesales, infracciones estas que deben ser encauzadas con arreglo al apartado a) del art. 193 de la LRJS, con la consiguiente solicitud de la nulidad de actuaciones y reposición de las mismas al momento inmediato anterior al de perpetrarse la infracción, siempre y cuando ésta sea determinante de indefensión, lo que aquí, con independencia del concreto apartado del art. 193 citado, ni se ha solicitado, ni se deduce de los términos en que se encuentra formulado el motivo; en segundo lugar, es que además, y en el supuesto de que se admitiese que nos encontremos ante una solicitud de nulidad de actuaciones, lo cierto es que dado el carácter de remedio último de esta solución, lo cierto es que el hecho que se intenta probar a través de dicha pruebas bien puede acreditarse por otras muchas (V.gr a través de la testifical de la trabajadora en cuestión...), resultando por otro lado, y a juicio de la Sala, dicho hecho carente de relevancia para la resolución de la litis, ya que ni se ha alegado ni en demanda, ni en la vista.

4. En el tercero de los motivos que se destinan a la censura jurídica se denuncia infracción de los arts., 135, 135. bis y ter de la LGSS, en relación con el art. 26 de la Ley 31/1.995 de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales, por cuanto que se considera que existiendo en el puesto de trabajo de la actora un riesgo para su seguridad y salud con posible repercusión sobre la lactancia natural y no existiendo puesto exento de riesgo entre los de su categoría sí procede el reconocimiento de la situación protegida de riesgo durante la lactancia descrita y desarrollada en los preceptos citados como infringidos, señalándose que a otra trabajadora de la misma empresa, en idéntica situación, por esta sala en la Sentencia 3.472/2.010 resolutoria del recurso de suplicación contra la sentencia 9/2.010 del Juzgado de lo Social número 3 de los de Alicante, le fue reconocida la prestación reclamada.

5: Para resolver el motivo que se formula, los datos sobre los que arriba recapitulábamos deben ser examinados a la luz de la doctrina que viene manteniendo en la actualidad la Sala IV del TS a la hora interpretar de forma conjunta los arts. 135 bis de la LGSS, 26 de la LRPRL y 45 1.d) E.T y que expresa la STS de 24-6-2.013 (rcud 2488/2.012) con cita de las anteriores resoluciones de la misma Sala de 17-3-2011 (rcud 1864/10, 1865/10 y 2448/10), 18-3- 2011 (rcud 1290/10, 1863/10, 1966/10 y 2257/10), d3-5-2011 ( rcud 2707/10); 21-9-2011, (rcud. 2342/10), 22-11-2011 (rcud. 306/11); 23-1-2012 (rcud 1706/11 ) ; 25-1-2012 (rcud 4541/10); 1-10-2012 (rcud. 2373/11) ; y 21-3-2013 (rcud. 1563/12) de la forma siguiente:

*“a) La evaluación de los riesgos a que se refiere el art. 16 LRPL deberá comprender la determinación de la naturaleza, el grado y la duración de la exposición de las trabajadoras en situación de lactancia natural a agentes, procedimientos o condiciones de trabajo que puedan influir negativamente en la salud de las trabajadoras o del lactante, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico. Si los resultados de la evaluación revelasen un riesgo para la seguridad y la salud o una posible repercusión sobre el embarazo o la lactancia de las citadas trabajadoras, el empresario adoptará las medidas necesarias para evitar la exposición a dicho riesgo, a través de una adaptación de las condiciones o del tiempo de trabajo de la trabajadora afectada. Dichas medidas incluirán, cuando resulte necesario, la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turno.*

*b) La evaluación de los riesgos en caso de lactancia natural en relación con el puesto de trabajo ha de ser específica, que alcance a la determinación de la naturaleza, grado, y duración de la exposición.*

*Es preciso conocer con detalle la naturaleza, extensión, características, tiempo de exposición al riesgo y seguimiento de la existencia del mismo(así lo expresábamos en la mencionada STS de 21 de septiembre de 2011 -rcud. 2342/2010 - [EDJ2011/224477](#)).*

*Una vez determinados esos extremos, la acción inmediata que ha de seguirse por parte del empresario es la de adoptar las medidas necesarias para evitar esa exposición al riesgo, adaptando las condiciones o el tiempo de trabajo de la trabajadora. ólo cuando esa adaptación no resulte posible o la realizada sea insuficiente de forma que las actividades a desarrollar (número 2 del art. 26 LPRL) " pudieran influir negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto, y así lo certifiquen los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de las Mutuas, en función de la Entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, con el informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora, ésta deberá desempeñar un puesto de trabajo o función diferente y compatible con su estado".*

*c) Incluso cuando no existan puestos de trabajo o función compatible, la norma específica que la trabajadora podrá ser destinada a un puesto no correspondiente a su grupo o categoría equivalente, si bien conservará el derecho al conjunto de retribuciones de su puesto de origen. Y sólo cuando todo ello no sea posible, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el art. 45.1.d) ET [EDL1995/13475](#), tal y como señala el art. 26.3 LPRL, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado".*

*2. Como asimismo recordaba nuestra precitada STS de 22-11-2011 (R. 306/2011) [EDJ2011/306712](#) , "... para que la prestación por riesgo durante la lactancia natural pueda percibirse en los términos previstos en los arts. 135 bis y ter LGSS [EDL1994/16443](#), han de cumplirse todos los requisitos normativamente previstos de manera sucesiva, esto es, la identificación de riesgos específicos para la trabajadora en situación de lactancia natural, la imposibilidad de adaptación de las condiciones del puesto específico y por último la imposibilidad de cambio de la trabajadora a un puesto*

de la misma o diferente categoría que no tenga esos riesgos o con niveles de riesgo tolerables y controlados”.

3. También hemos sostenido con reiteración que la prestación de riesgo durante la lactancia, que se contempla en los arts. 135.bis y 135.ter de la LGSS [EDL1994/16443](#) y en el Real Decreto 295/2009 [EDL2009/18505](#), reglamento éste que sustituyó al RD 1251/2001, de 16 de noviembre [EDL2001/39405](#), y que ya estaba en vigor cuando la aquí actora dio a luz (30/6/2009), contiene una regulación particularmente compleja, porque el art. 135.bis de la LGSS [EDL1994/16443](#) delimita la situación protegida mediante la referencia al "periodo de suspensión del contrato de trabajo en los supuestos en que, debiendo la mujer trabajadora cambiar de puesto de trabajo por otro compatible con su situación, en los términos previstos en el art. 26.4 de la Ley 31/1995 [EDL1995/16211](#) ..., dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible, o pueda exigirse por motivos justificados". "La situación protegida queda vinculada a una suspensión del contrato de trabajo que, a su vez, requiere: 1º) la constatación de un riesgo que se produce cuando las condiciones de trabajo pueden influir negativamente sobre la salud de la mujer y de su hijo (art. 26.4 LPRL); 2º) que la adaptación de las condiciones de trabajo por parte del empresario no sea posible o no permita eliminar el riesgo (art. 26.2 LPRL) y 3º) que tampoco sea posible el traslado de la trabajadora a "un puesto o función diferente y compatible con su estado", aplicando los principios propios de la movilidad funcional (art. 26.2. 2º LPRL), o, incluso, a "un puesto no correspondiente a su grupo o categoría" (art. 26.2.3º LPRL) " (STS 21- 9-2011, R, 2342/10 [EDJ2011/224477](#)).

4. Siguiendo igualmente a nuestra reciente STS 21-3-2013 [EDJ2013/46899](#), cabe hacer una última referencia a la circunstancia de trabajo a turnos de la demandante que se menciona en la declaración de hechos probados: "En nuestra STS de 24 de abril de 2012 (rcud. 818/2011) [EDJ2012/88806](#) -reiterada por las STS de 21 de junio y 22 de noviembre de 2012 (rcud. 2361/2011 [EDJ2012/153984](#) y 1298/2011 [EDJ2012/295692](#))- tuvimos ocasión de analizar un supuesto de riesgo para la lactancia natural en que el factor de riesgo se ceñía a la cuestión del tiempo de trabajo, en concreto, al sistema de turnos y distribución horaria. Y sostuvimos que, ciertamente tal riesgo se puede apreciar cuando los horarios de trabajo resultan inadecuados con los periodos regulares de alimentación del lactante, pero precisábamos que ello era así siempre y cuando la incompatibilidad de la "toma" directa no pudiera paliarse con la extracción de la leche y ello porque se daban en aquellos supuestos las particulares circunstancias de que el lugar en que se desarrollaba la prestación de servicios impedía tanto la extracción de la leche como su conservación (tripulantes de cabina de aviones). Podríamos añadir que, en cualquier caso, habría de acreditarse que la extracción fuera, en el supuesto concreto, método no aconsejable para la salud de la madre o del lactante".

6. Y esta doctrina que se viene manteniendo recientemente por la Sala IV para desestimar las pretensiones relativas al reconocimiento de la situación protegida por parte de enfermeras expuestas a riesgos de contagios de enfermedades similares a las arriba recogidas que aquella se expone en su puesto de trabajo nos ha de llevar a desestimar el motivo, y a rectificar el criterio expuesto en nuestra sentencia 3.472/2.010, resolución esta anterior a la consolidación de la doctrina jurisprudencial expuesta y ello por dos razones, saber: en primer lugar, porque como sucede en los casos objeto de examen por el TS, en nuestro caso la descripción de los riesgos aparece acreditada de

forma genérica y no específica, y, en segundo lugar, no consta siquiera que la empresa haya intentado acomodar el puesto de trabajo de la actora a su situación, evitando o mitigando al máximo el riesgo, siendo la actitud de la empresa demandada, la de evitar la adopción de cualquier medida preventiva, pretendiendo que la actora vea sin más suspendido su contrato de trabajo, asumiendo la entidad colaboradora la pérdida de rentas salariales de aquella. Por ello el motivo se rechaza.

**TERCERO.-** Por todo lo razonado se desestimará el recurso interpuesto. Sin costas al gozar el recurrente del beneficio de la asistencia jurídica gratuita (art. 235.1 y 2 d) de la Ley de asistencia jurídica gratuita).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

### **FALLO**

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por L.P.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de ALICANTE de fecha 31 DE JULIO DE -2012 en sus autos núm. 379/11, PROCEDEMOS CONFIRMAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

Sin costas.

1796

**Sentencia núm. 1.983, de 25 de septiembre de 2013**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que solicita valoración de incapacidad. El actor ha prestado sus servicios como camionero y últimamente como vigilante de seguridad.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones contenidas en la misma. No procede la prestación solicitada.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las limitaciones visuales que padece el actor, a la fecha del hecho causante, le incapacitan para el desarrollo de su profesión de transportista. Se reconoce al actor una incapacidad permanente para el ejercicio de su profesión habitual, con derecho a una pensión mensual del 55% de su base reguladora, más las actualizaciones legales que procedan.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se recurre por J.M.P. la sentencia que dictó el día 9 de enero de 2.013 el Juzgado de lo Social número 15 de los de Valencia que desestimó la demanda por él deducida frente al INSS en la que solicitaba ser declarado afecto a situación de incapacidad permanente para su profesión habitual. El recurso se ha impugnado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social.

2. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión de los hechos probados, señalándose que a la vista de la prueba médico- forense practicada, así como de la documentación que obra en el expediente administrativo, resulta errónea la redacción del hecho 2º de los que integran la relación fáctica ya que habla de que el actor presenta “una apnea del sueño no especificada bajo tratamiento con CPAP con buena tolerancia y asintomático no constando el resultado el resultado de la última revisión pautada”, ya que de los documentos que se señalan resulta que la profesión de conductor de camión es incompatible con la patología que presenta y en el folio 2 del expediente se hace referencia a “Diagnóstico de saos en tratamiento CPAP con difícil adaptación del mismo”.

3. Desde el momento en que las pruebas señaladas ya han sido objeto de valoración por la Juzgadora a quo en relación con el resto de la pruebas practicadas en orden a fijar las dolencias y limitaciones de índole orgánico y funcional que aquellas producen, el motivo se encuentra abocado al fracaso, pues la revisión fáctica en sede de un recurso extraordinario cual es de la suplicación, no tiene por objeto que la Sala “ad quem” efectúe ex novo una nueva valoración de la prueba practicada, sino que las facultades de ésta se circunscriben únicamente comprobar si existe un claro y manifiesto error del Juzgador de instancia en la redacción de los hechos probados que se evidencie de una prueba documental o pericial no contradicha por otras. En este sentido debemos recordar que tales límites de la revisión fáctica en este recurso se deducen del contenido de los arts. 97.2, 193 b) y 196 de la LRJS, preceptos estos, que se corresponden con los arts. 97.2, 191 b) y 194 de la derogada LPL en cuya interpretación es doctrina jurisprudencial consolidada la contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que

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

**SEGUNDO.-** 1. El motivo correlativo del recurso es el que se encuentra destinado a la censura jurídica, en él y con correcta invocación del apartado c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia infracción de los arts. 1136 y 137 a) de la LGSS por cuanto que se viene a razonar que el actor se encuentra incapacitado para el ejercicio de su profesión habitual por cuanto que el cuadro clínico que padece le inhabilitará para la obtención de una nueva licencia de circulación, ya que las mismas de conformidad con el apartado 7.2 del RD 818/2.009 por el que se aprueba el reglamento de conductores que impide la renovación del permiso de conducción, añadiendo que desde que fue dado de alta no ha prestado servicios como conductor de camión.

2. Debe señalarse que el grado de invalidez pretendido, 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. Acudiendo al inalterado relato histórico de la resolución recurrida encontramos que el actor, nacido el día 10 de marzo de 1.970, tiene por profesión habitual la de camionero, encontrándose en posesión de licencia para conducir mercancía peligrosas hasta el año 2.015 y que tras haber sido dado alta en el mes de abril de 2.011 ha prestado servicios en diversas empresas, siendo su última ocupación la de vigilante de seguridad, constando que al tiempo del hecho causante se evidenciaba en el aparato visual glaucoma y coriopatía central serosa en ambos ojos con AV 1 en los dos que le provoca episodios de alteración del campo visual con pérdida periférica del mismo y distorsión de imágenes y psíquicamente síntomas de irritabilidad manifiesta, hiperreactividad al entorno, insomnio de mantenimiento, despertar precoz y sueño no reparador, disminución del apetito, astenia, apatía y anhedonia con buen ajuste premórbido con alteraciones reactivas a situación laboral y sanitaria, a dicha fecha presentaba obesidad mórbida, pesaba 140 Kilogramos, si bien la misma ha sido operada con éxito, habiendo disminuido el peso en 50 kilogramos.

4. Pues bien con estos datos se está en el caso de estimar el motivo, ya que estimamos que el cuadro clínico que presenta el actor a la fecha del hecho causante evidencia unas serias limitaciones para la conducción de camiones con mercancías peligrosas, pues a las limitaciones visuales que presenta el actor, se le han adicionado los trastornos del sueño y de índole psíquica, dolencias permanentes estas que, a nuestro juicio implican que la ejecución de los quehaceres profesionales propios del actor por su persona no solo puedan suponer un grave riesgo para su integridad física sino también para la de terceros, lo que desaconseja el desempeño de los mismos. Sin que sea óbice para el reconocimiento de la situación invalidante pretendida el hecho de que en los hechos probados y en la fundamentación jurídica de la sentencia se exprese que el actor este reaccionando positivamente al control y tratamiento de las secuelas, sin perjuicio de que si dicha mejora llega a consolidarse pueda resultar justificada, en su caso, una revisión mejoría.

**TERCERO.-** Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino estimar el recurso interpuesto en el sentido de reconocer al actor la situación invalidante pretendida con efectos económicos de 13-7-2.011, fecha del informe dictamen del EVI. Sin costas,

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

### **FALLAMOS**

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por J.M.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 15 de VALENCIA en sus autos núm. 1188/2011 en fecha 9-1-2.013 revocamos la resolución recurrida en el sentido de estimar la demanda interpuesta por el actor declarándole afecto a situación de IPT con derecho a una pensión mensual del 55% de la base reguladora de 1.508,04 euros con las actualizaciones que procedan reconociendo como fecha de efectos de la misma el día 13 de julio de 2.011. Sin costas.

**Sentencia núm. 1.991, de 26 de septiembre de 2013**

**Materia: Despido disciplinario. Trabajador que presta sus servicios como gerente en empresa de alimentación. El actor ha realizado traspasos administrativos entre dos tiendas. Existencia de abuso de confianza y mala fe contractual. Procedencia.**

**Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido disciplinario articulado sobre el trabajador. La conducta del trabajador no es merecedora de la acción de despido.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La realización de traspasos virtuales entre las dos tiendas por parte del trabajador no puede considerarse como una mera torpeza del mismo, sin que queda acreditado una grave transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza por parte de éste, lo que conlleva a la declaración de despido disciplinario.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De dos motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandada contra la sentencia del juzgado que desestima la excepción de caducidad de la acción de despido y estima la demanda declarando improcedente el despido del actor.

El primero de los motivos se introduce al amparo del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia, mientras que el segundo de los motivos persigue el examen del derecho aplicado en la resolución recurrida y se formula por el cauce del apartado c del art. 193 de la LJS, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, como se refirió en los antecedentes de hecho.

**SEGUNDO.-** Antes de entrar a examinar las diversas modificaciones que del relato fáctico postula la recurrente no está de más recordar, como señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de junio de 2006, recurso nº 189/2004, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), que “para que la denuncia del error pueda ser apreciada en este recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas y sin recurrir a la alegación de prueba negativa, consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Y d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91-; 31/03/93 -rec. 2178/91-; 26/09/95 -rec. 372/95-; 04/10/95 -rec. 45/95-; 04/11/95 -rec. 680/95-; 21/12/98 -rec. 1133/98-; 24/05/00 -rec. 3223/99-; 03/05/01 -rec. 2080/00-; 19/02/02 -rec. 881/01-; 12/03/02 -rec. 379/01-; 07/03/03 -rec. 96/02-; 15/07/03 -rec. 7/03-;

27/01/04 -rec. 65/02-; 06/07/04 -rec. 169/03-; 12/07/04 -rec. 166/03-; 17/09/04 -rec. 108/2003-; 29/12/04 -rec. 54/04-; 18/04/05 -rec. 3/04-; 18/05/05 -rec. 140/02-; 15/06/05 -rec. 191/04-; 27/07/05 -rec. 13/04-; 22/09/05 -rec. 193/04-; 10/10/05 -rec. 180/04 -)."

Dicho lo anterior pasamos a examinar cada una de las modificaciones postuladas. La primera de ellas afecta al hecho probado segundo para que se le dé la siguiente redacción: "SEGUNDO.- La mercantil demandada con efectos de 27/04/2012 despidió al actor mediante carta de despido disciplinario, cuyo contenido como documento 1 de la demanda se da por reproducido. En resumen, se lega (sic) que había manipulado el stock del centro de trabajo donde estaba destinado desde el **21/03/2012**, sito en la población de Finestrat (C.C. La Marina), traspasando virtualmente productos **del** anterior centro donde **estaba destinado (La Nucia) al nuevo de Finestrat**, en connivencia con el actual director de tienda de La Nucia D. A.P.A., de tal manera que ofreciera un resultado de cuadro de stock, cuando en realidad no lo estaba y así mostrar mejores resultados de gestión que los realmente obtenidos."

La redacción solicitada que se apoya en la carta de despido obrante como documento nº 5 del ramo de prueba de la demandada, debe prosperar por cuanto que con las modificaciones introducidas por la defensa de la recurrente se corrige el error que figura en la redacción original en cuanto a la fecha en que fue destinado el demandante a la tienda de La Nucia y también en cuanto a la forma en que, según la carta de despido, se realizaron los traspasos virtuales, todo lo cual se desprende del documento en el que se sustenta.

La siguiente modificación afecta al hecho probado cuarto para el que se propone este tenor:

"**CUARTO.-** El Sr. D.L. (empleado de M.) realizó el informe de auditoria de la tienda de La Nucia y Finestrat que ha servido de base de la carta de despido. El informe se efectuó sin pedir información al Sr. B., y sin darle un trámite de alegaciones, a raíz de una denuncia anónima que resultó ser del Sr.A.C. que es empleado de M. del centro de Finestrat. El citado informe llega a las siguientes conclusiones: A. No se han cumplido los métodos existentes en la Empresa sobre Gestión de la tienda. B. Que de las declaraciones de los trabajadores de la anterior tienda gestionada por el Sr. B., el C-3161 de la Nucia Pueblo, se concluye con claridad que este ha dado instrucciones a sus subordinados de falsear la gestión, existiendo en el momento que el Sr.B. dejó la tienda (20 de marzo de 2012) un importante descuadre de gestión. C. Que, tal y como refleja el informe de fecha 24 de abril de 2012, los días 27 y 30 de marzo de 2012, el Sr. P., realizó la transferencia de productos administrativa y NO física de referencias y códigos DESCUADRADOS de la tienda C-3161 de La Nucia Pueblo a la tienda Coordinadora por el Sr. J.B. con nº C-3008 de La Marina. D. Que el importe total transferido fue de 4.487,68€. E. De las declaraciones de los trabajadores de la tienda C-3008 de C.C. La Marina, se desprende que el Sr. B. ha dado instrucciones a estos de ir cuadrando poco a poco las secciones de perfumería y charcutería con los traspasos administrativos y no físicos llegando a dejar la gestión diaria en hasta un -18,5% el día 19 de abril de 2012. F. Que estas transferencias administrativas y ficticias ni estaban autorizadas ni eran conocidas por el Coordinador de Zona D. I.M. G. Que en hipótesis de trabajo y con la gestión de -5,30% para el mes de abril, junto con las anteriores ya cerradas de -3,75% de enero, de -2,5% de febrero, y de -3,36% de marzo, entendiéndose que el Sr. B: cerrase todos y cada uno de los meses siguientes cumpliendo el compromiso pactado del -

1,64% NO LLEGARIA A SU OBJETIVO PACTADO A FINAL DE AÑO, finalizando este con un -2,09%. (Doc.1 y 2 fr ls frmsnfsnyr y 10 de la demandada).

La modificación propuesta pretende introducir las conclusiones contenidas en el informe elaborado por el Sr. L. y se apoya en dicho informe obrante a los folios 133 y 134 del ramo de prueba de la demandada, así como en los folios 184 a 187 del ramo de prueba del demandante (correos electrónicos del demandante al Sr. I.M.) y la misma no puede ser acogida aun desprendiéndose del informe en el que se apoya ya que al referirse la redacción original del hecho controvertido al susodicho informe, el mismo puede ser examinado de manera íntegra por esta Sala por lo que su reproducción parcial resulta innecesaria y reiterativa, además de que las valoraciones jurídicas contenidas en aquel resultan irrelevantes para modificar el sentido del fallo, en la medida en que carecen de fuerza vinculante para el órgano judicial.

También se propone la modificación del hecho probado octavo para el que se insta este contenido: **“OCTAVO.-** El actor reconoce haber efectuado traspasos administrativos de la tienda de la Nucia a la de Finestrat para evitar que el nuevo responsable tuviera que asumir algunos descuadres que consideraba de su responsabilidad. El actor ha dado instrucciones a los trabajadores del anterior centro gestionado por él (La Nucia) de simular la gestión, y a los trabajadores del centro de trabajo al que fue destinado (Finestrat) que cuadrasen las secciones sin comentarlo con nadie. El traspaso fue de 4.487,68€ (interrogatorio judicial del actor y doc.13 a 18 y 20 a 23 de la documental de la demandada)“.

La modificación relativa a la frase “de la Nucia a la de Finestrat” es consecuencia de la modificación del hecho probado segundo y ha de ser acogida en cuanto que rectifica el error padecido por el Magistrado de instancia acerca de la forma en que se realizaron los traspasos administrativos, mientras que el resto de la modificación no puede ser acogida ya que se apoya en declaraciones de trabajadores que aparecen recogidas en los folios 143 a 153 del ramo de prueba de la demandada y que no tienen el valor de documental sino que a lo sumo es una testifical que además no ha sido ratificada a presencia judicial y que resulta ineficaz a efectos revisorios, conforme se desprende de lo establecido en el apartado b del art. 193 y en el nº 3 del art. 196, ambos de la LJS.

La siguiente modificación consiste en la adición de un nuevo hecho probado, el octavo bis, con el siguiente tenor: **“OCTAVO (BIS).-** El 11 de abril de 2012 se registró una denuncia anónima de un trabajador de M. ante el Servicio de atención telefónica, dónde se indicaba, "HECHOS CONCRETOS: Desde que entró como nuevo coordinador de planta el Sr. J.B., observamos desde el primer día cosas extrañas en lo que refiere a traspasos de productos de perfumería, charcutería y recepciones por valor de 4.000 euros desde su antigua tienda C-3161 al nuestro al comprobar que esos traspasos no aparecen. Le preguntamos por ellos y su contestación ha sido que es culpa del anterior coordinador o que nosotros contamos mal, solo nos deja cuadrar el genero en aquellos días que él indica. Hemos tenido amenazas de que nos va a echar a la calle y que quiere renovar la plantilla. Todo esto va a afectar a la gestión de la tienda y no sabemos que va a pasar ahora“.

La adición solicitada se deduce del documento obrante al folio 142 en el que se recoge la referida denuncia y no puede prosperar por cuanto que de dicha denuncia

ya se hace eco el hecho probado cuarto, lo que permite a la Sala el examen íntegro de la misma, pero es que además el contenido de la denuncia resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, pues, no hace prueba de los hechos denunciados.

Asimismo, se solicita por la defensa de la recurrente la adición de otro nuevo hecho probado, el octavo ter para el que se postula la siguiente redacción: **“OCTAVO (TER).-** En fecha 22 de septiembre de 2011 se lleva a cabo reunión de la Zona 04 de tiendas a la que pertenece el actor en la, que se comunicó que, "Mensaje claro: las trampas tienen consecuencias, no se pueden repetir, (ejemplo falseo del ecu engañando). En el plazo de 1 mes (22/10), para levantar la mano y denunciar las trampas si se están haciendo coordinadores de planta informarán por correo tope 22/10/2011". El actor llegada esa fecha 22/10/2011, no manifestó a su coordinador, Sr. I.M que en su tienda de c-3161 se estaba realizando un falseo de ecu."

La adición propugnada se apoya en el documento obrante al folio 109 del ramo de prueba de M., S.A. (el acta de la reunión de zona celebrada el 22-9-2011) y no puede prosperar porque del documento en el que se apoya tan solo se desprende la referencia al contenido de la reunión celebrada el 22 de septiembre de 2011 y la misma resulta irrelevante para modificar el sentido del fallo, mientras que el resto no solo no se desprende del referido documento sino que resulta impropia del relato fáctico que ha de limitarse a reflejar afirmaciones de hechos.

**TERCERO.-** El último motivo del recurso que se destina a la censura jurídica se divide en cinco submotivos.

El primero de dichos submotivos combate la desestimación de la excepción de caducidad de la acción de despido que efectúa la sentencia del juzgado a la que imputa la vulneración del art. 10.1 y 14.2 de la LJS así como de la jurisprudencia recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1984 y de 5 de febrero de 2005.

Razona la defensa de la recurrente que al haber presentado el actor la primera demanda de despido en el Decanato de los Juzgados de lo Social de Alicante que carecen de competencia territorial para enjuiciar dicho despido, dicha demanda no interrumpe el plazo de caducidad por lo que al haber transcurrido más de veinte días hábiles desde el despido hasta la presentación de la segunda demanda de despido ante el Juzgado de Benidorm que es el competente por razón de territorio para conocer del indicado despido, debió considerarse caducada la acción por despido.

Para desestimar la infracción jurídica denunciada basta acudir a lo dispuesto en el apartado 5 del art. 5 de la LJS que versa sobre la “Apreciación de oficio de la falta de jurisdicción o de competencia” y según el cual “Si la acción ejercitada estuviere sometida a plazo de caducidad, se entenderá suspendida desde la presentación de la demanda hasta que el auto que declare la falta de jurisdicción o de competencia sea firme.”

La aplicación del precepto transcrito al presente caso, excluye la caducidad de la acción de despido en la medida en que del plazo de veinte días hábiles para el ejercicio de la acción de despido se ha de excluir el tiempo transcurrido desde la presentación de la demanda de despido ante el Decanato de los Juzgados de lo Social de

Alicante y la firmeza del Auto del Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante que declara la incompetencia por razón de territorio de dicho juzgado, no siendo objeto de discusión que excluido dicho período de tiempo, no ha transcurrido en el presente caso el plazo de veinte días hábiles que para el ejercicio de la acción de despido establecen el art. 59. 3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y el art. 103.1 de la LJS.

Los siguientes submotivos tienen por objeto impugnar la declaración de improcedencia del despido de la sentencia del juzgado y los mismos se examinarán de forma conjunta dada su íntima conexión. Así en el submotivo segundo se denuncia la infracción del art. 38 de la CE, de los artículos 1 y 29 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y del art. 6 del Convenio Colectivo de M. y en él se hace referencia a la libertad de empresa para justificar los métodos y formas de trabajo establecidos por la empresa demandada y que han sido incumplidos por el demandante, en concreto el método de “Coordinador de Planta Formación en Gestión” y el “método ECU”, sin que quepa apreciar en el incumplimiento del actor una mera imposibilidad involuntaria, ni tampoco pueda justificarse en el honorable intento del demandante de exonerar de responsabilidad a su sucesor en la tienda de La Núcia por la deficitaria gestión del actor.

El tercer submotivo denuncia la vulneración de los arts. 5). A), 20.2 y 54.2.d) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como de los arts. 34. C-1, C-9, C-13, C-14 y C-15 que, aunque no se precisa, corresponden al Convenio Colectivo de empresa y la infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 mayo 198 (sic), 30 octubre 1989, 14 febrero 1990, 26 febrero 1991, 22 septiembre 1998, 17 noviembre 1999 y 16 febrero 2000. Razona la defensa de la recurrente que de la lectura de la propia sentencia se desprende hasta en tres ocasiones la culpabilidad del demandante en la realización de traspasos administrativos si bien los mismos no se consideran lo suficientemente graves como para justificar su despido, pese a la pérdida de confianza por transgresión de la buena fe contractual que conllevan y que no es susceptible de graduación, por cuanto que la confianza existe o no y en el presente caso ha desaparecido por la forma en que el actor ha efectuado un muy considerable volumen de traspasos administrativos que no físicos de la anterior tienda gestionada por él (La Núcia) para acabar en su nueva tienda (Finestrat), dando instrucciones además a sus subordinados para liquidar los descuadres existentes poco a poco, con la finalidad de depurar de forma oculta a la empresa toda su responsabilidad por la gestión realizada en la anterior tienda.

En el cuarto submotivo se denuncia la vulneración de la doctrina de otros Juzgados de lo Social y Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia en materia de falsificación de gestión en M. Aquí reseña la defensa de la recurrente una serie de sentencias de Juzgados de lo Social en las que se ha declarado la procedencia del despido de trabajadores por falseo de gestión al implicar el mismo una pérdida de la confianza necesaria para el desenvolvimiento de la relación laboral.

El quinto y último submotivo se formula con carácter subsidiario y en él se denuncia de nuevo la vulneración de los arts. 5). A), 20.2 y 54.2.d) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como de los arts. 34. C-1, C-9, C-13, C-14 Y C-15 que, aunque no se precisa, corresponden al Convenio Colectivo de empresa así como la vulneración de la jurisprudencia recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 1988, 19 de febrero de 1986, 16 de marzo de 1983, 25 de febrero de 1984, 27 de junio de 1985 y 19 de abril de 1988. En este motivo se aduce que aunque se

entendiera aplicable la teoría gradualista el despido del demandante debió de declararse procedente al conllevar su actuación una ocultación maliciosa respecto a la empresa a la que traslada una expectativa de resultados totalmente ficticia, propiciando la toma de decisiones erróneas y distorsionadas que agravan la situación del centro de trabajo gestionado por el actor, haciendo hincapié en el cargo directivo y de confianza que ostenta el actor de Coordinador de Tienda, es decir, de Gerente C, que es el más alto en la clasificación profesional del Convenio Colectivo, así como en la actuación deliberada del demandante y que es contraria a la normativa de la empresa conocida de sobra por aquél dada su antigüedad en la empresa demandada y resaltando también la gravedad de la conducta imputada al actor por la importancia de la cuantía del daño producido a la empresa, al ascender el importe total de lo transferido a 4.487,68 euros, haber dado órdenes a sus subordinados para que colaborasen en el falseamiento de la gestión, actuando en connivencia con otro directivo de la empresa también despedido, el Sr. A.P.A.

De acuerdo con lo manifestado por nuestro Alto Tribunal en su sentencia del 19 de Julio del 2010 ( ROJ: STS 4591/2010), Recurso: 2643/2009 se ha de tener en cuenta “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, que:

A) 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;

B) La transgresión de la buena fe contractual constituye un incumplimiento que admite distintas graduaciones en orden singularmente a su objetiva gravedad, pero que, cuando sea grave y culpable y se efectúe por el trabajador, es causa que justifica el despido, lo que acontece cuando se quiebra la fidelidad y lealtad que el trabajador ha de tener para con la empresa o se vulnera el deber de probidad que impone la relación de servicios para no defraudar la confianza en el trabajador depositada, justificando el que la empresa no pueda seguir confiando en el trabajador que realiza la conducta abusiva o contraria a la buena fe;

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el

resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

D) Igualmente, carece de trascendencia y con el mismo alcance valorativo la inexistencia de una voluntad específica del trabajador de comportarse deslealmente, no exigiéndose que éste haya querido o no, consciente y voluntariamente, conculcar los deberes de lealtad, siendo suficiente para la estimación de la falta el incumplimiento grave y culpable, aunque sea por negligencia, de los deberes inherentes al cargo.

E) Los referidos deberes de buena fe, fidelidad y lealtad, han de ser más rigurosamente observados por quienes desempeñan puestos de confianza y jefatura en la empresa, basados en la mayor confianza y responsabilidad en el desempeño de las facultades conferidas;

F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la " gravedad " con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado.

Para dilucidar en el presente caso si existe o no transgresión de la buena fe contractual en la conducta que se imputa al actor en la carta de despido y que resulta acreditada, se habrá de estar al relato de hechos probados con las modificaciones que han sido acogidas así como a las afirmaciones de hecho contenidas en la fundamentación jurídica y de los mismos se constata que el demandante que al menos desde el año 2006 era el responsable del centro de La Núcia, fue desplazado el 21-3-2012 al centro de trabajo de Finestrat (centro comercial La Marina”) por instrucciones de su superior inmediato, Sr. I.M., recibiendo el actor y los demás coordinadores de centro formación e información de cómo deben optimizar la gestión de los centros con la voluntad de evitar en lo máximo las pérdidas de productos. El actor, según ha reconocido, ha efectuado traspasos administrativos de la tienda de La Nucia a la de Finestrat, en concreto los que se le imputan en la carta de despido que fueron realizados los días 27 y 30 de marzo de 2012 y cuyo importe asciende a 4.487,68 euros, aduciendo para justificar su actuación que la finalidad de esos traspasos virtuales de stock era evitar que el nuevo responsable de la tienda de La Nucia tuviera que asumir algunos descuadres que consideraba de su responsabilidad.

De los datos expuestos no puede sino concluirse que la conducta que se imputa al actor en la carta de despido y que se considera acreditada constituye una grave transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza ya que la Sala no comparte la conclusión del Magistrado de instancia acerca de calificar de mera torpeza la realización de los traspasos virtuales llevados a cabo por el actor, ni mucho menos cabe considerarlos como un exceso de celo profesional del actor y es que la realización de los indicados traspasos ficticios o virtuales que realiza el actor tiene la finalidad de encubrir

el descuadre de existencias del centro comercial de La Nucia del que hasta hacía poco era responsable el demandante y que, por lo tanto, era imputable al mismo y no a su sucesor, pues, no puede desconocerse que el traslado del actor del centro comercial de La Nucia al centro comercial de Finestrat tiene lugar el 21-3-2012 y los traspasos administrativos que no reales, de uno a otro centro se realizan por el demandante los días 27 y 30 de marzo, por lo que difícilmente el descuadre de stock del centro de La Nucia se podía imputar al sucesor del actor en dicho centro. No estamos, pues, ante una torpeza del actor sino ante una actuación deliberada del mismo para encubrir el descuadre en el stock de mercancías del centro del que había sido responsable, sirviéndose de su cargo directivo para dirigir ficticiamente los productos traspasados al nuevo centro del que pasa a ser Coordinador donde podrá darles una salida más o menos justificada, ocultando la realidad a la empresa demandada que no es sino hasta la denuncia de uno de los empleados del nuevo centro al que va destinado el actor cuando toma conocimiento de la actuación torticera del mismo y cuya gravedad se ve incrementada tanto por el cargo directivo desempeñado por el actor que le hace acreedor de una mayor confianza por parte de la empresa como por el elevado importe de los productos traspasados ficticiamente, sin que las favorables evaluaciones obtenidas por el demandante desde, al menos, el año 2006 y que se reflejan en el hecho probado quinto, basten para rebajar la gravedad de los hechos imputados y considerarlos una mera irregularidad administrativa, y es que aun admitiendo que dichas evaluaciones se correspondan con una correcta gestión del actor en los años a los que se remontan, en nada inciden sobre el falseamiento de la gestión del demandante que se descubre precisamente a raíz de su traslado y a partir de la denuncia de un trabajador del nuevo centro al que fue asignado el actor, siendo evidente que dicho falseamiento de su gestión rompe la necesaria confianza de la empresa demandada en la prestación de servicios llevada a cabo por el demandante.

Las consideraciones jurídicas expuestas conducen a declarar procedente el despido del trabajador accionante al ser incardinable su conducta en la falta muy grave prevista en el apartado d del nº 2 del art. 54 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores así como en el art. 34 apartados C-1 y C-14 del Convenio Colectivo de empresa, que consideran falta muy grave, respectivamente, el fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas y manipular los datos de la caja y del E.C.U.; así como de cualquier recuento de dinero, productos o mercancías.

Al no ser la expuesta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia se ha de revocar y desestimar la demanda para declarar la procedencia del despido del demandante de conformidad con lo establecido en el art. 55.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y convalidando la extinción del contrato de trabajo que con el despido se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación (art. 55.7 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LJS, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la 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 en nombre de la empresa M., S.A, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Benidorm, de fecha 12 de diciembre de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de D. J.F.B.G.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, desestimamos la demanda y declaramos procedente el despido del demandante, convalidando la extinción de su contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación, con la absolución de la recurrente.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, 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.

1798

**Sentencia núm. 1.998, de 27 de septiembre de 2013**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajador que presta sus servicios en industria azulejera. Solicitud de declaración de incapacidad permanente. Lesiones invalidantes.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo al instituto demandado de los pedimentos formulados en su contra. El actor no presenta reducciones anatómicas que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor le incapacitan para el desarrollo de su profesión habitual. Procede declarar al actor afecto de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, con derecho a una pensión mensual en cuantía del 55% de la base reguladora.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Recurre en suplicación el actor, la sentencia que ha desestimado su demanda, en la que se solicita la Incapacidad Permanente Total (IPT), para la profesión de operario azulejero.

El recurso contiene un solo motivo formulado con amparo en la letra c) del art. 193 de la LRJS en el que denuncia la infracción por interpretación errónea del art. 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, argumentando en esencia que las limitaciones que ocasionan las enfermedades y dolencias que presenta, le impiden la realización de las funciones propias de su profesión habitual.

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 artículo 137.4 anterior de aplicación según establece la Disposición transitoria 5<sup>a</sup> 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 dan cuenta del supuesto a enjuiciar. Se trata de un trabajador de P., nacido el día 14-10-1958, siendo su profesión habitual operario azulejero/conductor repartidor; que solicitó el reconocimiento de una incapacidad permanente en fecha 16-12-2011, denegada en la vía administrativa; y que presenta el siguiente cuadro clínico residual: -Deficiencias más significativas: espondiloartrosis cervico-dorso-lumbar, radiculopatía crónica C6 bilateral y L5 bilateral severo. Dislipemia. HTA. -Limitaciones orgánicas y funcionales: discartrosis neuromusculares de cuantía moderada principal afectación nivel lumbar. Discapacidad frente a actividades de grandes sobrecargas mecánicas del raquis, posturas forzadas extremas, flexo-extensiones repetidas. Añade la sentencia que en fecha 3-8-2011 se emitió informe por el EVI relativo al proceso de incapacidad temporal iniciado el 15-3-2010, por el diagnóstico principal de espondilosis y trastornos conexos, en el que se concluyó que el actor padecía limitación funcional por raquialgia, de hombros por tendinitis por calcificación bilateral y radiculares crónica bilateral; limitado para actividades de exigentes ejercicios físicos altos, manejo manual de cargas pesadas, elevar pesos por encima horizontalidad o mantener de forma prolongada miembros superiores por encima de la horizontalidad, en función de fase sintomática y modulación terapéutica; y que en su puesto de trabajo en la empresa P. el actor se ocupaba del transporte de moldes desde el taller, utilizando un torito, de modo que al llegar a los puntos de descarga debía descargarlos manualmente, al igual que las operaciones de carga de tal material, según las dimensiones. Asimismo, debía proceder a la colocación o cambio de rodillos, trabajo que se ejecuta con posturas forzadas.

Y, con estos datos, no cabe sino dar la razón al recurrente, dado que tal y como explica el recurso, el demandante debe realizar en su puesto tareas de carga y descarga tanto con máquinas como manual que le están contraindicadas y para las que tiene mermada su capacidad. En efecto, partiendo de los mismos datos que constan en los hechos probados resulta equivocada la decisión plasmada en la sentencia que desestima

la pretensión actora, pues mal puede realizar descargas manuales de moldes cerámicos, quien como el demandante está limitado para actividades que exijan esfuerzos físicos ejercicios físicos altos, manejo manual de cargas pesadas, elevar pesos por encima horizontalidad o mantener de forma prolongada miembros superiores por encima de la horizontalidad. En definitiva al constar infringido el precepto que denuncia el recurso se está en el caso de acogerlo concediendo la prestación reclamada con la base reguladora y efectos que declara la sentencia y que no han sido discutidos.

### **FALLO**

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don R.M.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Castellón de fecha 11 de marzo de 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos al actor afecto de Invalidez permanente en el grado de Incapacidad Permanente Total para la profesión de operario azulejero/conductor repartidor, con derecho a percibir una pensión en cuantía del 55% de la base reguladora de 2.120,75 € mensuales, y efectos de 21-1-2012, con las revalorizaciones y mejoras que legalmente procedan a cuyo pago condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.999, de 30 de septiembre de 2013**

**Materia: Declaración de minusvalía: Revisión grado. El trabajador tiene concedida una minusvalía del 65% con fecha de caducidad. También tiene reconocida una pensión de incapacidad no contributiva. Posteriormente, se le reconoce un grado de discapacidad del 48%. Disconforme, solicita revisión al grado anterior.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de la pretensión en su contra deducida.**

**Sala: Estima en parte el recurso y revoca la sentencia de instancia. El actor sigue presentando un grado de discapacidad global del 65%, sin atender a los factores sociales complementarios que se aprecian ex novo en la resolución recurrida.**

**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 2º y se añada un nuevo hecho probado, propugnando esta redacción: “En fecha 30-07-08 el actor debió presentar nueva solicitud de reconocimiento del grado de minusvalía, dado que la Conselleria demandada dejó de pagar la pensión al demandante, sin previo aviso, y el mismo había cumplido debidamente con las obligaciones contraídas como consecuencia de la concesión de la pensión de invalidez no contributiva. De tal modo, y tras acudir a la Dirección Territorial de Bienestar Social, le indican que su pensión había caducado, por lo que no le queda más remedio que iniciar Revisión de su Minusvalía. Acompaña informe médico de fecha 30 de julio de 2008, con el siguiente diagnóstico: 1.- Hernia umbilical. 2.- Migraña con aura. 3.- Trastorno paranoide de la personalidad. 4.- Cefalea cervicogénica por esguince cervical. 5.- Raquialgia generalizada. Etiología: Idiopática, debida a traumatismo. Degenerativa. 3) Descripción del trastorno funcional (Grado de afectación): Raquialgia generalizada RMN cervical/lumbar, inversión cervical C4-C6, discopatía degenerativa, HD C4-C5 con obliteración columna ant.Focal, PD C5-C6 izquierda, C6-C7 PD Pseudolistesis degenerativa lumbar. Pronóstico CRÓNICO. Mediante Resolución de la Directora de Bienestar Social de fecha 11-02-2010 se le reconoció un Grado de Discapacidad del 48% el cual se desglosaba en un 33% de grado de discapacidad global y de 15 puntos en concepto de factores sociales complementarios con validez hasta el 4-02-17. El grado de discapacidad global dictaminado por el E.V.O. en el DICTAMEN TÉCNICO FACULTATIVO de 8-02-2012, comprendía las siguientes dolencias: -LIMITACIÓN FUNCIONAL DE LA COLUMNA, por trastorno del disco intervertebral, de etiología traumática. -ENFERMEDAD DEL APARATO CIRCULATORIO, por MIGRAÑA, de etiología no filiada. -TRASTORNO DE LA AFECTIVIDAD, por trastorno de ansiedad generalizada de etiología no filiada. En el dictamen médico que obra en el expediente administrativo, de fecha 10 de marzo de 2012, le reconoce un 5% por la migraña y un 12% por la limitación de la columna; con la consiguiente descripción de la minusvalía física del actor: Migraña con Aura. Cefalea 2ª Esguince cervical. Hernia C4-C5, y protusión C6C7 y L5S1. Raquialgia generalizada. Hernia umbilical. Por lo tanto con los

mismos criterios y baremo, y empeorando su estado de salud, al demandante se le ha reconocido una discapacidad de 33% frente al 65% inicial, y se le añaden factores sociales complementarios”.

2.La revisión fáctica postulada solo debe prosperar en parte en lo atinente a la solicitud del actor de 30 de julio de 2008 (que de acuerdo con documento obrante al folio 29 de los autos constituía una “revisión de grado por caducidad”), no así en lo demás porque o constituye práctica reiteración de lo ya declarado por la sentencia de instancia o introduce consideraciones jurídicas extrañas al relato histórico y que pudieran por ello predeterminar el fallo (así respecto de la conclusión final que contiene relativa a que “Por lo tanto con los mismos criterios y baremo, y empeorando su estado de salud, al demandante se le ha reconocido una discapacidad de 33% frente al 65% inicial, y se le añaden factores sociales complementario). Todo ello, sin perjuicio de lo que se dirá al analizar el motivo dedicado al examen del derecho, en relación con la multiplicidad de informes médicos referidos en los hechos probados 1º, 2º y 3º.

**SEGUNDO.1.** El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando en primer lugar vulneración del artículo “143 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación a los Artículos 11 y siguientes de la Orden de 19 de noviembre de 2001, de la Conselleria de Bienestar Social...”, y en segundo lugar vulneración del “artículo 4.2 RD 1300/1995, de 21 julio 1995, y Artículos 11 y siguientes de la Orden de 19 de noviembre de 2001 de la Conselleria de Bienestar Social, citando dos sentencias de la Sala de lo Social de Andalucía/Sevilla y Granada. Argumenta en síntesis que frente a lo indicado en la sentencia impugnada, el actor, ahora recurrente, desde 30 de noviembre de 2005 ha permanecido en situación de discapacidad, mientras se dictara una nueva resolución por Revisión de Grado, y existiendo las mismas dolencias y limitaciones ha de justificarse la causa o razón de por qué se produce el menor grado de minusvalía, y no haciéndose así debe seguir el mismo estado de minusvalía, y ello atendiendo a que la dolencia que presenta es crónica y no susceptible de tratamiento rehabilitador, impidiéndole no ya el desarrollo de un trabajo adecuado sino la llevanza de una vida normal, sin que pueda entrar la caducidad del expediente como supuesto de revisión de grado, incidiendo y reiterando lo ya indicado respecto del carácter crónico y grave de las dolencias, criticando la fundamentación de la sentencia de instancia cuando afirma que sin exploración alguna se otorgó una elevada puntuación en la primera valoración, así como el informe médico forense de 10 de mayo de 2012 que pese a referir una dolencia psíquica crónica y de larga evolución no cambia sus conclusiones.

2.La Orden de 19 de noviembre de 2001, de la Conselleria de Bienestar Social, indica en su preámbulo: “El Real Decreto 1.971/1999, de 23 de diciembre, (BOE núm.22, de 26 de enero) de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía, ha regulado con carácter general el reconocimiento de grado de minusvalía, aprobando nuevos baremos de aplicación, determinando los órganos competentes para realizar dicho reconocimiento y establece aspectos básicos del procedimiento a seguir en la materia; todo ello con la finalidad de que la valoración y calificación del grado de minusvalía que afecte a la persona sea uniforme en todo el territorio del estado, garantizando con ello la igualdad de condiciones para el acceso del ciudadano a los beneficios, derechos económicos y servicios que los organismos públicos otorguen. La misma norma establece la posibilidad de que las comunidades autónomas que hayan asumido competencias en esta materia puedan desarrollar, dentro

de su respectivo ámbito, las previsiones que establece la misma en orden a la composición, organización y funciones de los equipos de valoración y orientación, así como el procedimiento administrativo para la valoración del grado de minusvalía. En base a dicha previsión, atendiendo a que la Comunidad Autónoma Valenciana ha asumido competencias en esta materia, en virtud de lo dispuesto en los arts. 31, apartados 24 y 27, 38 nº 2, letra a, del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, y habiéndose producido el traspaso de funciones y servicios del extinto Instituto Nacional de Servicios Sociales, mediante Real Decreto 264/1985, de 23 de enero, resulta procedente que la Conselleria de Bienestar Social, en el ejercicio de las competencias que le han sido atribuidas por Decreto 7/2000, de 22 de mayo, del presidente de la Generalitat Valenciana, desarrolle en su ámbito territorial los aspectos básicos establecidos en el citado Real Decreto 1.971/1999, de 23 de diciembre”. Y en su artículo 11 al tratar de la revisión de grado de minusvalía, señala que “el grado de minusvalía podrá ser objeto de modificación, tras la instrucción del correspondiente procedimiento, en los siguientes supuestos: a) Cuando hubiera sido reconocido con carácter temporal, en la resolución a que se refiere el art. 10 de la presente orden, en atención a una posible mejoría de las circunstancias que dieron origen a su reconocimiento, y hubiese transcurrido el plazo establecido en la citada resolución. En éste caso, la administración procederá a una nueva valoración. b) Cuando hubiera sido reconocido con carácter permanente procederá efectuar una nueva calificación por agravamiento o mejoría siempre que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la anterior calificación. Excepcionalmente, no será necesario que haya transcurrido dicho plazo cuando se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento del grado”.

3. Como esta Sala subrayó en sentencia 2753/2011, de 4 de octubre, (dictada en supuesto en que por Resolución de la Conselleria de Benestar Social de la Generalitat Valenciana ... se había reconocido al allí actor un grado de minusvalía del 65%, correspondiente al 57% de discapacidad global más 8 puntos por factores sociales, y en base al dictamen técnico facultativo emitido en esa fecha. En dicha resolución se establecía caducidad técnica en determinada fecha y habiendo solicitado el actor la revisión por caducidad se dictó Resolución de la Conselleria de Benestar Social de la Generalitat Valenciana en la que se le reconoce un grado de minusvalía inferior) el hecho de que en la resolución se hiciese constar la fecha de revisión denominándola de "caducidad" no implica que no estemos ante un supuesto de revisión, pues con independencia de la denominación que en la resolución se da a la fecha de revisión, el precepto a aplicar es el art. 11 del RD 1971/1999. Ciertamente el artículo 11 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, regula la revisión del grado de minusvalía inicialmente reconocido, pero lo condiciona a "que se prevea una mejoría razonable de las circunstancias que dieron lugar a su reconocimiento". En la sentencia que ahora se recurre no existe ningún dato fáctico que permita sostener que la situación del actor haya mejorado en relación con la que tenía en el año 2002. Siendo ello así... para que pudiera prosperar la revisión de grado llevada a cabo por la Conselleria de Benestar Social, hubiera sido necesario que en los hechos probados de la sentencia figurasen los datos necesarios que revelasen una mejora en el estado de salud del actor y que en la fundamentación jurídica se razonara sobre el adecuado encuadramiento de las dolencias anteriores y actuales en los capítulos correspondientes al baremo contenido en el Anexo I del Real Decreto 1971/1999, correspondiendo a cada parte acreditar el grado

postulado, en este caso al actor la no mejoría de sus dolencias y a la Administración la mejoría...”.

4. Siendo así que de acuerdo con lo indicado en los hechos probados 1º y 2º resulta que: A) Al demandante, se le reconoció mediante resolución de la Directora Territorial de Bienestar Social de fecha 19-11-02, un grado de minusvalía del 65%, con fecha de caducidad de 30-11-05, el cual se desglosaba en un 65% de grado de discapacidad global y un total de 0 puntos, en concepto de factores sociales complementarios. También se le reconoció por resolución de 30-1-03 una pensión de incapacidad no contributiva. El grado de discapacidad global dictaminado por el E.V.O. en el Dictamen Técnico Facultativo comprendía las siguientes dolencias: 1º Limitación funcional de la columna Por trastorno del disco intervertebral De etiología traumática. 2º Enfermedad del aparato circulatorio por migraña de etiología no filiada. 3º Trastorno de la Afectividad Por trastorno de ansiedad generalizada De etiología no filiada. B) Como consecuencia de la solicitud de reconocimiento del grado de minusvalía fecha 30-7-08 – revisión por caducidad- mediante resolución de la Directora Territorial de Bienestar Social de fecha 11-2-2010 se le reconoció un grado de Discapacidad del 48% el cual se desglosaba en un 33% de grado de discapacidad global y de 15 puntos, en concepto de factores sociales complementarios; con validez hasta el 4-2-17. El grado de discapacidad global dictaminado por el E.V.O. en el DICTAMEN TÉCNICO FACULTATIVO de 8-2-10 comprendía las siguientes dolencias: 1º Limitación funcional de la columna Por trastorno del disco intervertebral De etiología traumática. 2º Enfermedad del aparato circulatorio Por Migraña De etiología no filiada. 3º Trastorno de la Afectividad Por trastorno de ansiedad generalizada De etiología no filiada.

5. La Sala considera que no cabía efectuar una nueva valoración de las dolencias desconectada de la que dio lugar al inicial grado de discapacidad, siendo muy significativo que en el párrafo penúltimo del hecho probado segundo se indique “No podemos mantener la elevada puntuación que sin exploración alguna se otorgó en la primera valoración. La impresión clínica y el informe del médico de cabecera coinciden en un cuadro de corte distímico y reactivo a los problemas familiares mencionados. Dado que no existe, entre nuestros códigos, el específico para su patología, nos vemos obligados a codificarlo en otra cercana nosológicamente a la presentada por la persona valorada”, es decir se está procediendo a una nueva valoración de las dolencias que dieron lugar a la primera declaración de discapacidad codificando su patología “en otra cercana nosológicamente”, sin tener en cuenta que las dolencias eran sustancialmente las mismas, y que según quedó dicho en el hecho probado 1º mediante resolución de la Directora Territorial de Bienestar Social de fecha 19-11-02, un grado de minusvalía del 65%, con fecha de caducidad de 30-11-05, el cual se desglosaba en un 65% de grado de discapacidad global y un total de 0 puntos, en concepto de factores sociales complementarios. También se le reconoció por resolución de 30-1-03 una pensión de incapacidad no contributiva. El grado de discapacidad global dictaminado por el E.V.O. en el Dictamen Técnico Facultativo comprendía las siguientes dolencias: 1º Limitación funcional de la columna Por trastorno del disco intervertebral De etiología traumática. 2º Enfermedad del aparato circulatorio Por Migraña De etiología no filiada. 3º Trastorno de la Afectividad Por trastorno de ansiedad generalizada De etiología no filiada.

**TERCERO.-** Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para declarar

que el actor sigue presentando un grado de discapacidad global del 65%, sin atender a los factores sociales complementarios que se aprecian ex novo en la resolución recurrida, por lo que su pretensión se estimará también parcialmente.

### **FALLO**

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.A.M.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº9 de Valencia y su provincia el día 18 de junio de 2012 en proceso sobre grado de discapacidad e invalidez no contributiva seguido a su instancia contra la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana (CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL), y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que el grado de discapacidad del actor sigue siendo del 65%, condenando a la Administración Pública demandada a estar y pasar por tal declaración y a las consecuencias legales pertinentes.

1800

**Sentencia núm. 2005, de 1 de octubre de 2013**

**Materia: Pensión de jubilación: Base reguladora. Incremento de las bases de cotización para determinado periodo. Calculo diferencias. Competencia funcional por razón de la cuantía.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. No proceden las diferencias.**

**Sala: Declara la incompetencia funcional de la Sala, al no haber la interposición del recurso de suplicación por razón de la cuantía.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**ÚNICO.-** Contra la sentencia del Juzgado que desestima la reclamación del demandante sobre diferencias de la prestación de jubilación interpone recurso de suplicación la indicada parte, no habiéndose impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El recurso se estructura en un solo motivo formulado al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) pero antes de examinar, en su caso, el presente recurso, procede analizar de oficio la competencia funcional de la Sala para entrar a conocer del mismo ya que se trata de una cuestión de orden público y que escapa, por consiguiente, al poder de disposición de las partes.

Para dilucidar si la sentencia recurrida tiene acceso a la suplicación se ha de tener en cuenta que en el presente caso no se está reclamando el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social sino que se reclama un mayor importe de la base reguladora de la prestación de jubilación que ya tiene reconocida el demandante. En concreto se solicita por la parte actora que la base reguladora mensual de su pensión de jubilación se cifre en 1.675,20 € en lugar del importe de 1.486,09 € que le reconoce la Entidad Gestora al no haber computado los incrementos de las bases de cotización del período que va del 1/2007 a 3/2010 por considerarlos desproporcionados. Si se cuantifican las diferencias económicas que resultan entre la prestación de jubilación reconocida al demandante y la prestación de jubilación anticipada conforme a los parámetros que solicita el demandante se constata que dichas diferencias son inferiores a los 3.000 euros en cómputo anual. En concreto, ascienden a 2.647,54 €  $\{(1.675,20 \text{ €} - 1.486,09 \text{ €}) \times 14 \text{ meses}\}$  lo que veda a la sentencia de instancia el acceso al recurso de suplicación de conformidad con lo establecido en el apartado g del núm. 2 del art. 191 de la LJS en relación con los núm. 3 y 4 del art. 192 del mismo texto legal. Tan solo si la cuestión debatida afectase a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social o tuviera un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes, la sentencia de instancia tendría acceso a la suplicación, pero no se da ninguna de dichas circunstancias ya que la cuestión a resolver se ciñe a las concretas particularidades del demandante en relación con la prestación reconocida, sin que la naturaleza de la cuestión debatida, ni las circunstancias que en ella concurren, permitan apreciar afectación general cuya notoriedad tampoco consta, ni la existencia de un número relevante de procesos con iguales pretensiones, por lo que se ha de concluir que no

cabía recurso de suplicación al amparo de lo establecido en el artículo 191 3 b) de la LJS, en contra de lo apreciado por el juzgado de instancia.

En todo caso y por las razones expuestas se ha de considerar indebida la admisión del recurso, por lo que procede declarar la firmeza de la sentencia recurrida, así como la nulidad de todas las actuaciones practicadas, desde la publicación de la resolución judicial (Sentencia Tribunal Supremo 7/2/00 y 20/3/009).

### **FALLO**

Declaramos la incompetencia funcional de la Sala al ser improcedente por razón de la cuantía el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. S.R.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Seis de los de Alicante, de fecha 3 de abril de 2012 en proceso sobre diferencias económicas de prestaciones de Seguridad Social contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en consecuencia, anulamos las actuaciones practicadas por dicho Juzgado a partir del momento inmediatamente posterior al de la notificación de la sentencia, la cual alcanzó firmeza desde que fue dictada, así como las realizadas en la sustanciación del recurso de suplicación indebidamente interpuesto contra la misma.

1801

**Sentencia núm. 2.029, de 1 de octubre de 2013**

**Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador afiliado al RGSS que trabaja para la mercantil demandada como oficial administrativo y que sufre un accidente de trabajo. Responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo: Responsabilidad empresarial e imprudencia profesional del trabajador.**

**Juzgado: Estima en parte la demanda declarando el derecho del actor a recibir de la mercantil demandada determinada cantidad en concepto de indemnización por los daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo.**

**Sala: Estima en parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada en la instancia. Existe una imprudencia profesional por parte del trabajador. Procede minorar la indemnización por los daños y perjuicios causados al mismo.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chalver.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por la representación letrada de la parte demandada la sentencia de instancia que estimó la demanda del trabajador en materia de reclamación de indemnización de daños y perjuicios, recurso que se formula al amparo de los apartados a), b) y c) del art. 193 de la L.R.J.S., y sobre el que no ha recaído impugnación.

Por lo que atañe al primero de los motivos, la recurrente solicita la nulidad de la sentencia por vulneración de los arts. 24 y 117 de la CE por entender que, como del visionado del juicio se comprueba que finalizada la prueba y abierta la fase de conclusiones el magistrado solicitó una serie de documentación adicional a la parte actora, se ha roto el equilibrio entre las partes, al haber intervenido el Magistrado de forma activa y parcial a favor de la tesis del actor, infringiendo los arts. 87 y 88 de la LPL.

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 (actual 193 LRJS) pueda ser acordada es necesario que concurren 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.

En el caso de autos no se observa que se haya causado indefensión alguna a la parte demandada, parte que no compareció a la vista estando debidamente citada, por lo

que a lo largo de la misma no pudo articular objeciones o protestas a determinadas situaciones sobrevenidas, impedimento que se debió exclusivamente a su no comparecencia. En cualquier caso, como la infracción de que se trate 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 los mismos sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retroacción de actuaciones, y dado que no constatamos la producción de tal indefensión, el primer motivo de recurso se rechaza.

**SEGUNDO.**-Al amparo del apartado b) del art. 193 de la LRJS se solicita la revisión del hecho probado 4º para que se modifique su última parte sustituyéndola por lo siguiente: “...y entró en la trayectoria de la carretilla, la cual le golpeó y sufrió lesiones en el pie, que según consta más arriba fueron calificadas como leve. En esta causa determinante del accidente no se observa una deficiencia de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales que sea causante del accidente”.

No aceptamos las modificaciones interesadas ya que el documento invocado en su apoyo, el Informe de la Inspección de Trabajo de 16-2-2010, ya ha sido valorado por el juzgador no resultando error directo y patente de la valoración efectuada, intentando el recurrente que prevalezca su propia redacción sobre la del juzgador de instancia, más imparcial y objetiva, por lo que la misma debe mantenerse. En concreto y respecto a la última parte de la modificación, ésta no constituye un hecho sino una conclusión de la recurrente. En cuanto a la primera parte, del propio hecho probado de la sentencia se desprende que el trabajador entró en la trayectoria de la carretilla ya que, literalmente se dice: “concurriendo ambos en la misma trayectoria de la carretilla”, lo que quiere decir que se juntan, pero también que es la trayectoria de la carretilla. Por ello resulta irrelevante la modificación, quedando desestimado el motivo segundo del recurso.

**TERCERO.**-En el motivo dedicado a la censura jurídica planteado al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS se denuncian como infringidos por aplicación indebida: los arts. 1101, 1103 y 1902 del Código Civil en relación con los arts. 4.2 d) y 19.1 del ET, los arts. 14, 15, 17 y 19 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales; el art. 3.1 y art. 5 del RD 125/1997 de 18 de julio, sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud sobre utilización de los equipos de trabajo, y ello porque en el presente caso no puede apreciarse el elemento culpabilístico en relación con los deberes de seguridad que supongan un ilícito laboral relacionado con el accidente. El propio inspector indica que “en esta causa determinante del accidente no se observa una deficiencia de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales que sea causante del accidente”. Subsidiariamente también se alega la infracción del art. 1105 del Código Civil y jurisprudencia de aplicación ya que la causa del accidente se debe a que el accidentado entra hacia atrás e irrumpe en la trayectoria de la carretilla, cometiendo una imprudencia temeraria que determina una ausencia del nexo causal entre el accidente y la supuesta falta de medidas de seguridad. Se alega, asimismo, que la culpa exclusiva de la víctima excluye la actuación imprudente del empresario, o puede confluir con la de éste, en cuyo caso estaremos ante una concurrencia de culpas con las consecuencias inherentes a la moderación de la responsabilidad, por lo que se solicita con carácter subsidiario en el último motivo de recurso, que se modere la indemnización a percibir por el trabajador en el importe que la Sala considere ajustado, a la vista de la actitud temeraria del mismo.

Así las cosas, ante todo es preciso observar que no se trata aquí de solicitar un

recargo en las prestaciones por falta de medidas de seguridad, ni se ventila ninguna responsabilidad pecuniaria administrativa derivada de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, 31/95. Aquí sólo se debate la posible responsabilidad civil por daños y perjuicios derivada de accidente de trabajo, demanda en la que se ha de partir de un incumplimiento contractual del empresario o de un ilícito laboral. En ambos casos (recargo y responsabilidad civil), no sólo las acciones ejercitadas son diferentes sino también los criterios interpretativos en relación con las mismas, las cuales son independientes; y la existencia de una eventual estimación respecto de una de las acciones no condiciona el resultado respecto de la otra, como tampoco la valoración probatoria alcanzada en uno de los procedimientos marca y determina la convicción a la que se pueda llegar en el otro, tras la práctica de un juicio con todas las garantías y una determinada actividad probatoria a cuyo resultado habrá que estar.

Se trata de una responsabilidad civil culposa, “la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional” (T. Supremo: 30-9-97, 20-7-00): no es responsabilidad civil objetiva, ni derivada de la creación del riesgo, ni es culpa extracontractual o aquiliana (del art. 1902 código civil), sino pura responsabilidad civil culposa contractual, por incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato laboral; y aunque pudiera darse en teoría una culpa extracontractual, no puede esta responsabilidad derivarse a la vez de culpa contractual y extracontractual, no cabe una duplicidad indemnizatoria (Tribunal Supremo: sentencias de 10-12-98, 17-2-99, 2-10-00, 8-4-02). Conviene tener presente que se organiza esa responsabilidad al margen y con autonomía de las otras posibles responsabilidades, penal, administrativa (la de la Ley 31/95) o de Seguridad Social (prestacional ordinaria o por recargo en las medidas de seguridad). Y en concreto, el recargo prestacional es un sistema específico y singular, no subsumible en otras figuras jurídicas. Pero esa autonomía no significa necesariamente rígida independencia, porque ante un daño indemnizable aparece una sola responsabilidad reparadora, global, “hay una sola pretensión indemnizatoria, un solo total, una sola indemnización y responsabilidad” (Tribunal Supremo: sentencias de 10-12-98, 17-2-99, 2-10-00, 2-10-01, 21-2-02, 8-4-02).

**CUARTO.-** Pues bien, del inmodificado relato fáctico ha quedado probado que: A).-El trabajador prestaba inicialmente servicios para la empresa demandada en las oficinas del Puerto de Gandía y desde marzo de 2008, por decisión de la empleadora, pasó a realizar funciones en el almacén de la empresa en Xeraco (c/ H.M.) tales como manipulación de género, transporte de mercancías en el interior del almacén, carga de camiones, repaso de palets. B) El trabajador sufrió un accidente de trabajo en fecha 1 de abril de 2009 cuando se hallaba prestando servicios para la demandada en sus instalaciones, sitas en el almacén de la empresa en Xeraco, realizando tareas de recuento, a consecuencia del cual sufrió lesiones en el pie izquierdo. El día 10-12-2009 fue dado de alta por la Mutua por mejoría que permite realizar el trabajo habitual. C).- Las circunstancias en que se produjo el accidente de trabajo son las siguientes: El encargado de la empresa se dirigía hacia fuera del almacén con la carretilla portando una bobina de papel; la marcha era hacia adelante, con la bobina delante del conductor; el trabajador accidentado se encontraba de espaldas hablando con alguien y empezó a andar hacia atrás y con un movimiento de lado para entrar en la nave concurriendo ambos en la misma trayectoria de la carretilla, la cual le golpeó sufriendo las lesiones descritas (fractura cerrada de astrágalo pie izquierdo).

Y acreditado el accidente sufrido por Sr. V., que le ocasionó lesiones, a la parte

demandante le corresponde acreditar la responsabilidad de la empresa en el evento dañoso acaecido, pues nos hallamos ante un sistema culpabilístico y no de responsabilidad objetiva, como hemos adelantado, y esta Sala ha declarado en reiteradas ocasiones. Se trata de una responsabilidad civil culposa, “la responsabilidad subjetiva y culpabilista en su sentido más clásico y tradicional” (T. Supremo: 30-9-97, 20-7-00): no es responsabilidad civil objetiva, ni derivada de la creación del riesgo, ni es culpa extracontractual o aquiliana (del art. 1902 Código Civil), sino pura responsabilidad civil culposa contractual, por incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato laboral.

Atendiendo a lo expuesto y a los hechos que han quedado acreditados, esta Sala entiende que ha existido una culpabilidad en el actuar de la empresa (imputable a título de omisión) desde el momento en que la máquina de transporte o carretilla, que era conducida por un tercero, no contaba con un dispositivo auxiliar de mejora de visibilidad (recordemos que la carretilla portaba una bobina de papel y que la marcha era hacia delante con la bobina delante del conductor); y, sobre todo, algo que hubiera sido sumamente efectivo para advertir al trabajador que se hallaba de espaldas de que se aproximaba de una máquina: no contaba con señalización acústica de advertencia. Existe por lo tanto, una culpabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa y que deriva de la omisión de una serie de medidas de seguridad concretas contempladas en el art. 3.1 y 5 del Real Decreto 1215/1997 de 18 de Julio sobre disposiciones mínimas de seguridad y salud sobre la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo (B.O.E. del 7 de agosto), en relación con el apdo. 2.1 de su Anexo I. Se establece en relación con las disposiciones mínimas adicionales aplicables a determinados equipos de trabajo, en concreto, a las “disposiciones mínimas aplicables a los equipos de trabajo móviles, ya sean automotores o no:

f) Los equipos de trabajo móviles automotores cuyo desplazamiento pueda ocasionar riesgos para los trabajadores deberán reunir las siguientes condiciones: 4ª Deberán contar con dispositivos auxiliares adecuados que mejoren la visibilidad cuando el campo directo de visión del conductor sea insuficiente para garantizar la seguridad.

g) Los equipos de trabajo que por su movilidad o por la de las cargas que desplacen puedan suponer un riesgo, en las condiciones de uso previstas, para la seguridad de los trabajadores situados en sus proximidades, deberán ir provistos de una señalización acústica de advertencia”.

Tal y como dice el art.1.104 del Código Civil debemos atender a la diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de personas, tiempo y lugar. En relación a ello, no podemos pasar por alto que el trabajador prestaba inicialmente sus servicios como oficial administrativo en las oficinas del Puerto y que había recibido formación en materia de prevención de riesgos laborales en materia de riesgos en la oficina y de prevención contra incendios, pero no para trabajar en el almacén manipulando género y transportando mercancías. También es elemento que se integra en la conducta imprudente del empresario el que no existía señalización en el centro de trabajo, ni pasillos de seguridad peatonal ni zonas de mercancías. No estamos hablando de una deuda de seguridad genérica de la empresa, (que por sí obligaría a imponer una indemnización en todo accidente de trabajo), sino de la diligencia exigible a todo empresario, que en este caso no se observó y nos lleva a apreciar la negligencia empresarial de N.y B. SL, (art.1.101 C.C.).

**QUINTO.-**Dicho lo anterior y en relación con el último motivo del recurso, hemos de resaltar que la conducta del trabajador accidentado si bien no puede considerarse de imprudencia temeraria, si que ha de reputarse de imprudencia profesional. De lo recogido al hecho probado 4º de la sentencia que describe las circunstancias del accidente, resulta que el trabajador, que se encontraba de espaldas hablando con alguien, “empezó a andar hacia atrás”, lo que ya de por sí constituye una omisión del deber de cuidado medio y diligencia exigible a todo trabajador. Seguidamente hace un movimiento de lado para entrar en la nave y concurre en la misma trayectoria de la carretilla, la cual le golpea y causa lesiones en el pie. Es decir, el trabajador irrumpe en la trayectoria de la carretilla. Si la misma hubiera llevado señales acústicas, la habría oído (no olvidemos que estaba de espaldas); o si el conductor hubiera tenido ampliada la visibilidad merced a dispositivos, lo hubiera visto. Pero no podemos desconocer que existió una conducta negligente del trabajador que concurre con la culpa de la empresa, pues el primero contribuyó notoriamente con su actuación imprudente a la producción del resultado, por lo que procede moderar y atemperar la cuantía de la indemnización fijada por el juez a quo, lo que expresamente viene contemplado en el art. 1103 del Código Civil. Conoce esta Sala que en orden a la valoración de los daños y perjuicios, la determinación de su concreto importe corresponde básicamente al órgano de instancia, como cuestión ligada a los hechos; pero esto puede corregirse en trámite de recurso extraordinario cuando concurren circunstancias singulares. Tal posibilidad correctora, siguiendo la doctrina de la Sala Primera que recoge la Sala Cuarta en sus sentencias -por todas la de 17 de julio de 2007- puede decirse que tiene lugar en circunstancias muy acotadas, como cuando no resulta coherente o razonable en el ejercicio del juicio de prudente ponderación, o se combatan oportuna, adecuada y eficazmente las bases en que se apoya la cuantificación, ordinariamente a través de la denuncia del error de derecho en la valoración de la prueba. Son supuestos (entre otros) en los que la fijación del "quantum" del resarcimiento es competencia de la Sala de apelación, dentro de los límites de la razonabilidad. En este caso la Sala ha apreciado una concurrencia de culpas que no constató el juzgado de instancia, por lo que atendiendo a este nuevo factor y circunstancias que rodean la producción del accidente, y partiendo de la base que en derecho laboral no existe una manera reglada para fijar la indemnización por daños y perjuicios sino criterios orientativos, reducimos el quantum establecido por el juez a quo y fijamos la indemnización a percibir por el actor en la de un 50% de la que recoge el fallo de instancia, es decir en la suma de 11.477,76; cantidad que entendemos proporcionada y adecuada al resultado dañoso sufrido, que obra al hecho probado 7º.

**SEXTO.-** Estimándose el recurso de la empresa 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 parte el recurso de suplicación interpuesto por la empresa N.y.B. S.L., contra la sentencia de fecha 19-11-2012 del Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia, y con parcial revocación de la misma, declaramos que la cuantía de la indemnización que la empresa queda condenada a pagar al actor es la de 11.477,76 €.

Confirmamos el resto de pronunciamientos del fallo de la sentencia de instancia.

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

Sin costas.

1802

**Sentencia núm. 2.042, de 1 de octubre de 2013**

**Materia:** Despido. Personal que presta sus servicios en residencia para cuidado de mayores. La empresa comunica a sus trabajadores que se extinguía su relación laboral por finalización de contrato de arrendamiento de industria. Sucesión empresarial: Subrogación empresarial frente a los trabajadores.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando improcedente la extinción de la relación laboral, condenando a las empresas codemandadas a la readmisión de la trabajadora o a abonar la correspondiente indemnización.

**Sala:** Estima el recurso de la parte codemandada en la instancia, exonerando a ésta del deber de responder a frente a la trabajadora por despido improcedente. Queda probado que existe una sucesión empresarial por lo que la empresa subrogada es la que debe hacer frente a la situación de despido.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De dos motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de S.R. contra la sentencia del juzgado que estima parcialmente la demanda y declara despido improcedente el cese en la prestación de servicios de la demandante y condena solidariamente a las dos empresas codemandadas a las consecuencias legales derivadas de dicha declaración.

El primer motivo del recurso se introduce al amparo del apartado b del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y pretende diversas revisiones del relato de hechos probados de la sentencia impugnada.

La primera revisión atañe al hecho probado noveno para el que postula la adición al final del mismo, del siguiente tenor: “En concreto, en fecha 20 de marzo de 2012, S.R. S.L. remitió nueva comunicación a L.J.S., S.A. por la que reiteraba su intención de no prorrogar el contrato de arrendamiento de negocio vigente entre las mismas, informándoles de su obligación de subrogarse en los contratos de los trabajadores como consecuencia de la aplicación de la subrogación prevista en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores”. Dicha modificación se sustenta en documentos obrantes a los folios 640 a 645 que son la remisión por burofax de la carta en que la recurrente comunica a L.J.S., S.L. la extinción del contrato de arrendamiento, sin que pueda prosperar la indicada adición por cuanto que de los indicados folios solo se constata la remisión de la indicada carta por burofax que además fue recibida por L.J.S., S.L. en fecha 29-3-2012, haciéndose mención con suficiente detalle en el hecho controvertido de las diversas comunicaciones intercambiadas entre las dos mercantiles codemandadas acerca de la extinción del contrato de arrendamiento de negocio suscrito entre ellas.

La siguiente modificación atañe al hecho probado segundo para que se adicione en el mismo que “En fecha 12/04/2012 S.R., S.L. comunicó a los Representantes de los Trabajadores la negativa formal de L.J.S., S.L a aceptar el negocio y hacerse cargo de los trabajadores y trabajadoras del centro.” Y que se haga

constar que fue también con fecha 26/04/2012 cuando se comunicó a la actora y de “nuevo” a los representantes de los trabajadores y a los Jardines lo que recoge el hecho probado, manteniendo el resto del contenido del hecho como se establece en la sentencia impugnada. La adición postulada se apoya en los documentos obrantes a los folios 455 y 456, que es la comunicación de S. dirigida a los Delegados de personal en el que se informaba de la finalización del contrato de arrendamiento de industria entre la Empresa y L.J.S. S.A., y de la negativa de esta última empresa a la reversión del negocio el próximo día 31 de mayo de 2012. Y como quiera que la referida comunicación refleja tan solo las manifestaciones realizadas por S.R. S.A. su valor es el propio de las alegaciones de parte y aunque tengan un soporte documental, no constituyen propiamente prueba documental privada, por lo que resultan inhábiles a los efectos pretendidos, además de que en el hecho probado segundo ya se recoge que la empresa S. comunicó a los representantes de los trabajadores la subrogación.

**SEGUNDO.-** En el correlativo motivo del recurso que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS, aunque por error de transcripción se alude al art. 191 del TRLPL, se denuncia la infracción del art. 44.1º de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por error por inaplicación, en relación con la jurisprudencia que lo ha interpretado y que se encuentra recogida entre otras muchas, en las sentencias del TS de 15 de abril de 1999 (RJ 1999/4408), de 16 de julio de 2003 (RJ 2003/6113) y de 1 de marzo de 2004 (RJ 2004/3398).

Combate en este motivo la defensa de la recurrente la extensión de la responsabilidad que efectúa respecto a la misma la sentencia de instancia al entender que ambas empresas codemandadas han realizado actos en fraude de ley, cuando en realidad la actuación de S.R. S.L. ha informado puntualmente a los representantes de los trabajadores sobre el devenir de los acontecimientos, mientras que “el desvío previo de los residentes a otras residencias” es un acto de responsabilidad empresarial y no tiende a perjudicar los intereses de los trabajadores como entiende incorrectamente la resolución recurrida, siendo obvio que la actividad desarrollada por S.R. en el centro de trabajo era la atención de personas de la 3ª edad que requieren cuidados especiales, por lo que al haber manifestado L.J.S., S.A. que era la empresa a la que revertía el negocio tras la finalización del contrato de arrendamiento del mismo, su negativa a subrogarse en los contratos de trabajo y a continuar la actividad de residencia, la empresa S.R. S.L. optó, en aras a minimizar los perjuicios a los residentes, por realizar lo necesario para facilitar el traslado de los mismos a otros centros residenciales. Así el cierre de la residencia no puede calificarse como un despido tácito al no existir por parte de la empresa S.R. S.L. un comportamiento grave ni una voluntad expresa de extinguir el contrato de trabajo, al ser corto el período de tiempo transcurrido desde que la residencia está sin actividad y la finalización del contrato de arrendamiento de negocio. Por último, señala la defensa de la recurrente que se dan los requisitos necesarios para apreciar la sucesión empresarial entre S.R., S.L. y L.J.S., S.A. siendo imputable a esta última el despido de la demandante al negarse a la subrogación respecto de su contrato de trabajo.

La cuestión objeto de la presente litis ya ha sido resuelta por esta Sala al abordar el estudio de los recursos de suplicación 875-2013 y 1060-2013 y razones de seguridad jurídica obligan a seguir el mismo criterio y así “Para dilucidar si la empresa S.R., S.L. ha de responder solidariamente con la empresa L.J.S. S.L. de las consecuencias legales derivadas del despido improcedente de la demandante se ha de

determinar si concurren entre las referidas mercantiles los requisitos para que opere el mecanismo de subrogación y, más en concreto, si se ha producido una sucesión empresarial entre ambas.

Como recuerda la sentencia de la Sala Cuarta del TS de 19 de Diciembre del 2012 ( ROJ: STS 8953/2012), Recurso: 826/2012 ““La tradición jurídica de esta Sala ha exigido en la interpretación y aplicación del art. 44 ET que concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes respectivamente en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial - por todas SSTS 3-10-1998 (Rec.-5067/97 ), 15-4-1999 (Rec.-734/98 ), 25-2-02 (Rec.-4293/00 ), 19-6-02 (Rec.-4225/00 ), 12-12-2002 (Rec.- 764/02 ), 11-3-2003 (Rec.-2252/02 ) con cita de otras muchas anteriores -, aun cuando en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se haya introducido recientemente una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - STS 27-10-2004 (Rec.-899/2002 )”.

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso en el que la actividad de residencia de la tercera edad llevada a cabo en la finca S.C. de M., por S.R., S.L., revierte tras la finalización del contrato de arrendamiento de negocio, a su titular, L.J.S., S.A., estando dicha residencia en funcionamiento, hasta pocos días antes de que finalizase el referido contrato, lleva a apreciar la existencia de sucesión empresarial en cuanto al centro de trabajo constituido por la indicada residencia, sin que obste a dicha conclusión el hecho de que los usuarios abandonasen la referida residencia antes del 18-5-2012 ya que ello obedeció a la negativa de la empresa L.J.S., S.A. a subrogarse en los contratos de los trabajadores que prestaban servicios en la susodicha residencia así como a asumir los enfermos de la residencia a la extinción del contrato de arrendamiento de negocio, sin que se observe en el proceder de S.R. S.L, una actuación fraudulenta, sino adecuada al objeto del negocio ya que de no haberse previsto y facilitado por parte de S.R. S.L., del traslado de los usuarios de la residencia con anterioridad, se hubiera producido respecto a los mismos una situación de desamparo inaceptable, dada la negativa de L.J.S. S.A. a asumir la gestión de la referida residencia de la tercera edad de la que la misma es titular.

Luego, si concurren los requisitos necesarios para apreciar la existencia de sucesión empresarial entre S.R. S.L. y L.J.S. S.A., que por otra parte no se ha cuestionado, resulta ineludible la subrogación de esta última en los contratos de trabajo de los empleados de la residencia, entre los que se encuentra la demandante y la negativa a asumir dicha subrogación constituye despido improcedente, del que solo es responsable L.J.S. S.A., sin que quepa extender dicha responsabilidad a S.R., S.L. que avisó con más de cinco meses de antelación a L.J.S., S.A., de que no iba a hacer uso de la prórroga del contrato de arrendamiento de negocio que tenía con la indicada empresa y que finalizaba el 31-5-2012, a fin de que L.J.S., S.A. pudiera adoptar las medidas necesarias para hacerse cargo del negocio que revertía a la misma, no constando por lo demás que S.R., S.L., haya puesto ningún tipo de trabas para que se llevase a cabo la sucesión empresarial respecto al indicado negocio, por lo que no cabe exigirle responsabilidad alguna en cuanto al despido de la demandante que se ha producido,

como ya se expuso, por la falta de subrogación de la empresa que estaba obligada a ello, esto es, L.J.S. S.A.

Las consideraciones jurídicas expuestas conducen a la estimación de las infracciones jurídicas denunciadas y a la revocación de la sentencia de instancia en el sentido de absolver a S.R., S.L., de los pedimentos deducidos en su contra”.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LJS, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la 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 en nombre de la empresa S.R. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Alicante y su provincia, de fecha 18 de febrero de 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª M.P.B.R. contra la recurrente y contra L.J.S. S.A.; y, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de absolver a S.R. de los pedimentos deducidos en su contra.

1803

**Sentencia núm. 2.089, de 8 de octubre de 2013**

**Materia:** Extinción de la relación laboral. La actora presta sus servicios como trabajadora social en empresa dedicada al cuidado de enfermos mentales. La empresa viene retrasándose en el abono de salarios. Conflicto colectivo que afecta a 32 trabajadores. La empresa se compromete al abono de los atrasos. Sin embargo, la actora presenta demanda individual.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando extinguida la relación laboral entre las partes, condenando a la demandada a abonar a la actora de determinada indemnización.

**Sala:** Deja en suspenso el proceso individual instado por la actora mientras dure la tramitación del conflicto colectivo planteado por las delegadas de personal.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**UNICO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimó la pretensión actora y declaró extinguida la relación laboral entre las partes, condenando a la demandada a que abone a la actora la indemnización que indica, interpone recurso de suplicación la empresa demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso y como cuestión previa solicita la suspensión de la tramitación del presente recurso por existencia de un conflicto colectivo referido al mismo asunto que la demanda que rige este pleito, al haber presentado las Delegadas de Personal de la empresa demandada demanda de conflicto colectivo referida, precisamente, a los retrasos en los pagos de los salarios de los trabajadores por la empresa y la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores, habiendo sido admitida a trámite esta demanda, por lo que considera que en virtud de lo dispuesto en el artículo 158.3 de la L.P.L. se ha producido una situación de litispendencia.

El artículo 158.3 de la anterior L.P.L. establecía que la sentencia firme dictada en los procesos de conflicto colectivo producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto. El artículo 160.5 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social dispone a propósito de las sentencias dictadas en los conflictos colectivos que “la sentencia firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto o en relación de directa conexidad con aquél, tanto en el orden social como en el contencioso-administrativo, que quedaran en suspenso durante la tramitación del conflicto colectivo. La suspensión se acordará aunque hubiere recaído sentencia de instancia y estuviere pendiente el recurso de suplicación y de casación, vinculando al tribunal correspondiente la sentencia firme recaída en el proceso de conflicto colectivo...”. Supuesto de exacta aplicación al presente caso donde se ha dictado en la instancia sentencia sobre el mismo objeto que lo es también del conflicto colectivo planteado, extinción del contrato de trabajo por retrasos en los pagos de los salarios de los trabajadores por la empresa, habiendo sido admitida a trámite la demanda de conflicto y concurriendo las identidades necesarias entre ambos procesos, por lo que se

está en el caso de aplicar lo dispuesto en el art. 160.5 de la LRJS y suspender el presente proceso durante la tramitación del conflicto colectivo.

### **FALLO**

Que acogiendo la excepción de litispendencia alegada por la empresa demandada AFEMA (Asociación de Familiares y Enfermos Mentales de Alicante) frente a la demanda interpuesta por Doña B.G.S., sobre extinción de la relación laboral, quede en suspenso el proceso individual instado por la actora durante la tramitación del conflicto colectivo.

**Sentencia núm. 2.099, de 10 de octubre de 2013**

**Materia:** Despido: Extinción de la relación laboral por causas económicas. El actor ha venido prestando sus servicios como expendedor de gasolinera en empresas. Sucesión empresarial. Disminución de actividad en la empresa donde el actor presta sus servicios. A al hora del cese el trabajador ostenta la condición de delegado de personal.

**Juzgado:** Desestima la demanda declarando procedente la extinción de la relación laboral, teniendo derecho la parte actora a percibir la indemnización no abonada en determinada cuantía.

**Sala:** Estima el recurso declarando improcedente el cese del trabajador obligando a la readmisión del mismo o al abono de una indemnización correspondiente a 45 días por año a la fecha de entrada en vigor del RD ley 3/2.012 (12-2-2.012).

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por R.P.M. la sentencia dictada el día 19 de abril de 2.013 por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Alicante que desestimó la demanda de impugnación de despido objetivo por él deducida frente a la empresa, M.S. S.A, y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL. El recurso se encuentra articulado en dos motivos dedicándose el primero a la revisión fáctica y el segundo a la censura jurídica. La empresa recurrida ha presentado escrito de impugnación en el que, al amparo de lo dispuesto en el actual art. 197 de la LRJS, propone también revisión de los hechos probados de la sentencia.

2. La necesidad de que quede fijado, a efectos de esta resolución, el supuesto objeto de enjuiciamiento, nos llevará a examinar en primer lugar las revisiones de los hechos probados que solicitan el trabajador recurrente y la empresa recurrida. Por el primero de ellos se pretende:

a) que, con cita del documento 32 de los autos, se adicione en el primero de los hechos probados, intercalado en el párrafo segundo entre la palabra “continuidad” y la expresión “del 1/8/1995...”, la siguiente expresión: “Las partes firmaron expresamente tres prórrogas a dicho contrato, dos de doce meses cada una de ellas y una tercera con vigencia de dieciocho meses desde el 1-1-1.994 hasta el 31-07-1.995”;

b) que se adicione entre las expresiones “por escrito” y “su despido” en el hecho segundo el siguiente tenor:” mediante burofax remitido a las 16,54 horas de dicha fecha, que le fue notificado el día siguiente”, lo que extrae del contenido de la documental obrante a los folios 24 a 26 y 136,137 y 138 de las actuaciones;

c) que el hecho cuarto, con arreglo a lo que obra en los documentos 59 a 62 y 71 a 73, quede redactado con arreglo al siguiente tenor: “*La empresa demandada, dedicada a la actividad de gasolinera contaba con una plantilla de seis trabajadores antes del despido del actor y con esa fecha de 1/10/2012 se procedió a comunicar mediante sendos burofax remitidos a las 14,01 horas de esa misma fecha, el despido por causas económicas a otros dos trabajadores de la misma, la Sra. R.C.B., compañera del actor, y la Sra. M.C.P.C. hija del actor, con efectos desde el 15/10/2012. Constan aportadas cartas de despido de ambas trabajadoras, como documentos números 26 y 31 de la parte actora y se dan por reproducidas e igualmente los DNI de*

*ambas trabajadoras, como documentos números 28 y 33. Desde dichos despidos la empresa ha quedado con tres trabajadores: un expendedor contratado con contrato bonificado por incapacidad, un conductor que también realiza funciones de expendedor y una administrativo. Se dan por reproducidas las vidas laborales de la empresa, aportadas en su ramo como documentos 17 y 18”;*

d) con cita expresa de los documentos obrantes a los folios 193 y 197 se propugna que el hecho quinto quede redactado como se dirá: “No consta efectivo realizable a fecha 1/12/12 en los extractos de las siguientes cuentas corrientes de la demandada: Cuenta corriente núm. X. de B., cuenta corriente nº del BB y Cuenta nº X de C., existiendo en las mismas un saldo negativo global en las mismas (sic.), aportadas en el ramo de prueba de la empresa como documentos 12 a 14 y que se dan por reproducidos.

Consta certificación del BB. respecto a la demandada según la cual: no se desprenden de sus archivos circunstancia alguna contraria a su conducta mercantil, desarrollando hasta la fecha sus relaciones bancarias con la entidad de forma satisfactoria ( folio 193 de los autos) y certificación de C., según la cual la demandada opera con toda corrección, sin que conste nota desfavorable en relación con este cliente”(folio 197 de autos)”.

Por su parte, la recurrida pretende con sustento en la citación vía fax de fecha 13-5-2.013 de la Dirección de Empleo y Trabajo de Alicante, que aporta con invocación del art. 233 de la LRJS y en el documento número 15 de los aportados por la empresa se pretende que el hecho tercero quede redactado como sigue:

*“La parte actora ha ostentado durante el último año la condición de representante legal de los trabajadores. La parte ha presentado un documento de acta de elección de representante de julio de 2.007 y otra de fecha 13/9/2.0011. El acta de julio de 2.007 se refiere a una etapa en la que la empleadora era una mercantil distinta, y, respecto del acta de septiembre de 2.011 la empresa ha presentado demandada de nulidad radical del proceso arbitral ante la Dirección de Trabajo y Empleo de Alicante”.*

3. Para abordar las revisiones propuestas debemos recordar que del contenido de los arts. 97.2, 193 b) y 196 de la LRJS, preceptos estos, que se corresponden con los arts. 97.2, 191 b) y 194 de la derogada LPL en cuya interpretación es doctrina jurisprudencial consolidada la contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que señala que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél”. Y a la vista lo expuesto las revisiones que se proponen correrán la suerte que a continuación se dirá:

a) respecto de las revisiones que propone el actor se aceptan todas ellas por ser fiel reflejo de las pruebas documentales citadas en su sustento, gozando de trascendencia, al menos para sustentar los alegatos que efectúa el recurrente en pos de las infracciones sustantivas denunciadas en sede de censura jurídica;

b) se rechaza, por el contrario, la revisión propuesta por la demandada recurrida, por cuanto que aún resultando correcta la aportación de la documental con arreglo al art. 233 de la LRJS en relación con el art. 270 de la LEC al que se remite, por ser una prueba de imposible aportación a la vista por ser de fecha posterior, lo cierto es que la revisión resulta intrascendente desde el momento en que de todas las circunstancias que se pretenden introducir, excepto de la admisión a trámite de la reclamación del actor, lo cual no tiene mayor relevancia, ya se da cuenta en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** 1- El motivo correlativo se destina a la censura jurídica, el análisis del mismo hace que resulta preciso señalar, y con carácter previo al examen de las concretas infracciones de orden sustantivo denunciadas, que como arriba ya se indicó en la instancia se calificó el cese impugnado por el actor y recurrente, y tal calificación se efectuó sobre la base de la argumentación que se expondrá. En primer lugar, se consideró que habiendo sido despedido el actor invocándose por el empresario causa económica, dicha causa concurría y quedaba plasmada en los hechos probados desde el momento en que los mismos se daba cuenta de que la demandada había arrojado un resultado negativo en los dos ejercicios previos al cese (años 2.010 y 2.011), observándose una caída de la facturación en el año del cese (2.012). Por otro lado, se consideró que el empresario estaba exento de poner a disposición del trabajador la indemnización correspondiente al cese objetivo, toda vez, que quedaba acreditada una situación de iliquidez, relatándose en los hechos probados que las diversas cuentas bancarias de las que era titular la demandada arrojaban un resultado global negativo; también, se consideró que el hecho de calcular la indemnización con arreglo a la antigüedad reflejada en nómina (1-8-1.995) y no con arreglo a la que realmente le correspondía al trabajador (1-8-1.990) era achacable a error excusable, y finalmente, no se otorgó trascendencia alguna a la circunstancia acreditada y reflejada en los hechos probados relativa a que el actor ostentase a la fecha del cese acordado la condición de delegado de personal.

2. Discrepando el recurrente del argumentarlo expuesto, denuncia en su censura jurídica las siguientes infracciones:

a) en primer lugar, considera que el hecho de que no se haya concedido relevancia alguna a su condición de representante de los trabajadores conculca lo dispuesto en los arts. 52 c), y 68 b) del E.T, así como el artículo 10, 3º de la LOLS, por cuanto que se argumenta que en la empresa permanecen trabajando otros empleados que desempeñan las mismas funciones que desarrollaba el actor, lo que supone un quebranto de la garantía de permanencia que establecen tales preceptos, así como una lesión a su derecho fundamental a la libertad sindical, por cuanto que concurrió a las elecciones a delegado de personal en su condición de afiliado de la Unión General de Trabajadores;

b) en segundo lugar, se alega que la resolución recurrida conculca los arts. 53. 1 b) y 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, desde el momento en que se considera que el error en el cómputo de la indemnización fijada en la carta de despido es inexcusable por cuanto que la empresa era conocedora de la real antigüedad del actor, no encontrándose, por otro lado, la misma dispensada de su abono simultáneo a la fecha de comunicación de la decisión extintiva, ya que se estima que el hecho de que ninguna de las entidades bancarias en las que empresa mantenía abiertas cuentas corrientes hubiese emitido nota

desfavorable respecto de la misma, supone que podría disponer del numerario que debía entregar al empleado por su cese.

3. La Sala discrepa del recurrente en cuanto a lo argumentado en segundo lugar y ello por las siguientes razones:

- En primer lugar, hemos de señalar, que si bien el error en el cómputo de la indemnización no ha de afectar a la calificación del cese, lo es porque el mismo, no habiéndose puesto a disposición del trabajador la indemnización, resulta en todo caso irrelevante, por lo que estimamos que el análisis de su excusabilidad resulta una tarea ociosa. En este sentido recordar la doctrina que ha esgrimido la Doctrina Unificada de la sala IV a raíz de la STS de 13-3-2.012 ( rcud 743/2.011) dicho criterio de la irrelevancia del error. Pues razona que en el caso de que la empresa exprese la imposibilidad de puesta a disposición de la indemnización, “el que la empresa hubiera señalado en la comunicación escrita cual era el resultado de sus cálculos sobre la eventual indemnización, no puede llevarnos a confundir las distintas exigencias formales del despido. Respecto de la primera de ellas, la comunicación al trabajador, la ley sólo impone que ésta reúna dos circunstancias: a) que sea escrita; y b) que exprese la causa. La cuestión del monto de la indemnización se ciñe a su puesta a disposición. Únicamente cuando la empresa precisa acogerse a la excepción, surge para ella la obligación de incluir un tercer elemento en la comunicación escrita: la constancia de la imposibilidad de dicha puesta a disposición por razón de la situación económica que sirve, a la vez, de causa de la decisión extintiva”, y no existiendo obligación de fijar en estos casos la indemnización, su cuantificación resulta irrelevante a los efectos del art. 53.1, sin perjuicio de que pueda discutirse en juicio y fijarse en sentencia.

- En segundo lugar, y en cuanto a la concurrencia o no de la dispensa de la puesta indemnización se ha de señalar que dicho supuesto excepcional ha sido objeto de análisis por parte la Doctrina Unificada, señalando la Sala IV del TS en Ss tales como las de 21 diciembre 2005, -rcud 5470/2004-, y de 25 de enero de 2005 (rcud 6290/2003) que en estas situaciones «no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que –se insiste en ello– es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, situación ésta que no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible advenir introduciendo en el proceso determinados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador "ex" apartado 3 del art. 217 de la LECiv.”.. en nuestro caso, el empresario ha presentado indicios de tal situación cual es el saldo negativo de sus cuentas bancarias en la época del cese, y dicho indicio no puede quedar enervado por la circunstancia que esgrime el recurrente relativa a la ausencia de notas negativas, pues la misma no ha de implicar necesariamente, dado el tamaño reducido de la demandada – empresa dedicada a la actividad de estación de servicio, que a la fecha del cese tenía seis trabajadores en plantilla- que la empresa pudiese disponer del monto correspondiente al cese del actor, máxime sí además ese día acordó además el de la compañera sentimental de éste, que

también prestaba servicios para la demandada, y el de la hija de ambos, también empleada.

4. Y dicho lo cual, la Sala comparte parcialmente lo razonado por el actor en la primera parte de la censura jurídica efectuada, pues consideramos que el hecho de que se haya optado por acordar el cese objetivo del actor por causa de índole económica, existiendo trabajadores en la empresa igualmente afectados por dicha causa, y que venían desempeñando funciones similares a las del mismo, supone un quebranto de la garantía de preferencia establecida en los preceptos que el actor cita como infringidos. Ello es así por cuanto que el actor, que a la fecha del cese se ha acreditado que ostentaba la condición de delegado de personal, resultando a estos efectos irrelevante el hecho de que el empleador hubiese mostrado su disconformidad con la elección llevada a cabo impugnándola, prestaba servicios con categoría de expendedor y en los hechos probados de la sentencia recurrida se da cuenta de que tras el cese del actor, permanecieron en la misma dos trabajadores realizando idénticas funciones a las de aquel, a saber: uno que tenía categoría de conductor pero que realizaba funciones de expendedor, y otro, expendedor con contrato bonificado por minusvalía. Debemos recordar que la garantía de permanencia de los arts. 52 c) E.T y 68 b) E.T fue analizada por la STS 30-11-2.005 (rcud 11439/2.004) señalando que la eficacia de la misma se *“produce cuando existen varios puestos de trabajo sobre los que se proyecta el efecto de la causa extintiva. En ese caso la garantía excluye un elemento de selección -el puesto del representante- y obliga a que ésta opere sobre los elementos restantes”,* y que la misma *“se traduce siempre en un sacrificio potencial para el resto de los trabajadores incluidos en el ámbito en que opera la garantía, con independencia de que éste pueda ser más o menos extenso.”*

5. Por lo anterior procede declarar la improcedencia del cese, sin que se proceda a entrar sobre la supuesta lesión a la libertad sindical del actor por una doble razón: en primer lugar, porque nada se dice en los hechos probados respecto de su filiación o actividad sindical, y en segundo lugar, porque, dicha lesión no fue objeto de discusión y resolución en la instancia, lo que hace que su alegación suponga el planteamiento de una cuestión nueva de vedado acceso a un recurso extraordinario cual es el de suplicación ( por todas cabe citar Ss. TS de 26-9-2.001 que señala que STS de 26-9-2001 que es doctrina de Sala,IV contenida de forma y reiterada en tan numerosas sentencias que excusa de su concreta cita, que las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal

**TERCERO.-** Todo lo razonado nos ha de llevar a la estimación del recurso con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia en el sentido de calificar el cese impugnado como improcedente, con condena a la demandada a que a elección del recurrente, le readmita abonándole los salarios dejados de percibir desde el cese hasta la fecha de la readmisión a razón de 60,08 euros por día o a indemnizarle con la cantidad devengada de 45 días por año a la fecha de entrada en vigor del RD ley 3/2.012 (12-2-

2.012) por cuanto que dada la antigüedad del trabajador ( 1-8-1990) supera los 720 días de salario (disposición transitoria quinta apartado 2 de la Ley 3/2,012 de 6 de julio), lo que arroja un montante indemnizatorio de 57.902, 10 euros. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

### **FALLAMOS**

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por R.P.M. contra la sentencia dictada el día 19 de abril de 2013 por el Juzgado de lo social número 7 de los de ALICANTE revocamos la sentencia recurrida y estimando la demanda deducida por el actor calificamos el despido impugnado de fecha 1-10-2.012 como improcedente condenando a la recurrida M.S. S.A a elección del actor, bien a readmitirlo en las mismas condiciones que tenía a la fecha del cese con abono de los salarios dejados de percibir a razón de 60,08 euros por día desde el 1-01-2012 hasta la efectiva readmisión o a indemnizarle con la cantidad de 57.902,10 euros, debiendo el recurrente manifestar su opción en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entendiéndose en caso de no emitirse tal opción que opta por la readmisión.

Sin costas.

**Sentencia núm. 2.103, de 10 de octubre de 2013**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS. Iniciado el correspondiente procedimiento de incapacidad, la actora solicita la incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. La demandante tiene reconocido un grado de minusvalía del 65% y grado de discapacidad global del 59%.

**Juzgado:** Desestima la demanda declarando no haber lugar a la misma, absolviendo a la parte demandada de la demanda frente a la misma formulada.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las dolencias y limitaciones que padece la actora le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia, confirmando la resolución dictada en el pertinente expediente administrativo, no da acogida a la demanda interpuesta por la trabajadora por entender que no se encuentra afecta a la situación de invalidez permanente en cualquiera de sus grados, y frente a tal decisión, se suscita, en su nombre, el presente recurso de suplicación por el que se reitera, previa su revocación, la petición de ser declarado afecta a una incapacidad absoluta para todo trabajo o subsidiariamente a una incapacidad total para su profesión habitual de recepcionista-telefonista en una empresa de alojamientos, aduciendo al efecto un primer motivo para revisar la declaración de hechos probados; y otros tres, para denunciar el derecho aplicado, con fundamento, respectivamente, en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social.

**SEGUNDO.-** En primer término se propugna la modificación del punto cuarto de la declaración de hechos probados para que se adicione, a su segundo párrafo, que la actora también padece las siguientes dolencias:

“Espondiloartrosis generalizada. Disfunción neurovegetativa por migrañas. Soplo sistólico foco aórtico. Insuficiencia venosa miembros inferiores”.

Y, de igual manera, que su párrafo sexto sea sustituido por la siguiente redacción:

“El cuadro clínico anteriormente referido ocasiona a la actora las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales:

- g. Limitación para la bipedestación y sedestación mantenidas.
- h. Para realizar esfuerzos y levantar pesos. Cansancio extremo.
- i. Para la deambulación continuada, para subir y bajar escaleras. Inestabilidad y caídas frecuentes.
- j. Dolores crónicos a nivel de caderas, rodilla, piernas y cabeza.
- k. Para actividades que conlleven sobrecarga de rodilla.
- l. Ausencia de visión ojo derecho.

- m. El síndrome de apnea e hipoapnea del sueño (SAHS) le ocasiona dificultad respiratoria, sueño poco reparador y debe dormir con mascarilla de oxígeno conectada a máquina CPAP.
- n. Para utilizar el transporte público.”.

Se hace referencia, como soporte de la revisión propugnada, al dictamen médico pericial obrante a los folios 36 a 40, así como a los informes médicos que constan a los folios 41 a 46.

La pretensión revisora ha de alcanzar éxito, básicamente en el aspecto que se refiere a la delimitación de las disfunciones que se derivan de las dolencias padecidas por la demandante, porque ciertamente que de las pruebas a que se alude como justificación del motivo, se constata, de manera directa e irrefutable, la realidad de la situación que se describe al responder a una especificación minuciosa de la estricta previsión que se determina en la declaración fáctica de las dolencias sufridas. En función de ello, al estimarse concurrentes las mentadas precisiones, deviene procedente que la valoración jurídica se efectúe teniendo por integrado el relato fáctico con dicha propuesta, y, por ello, atendiendo al total cuadro médico con sus consiguientes secuelas, que ha de tenerse por acreditado.

**TERCERO.-** En el ámbito de la censura jurídica se denuncia, en primer lugar, la infracción del artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, por entender errónea la valoración que se efectúa de las dolencias padecidas por la demandante, las que, a su juicio, deben catalogar la situación, por razón de sus consecuencias, como constitutiva de una incapacidad absoluta para toda profesión u oficio. Con carácter subsidiario, y en segundo término, se alude al punto 4 de ese mismo artículo, en el entendimiento de que, en todo caso, le inhabilitan para el desempeño de su actividad profesional de recepcionista-telefonista en un centro de alojamientos. Y, por último, en un tercer punto, se aduce la infracción de la jurisprudencia interpretativa de los aludidos preceptos, con mención del contenido de diversas sentencias del Tribunal Supremo.

Así pues, la cuestión que se suscita se contrae inicialmente a determinar si concurre o no el grado de invalidez absoluta interesado por la actora recurrente.

En orden a su resolución procede recordar que, conforme establece el art. 137.5 de la Ley General de Seguridad Social, se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Y partiendo de esta concepción conviene destacar en primer término que, según ha reiterado la doctrina jurisprudencial, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que estar a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, y sobre esta base deberá declararse la invalidez absoluta cuando resulte una inhabilitación completa del trabajador para toda profesión u oficio, al no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo económico para concertar alguna relación de trabajo retribuida (STS 18-1 y 25-1-88); esto es, concurriendo las condiciones mínimas de continuidad, dedicación y eficacia que devienen admisibles en cualquier tipo de trabajo, y, por lo tanto, debe tenerse presente que no se trata de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las indicadas exigencias mínimas. (STS 6-2-87, 6-11-87). En consecuencia, habrá invalidez absoluta siempre que las

condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS 23-3-88, 12-4-88).

Sentada la indicada determinación conceptual, si se atiende al examen de las limitaciones funcionales y orgánicas a que se encuentra afecta la trabajadora, que se centran, con entidad ciertamente grave, tanto a nivel de columna, con mayor incidencia en la zona lumbar, como muy significativamente en los miembros inferiores, de modo que le ocasionan una imposibilidad para la realización de esfuerzos y carga de pesos, con dolor persistente de cabeza, caderas y piernas, caminando con mucha dificultad, siendo la marcha inestable, con báscula pélvica pronunciada y requiriendo de apoyo, unido a pérdida de la sensibilidad del lado derecho con debilidad intensa de la musculatura que afecta también en grado moderado a la pierna izquierda y limitación para subir y bajar escaleras, y con exclusión de la bipedestación prolongada y deambulación continua e incluso con dificultad para la sedestación mantenida y junto a todo ello con problemas en las manos por el síndrome carpiano bilateral así como en la visión, al alcanzar sólo a dedos en el ojo derecho, y con presencia de singular cansancio al no conseguir sueño reparador, con disnea y dificultad respiratoria, se está en el caso de apreciar que la capacidad residual de la demandante le obstaculiza para el desempeño de toda clase de actividades laborales, pues ciertamente se induce un efecto limitativo tanto para aquéllas que aparecen dominadas por una exigencia de esfuerzos físicos o de requerimientos continuos de movimientos de columna o de permanencia prolongada de pié como para aquellas otras en que prime una exigencia sedentaria con sujeción a los presupuestos que demanda el desarrollo normalizado de la relación contractual de trabajo, de aquí que, sin más, proceda dar acogida el recurso interpuesto con reconocimiento de los derechos económicos pertinentes, y consecuente con ello, deba revocarse la sentencia recurrida.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación

### **FALLO**

Estimar el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D<sup>a</sup>. R.M.G.R. contra la sentencia de fecha 19 de febrero de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de los de de Valencia, y revocando la misma, estimamos la demanda interpuesta por dicha parte actora contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en consecuencia, declaramos a la expresada afecta a una situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo u oficio, derivada de enfermedad común, condenando al indicado Instituto a estar y pasar por esta declaración y a abonar a la actora la pensión mensual del 100% de la base reguladora, que asciende a la cantidad de 397,67 euros mensuales, y con efectos desde el 1 de septiembre de 2011, sin perjuicio de las revalorizaciones y mejoras que procedan.

1806

**Sentencia núm. 2.108, de 10 de octubre de 2013**

**Materia: Procedimiento de minusvalía. Revisión grado a efectos de beneficios fiscales. Determinación de la fecha de efectos de la revisión de grado. Falta de inicio de expediente de revisión ni resolución en el plazo establecido en el expediente de revisión iniciado por la actora.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando la fecha de efectos del nuevo grado, así como su eficacia retroactiva al momento en que la revisión pudo efectuarse.**

**Sala: Estima en parte el recurso, revocando el pronunciamiento relativo a la eficacia retroactiva al momento en que la revisión pudo efectuarse.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la parte actora la sentencia que ha estimado solo en parte la demanda sobre fecha de efectos de grado de minusvalía.

El recurso contiene un solo motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS, en el que denuncia la infracción de los arts 10.2 y 14 de la Orden de 19 de noviembre de 2001, en relación con la documental obrante en autos. Considera el recurso que la fecha de efectos que otorga la sentencia a partir del 1 de enero de 2010, sobre la base de que la caducidad técnica del anterior grado se producía el 31 de diciembre de 2009 no es conforme a derecho si tenemos en cuenta que la resolución no se ha dictado en el plazo de seis meses desde la solicitud, porque esto supone que se confirme el grado de minusvalía que se pretendía revisar y que los efectos del nuevo reconocimiento se produzcan en la fecha en que se notificó el nuevo reconocimiento.

Para resolver el recurso hay que partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia recurrida y de los que se deducen del expediente tramitado a que se remite la sentencia. En los mismos aparece que a la actora le fue reconocido por resolución de la Conselleria de Bienestar Social, de fecha 21 de noviembre de 2006, un grado de minusvalía del 66 por ciento. Dicha resolución establecía un plazo de caducidad técnica del 31 de diciembre de 2009. En fecha 05 de junio de 2009 la actora solicitó una revisión del grado de discapacidad a efectos de beneficios fiscales y tramitado el expediente de revisión, el dictamen médico de fecha 16 de septiembre de 2010 determinó que el grado de minusvalía de la actora por “gastrectomía” era del 5 % y por resolución de la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana de 28 de septiembre de 2010, se le reconoció un grado de minusvalía del 05 por ciento, sin movilidad reducida y sin necesidad del concurso de tercera persona y sin factores sociales complementarios. La citada resolución retrotrae sus efectos al 05 de junio de 2009. No consta la fecha en que dicha resolución fue notificada.

Solicita la parte actora en su reclamación previa que el grado del 66 % que tenía reconocida la actora se mantenga hasta el día 31 de diciembre de 2009 que le correspondía por la primera resolución de la CBS y en la demanda varía la fecha de efectos para solicitar que el grado del sesenta por ciento debe resultar válido hasta el 06

de octubre de 2010. Como afirma la sentencia no estamos ante una pretensión de modificación del grado de minusvalía reconocido a la actora, sino ante la determinación de la fecha de efectos de la revisión de grado.

El Magistrado de Instancia aplicando el artículo 11 de la Orden de 19 de noviembre de 2001, que establece que: “El grado de minusvalía podrá ser objeto de modificación, tras la instrucción del correspondiente procedimiento, en los siguientes supuestos: a) Cuando hubiera sido reconocido con carácter temporal, en la resolución a que se refiere el artículo 10 de la presente orden, en atención a una posible mejoría de las circunstancias que dieron origen a su reconocimiento, y hubiese transcurrido el plazo establecido en la citada resolución.

En éste caso, la administración procederá a una nueva valoración.

b) Cuando hubiera sido reconocido con carácter permanente procederá efectuar una nueva calificación por agravamiento o mejoría siempre que hayan transcurrido dos años desde la fecha de la anterior calificación.

Excepcionalmente, no será necesario que haya transcurrido dicho plazo cuando se acredite suficientemente error de diagnóstico o se hayan producido cambios sustanciales en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento de grado” considera que tanto si el reconocimiento lo era con carácter temporal o con carácter permanente, la revisión se puede tramitar solo una vez transcurrido el plazo establecido en la resolución o cuando pasen un mínimo de dos años, salvo que, en este último caso se demuestre que existió un error de diagnóstico o que se haya producido un cambio sustancial en las circunstancias que dieron lugar al reconocimiento del grado, y que en el presente caso estamos ante un reconocimiento temporal con fecha de caducidad técnica el día 31 de diciembre de 2009 razonando que, en consecuencia, no podía ser revisado hasta transcurrida esa fecha, máxime cuando no estamos ante un supuesto de petición de revisión de la actora por mejoría derivada de un error de diagnóstico, sino por caducidad y para obtener los beneficios fiscales, señalando que a mayor abundamiento, del expediente administrativo tampoco se desprende que la actora aportara prueba alguna de un estado de mejoría sustancial en la fecha de la solicitud, ni tampoco consta informe médico alguno que permita entender que la actora había mejorado de sus dolencias en fecha 5 de junio de 2009 de forma sustancial, siendo después de la tramitación del expediente y del dictamen médico de 19 de junio de 2010 cuando se conoce la notable mejoría de la actora, pero sin que se indique fecha alguna de la citada mejoría en base a prueba o dato objetivo alguno, y resuelve que la resolución procedente no era, ni es otra que la declaración de un nuevo grado de minusvalía derivada de una revisión por caducidad, que no puede surtir efectos sino desde la fecha de la nueva resolución y con las consecuencias que del nuevo grado de minusvalía se deriven en cuanto a la ausencia de grado suficiente para obtención de los beneficios fiscales solicitados y sin perjuicio de que deba entenderse caducado el grado anteriormente reconocido con efectos del día 31 de diciembre de 2009, con las consecuencias legales inherentes en orden a la eficacia retroactiva máxima de la citada resolución.

Sin embargo, asiste en parte la razón a la actora dado que la caducidad técnica del anterior grado no supone que este desaparezca, ya que ningún precepto lo dispone y como no se inició por la CBS el expediente de revisión y no se dictó la resolución en el

plazo de seis meses en el expediente de revisión iniciado por la actora debe aplicarse el art. 14.3 de la Orden de 19 de noviembre de 2001 que establece que “Cuando la resolución no se dicte en el plazo señalado en el art. 10.2, el vencimiento del plazo sin haberse dictado resolución expresa determinará la confirmación del grado de minusvalía que se pretende revisar”, es decir el del 66%, y solo cuando se resuelve el nuevo grado podrá ser aplicado, y no constando la fecha de la notificación y tampoco precepto que disponga que debe surtir efecto a partir de dicho momento, procede resolver en el sentido de que la fecha de la nueva resolución es la que determinará los efectos del nuevo grado.

### **FALLO**

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M.E.B.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia de fecha 20 de julio de 2012; y en consecuencia revocamos en parte la sentencia confirmando la fecha de efectos del nuevo grado de minusvalía reconocido a la actora del cinco por ciento a partir de la resolución de 28 de septiembre de 2010 y revocamos el pronunciamiento relativo a la eficacia retroactiva al momento en que la revisión pudo efectuarse es decir a partir del día 1 de enero de 2010.

Sin costas

**Sentencia núm. 2.113, de 14 de octubre de 2013**

**Materia:** Prestación por desempleo. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios en empresa familiar, causando baja en la empresa. El actor solicita prestación por desempleo, la cual le es concedida. Posteriormente, se incorpora al puesto de trabajo por determinado periodo, solicitando nuevamente la prestación, la cual le es otorgada. Por resolución de la entidad demandada, se acuerda la revocación de la prestación y la percepción indebida de la misma durante cierto periodo. Revocación de la resolución. El actor convive con los padres y hermano, titulares de la mayoría del capital social y participaciones de la empresa. Laboralidad de la relación.

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

**Sala:** Estima el recurso dejando sin efecto la resolución impugnada. Existe relación de laboral y el demandante tiene derecho a la prestación por desempleo. Queda revocada la resolución en la que se le insta a devolver la percepción indebida.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que desestimó su demanda instada contra la resolución del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se acordó revocar la prestación reconocida y declarar la percepción indebida de 4.650,21€, correspondiente al periodo 4-8-09 a 30-9-10.

1.-El recurso se formula en un único motivo, redactado al amparo de la letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando la revisión de los hechos probados, con la siguiente redacción, “Primero.- El actor ha estado trabajando por cuenta ajena para la Empresa E.C. SL, desde el día 22 de septiembre de 2003 hasta que fue despedido por causas objetivas el día 3 de agosto de 2009. Constando de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, cotizando a la formación profesional y desempleo sin que en ningún momento le fuere anulada la citada alta en el Régimen General de la Seguridad Social y percibiendo una retribución mensual, cuyo salario y las dietas lo percibía en dinero que es una forma legal de pago en el mundo empresarial. Hecho que queda acreditado en las hojas de recibos de salario. Documentos aportados por la parte actora números 3 al 13 ambos inclusive. Habiendo realizado las revisiones médicas anuales y los cursos de prevención de accidentes de trabajo”.

La revisión no se admite, pues el recurrente se apoya en las nóminas aportadas, carentes de fuerza revisora, y el contenido del hecho impugnado ya da cuenta de la duración y retribución de la prestación de servicios del actor.

2.- Asimismo se propone, “Segundo.- Ha sido perceptor de la prestación por desempleo durante el periodo del 8 de agosto de 2009 hasta el 9 de septiembre de 2009, que causó baja por colocación”.

El recurrente no cita prueba alguna que apoye su pretensión, y el hecho probado tercero ya da noticia del percibo de la prestación, por lo que no se admite la revisión.

3.-En tercer lugar se propone, “Tercero.- Posteriormente fue contratado por la misma empresa mediante un contrato de duración determinado por acabado de obra, extendiéndose desde el 9 de septiembre de 2009 hasta el día que finalizó la obra que fue el 21 de mayo de 2010. Documento nº 16 aportado por la parte actora”.

El documento citado consiste en el contrato de trabajo, y el hecho impugnado ya declara que se reincorporó al trabajo durante dicho periodo, por lo que la revisión es innecesaria.

4.- En cuarto lugar se propone, “Cuarto.- El actor convive en un inmueble sito en la calle Ciudad de Pamplona, 4, 2º, 6º de X., en compañía de su hermano J. y de sus padres durante el invierno, que no esta a sus expensas, quedando demostrado que le abona a su hermano J. la cantidad de 150 euros mensuales por los gastos de compartimiento del piso, que es lo mismo que pagar un alquiler. Documentos aportados por la parte actora números 36 y 37. Circunstancia que no se ha tenido en cuenta al pronunciamiento de la sentencia”.

Los documentos en que se apoya el recurrente consisten en fotocopias de manuscritos ya valorados por la Magistrada de instancia, y de los mismos no resultan directamente los extremos que se pretenden introducir, sino que exigen de la Sala una operación valorativa que está vedada en el marco de un recurso extraordinario como es el de suplicación, por lo que se rechaza la revisión.

5.-En quinto lugar se propone, “Quinto.-La empresa debido a la falta de trabajo procedió a cursar la baja de actividades económicas en fecha 31 de diciembre de 2010. Documento nº 2 aportado por la parte actora.”

El documento citado consiste en la declaración censal de cese de actividad en fecha 31-12-10, dato que carece de relevancia a efectos de llegar a una modificación del fallo de la sentencia, por lo que no se admite la revisión.

6.-En sexto lugar se propone, “Sexto.-Se adjuntó el día del juicio instructa por la parte actora de las Sentencias del Tribunal Supremo Sala de lo Social, sección primera sentencia de 13 de junio de 2012 RJ/2012/8544 y Sentencia de 5 de noviembre de 2008 RJ/2009/129. En ambas sentencias los hechos son los mismos, el hijo trabaja por cuenta ajena en una empresa familiar, convive con los padres, es asalariado y la mayoría del capital social sus participaciones sus titulares son los padres, y el Tribunal Supremo estima la demanda y concede al hijo la prestación por desempleo. No habiéndose contemplado estas sentencias en pronunciamiento de la sentencia que se recurre”.

El texto propuesto carece de relevancia fáctica a efectos del presente procedimiento, por lo que no se admite la revisión.

7.- Por último se propone, “Séptimo.-Que en virtud del artículo 233 LJS, se adjunta como documento de prueba consistente en la escritura de liquidación de la S.E.C. SL,

retirada del Registro Mercantil en fecha 20 de diciembre de 2012. Haciendo mención que las decisiones del representante de la empresa, la voluntad no solo del poseedor de la mayoría del capital Social, pues estas decisiones las condiciona el que la empresa tenga ingresos o no los tenga por carecer de trabajo y por consiguiente tomar la decisión obligada de cesar la actividad” y, “Octavo.- Que de no admitirse este documento se estaría infringiendo el art. 233 LJS y el art. 24 de la CE”.

El documento aportado consiste en copia de escritura notarial de disolución y liquidación de sociedad E.C.SL, de fecha 22-12-2011, con fecha de presentación en el Registro Mercantil el 16-1-12, por lo que la misma pudo haberse presentado al juicio, celebrado el 6-11-12 (folio 11), y por tanto no reúne los requisitos de admisibilidad.

**SEGUNDO.-** 1. El escrito del recurso no contiene ningún motivo redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS; no obstante la defectuosa redacción del mismo, y en aras de la tutela judicial efectiva, debe entenderse que cuando el recurrente interesa inapropiadamente la introducción de un hecho probado denunciando que la sentencia no ha contemplado las STS de 13-6-12 y 5-11-08, alegando que en dichas sentencias los hechos son los mismos, -el hijo trabaja por cuenta ajena en una empresa familiar, convive con los padres, es asalariado y la mayoría del capital social sus participaciones sus titulares son los padres-, esta denunciando la infracción de la jurisprudencia contenida en las mismas, por lo que procede examinar dicha infracción.

2. La Disposición Adicional Vigésimo Séptima. 1 .1ª de la LGSS, establece, “Campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos....Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando concurren algunas de las siguientes circunstancias: 1º Que, al menos, la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios, con los que conviva, y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado”..

3. El Tribunal Supremo en Sentencia de 13-6-13, rec. 1628/11, en un supuesto en que el actor convivía con sus padre, titulares de las participaciones sociales de una sociedad cuyo objeto era la venta de maquinas y sus accesorios, señala que “La cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala Cuarta del Tribunal Supremo, en supuestos sustancialmente idénticos al presente, en SSTS. de 5 de noviembre de 2008 (rcud. 1433/2007) -designada de contraste - y la que en la misma se reitera -entre otras- de 25 de noviembre de 1997 (rcud. 771/1997), en la que señalábamos que: " Esta Sala ha tenido oportunidad de pronunciarse en diversas ocasiones a propósito de análogas situaciones, en unos casos presentándose la relación entre el reclamante y las personas con vínculo de parentesco que ostentaban la titularidad de parte un capital social ( STS de 29 de octubre de 1990 (Rec. núm. 57/1990), de 25 de noviembre de 1997 (R.C.U.D. núm. 771/1997), de 19 de diciembre de 1997 (R.C.U.D. núm. 1048/1997) y de 19 de abril de 2000 (R.C.U.D. núm. 770/1990), en otros casos con quien era titular físico y único de una empresa sentencia de 13 de marzo de 2001 (R.C.U.D núm. 1971/2000). En ellas se reitera el razonamiento de que "por supuesto cabe trabajo por cuenta ajena entre parientes que comparten el mismo techo. Pero si el parentesco es muy próximo y existe

convivencia con el empresario, la ley ha establecido una presunción "iuris tantum" a favor del trabajo familiar no asalariado que se aparta expresamente de la presunción de laboralidad establecida en el artículo 8.1 (sic) del Estatuto de los Trabajadores". A la luz de ese razonamiento se ha llegado a la conclusión estimatoria de la pretensión en las sentencias citadas de 25 de noviembre y 19 de diciembre de 1997 y 19 de abril de 2000 ( R.C.U.D. núm. 771/1997, 1048/1997 y 770/1999) y desestimatoria en las sentencias de 29 de octubre de 1990 y 13 de marzo de 2001 ( Rec. núm. 57/1990 y R.C.U.D. núm. 1971/2000). La sentencia de 25 de noviembre de 1997 (R.C.U.D. núm. 771/1997) razonaba que: "Tanto el art. 1.3. e) del Estatuto de los Trabajadores, como el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social, contienen una presunción iuris tantum de no laboralidad de las relaciones de prestación de servicios entre los parientes que enumera. No puede por tanto realizarse una aplicación de dichos preceptos que desnaturalice su esencia de presunción susceptible de prueba en contrario, para transformarla en presunción iuris et de iure. Cuando se acredite la condición de asalariado del familiar, ha de serle reconocida la de trabajador por cuenta ajena. El Tribunal Constitucional, en sentencias 79/1991 y 2/1992, ya declaró que es contrario al principio de igualdad excluir del ámbito laboral unas relaciones jurídicas por el sólo hecho de ser parientes sus titulares. En el caso enjuiciado la suma de las participaciones sociales de actor y familia cubren el 45% del capital social, lo que no permite afirmar la existencia de un patrimonio familiar común. No se desvirtúa, por tanto la nota de ajeneidad. Se declara probado que el actor trabajó y percibió retribución. Era por tanto trabajador por cuenta ajena y, como tal, estaba protegido de la contingencia de desempleo, de la que no puede ser excluido en base a su parentesco con titulares de la sociedad, o por su titularidad de una mínima parte de las acciones. Del mismo modo, en las presentes actuaciones, no discutida la realidad de la prestación de servicios ni del percibo de una retribución y excediendo ésta, 722,790 euros mensuales, de lo que comúnmente se conoce como "dinero de bolsillo", o "paga semanal" nombres con los que se designa a las cantidades proporcionadas a los hijos dependientes para los pequeños gastos fuera de casa, queda acreditada la condición de asalariado del demandante rompiendo así la presunción de no laboralidad de la relación de quien trabaja, convive y está a cargo del familiar titular de la empresa.". CUARTO.- Doctrina de aplicación al supuesto enjuiciado que merece igual solución por razones de seguridad jurídica y atendiendo a las circunstancias concurrentes, no discutida tampoco la realidad de la prestación de servicios ni del percibo de una retribución de 1.245,41 euros mensuales."

4. Aplicando la doctrina expuesta al presente supuesto, en el que consta probado que el actor prestaba servicios para la empresa "E.C. SL" desde el 22-9-03 al 3-8-09, percibiendo una retribución mensual por un importe medio diario de 43,38€, estando constituida la mercantil "E.C. S.L.", por 3 socios, el padre del actor, titular del 70% del capital social, y los hermanos del actor, J.M. Y J.J., titulares cada uno de un 15% de las participaciones sociales, conviviendo el actor con su hermano J.J. y sus padres en el domicilio de estos últimos, ostentando J.J.C. el cargo de Administrador social; debe concluirse que por razones de seguridad jurídica, no discutiéndose la realidad de la prestación de servicios ni del percibo de la retribución, el recurso deberá ser estimado.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. C.C.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 14 de los de Valencia, de fecha 17-12-2012; y, en consecuencia, con revocación de la sentencia, estimamos la demanda y revocamos y dejamos sin efecto la resolución impugnada de 11-3-2011 y la posterior de 25-5-2011, condenando al demandado SPEE a estar y pasar por esta declaración.

**Sentencia núm. 2.117, de 15 de octubre de 2013**

**Materia:** Reclamación de prestaciones. Pensión de orfandad. El causante, divorciado de su esposa y con dos hijos menores de esta relación, no se encuentra de alta o en situación asimilada al alta, a la fecha del fallecimiento. Las cotizaciones del causante son inferiores a 5.475 días.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de lo peticionado frente al mismo. No procede la obtención de la prestación.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No concurren los requisitos necesarios para lucrar la pensión de orfandad interesada por los demandantes.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De tres motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de los demandantes contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre reconocimiento de la prestación de orfandad, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario.

Dichos motivos se amparan, respectivamente, en los apartados a, b y c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y antes de entrar en su examen se ha de resolver sobre la aportación de los dos documentos que se acompañan con el recurso y que son fotocopias del contrato de arrendamiento de vivienda suscrito entre M.P. S.L. y T.M.P., S.L. y de la rescisión de dicho contrato. No cabe admitir los referidos documentos por cuanto que los mismos ni son decisivos para la resolución del recurso como lo evidencia que ninguna modificación fáctica se pretende introducir con apoyo en los mismos, ni son posteriores a la celebración del juicio sin que por lo demás se haya acreditado que los demandantes no hubieran podido aportarlos en la instancia, ni su aportación es necesaria para evitar la vulneración de un derecho fundamental (art. 233.1 de la LJS).

**SEGUNDO.-** En el primero de los motivos se denuncia la infracción del artículo 24 de la Constitución por no haberse considerado acreditada la relación laboral entre el causante D. A.C.S. y la mercantil T.M.P., S.L., y constatar que el Sr. C.S. no se encontraba en alta de Seguridad Social según el Informe de la Inspección de Trabajo (y el Expediente de Seguridad Social). Razona la defensa de los recurrentes que el Informe de la Inspección de Trabajo no goza de presunción de certeza y que el juzgador de instancia ha infringido lo dispuesto en el art. 97.2 de la LJS por no haber entrado a dilucidar si la relación laboral verdaderamente existió entre las partes, habiéndose apoyado la sentencia tan solo en las manifestaciones que se contienen en el informe de la Inspección de Trabajo.

Es cierto que el informe de la Inspección de Trabajo no goza de la presunción de certeza, pero no es menos cierto que es un medio de prueba hábil del que el Magistrado de instancia puede obtener su convicción sobre los hechos cuestionados, tal y como ha sucedido en el presente caso, en el que no aprecia la existencia de prestación de

servicios entre el causante y la mercantil codemandada, sin que sobre dicha convicción pueda prevalecer la que pretende imponer la parte actora cuya discrepancia aunque legítima no priva de fundamento a la alcanzada por el Juez “a quo”, sin que se aprecie tampoco indefensión alguna por falta de motivación de la resolución recurrida al constar en la misma de forma suficiente las razones por las que se deniega la prestación interesada, teniendo tan solo que añadir 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 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el art. 97-2 de la Ley de la Jurisdicción Social.

**TERCERO.-** El correlativo motivo del recurso tiene por objeto la modificación del hecho probado cuarto para el que propone la siguiente redacción: “El causante se encontraba de alta, o en situación asimilada al alta, a la fecha del fallecimiento, pues pese a la falta de alta en la Seguridad Social del referido trabajador por parte de la empresa T.M.P., S.L., ésta ha incumplido una obligación que le incumbe, cual es dar de alta y afiliar al trabajador que presta sus servicios por cuenta ajena para la mercantil referida, no constando, pese a las actuaciones desplegadas a tal fin, que la propia Inspección de Trabajo, haya podido comprobar tales extremos ante la imposibilidad de contar con elementos racionales de verificación de tal situación pues tanto la empresa, que está cerrada a fecha de las actuaciones de la Inspección como su administrador, que se encuentra en ignorado paradero y no se ha podido contactar con el mismo, pese a estar citados ambos, dificultan y hacen imposible incoar la preceptiva acta de liquidación de cuotas al Régimen General de la Seguridad Social, lo que no impide que de la documental aportada y de la propia testifical practicada, se determine acreditada la relación laboral que existió entre ambas partes, como es el caso, según resulta del informe de la Inspección de Trabajo y de la documental aportada a los autos y del propio expediente administrativo.”

La modificación propuesta se ampara en los folios 20, 29, 31, 30, 41 y 42, 45 a 50, 53, 54, 57 y 58 y la misma no puede prosperar por cuanto que contiene conceptos jurídicos predeterminantes del fallo, además de que el informe de la Inspección de Trabajo constata precisamente la falta de hechos que revelen la prestación de servicios entre el causante y la mercantil codemandada, sin que la testifical sea susceptible de revisión en este extraordinario recurso, conforme se desprende del apartado b del art. 193 y del nº 3 del art. 196 de la LJS. La defensa de los recurrentes parece desconocer que 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 que es en definitiva lo que postulan los recurrentes y determina como se adelantó el rechazo del motivo.

**CUARTO.-** En el último motivo destinado a la censura jurídica se denuncia la infracción de los artículos 12, 13, 14 y 97.1 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 99 y 100 del mismo texto legal, la vulneración de los artículos 103 y 104 de la referida Ley, la conculcación del artículo 1, apartados 1, 2 y 3, de los artículos 3, 4 punto 2 apartados g) y h), 7 apartado a) y 8, todos ellos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Tras exponer la defensa de los recurrentes el contenido de los indicados preceptos cuya infracción imputa a la sentencia de instancia, niega la presunción de certeza del informe de la Inspección de Trabajo, cuyo contenido ha sido asumido por el Magistrado de instancia, pese a que el mismo solo refleja las altas que tiene el trabajador Sr. C.S. en los registros que constan en la TGSS de Alicante y afirma que pese a haberse incumplido los requisitos que establece el art. 126.3 de la LGSS y el propio art. 95 de la LSS del año 1966 se ha de aplicar el principio de automaticidad de las prestaciones y que en cualquier caso la aplicación “sensu contrario” de la teoría del paréntesis de la que se hace eco la STS de 18-12-2001, rec. 559/2001 de la que reproduce unos fragmentos, ha de conducir a que pese al incumplimiento de las obligaciones en materia de Seguridad Social por parte de T.M.P., S.L., el causante sí que reúne la cotización necesaria para que los demandantes lucren la pensión de orfandad, citando también una sentencia de esta misma Sala en la que se entendió cumplido el requisito del alta en base al alta material derivada de la concreta prestación de servicios del causante que a su vez cumplía sobradamente la carencia precisa.

Tampoco este motivo puede prosperar por cuanto que del inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia al que esta Sala se encuentra vinculada, se desprende que el causante D. A.C.S. que falleció el 7-4-2010 no solo no se encontraba dado de alta en la Seguridad Social a la fecha de su fallecimiento, sino que tampoco consta que estuviese en situación asimilada al alta ni mucho menos que estuviera prestando servicios para la empresa T.M.P., S.L., siendo sus cotizaciones inferiores a 5475 días, por lo que es preciso concluir que no concurren los requisitos necesarios para lucrar la pensión de orfandad interesada por los demandantes, tal y como ha resuelto la sentencia de instancia que ha aplicado correctamente lo establecido en el art. 175. 1 en relación con el art. 174.1, ambos de la Ley General de la Seguridad Social y que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso contra ella interpuesto.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.<sup>a</sup> M.G.C.R. en representación de sus hijos D.<sup>a</sup> L. y D. A.C.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cinco de los de Alicante y su provincia, de fecha 22 de octubre de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa T.M.P., S.L.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

**Sentencia núm. 2.134, de 15 de octubre de 2013**

**Materia: Declaración de minusvalía: Prestación. Se reconoce a la actora un grado de discapacidad total del 15%. Disconforme con la resolución la actora solicita revisión para obtención mayor grado de discapacidad. La demandante ha solicitado se le practique prueba pericial médica a fin de realizar un examen objetivo de su situación física.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de la pretensión formulada en su contra.**

**Sala: Estima el recurso anulando la sentencia de instancia, a efectos de que pueda practicarse la prueba médico-forense solicitada por la parte demandante.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Mercedes Boronat Tormo.**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda planteada en solicitud de un mayor grado de minusvalía, recurre la solicitante, a través de diversos motivos amparados en los apartados a, b y c9 del art. 193 de la LRJS. En el primero de ellos, cuya estimación vedaría el análisis de los posteriores, se solicita que se declare la nulidad de actuaciones, pues teniendo la actora concedido el Derecho a la Asistencia Jurídica Gratuita, solicitó ya en la demanda que se practicara la pericial médica del forense, a fin de realizarse un examen objetivo de su situación física, en la instancia se consideró potestativa la decisión, resolviendo no practicarla. Entiende la parte recurrente, que reiterada esa pretensión en el acto de la vista oral, sin éxito, se le ha privado de los medios e instrumentos indispensables para sostener su defensa, lo que constituye una infracción del art 24 de la CE en relación con los arts 6.6 de la Ley 1/99 de Asistencia Jurídica Gratuita, citando alguna sentencia de TSJs que entiende avala su pretensión.

Es cierto que no debe confundirse lo que constituye facultad del órgano judicial de requerir la intervención de un medico forense cuando crea necesario su informe (art. 93 LRJS) y el derecho de las partes a valerse de cuantos medios de prueba se encuentran regulados en la Ley (artículo 90 del citado cuerpo legal); derecho, este último, cuyo ejercicio se garantiza, en términos de igualdad cuando alguna de las partes carezca de los recursos necesarios y le sea reconocido tal derecho para asegurarle el acceso a la tutela judicial efectiva, en concreto, cuando estas “acrediten insuficiencia de recursos para litigar”. Desde ésta perspectiva, están incluidos como tales en el Orden Jurisdiccional Social, los trabajadores y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social (art. 2 d). A tales beneficiarios, el derecho incluye “la asistencia pericial gratuita en el proceso...” (artículo 6.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita). En éste sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre 2005, en relación con la posibilidad del juez de practicar esa prueba entendió que *“La simple lectura del precepto podría llevar al ánimo del intérprete la idea de que la decisión sobre la práctica de esta prueba es una facultad discrecional del Juez en cuanto dice que éste “podrá” requerir la intervención de un médico forense, sin necesidad de manifestar las razones de su rechazo, pero esa conclusión no es la que mejor cuadra a la finalidad de la norma y a la de otras de nuestro ordenamiento positivo. En primer lugar, la tutela judicial efectiva presupone la garantía de las personas de que pueden acudir al Juez, ser oídas,*

*proponer y practicar pruebas, a una resolución fundada en derecho y a los recursos, y así se pone de relieve en la sentencia del Tribunal Constitucional 158/1989, de 5 de octubre, al declarar que "el derecho a la prueba es una de las garantías que a todos reconoce el artículo 24.2 de la Constitución , de suerte que la denegación de pruebas pertinentes podrá justificar el recurso de amparo si de ello se deriva indefensión o alteración del resultado del proceso (STC 116/1993). Son los Jueces y Tribunales los que han de valorar la pertinencia de las pruebas propuestas, pero en ese cometido no pueden sacrificar su realización a otros intereses que, aun estando también protegidos por el ordenamiento, sean de rango inferior al derecho constatado en el citado precepto constitucional"; en la propia sentencia pone de relieve el Tribunal Constitucional la necesidad de tomar en consideración que el artículo 90 de la Ley de Procedimiento laboral en la versión hoy vigente, establece, como regla general, que las partes podrán valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados en el Código civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil , pudiendo solicitar "al menos con tres días de antelación a la fecha del juicio, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en el mismo, requieran diligencias de citación o requerimiento".*

Por tanto, conforme a esa doctrina, la petición de prueba formulada por la parte demandante se ajustó a los mandatos legales, en principio, y debió ser admitida o rechazada por el Juzgado de lo Social, razonando la resolución a tomar, pues en todo caso, una vez propuesta formalmente la prueba, el Tribunal tiene el deber de resolver acerca de su admisión (artículo 285 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ), de manera que su rechazo deberá estar fundamentado en razones que la parte puede rebatir mediante los recursos, y en esta caso no hay pronunciamiento razonado sobre la prueba pericial que se inadmite "sin perjuicio de que se acuerde como diligencia finales". Y una vez reiterada su práctica en juicio, simplemente se elude expresar el motivo por el que resulta innecesaria. Sin embargo, se alude en la sentencia a la falta de acreditación por la actora de los elementos que pudieran desvirtuar la valoración del CEOD, lo que resulta ciertamente contradictorio con el hecho de no acordar una prueba pericial que hubiera podido aportar elementos de discrepancia, útiles para una resolución con una previa y efectiva contradicción.

Por ello, y de acuerdo con la sentencia citada y de acuerdo con antecedentes de ésta misma Sala en la resolución de los recursos de suplicación nº 4257/2007 y 1268/2009 entre otras, se debe de acordar la nulidad de la Sentencia de instancia, a los efectos de que por el Juzgado de lo Social se proceda a la práctica de la prueba médico-forense solicitada por la parte actora, dando traslado de su resultado a todas las partes, a los efectos de alegaciones, y dictando posteriormente, con la plena libertad de criterio que es propia de todos los órganos judiciales (artículo 117,1 CE), la Sentencia que estime más adecuada a derecho.

**SEGUNDO.-** No procede imponer condena en costas.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA P.P.S. Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.TRES de los de ELCHE, de fecha 30 de octubre del 2012; y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la sentencia de instancia a los efectos de que por el Juzgado de lo Social de procedencia se proceda a

la prctica de la prueba mdico-forense solicitada por la parte actora, dando traslado de su resultado a todas las partes, a los efectos de alegaciones, y dictando posteriormente, con la plena libertad de criterio que es propia de todos los rganos judiciales (artculo 117,1 CE), la Sentencia que estime ms adecuada a derecho.

Sin costas.