

Sentencia núm. 313, de 12 de febrero de 2014

Materia: Prestación por desempleo. Revisión de la prestación al comprobarse que la actora percibe una pensión de viudedad en cuantía superior al 75% del SMI. Cobro indebido. Revocación prestación: Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda, revocando las resoluciones por las que se denegó a la actora la solicitud de incorporación al programa de renta activa de inserción. Se revoca asimismo las resoluciones que declararon indebidas la percepción de determinada cuantía en concepto de subsidio por desempleo.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Confirma las resoluciones de la entidad gestora no habiendo derecho ni al subsidio por desempleo ni a la renta activa de inserción, al quedar acreditado que la demandante percibía rentas superiores al 75% del SMI, condición básica para el cobro de las prestaciones solicitadas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima íntegramente la demanda de la actora, y revoca y deja sin efecto, tanto la Resolución de fecha 19.09.2011 que le deniega la ayuda de la Renta Activa de Inserción, como la de 7.12.2011 que le revoca el subsidio de desempleo y le reclama el cobro indebido de 12.695,86 euros, razonando en ambos supuestos, que la unidad familiar se compone de la solicitante y su hijo menor de 26 años, por lo que el requisito de la carencia de rentas implica dividir entre dos los ingresos que la actora percibía en concepto de viudedad.

Frente a ese pronunciamiento recurre el SPEE, que solicita con carácter previo a la cita de las disposiciones infringidas, la adición al hecho probado tercero, de un nuevo texto en el que se diga que: “La actora ha percibido una pensión de viudedad en los siguientes importes;: 2009 (14 pagas de 520,34 euros cada una); 2010 (14 pagas de 525,54 euros cada una), 2011(14 pagas de 532,31 euros cada una), por lo que sus ingresos mensuales son superiores al 75% del salario mínimo interprofesional, con exclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias”. Sin embargo, los datos relativos a lo cobrado en concepto de viudedad, ya consta expresado por la sentencia de la instancia, y la adición en negrilla, supone la simple realización de un cálculo que no tiene cabida en los hechos probados de una resolución judicial, por lo que procede su rechazo por intrascendente.

SEGUNDO.- En el terreno de las infracciones normativas o de doctrina jurisprudencial, distingue el Letrado del SPEE entre cada una de las resoluciones dejadas sin efecto en la instancia, del modo que se expone:

1.- Respecto a la Resolución de fecha 7.12.2011 que le revoca el subsidio de desempleo y le reclama el cobro indebido de prestaciones, entiende que la sentencia de instancia infringe el art 215.1.1 de la LGSS, pues se ha interpretado de forma indebida el requisito de carencia de rentas, que es una condición sine quanon del solicitante, con independencia de la posible valoración ulterior de las responsabilidades familiares.

Y efectivamente debemos señalar que el requisito de carencia de rentas, incluido en el apartado 1 del art 215 de la LGSS (75% SMI en cómputo mensual excluyendo las pagas extras), constituye la premisa sobre la que debe valorarse la concurrencia o no del resto de requisitos exigibles para el subsidio de desempleo. En el caso analizado la actora que en el momento de la solicitud del subsidio (24.3.2009), cobraba una pensión de viudedad de 520,34 euros al mes, que computadas las pagas extras ascendía a 607,06 euros, superaba con tales ingresos el 75% del salario mínimo interprofesional que en el año 2009 se encontraba fijado en 624 euros, por lo que no

debió tener acceso a dicha prestación. Tal interpretación procede de la Sentencia de Tribunal Supremo de 2-12-11, rcud 909/11, “cuando el art. 215.1.1 de la LGSS establece el límite de rentas del 75% del salario mínimo interprofesional se está refiriendo exclusivamente a los ingresos del solicitante del subsidio, no a los de la esposa u otros miembros de la unidad familiar. El número de miembros de ésta y el nivel de ingresos de la familia, tiene incidencia para el requisito de «responsabilidades familiares» del artículo 215.2 de la LGSS que aquí no se debate y en el que sí se computan los ingresos de todos los que integran la unidad familiar.” Asimismo en STS de 26-4-10, rec. 2704/09 se dice “...el actualmente vigente art. 215 de la Ley General de la Seguridad Social, (...) mantienen el criterio de que el tope cuantitativo de ingresos (la totalidad del salario mínimo interprofesional en la legalidad anterior, y el 75 por ciento del mismo en la actualmente vigente) legalmente previsto como requisito para lucrar el subsidio que nos ocupa está referido en exclusiva al beneficiario que pretende el subsidio por desempleo, sin que el cómputo del indicado tope quede condicionado al número de miembros que integran la unidad familiar, de tal suerte que para tener derecho al repetido subsidio hay un primer requisito, consistente en que el solicitante carezca de rentas propias de cualquier naturaleza que superen la aludida cuantía, y sólo cuando este requisito "sine qua non" ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares". Tal doctrina jurisprudencial ha sido plenamente aplicada por ésta sala, y su consecuencia no puede ser otra que la estimación del recurso interpuesto por el SPEE, confirmando en consecuencia la Resolución de la entidad gestora y la condena al reintegro de lo indebidamente percibido concretado a las fechas en que el subsidio percibido coincidió temporalmente con la prestación de viudedad.

2.- Por lo que se refiere a la Resolución de fecha 19.09. 2011 que denegó a la actora el acceso a la Renta Activa de Inserción, denuncia la entidad recurrente, la infracción del artículo 2 del Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, en relación con el mismo artículo 215.1.1 de la LGSS. Se dispone en el primero de los preceptos citados que *“Podrán ser beneficiarios del programa los trabajadores desempleados menores de 65*

años que, a la fecha de solicitud de incorporación, reúnan los siguientes requisitos:....d). Carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”.

Al igual que para el supuesto del subsidio, la previsión legislativa exige cumplir como requisito previo, entre el resto de los señalados para este concreto programa, que no se discuten, el requisito de carencia de rentas, de cualquier naturaleza superiores en cómputo mensual al 75% del SMI, por lo que la consecuencia es que tampoco la Resolución citada infringió la normativa de aplicación, lo que nos lleva a revocar también la sentencia en cuanto a dicho extremo.

Por todo lo cual procede, con estimación íntegra del recurso interpuesto por el SPEE, revocar en su integridad la sentencia de la instancia, manteniendo las Resoluciones combatidas en la demanda interpuesta por la parte actora.

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto por el Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, de fecha 26 de abril de 2013, en virtud de la demanda formulada por Dña. T.L.Z., y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia.

Sentencia núm. 321, de 12 de febrero de 2014

Materia: Trabajadora que presta sus servicios en la empresa demandada como promotora. Reconocimiento de derecho y cantidad. Reducción jornada trabajo y diferencias salariales por cancelación del servicio y reducción de contrato de clientes. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual. Competencia funcional.

Juzgado: Estima la demanda declarando injustificada la reducción de jornada realizada a la actora, condenando a la demandada a reponer a la actora a su anterior jornada y al abono de determinadas cantidades por diferencias salariales más el interés por mora.

Sala: Sin entrar en el fondo del asunto declara la incompetencia funcional para conocer sobre la materia. La sentencia no es susceptible de ser recurrida en suplicación. La Sala carece de competencia para conocer de un recurso de suplicación que fue indebidamente admitido a trámite.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la empresa G.R. SA, la sentencia de fecha 24 de febrero de 2012 que ha estimado la demanda declarando injustificada la reducción de jornada enjuiciada en el procedimiento.

El recurso contiene un único motivo, formulado por el apartado b) del art. 193 de la LRJS para que se examine el derecho aplicado en la sentencia, por considerar infringido el art. 59.4 del Estatuto de los Trabajadores y art. 138 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicitando sentencia que desestime la demanda como

consecuencia de admitirse la excepción material de caducidad e inadecuación de procedimiento.

En relación con nuestra competencia funcional, que siempre debe examinarse de oficio, hemos señalado, por ejemplo en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación 1035/2013 que no podíamos conocer de los recursos de suplicación interpuestos contra sentencias dictadas a partir del 12-12-2011 en que entra en vigor la Ley 36/2011 reguladora de la Jurisdicción Social, en procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, en base a las siguientes consideraciones: “a) en primer lugar, que no obstante haberse tramitado en la instancia el presente proceso conforme a las normas de la derogada Ley de Procedimiento Laboral de 1.995, con arreglo a Disposición Transitoria 2ª, apartado 1, de la Ley 36/2.011 reguladora de la Jurisdicción Social, dada la fecha de la sentencia, posterior a la fecha entrada en vigor de la LRJS (que con arreglo a la disposición final 1ª debe datarse en el día 12-12-2.011), el régimen de recursos contra la referida resolución debe regirse por la disciplina de la nueva norma;

b) en segundo lugar que el art. 191.2 señala que no procederá el recurso de suplicación en los procesos que afectan a las siguientes materias: ...e) Procesos de movilidad geográfica distintos de los previstos en el apartado 2 del art. 40 del Estatuto de los Trabajadores; en los de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, salvo cuando tengan carácter colectivo de conformidad con el apartado 2 del art. 41 del referido Estatuto; y en los de cambio de puesto o movilidad funcional, salvo cuando fuera posible acumular a estos otra acción susceptible de recurso de suplicación; y en las suspensiones y reducciones de jornada previstas en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores que afecten a un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos en el apartado 1 del art. 51 del Estatuto de los Trabajadores.”, nótese que la dicción del precepto se refiere “a materias”, concepto eminentemente sustantivo y no procesal, de ahí que a efectos del recurso, resulte irrelevante la modalidad procesal, ordinaria o especial, por la que la causa se haya tramitado;

c) finalmente y en tercer lugar, que la regulación del actual modalidad procesal de modificación sustancial de condiciones de trabajo, tal y como se deduce del tenor literal del actual art. 138.1 de la LRJS resulta irrelevante el procedimiento que haya seguido el empresario para la adopción de su decisión, con lo que debe entenderse superada aquella jurisprudencia que interpretaba la modalidad procesal del art. 138 de la derogada LPL en el sentido de que la tramitación de la misma y en especial, la irrecurribilidad de la sentencia se condicionaba a que el empresario hubiese observado el procedimiento legalmente previsto para la adopción de la medida (doctrina recogida entre otras en la STS de 25-10-2.010 al señalar “el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo no está abierto a todas las modificaciones de trabajo, sino únicamente a aquellas en que la empresa, al acordar la modificación, se ha acogido al régimen del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores, pues la decisión empresarial podrá considerarse como modificación sustancial de condiciones de trabajo a efectos procesales y sustantivos, sólo en la medida en que pueda ser reconocible o identificada como tal. Sólo entonces estará la acción sujeta al plazo de caducidad fijado en el artículo 59.4 del Estatuto de los Trabajadores y al procedimiento especial del artículo 138 de la Ley de Procedimiento Laboral”).

En consecuencia, encontrándonos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual, la sentencia de instancia no era susceptible de ser recurrida en suplicación, resultando a tales efectos irrelevante, y con arreglo a la nueva normativa que el empresario hubiera seguido o no los trámites del art. 41 E.T para su adopción, por lo que estimamos que esta Sala carece de competencia para conocer de un recurso de suplicación que fue indebidamente admitido a trámite, y procediendo declarar la falta de competencia funcional de la Sala para resolver el recurso de suplicación que se le plantea, declarando la nulidad de las actuaciones posteriores a la sentencia dictada por ser esta irrecurrible en suplicación, sin costas.

FALLO

Sin entrar a conocer del recurso interpuesto en nombre de G.R. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche de fecha 24 de febrero de 2012; declaramos la falta de competencia funcional de la Sala para conocer del mismo, nulas las actuaciones practicadas en su tramitación y firme la sentencia recurrir.

Sin costas.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir y dese a las cantidades consignadas el destino legal una vez firme la sentencia.

Sentencia núm. 367, de 14 de febrero de 2014

Materia: Conflicto colectivo. Personal formador-animador sociocultural de organismo demandado. Reconocimiento periodo de antigüedad. Retribución del personal. Aplicación de la disposición adicional primera del convenio colectivo. Fijación cuantía valor trienio.

Juzgado: Estima en parte la demanda declarando la obligación de aplicar la disposición adicional primera del convenio colectivo, negociando de buena fe el valor de los trienios aplicables al personal del organismo demandado.

Sala: Desestima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara no haber lugar a la pretensión ejercitada en la instancia. Incremento retributivo prohibido por norma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1.- El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo que se formula al amparo del “apartado c) del art. 191 de la Ley Procesal” (debe entenderse producido un error de transcripción pues, de acuerdo con la fecha de la sentencia impugnada -9 de enero de 2013- debió invocarse el artículo 193.c) de la Ley Reguladora De la Jurisdicción Social conforme a lo prevenido en la Disposición Transitoria Segunda.1 de dicha ley, que entró en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE según previene su Disposición Final Séptima, apartado 1, es decir, en 11 de diciembre de 2011, dada su publicación en el BOE de 11 de octubre de 2011, pero este error no tiene relevancia a los efectos del recurso en cuanto las dos normas de referencia, la derogada y la vigente, disponen lo mismo), denunciando: “Vulneración, por indebida aplicación de la Disposición Adicional

Primera del Convenio Colectivo de empresa, mencionado en el hecho probado tercero; artículo 32 y Disposición Adicional Segunda del R.D.L. 20/2012; 21, 32 y 38.10 del Estatuto Básico del Empleado Público así como 82.3 del Estatuto de los Trabajadores y, finalmente del 37.1 de la Constitución. Muy señaladamente por inaplicación del artículo 2.2. del R.D.L. 20/2012, de 30 de Diciembre, en relación con el artículo 22.2. y 8 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, y de la jurisprudencia aplicable a la litis...”. Argumenta en síntesis que no pudiendo experimentar las retribuciones del personal al servicio del sector público en el año 2012 ningún incremento respecto de las vigentes a 31 de diciembre de 2011, reiterándose idéntica disposición para 2013, la Disposición del Convenio que se pretende aplicar quedó anulada ope legis, y no puede obligarse a negociar una cláusula que supondrá un incremento retributivo, y que el mecanismo del “descuelgue” está pensado para convenios que cumpliendo la legalidad no puedan seguir ejecutándose por razones económicas.

2. A tenor de lo establecido en el apartado 2 del artículo 2 del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre: “En el año 2012, las retribuciones del personal al servicio del sector público no podrán experimentar ningún incremento respecto a las vigentes a 31 de diciembre de 2011, en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo. En consecuencia, a partir del 1 de enero de 2012, no experimentarán ningún incremento las cuantías de las retribuciones y de la masa salarial, en su caso, establecidas en la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011”. Por su parte el artículo 22.5 Ley 39/2010, de 22 de diciembre, instituye en su apartado cinco que “la masa salarial del personal laboral, que no podrá incrementarse en 2011, está integrada por el conjunto de las retribuciones salariales y extrasalariales y los gastos de acción social devengados por dicho personal en 2010, en términos de homogeneidad para los dos periodos objeto de comparación, y una vez aplicada en términos anuales la reducción del 5 por ciento que fija el art. 22.Dos B).4 de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, sin perjuicio de las normas especiales previstas en la disposición adicional novena del Real Decreto-Ley 8/2010. Estas disposiciones se reiteran en análogos términos por el artículo 22 de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, que en su apartado ocho previene que “Los

acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento”.

3. Como quiera que el Convenio Colectivo de OAM U.P. del Ayuntamiento de X. a que alude el relato histórico y que permite por ello su examen (con ámbito temporal del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011, según se indica en su artículo 3), no establecía en su Capítulo IV (Condiciones económicas) referencia alguna en la estructura salarial a la antigüedad y devengo de trienios por el personal a que afectaba, entendemos que la previsión contenida en su Disposición Adicional Primera, de conformidad con la cual “Se reconoce, a todos los efectos, al personal laboral, como antigüedad en el O.A.M. U.P. Ayuntamiento X., cualquier trabajo realizado en el mismo, bien sea como trabajadores fijos o temporales, con independencia del tiempo prestado. Asimismo, se computarán por los mismos efectos los trabajos realizados en otras Administraciones Públicas, en cualquiera de las modalidades indicadas en el párrafo anterior. En base a esta antigüedad, el personal laboral percibirá, a partir de 2012 y sin efectos retroactivos la cuantía que se fije como valor del trienio para el puesto de formador animador sociocultural, y en función de la situación personal de cada uno”, constituía la introducción de una retribución nueva, hasta entonces no prevista, y que por ello implicaba un incremento retributivo prohibido por la normativa de que se hizo mérito en el apartado anterior.

4. En consecuencia el motivo se estima teniendo en cuenta a mayor abundamiento lo establecido en el artículo 27 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuando bajo la rúbrica “retribuciones del personal laboral” señala que las mismas “se determinarán de acuerdo con la legislación laboral, el convenio colectivo que sea aplicable y el contrato de trabajo, respetando en todo caso lo establecido en el artículo 21 del presente Estatuto”, precepto este último que alude a las cuantías de las retribuciones básicas y el incremento de las cuantías globales de las retribuciones complementarias de los funcionarios, así como incremento de la masa salarial del personal laboral, “que

deberán reflejarse para cada ejercicio presupuestario en la correspondiente Ley de Presupuestos”, no pudiendo acordarse “incrementos retributivos que globalmente supongan un incremento de la masa salarial superior a los límites fijados anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el personal”, y que el derecho a la promoción económica, regulado en el artículo 25 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se hace por referencia a lo que fije el Convenio Colectivo o el contrato individual, que no podía introducirse ex novo en 2012 en función de la normativa excepcional y presupuestaria de referencia, y que por su rango debía imponerse a la contenida en el Convenio Colectivo (artículo 3.1.a) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

SEGUNDO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la pretensión ejercitada, al constituir la previsión convencional contenida en la Disposición Adicional Primera del Convenio Colectivo de aplicación, un incremento retributivo incompatible con la normativa de que se hizo mérito en el fundamento jurídico anterior, careciendo por ello de objeto negociación alguna al respecto. Sin costas de conformidad con lo prevenido en el artículo 235.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Organismo Autónomo U.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia el día 9 de enero de dos mil trece en proceso de conflicto colectivo seguido a instancia de la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores contra el el AYUNTAMIENTO DE X. y el ORGANISMO AUTÓNOMO MUNICIPAL U.P. DEL AYUNTAMIENTO DE X., y con revocación de la expresada sentencia debemos declarar

como declaramos no haber lugar en su integridad a la pretensión ejercitada de la que se absuelve a los demandados.

Sin costas.

Sentencia núm. 393, de 18 de febrero de 2014

Materia: Minusvalía. La actora percibe una pensión no contributiva de incapacidad, si bien convive con su esposo, el cual es beneficiario de una pensión de jubilación. El organismo demandado dicta resolución por la cual extingue la prestación al comprobar que se superan los recursos económicos de la unidad económica de conveniencia, que dan derecho a la prestación. Aplicación criterios devengo/caja. La actora solicita reconocimiento de situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El criterio a tener en cuenta es el del devengo, y de su aplicación resulta que queda superado el umbral de rentas legalmente establecido para poder disfrutar de la prestación solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la pretensión de la parte actora en orden a obtener una pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual no contributiva, recurre dicha parte al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, alegando en primer lugar la infracción por inaplicación del art. 143.4 de la LRJS, a cuyo tenor no podrán introducir las partes hechos distintos de los alegados en el expediente administrativo, en relación con el art. 72.1 de la LRJS. Sin embargo, este razonamiento no puede prosperar ya que no informa la recurrente de cuales son esos “hechos distintos”, sin que los mismos queden constatados por sí

solos, y sin que los alegados errores en el DNI del esposo puedan considerarse como tales ni como base para la aplicación que se pide del principio “in dubio pro operario”.

SEGUNDO.-En un segundo motivo, planteado también al amparo del art. 193 c) de la LRJS, se alega infracción por inaplicación de lo dispuesto en el art. 144.1.d) de la LGSS, que establece el requisito de carencia de rentas o ingresos en cuantía suficiente, en relación con el art. 1.d) del RD 357/1991 de 15 de marzo.

La solución al debate planteado pasa por determinar si el solicitante de la invalidez no contributiva supera o no el nivel de ingresos de la unidad de convivencia previsto para 2009, que asciende a 8.004,65 € anuales y para el 2010, que asciende a 8.084,86 €. Consta al hecho probado 2º que: “La actora convive con su esposo DON T.M.S., con DNI X., quien percibió pensión de jubilación en el año 2.009 de 7.680,82 euros, en el año 2.010 la cantidad de 7.805 euros y en el año 2011 la cantidad de 14.962,36 euros, de los que 2.094,96 correspondían a atrasos de del año 2009 y 2.378,60 a atrasos de 2010.”

La parte recurrente apela a la distinción entre el criterio de devengo y el criterio de caja, indicando que como regla general los ingresos y gastos se imputan conforme al principio de devengo; sin embargo considera que en este caso debe aplicarse el criterio de caja, que consiste en imputar los ingresos y los gastos al periodo en el que se cobran o pagan, sin tener en cuenta cuándo se han realizado las operaciones. Alega que si el declarante es persona física puede utilizar el criterio de caja para este tipo de operaciones siempre y cuando no esté obligado a llevar la contabilidad conforme al Código de Comercio, como sucede con la peticionaria.

La tesis sostenida por el recurrente no puede estimarse ya que el criterio a tener en cuenta es el del devengo. El cónyuge de la solicitante percibe pensión de jubilación con un complemento a mínimos por cónyuge a cargo, lo que determina que se supere la cifra del umbral. Es irrelevante que ese complemento se haya cobrado más tarde del momento de su devengo, puesto que el hecho importante es que se genere, es decir, que nazca, que se devengue. Desde su devengo puede reclamarse y

debe computarse como integrante del patrimonio en cuestión. Esta es la conclusión a la que llegamos de lo dispuesto en el art. 11 del RD 357/1991 de 15 de marzo, dedicado a la “Carencia de Rentas o Ingresos” que dice así:

“1. Se considerará que existen rentas o ingresos insuficientes, cuando los que disponga o se prevea va a disponer el interesado, en cómputo anual, de enero a diciembre, sean inferiores a la cuantía, también en cómputo anual, de las pensiones no contributivas de la Seguridad Social que se fije en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.”

Lo anteriormente expuesto significa que tanto en 2009 como en 2010, atendiendo a los datos fácticos antes transcritos, la Unidad Económica de la demandante superó el umbral de rentas marcado legalmente, por lo que el recurso planteado debe quedar desestimado.

TERCERO.- No procede la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con el art. 235.1 LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a. J.V.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de ELCHE, de fecha 1 de marzo de 2013; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 402, de 18 de febrero de 2014

Materia: Recargo de prestaciones: Falta de medidas de seguridad. Trabajador que presta servicios en establecimiento hotelero y que resbala por las escaleras, causándole lesiones que son tratadas en centro hospitalario. Al cabo de unos días se produce el fallecimiento del trabajador. Responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el lugar el accidente. Recargo. Impugnación del recargo: ausencia de nexo causal. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los codemandados de las pretensiones deducidas en su contra. Procede el recargo por falta de medidas de seguridad.

Sala: Estima el recurso dejando sin efecto la resolución sobre imposición de un recargo del 30% por falta de medidas de seguridad. No queda acreditado el nexo causal entre las infracciones cometidas por la empresa y el accidente sufrido por el trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda de impugnación del recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo interpone recurso la parte actora. Como primer y único motivo del recurso, redactado al amparo de la letra c) del artículo 193 de la Ley 36/2011 de 10 de octubre- LRJS-, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 123 de la LGSS.

Sostiene en definitiva la recurrente que en la medida que no se ha podido determinar como se produjo la caída del trabajador no existe nexo causal entre el

accidente y los incumplimientos de medidas de seguridad que se relatan en el informe de la inspección de trabajo (hecho cuarto)

2. El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social establece que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador". Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud".

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial viene exigiendo como requisitos determinantes de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometida alguna infracción

consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso.

Aplicando la doctrina expuesta al caso que nos ocupa y partiendo de los propios datos fácticos de la sentencia impugnada resulta que aunque la empresa ha sido sancionada por incumplimiento de la normativa en materia de prevención por falta de adopción de medidas necesarias para evitar el riesgo de caída a distintos niveles o reducirlo, no resulta acreditado como se produjo el fatal accidente, ni que de haberse tomado las citadas medidas con carácter previo se hubiera evitado el fatal desenlace y por lo tanto no se concreta de forma efectiva el nexo causal entre el fallecimiento del trabajador y los incumplimientos sancionados.

SEGUNDO.- Debemos diferenciar las consecuencias de un incumplimiento legal o reglamentario de la empresa en materia de prevención, cuyas consecuencias punitivas están claramente determinadas en el expediente sancionador y han derivado en la correspondiente sanción, de la figura del recargo de prestaciones, en la que lo que se sanciona no es el incumplimiento sino las consecuencias derivadas del mismo, por lo que resulta necesario delimitar en que medida las infracciones constituyen el origen del daño causado. No puede fundarse la imposición del recargo de prestaciones en la existencia de distintas hipótesis todas ellas relacionadas con los incumplimientos, porque el desconocimiento de lo sucedido y la posibilidad de hechos tan diversos como la caída por la escalera o la precipitación desde una claraboya impiden hacer una asociación abstracta que reconduzca cualquier posible suceso a los incumplimientos en materia de prevención.

Las razones expuestas nos conducen a la estimación del presente recurso al no quedar acreditada la relación entre las infracciones cometidas y el accidente sufrido

por el trabajador por lo que no procede la imposición del recargo de prestaciones previsto en el artículo. 123 de la Ley General de la Seguridad Social objeto de impugnación, y al no ser esta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia la misma debe ser revocada conforme se postula en los recursos planteados.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la LJS se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de HOTEL RESTAURANTE B. SL **contra** la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 8 de los de Valencia y su provincia, de fecha 15/02/2013, virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y contra M.M.M. en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de las demandas, dejamos sin efecto la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre imposición del recargo del 30% de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas al trabajador mencionado, condenando a los codemandados a estar y pasar por esta declaración.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 416, de 18 de febrero de 2014

Materia: Lesiones permanentes no invalidantes. Trabajador en alta en el RGSS. La empresa en la que presta sus servicios tiene concertada con la mutua demandante las coberturas derivadas de contingencia profesional. Se diagnostica al trabajador lesiones permanentes no invalidantes. Determinación fecha hecho causante para establecer la responsabilidad en el pago de la prestación.

Juzgado: Estima la demandada de la mutua demandante declarando que la responsabilidad del abono de la prestación por lesión permanente no invalidante corresponde al INSS, absolviendo al resto de los demandados.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia e instancia. Al no haber existido situación de IT previa al reconocimiento de lesiones no invalidantes corresponde a la mutua el pago de la prestación. Exime al organismo demandado del pago de la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda formulada por la X. contra la resolución del INSS que declaraba al trabajador aquí codemandado afecto de lesiones permanentes no invalidantes e indemnizables con el baremo nº 11, por hipoacusia que afecta a la zona conversacional de ambos oídos, derivada de enfermedad profesional, y que condenó al INSS al pago de dicha prestación, se alza en suplicación la representación letrada de la aludida Entidad Gestora, que en el primer motivo del aludido recurso y con apoyo en el artículo 193 “b” de la LRJS interesa que se modifique el tercer hecho probado, con objeto de que se

expresé que la resolución de 12 de junio de 2009 procedía de la Dirección General de Valencia, y en ella se declaraba la responsabilidad del INSS, a lo que se accede por desprenderse de manera inequívoca del documento que cita.

En el segundo de los motivos, con el mismo respaldo procesal, se solicita que se añada al precitado ordinal un nuevo párrafo, con la redacción que se cita, a lo que no cabe acceder por ser irrelevante para la suerte del recurso, al menos por lo que atañe a la cuestión que se plantea en el siguiente motivo.

SEGUNDO. En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, y con correcto amparo procesal, se censura la infracción del artículo 71.2 del TR de la LPL, considerando que se presentó la reclamación previa más de dos años después de que se hubiese emitido la resolución del INSS que se impugna. En realidad, lo que es objeto de impugnación, y como indica la propia sentencia recurrida, no consta se notificara a la mutua demandada, de modo que no es válido pretender que se considere formulada la demanda de modo extemporáneo, sin que podamos entrar a conjeturar acerca de cómo conoció la parte demandante la citada resolución, por ser un tema tangencial a la cuestión formal planteada, que como se acaba de decir, se rechaza.

TERCERO. El cuarto motivo en que se articula el recurso, asimismo fundado en el artículo 193 “c” de la LRJS, censura a la sentencia aludida la infracción del artículo 6.3 del RD 1300/ 95, de 21 de julio, la Ley 42 / 94, de 30 de diciembre, en relación con la Disposición Final Octava de la Ley 51 / 2007, de 26 de diciembre, en la nueva redacción dada por la misma al artículo 68. 3 “a” de la LGSS, así como la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009.

Lo que se cuestiona en el recurso no es el baremo reconocido, sino la imputación de responsabilidad al INSS y consecuente liberación de la Mutua, abundando en que, al no haber existido proceso de IT previo al reconocimiento de las lesiones permanentes no invalidantes, la fecha del hecho causante debe situarse en el momento en que el EVI emite el dictamen propuesta el 8 de junio de 2009, frente a lo decidido en la instancia, que considera por el contrario que el hecho causante es

anterior, en concreto noviembre de 2002, momento en que se practicó al trabajador una audiometría en la que se constató cierta pérdida auditiva. Todo esto deriva del hecho de que las normas aludidas al principio responsabilizan desde el 1 de enero de 2008 al pago de la prestación a la entidad que cubre las contingencias profesionales del trabajador en la fecha del hecho causante, salvo que a este precediera una situación de IT consecuente con la enfermedad profesional, supuesto en que la responsabilidad recaerá en la que asumió la prestación de dicha baja médica.

Y desde ahora se adelanta que el motivo, y por extensión el recurso, deben prosperar, pues el hecho causante, contra lo que sostiene la sentencia de instancia, debe situarse en el momento en que el EVI emite el dictamen propuesta el 8 de junio de 2009, conforme un reiterado criterio jurisprudencial que, de acuerdo con lo señalado en el artículo 131 bis 3 de la LGSS, el artículo 6.3 del RD 1300 / 95 y artículo 13 de la OM de 18 de enero de 1996, expresa que la fecha del hecho causante es la del dictamen propuesta del EVI, siempre que a la misma no preceda una incapacidad temporal. Lo que se afirma al respecto en la sentencia recurrida, al hilo de lo alegado en la demanda por parte de la Mutua, genera total inseguridad, pues en casos como el examinado, donde consta que el trabajador, desde el ingreso en la empresa, soporta un elevado nivel de ruido, la fijación del hecho causante se puede acomodar, no a voluntad del trabajador, sino a merced y al gusto de la entidad responsable, ya que con su argumentación nunca se sabría a ciencia cierta el momento en que ese déficit está ya consolidado, y en el caso de dilatadas vidas laborales como la del trabajador afectado, con total libertad se puede decir que la hipoacusia la padecía antes de 2008, como, si fuera preciso, en cualquier momento de dicho lapso temporal, a título de ejemplo, a falta de un periodo de IT previo al 1 de enero de 2008, lo que debe descartarse terminantemente en base a que, conforme los hechos declarados como probados en la sentencia, el déficit auditivo no tenía una relevancia tal que implicara la situación de IT, independientemente de que una audiometría practicada en el año 2002 reveló que tenía un componente de mayor entidad, lo que no motivó, no obstante, que se solicitara en ese momento la declaración de lesiones permanentes no invalidantes, petición que no se materializa hasta el comienzo de 2009.

De ahí que aplicando el criterio formal aludido de fijar en la fecha del

dictamen de la EVI el momento del hecho causante, se estimará el recurso y se revocará la sentencia en el exclusivo sentido de declarar que la responsabilidad en el pago de la prestación corresponde a X., absolviendo al INSS.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón, de 29 de mayo de 2013, recaída en autos sobre lesiones permanentes no invalidantes, y con revocación de la citada resolución judicial debemos absolver y absolvemos al INSS de las pretensiones sustentadas en su contra en la demanda, debiendo ser X. la que asuma el pago de la prestación al demandado don F.C.O.

1841

Sentencia núm. 437, de 20 de febrero de 2014

Materia: Prestación asistencia sanitaria. Trabajador que sufre una grave lesión en los ojos y que acude a la sanidad pública para ser intervenido de cataratas y glaucoma. La sanidad pública se desiste en intervenirle tras sucesivas peticiones y quejas. El informe pericial médico aconseja efectuar la intervención en aras a mitigar el dolor y posible mejoría del paciente. Asunción de gastos médicos por parte de la sanidad pública.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la entidad demandada a efectuar la intervención quirúrgica del demandante, asumiendo el coste íntegro y necesario para dicha intervención.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Se dan todos los requisitos para que la sanidad pública haga frente a los gastos de la intervención solicitada por el demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En un solo motivo formulado a través del apartado a del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, se fundamenta el recurso de suplicación interpuesto por la Letrada de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana en el que solicita que se declare la nulidad de la sentencia de instancia por ser incongruente al condenar a la citada Conselleria a intervenir al actor de cataratas más glaucoma sin especificar ojo y además, en caso de no realizarse la intervención, a que asuma los costes de la misma, lo que no había solicitado el demandante que se limitó a pedir que se le operase de cataratas en el ojo izquierdo.

El motivo no puede prosperar por cuanto que basta leer la demanda y las diversas solicitudes realizadas por el demandante tanto a la Consellería de Sanidad de

la Generalidad Valenciana como a diversos Hospitales públicos y que se reseñan en el minucioso relato de hechos probados de la sentencia de instancia para comprobar que la solicitud del demandante no se ciñe a que se le opere de cataratas en el ojo izquierdo sino a que se le intervenga de la forma más adecuada para solventar la importantísima pérdida de agudeza visual que el mismo padece en ambos ojos y respecto de la que no se le da solución, pese a la reiteración de sus peticiones, reclamaciones y quejas que se remontan a febrero de 2010, siendo de destacar que si bien es cierto que el fallo de la sentencia recurrida condena a la Administración demandada a que realice al actor la intervención de Catarata + Glaucoma y, en su defecto a que dicha demandada asuma el coste íntegro y necesario para dicha intervención, el indicado fallo se ha de poner en relación con la fundamentación jurídica de la sentencia recurrida y en concreto con el último párrafo del fundamento de derecho segundo en el que se condena a la Consellería de Sanidad a efectuar al actor la intervención informada por el Dr. L.A., conteniendo el informe realizado por el indicado perito todos los datos necesarios sobre la intervención que precisa el demandante en cada uno de los ojos y que es, en definitiva, a lo que se condena a la demandada, por lo que no se aprecia incongruencia alguna en la resolución recurrida que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso contra ella interpuesto, teniendo que señalar que la condena alternativa que contempla el fallo de la sentencia recurrida no es sino aplicación de lo establecido en el primer párrafo del art. 1098 del Código Civil según el cual "Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere se mandará ejecutar a su costa."

Es verdad que el artículo 102.3 del anterior Texto Refundido de la LGSS aprobado por Decreto 2065/1974, de 30 de mayo (que fue dejado en vigor por la Disposición Derogatoria Única del vigente Texto Refundido de la LGSS (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio), establece que: "Las Entidades obligadas a prestar la asistencia sanitaria no abonarán los gastos que puedan ocasionarse cuando el beneficiario utilice servicios médicos distintos de los que hayan sido asignados, a no ser en los casos que reglamentariamente se determinen". Dicha determinación reglamentaria se produjo mediante Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, cuyo artículo 5.3

estableció: En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción".

Y según manifiesta nuestro Alto Tribunal en sentencia de 31 de Enero del 2012 (ROJ: STS 1196/2012), Recurso: 45/2011, son tres los requisitos reglamentarios que han de concurrir para que proceda el reintegro de gastos médicos: a) que se trate de una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, b) que el beneficiario haya intentado la dispensación por el Sistema Nacional de la Salud y no haya podido utilizar oportunamente los servicios del sistema público y c) que la actuación no constituya una utilización abusiva o desviada de la excepción" . En el presente caso no cabe duda que concurre una urgencia vital ya que esta no puede entenderse en todo caso, como un peligro de riesgo para la vida sino que en dicha expresión debe también incluirse la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona como es el riesgo de pérdida de la visión del demandante. También se ha constatado que desde el año 2010 y tras haberse diagnosticado en el año 2009 una catarata nuclear, el actor ha solicitado repetidamente sin éxito ante diversos facultativos y organismos del sistema público de Salud así como ante la Conselleria de Sanidad que se le intervenga de cataratas y glaucoma para recuperar la agudeza visual que prácticamente es nula, intervenciones que se le han denegado pese a haberse revelado como necesarias para disminuir la HTO, el dolor y la pérdida de agudeza visual que padece el demandante, según el informe médico del Dr. L.A.. De ahí que, ante la negativa de los servicios públicos a prestar al demandante la asistencia sanitaria que precisa, la posibilidad del mismo de recurrir a la sanidad privada que permite con carácter excepcional el legislador y concede la sentencia de instancia se evidencie como una utilización no abusiva ni desviada de la excepción y haya de ser confirmada con la consiguiente desestimación del recurso ahora examinado.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Nueve de los de Valencia y su provincia, de fecha 8 de julio de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la Conselleria de Sanidad de la Generalidad Valenciana; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 455, de 24 de febrero de 2014

Materia: Recargo de prestaciones: accidente laboral. Falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Trabajadores que fallecen en el puesto de trabajo como consecuencia de un accidente laboral. Imposición del recargo: Procedencia.

Juzgado: Desestimando las excepciones de falta de motivación de la resolución administrativa recurrida y cosa juzgada formulada por las empresas demandantes sobre recargo de prestaciones, desestima las demandas absolviendo a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Deja sin efecto la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre imposición del recargo del 50% de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas al trabajador mencionado, condenando a los codemandados a estar y pasar por esta declaración. No existe relación alguna entre las actuaciones llevadas a cabo por las empresas codemandantes y el accidente sufrido por el trabajador: No procede la imposición del recargo de prestaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la resolución de instancia, que desestimó las demandas presentadas y acumuladas en materia de recargo de prestaciones económicas derivadas de accidente laboral por infracción de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, formulan las tres entidades demandantes y condenadas en la instancia el oportuno recurso de suplicación. La empresa P. SL. propone en su recurso la revisión

fáctica de la sentencia (artículo 193 b LRJS) y la revisión del derecho aplicado(193.c LRJS) en los mismos términos formula su recurso G.B. SA. La última de las tres recurrentes X. CONSTRUCCIONES SA, plantea además una posible nulidad de actuaciones por infracción de normas procesales (artículo 193.a LRJS).

Por razones sistemáticas procedemos a analizar los motivos planteados de forma conjunta, comenzando por la pretensión de nulidad planteada por la empresa X. CONSTRUCCIONES SA.

2. Sostiene esta recurrente que la sentencia de instancia se dictó con infracción del artículo 222.4 de la LEC por no aplicación de la excepción de cosa juzgada y solicita que se declare la nulidad de la misma y la reposición de autos.

En primer lugar y antes de dar respuesta a la pretensión planteada conviene recordar que de acuerdo con una constante Doctrina Jurisprudencial manifestada, entre otras, en las SSTs de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia, esta Sala viene sosteniendo que dado el carácter extraordinario del recurso de Suplicación y los principios que configuran el proceso laboral, la declaración de nulidad de actuaciones debe abordarse con un criterio restrictivo, con el fin de evitar inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, tal y como establece la Sala IV en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003) *“la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”*; por lo tanto, para que puedan apreciarse sus efectos y prosperar la reposición de autos ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas, ha de justificarse la infracción denunciada, debe tratarse además de una norma adjetiva que sea relevante. Por último, la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia

o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones y no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad. Sentado lo anterior, consideramos que en el presente caso no concurre causa de nulidad, pues con independencia del análisis que de la excepción planteada pueda hacerse por esta Sala en revisión del derecho aplicado y de las consecuencias de la misma sobre el fallo combatido, la desestimación de la excepción de cosa juzgada debidamente tratada y fundamentada en la sentencia de instancia no causa indefensión alguna a la parte recurrente, quien ha podido disentir del fallo recaído y combatirlo en el recurso de suplicación, por lo que no procede declarar la nulidad de la sentencia, sin perjuicio de lo que se resuelva en relación con el derecho sustantivo aplicado.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo de sus recursos las tres recurrentes plantean la revisión fáctica de la sentencia en los siguientes términos:

a. La empresa P. SL., propone la modificación del ordinal tercero, si bien acompaña su propuesta de una serie de valoraciones y consideraciones que exceden sin lugar a dudas del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada e incumplen de forma manifiesta los requisitos formales exigidos para proceder a la revisión del relato fáctico de acuerdo con los criterios sostenidos por esta Sala entre otras en las STS 11/12/2003 recurso 63/2003, STS 17/01/11 recurso 75/10; STS 18/01/11 recurso 98/09 STS 20/01/11 recurso 93/2010 y la más reciente STS 17/05/2011 recurso 147/2010. los motivos expuestos constituyen argumentos suficientes para acordar su desestimación.

b. La empresa X. CONSTRUCCIÓN solicita -amparándose en lo previsto en el artículo. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) - la adición de un nuevo hecho declarado probado que pasaría a numerarse como noveno y cuyo texto literal damos por reproducido a efectos de la presente en el que se haga constar que la resolución dictada el 15 de noviembre de 2012 (posterior a la sentencia) se anula el acta de infracción por incumplimiento de medidas de seguridad y se deja sin efecto las

sanciones iniciales Se accede a lo solicitado y se tiene por reproducida la citada resolución a efectos de la presente.

Se solicita además que se modifiquen los hechos probados segundo, tercero, cuarto quinto sexto séptimo octavo y octavo bis y noveno, modificaciones todas ellas que pretenden adicionar parte del contenido de distintos documentos e informes y que no evidencian en ningún caso error alguno de valoración de los mismos, por lo que dando por reproducida a efectos de la presente el contenido literal de su propuesta procedemos a su desestimación.

c. La empresa G.B.SA solicita la adición de un nuevo hecho numerado como noveno Bis para que se indique, al igual que en el caso anterior, que el Acta de infracción antes referida, fue anulada por Resolución de 15 de noviembre de 2012 (Registro Salida nº 6378, de 16.11.2012 Ref. nº 52/09) de la Dirección General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social de la Generalitat Valenciana. Se apoya la adición en el documento que se adjunta al recurso tratándose de una resolución firme de fecha 15 de noviembre de 2012 que es posterior a la fecha de la sentencia dictada el 24 de febrero de 2012. Como ya hemos resuelto en relación a la misma petición efectuada por otra codemandada nos encontramos ante una resolución administrativa de fecha posterior a la de la sentencia recurrida y cuyo contenido puede tener influencia decisoria para la resolución del recurso que nos ocupa procederá la admisión del documento aportado que evidencia sin género de duda que el Acta de Infracción al que se refiere la sentencia en el hecho probado segundo ha sido anulada, dejándose sin efecto la sanción acordada frente a las tres empresas demandantes y ahora también recurrentes, ordenándose el archivo de las actuaciones, por lo que accederemos a la revisión en los términos propuestos. Por el contrario rechazamos las propuestas de revisión recogidas en los motivos segundo a octavo, por considerar que las mismas exceden del ámbito de aplicación del artículo 193.b en relación al artículo 196 de la LRJS, en cuanto que no parten del error de valoración de los documentos de referencia.

TERCERO.- Una vez delimitadas y fijadas las correspondientes premisas fácticas de la sentencia, comenzaremos por los motivos planteados en orden al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia y que articulan las recurrentes en base a la letra c) del artículo. 193 de la citada LRJS. La empresa X. CONSTRUCCIÓN SA. denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo. 123 de la LGSS, artículos. 1182 y 1105 del Código Civil, así como de las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000 y de 6 de mayo de 1998, en relación a los condicionamientos y requisitos impuestos para la aplicación del recargo cuestionado. Infracción por aplicación indebida del Anexo II, punto 1.3 del R.D. 1215/1997, de 18 de junio, conforme al cual los Equipos de trabajo no deberán utilizarse de forma o en condiciones contraindicadas por el fabricante, e inaplicación del artículo 41.1 párrafo 3 y 5 en relación con el apartado 2, e inaplicación del artículo 5.2 del mismo RD al entender que fueron los técnicos de la empresa proveedora del Equipo quienes daban las pautas para la fijación de la consola trepante correspondiendo en definitiva al fabricante suministrar el producto para garantizar una utilización segura del mismo siguiendo la recurrente las indicaciones impartidas por la empresa suministradora del equipo. Infracción por aplicación errónea del Anexo IV parte c 1 a),b) y c) del RD 1627/97, de 24 de octubre, e inaplicación de la Disposición Final del mismo Decreto y del artículo 41.2 de la LPRL y artículo 5.2 del RD 1215/1997 y argumentándose que se efectuó un estricto seguimiento respecto a las órdenes de los técnicos de A. y conforme a la asistencia técnica que los mismos dieron en relación al montaje de las consolas trepantes. Infracción por aplicación indebida del artículo. 123 de la LGSS, así como de la doctrina judicial acerca de la Teoría de la Causalidad Adecuada asentada, entre otras, en sentencias del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2011 o 1 de febrero de 2012, en cuanto sostienen que lo determinante para la imposición del recargo de prestaciones es la concurrencia de un nexo causal adecuado entre el siniestro y la conducta del empleador y aduciéndose por parte de la empresa que aunque se hubiera empleado el tornillo previsto en el manual o se hubiese utilizado la barra roscada con una evaluación de riesgos previa si hubiese concurrido el mismo defecto de material no se hubiera podido razonablemente prevenir o impedir el accidente, por lo que no procede considerar conectada la actuación de la empresa con el accidente

producido y ello debe dar lugar a la no imposición del recargo, o subsidiariamente a la reducción del 30%.

A su vez, la empresa recurrente G.B., muestra su conformidad a los mismos motivos articulados por parte de la empresa X., planteando la censura jurídica, en términos similares a la anterior. Se argumenta además que la Resolución del INSS se soportaba en un Acta de Infracción que ha sido posteriormente anulada no existiendo base jurídica que sustente la imputación de responsabilidad empresarial. Por último la representación letrada de la entidad recurrente P. SL. denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 53.2 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, artículo 15 del RD 928/1998 con cita de doctrina Jurisprudencial que por su extensión damos por reproducida, alegando que ningún incumplimiento puede imputársele y que procede su libre absolución.

CUARTO.- Las tres recurrentes solicitan en definitiva que se deje sin efecto la resolución dictada por el INSS declarando la responsabilidad solidaria de las tres empresas por omisión de las debidas medidas de seguridad con imposición del recargo de prestaciones derivadas del accidente sufrido por los trabajadores en cuantía del 50% y como consecuencia del Acta de Infracción levantada por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que concretando las disposiciones infringidas concluía con la propuesta de sanción por infracción muy grave en su grado mínimo.

Las concretas circunstancias concurrentes en este caso ya han sido analizadas y resueltas por esta Sala en la reciente resolución dictada en el Recurso de suplicación 1429/2013 en el que se resuelve sobre la sentencia dictada en relación con el mismo accidente y el recargo impuesto sobre las prestaciones derivadas del fallecimiento de otro de los trabajadores afectados por el mismo suceso por el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia, por lo que debemos remitirnos al análisis jurídico allí efectuado en cuanto que nos encontramos ante el mismo accidente de trabajo y las mismas empresas demandadas a excepción de la empresa empleadora, que en este caso es distinta.

Con carácter general la sentencia dictada por esta Sala parte del contenido de la resolución dictada el 15 de noviembre de 2012 por el Director General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social procediendo a la anulación del Acta de Infracción incoada contra las empresas recurrentes, dejándose sin efecto la sanción y ordenándose el archivo de las actuaciones. En dicha resolución, incorporada al relato fáctico de la sentencia, se determina que las conclusiones establecidas en aquella Acta habían quedado desvirtuadas y que el accidente se produjo por la utilización de una barra roscada de acero, que resultó ser inadecuada, en uno de los anclajes de la consola del encofrado trepante al muro, señalándose que la indicada barra tenía un defecto de fabricación no imputable a las empresas inspeccionadas ya que, si la barra de acero hubiera sido de la misma calidad que la exigida al tornillo, el anclaje hubiera contado con el mismo nivel de seguridad.

Anulada pues y dejada sin efecto el Acta de infracción e iniciado expediente de responsabilidad empresarial por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social a instancia precisamente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que sostenía la omisión de las medidas de seguridad contenidas en dicha Acta y que aparecen reflejadas en la propia resolución dictada por el INSS, teniendo en cuenta que dicha Acta, al igual que los hechos reflejados en la misma, han sido objeto de confrontación judicial, desvirtuándose los mismos, la consecuencia que se impone es que en efecto la base fáctica y jurídica sobre la que se asentaba la resolución impugnada ante la jurisdicción social habría quedado sin el debido sustento pues las razones de la imposición del recargo al concurrir responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en el trabajo quedaban acotadas a las específicamente previstas en el Acta de Infracción que ha sido expresamente y posteriormente anulada y dejada sin efecto legal.

Junto a dicho impedimento legal que pudiera sustentar el recargo impugnado también observa esta Sala que el mismo en atención a los propios hechos probados que se contienen en la sentencia impugnada no debió haber sido objeto de confirmación judicial si tomamos en consideración que conforme a los razonamientos expresados en la sentencia STS, Social sección 1 del 12 de Julio del 2007, Recurso:

938/2006: “ El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador". Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores". Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores". Además, es de significar que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la

repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (artículo. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometida alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso.

Expuestos los criterios generales y al igual que hemos sostenido en la Sentencia dictada en el recurso de suplicación 1429/2013, para dilucidar si concurrieron o no los requisitos para la imposición del recargo de prestaciones debemos partir de los propios datos fácticos de la sentencia impugnada con la modificación operada y que coinciden con los consignados en la resolución recaída en el 24/02/2012 en el proceso paralelo que por los mismos hechos y respecto de otro trabajador se siguieron ante el Juzgado número cinco de Valencia, pues ambos narran la forma y circunstancias en las que se produjo el desgraciado accidente que ocasionó el fallecimiento de cuatro trabajadores el 26/5/2008 en el marco de la construcción del nuevo estadio del Valencia Club de Fútbol SAD, en relación en este caso a los trabajadores L.M.S. y N.R.G. que a diferencia del trabajador demandado en el otro procedimiento, prestaban servicios por cuenta de la empresa P. SL., siendo esta una empresa subcontratada por la UTE constituida para la construcción de dicho estadio y formada por las mercantiles X. CONSTRUCCIÓN SA y G.B. SA.

Consta probado que la Inspección de Trabajo levantó Acta de infracción contra las cinco empresas implicadas, tres de las cuales eran las ahora recurrentes, iniciado expediente se declaró por la Dirección Provincial del INSS la existencia de responsabilidad solidaria por falta de medidas de seguridad con imposición del recargo sobre las prestaciones derivadas en un porcentaje del 50%.(hecho probado tercero) Dicha Acta de infracción ha sido anulada y dejada sin efecto en virtud de resolución administrativa posterior dictada en fecha 15 de noviembre de 2012.

Figura acreditado que el accidente se produjo cuando los trabajadores se encontraban subidos junto a otros dos compañeros en una consola trepante situada a unos nueve metros de altura del suelo y que había sido fijada al núcleo 10 –pilar- hacía ya una semana mediante anclaje esquinale en sus extremos. En un momento determinado la consola se precipitó de súbito al suelo por rotura de las dos sujeciones. El material para la fijación de la consola trepante la había suministrado la empresa A. SA que a su vez había comprado la barra roscada a la empresa R.I. SA y constando en las pruebas de laboratorio realizadas con posterioridad que la barra tenía un defecto de fabricación por exceso de hidrogenación en el proceso de galvanización.

De los datos expuestos se desprende y así parecen concluir los técnicos que participaron en la elaboración de los correspondientes dictámenes de los que igualmente da cuenta el detallado Informe Fiscal emitido a raíz de las diligencias penales incoadas sobre el accidente que nos ocupa, que la causa directa, eficiente y desencadenante de la caída de la consola trepante fue la rotura o fractura de los elementos de fijación que contaban con un defecto de fabricación por exceso de hidrogenación en el proceso de galvanización, sin que dicho defecto fuera detectable dado que solo los análisis posteriores efectuados en el correspondiente laboratorio y una vez acaecido ya el accidente pudieron determinar con precisión el defecto de fabricación existente que la sentencia de instancia recoge en el hecho probado noveno y que califica como defecto imprevisible y no detectable sin la realización de pruebas de laboratorio, por lo que aunque pudieran haber concurrido en el fatal accidente

otros motivos relacionados sobre las explicaciones del montaje o la carencia de un conocimiento preciso sobre el sistema de montaje a los trabajadores encargados de su colocación no cabría imputar a las empresas recurrentes (constructoras y promotoras) ahora recurrentes la comisión de faltas de medidas de seguridad en el trabajo cuando la causa directa del accidente vino motivada por el suministro de un material defectuoso y que dicha deficiencia no pudo ni podía ser detectada por las empresas constructoras que además habían encomendado expresamente a la entidad A. SA el correspondiente suministro de material para la colocación de la fijación de la consola trepante, siendo la causa del accidente, como indica el propio informe de INVASSAT referenciado en el hecho probado duodécimo de la sentencia, la fractura del elemento de fijación. Razones que nos conducen a la estimación de los recursos planteados al no existir relación alguna entre las actuaciones llevadas a cabo por las empresas codemandantes y el accidente sufrido por el trabajador por lo que no procedía la imposición del recargo de prestaciones previsto en el art. 123 de la Ley General de la Seguridad Social objeto de impugnación, y al no ser esta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia la misma debe ser revocada conforme se postula en los recursos planteados.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 de la LJS se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de las empresas P. SL, X. CONSTRUCCION SA y G.B. SA **contra** la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º doce de los de Valencia y su provincia, de fecha 14/05/2012, en virtud de demandas presentadas a instancias de las recurrentes contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y contra los herederos de L.M.S. T. y N.G.R.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de las demandas,

dejamos sin efecto la Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre imposición del recargo del 50% de las prestaciones de Seguridad Social reconocidas al trabajador mencionado, condenando a los codemandados a estar y pasar por esta declaración.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 471, de 25 de febrero de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS al que se le concede una pensión de incapacidad permanente por artritis aditiva simétrica de grandes articulaciones. Se le concede una pensión equivalente al 55% de una base reguladora. Solicitud pensión permanente absoluta. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la parte actora en situación de incapacidad permanente absoluta, condenando al organismo demandado a abonar una prestación económica consistente en una pensión vitalicia equivalente al 100% de una base reguladora más los incrementos y revalorizaciones que legalmente correspondan.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No ha quedado acreditada la imposibilidad de realizar otra tipo de actividad, si bien la parte demandante es merecedora de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada en materia de reconocimiento de incapacidad permanente absoluta, interpone el INSS recurso de suplicación al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). La entidad gestora entiende como infringido el art. 137.5 de la LGSS, alegando, en sustancia, que las dolencias del actor no le incapacitan para la realización de tareas de tipo liviano o sedentario. No tiene afectadas sus facultades mentales y se encontraba siguiendo un tratamiento que ha tenido resultados positivos. El INSS indica asimismo que con posterioridad a la

resolución debatida (la que le reconoce el grado de total) la entidad gestora ha revisado el grado reconocido, considerando que puede incorporarse a su trabajo.

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

SEGUNDO.- Según consta al hecho probado 5º el demandante sufre el siguiente cuadro residual: “1. Artritis aditiva con tumefacción en ambas manos de grandes articulaciones de más de 15 años de evolución. 2. Tuberculosis latente”. Dicho cuadro clínico le provoca las siguientes limitaciones: 1. Dolor articular con tumefacción en ambas manos que le impiden la manipulación con fuerza. 2. Dificultad para la movilidad de ambas manos, y en ocasiones, codos, rodillas y pies. 3. Extensión no completa de codo a 170º y de rodilla izquierda.”

El actor tiene la profesión de zapatero, realizando tareas de pegador de suelas, profesión para la que fue declarado incapacitado el 10-2-2011, pues difícilmente va a poder realizarla con un mínimo de eficacia con las limitaciones que padece; pero precisamente estas limitaciones, al estar centradas y focalizadas en la imposibilidad de manipulación con fuerza en ambas manos, así como en la dificultad (que no imposibilidad) para la movilidad de ambas manos, y en ocasiones, codos, rodillas y pies, así como en que presenta una extensión no completa de codo a 170º y de rodilla izquierda, determinan que el actor sea capaz de realizar otro tipo de profesiones, en las que no haya que desplegar requerimientos físicos ni importantes ni tampoco moderados, y sobre todo que no tenga que manipular con fuerza, ni mover de un modo relevante las manos. Lo indicado no implica que el actor no pueda mover las extremidades; está impedido para tareas de manipulación manual con fuerza y tiene dificultad en la movilidad de manos, codos, rodillas y pies, por la artritis aditiva de más de 15 años de evolución que padece y le acarrea asimismo dolor articular,

pudiendo en definitiva el actor ejecutar trabajos livianos y sedentarios, así como tareas propias de profesiones que no demanden un esfuerzo físico o exigencia en relación con la manipulación con fuerza o con precisión y articulación, así como actividades de tipo o componente más intelectual y menos físico, incluso aquellas que pueden realizarse desde el propio hogar a través de las posibilidades que abren los medios telemáticos.

Por último, indicar que el sistema de incapacidades es en nuestro derecho eminentemente profesional, por lo que otro tipo de factores como la edad, las expectativas del mercado de trabajo o incluso la preparación educativa, no deben influir en la declaración de incapacidad, como tampoco las hipótesis de futuro. En definitiva, la falta de facultades reales para consumir con cierta eficacia una ocupación no ha quedado acreditada, por lo que se ha de concluir que la parte demandante no tiene por completa abolida la aptitud de trabajo ni eliminada su capacidad laboral. De ahí que proceda revocar la sentencia de instancia.

Por último indicar que, como se desprende de lo razonado más arriba, y por la entidad de las limitaciones que presenta, fruto de un cuadro crónico y progresivo, la parte actora es merecedora de la incapacidad permanente total para su profesión habitual que le concedió el INSS el 10-2-2011, por lo que no se entiende que la entidad gestora haya procedido en 2013 a retirarle tal grado invalidante.

TERCERO.- No procede la imposición de costas a la recurrente de conformidad con el art. 235 LRJS.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de ALICANTE de fecha 27 de junio de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia y con

revocación de la misma, desestimamos la demanda y absolvemos al INSS de los pedimentos de la misma.

Sin costas.

1844

Sentencia núm. 515, de 26 de febrero de 2014

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador al que se le reconoce una prestación si bien se ausenta fuera de España durante más de tres meses sin pedir autorización. Por resolución del INSS queda extinguida la prestación y se declara indebida la misma, por lo que se establece la obligación de su devolución. El actor solicita revisión de la resolución y justifica su ausencia por razones de fuerza mayor.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de la pretensión contra el mismo deducida.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Considera ajustada a derecho la resolución del organismo demandado en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por parte de S.A.C. la sentencia que dictó el día 20 de julio de 2012 el Juzgado de lo Social número 1 de los de Elche, sentencia esta que resultó desestimatoria de la demanda por él deducida frente al SPEE. El recurso que ha sido impugnado por el Abogado del Estado, que actúa en nombre y representación de la entidad gestora de las prestaciones por desempleo, se articula en un único motivo que se destina a la censura jurídica.

La resolución del motivo, pasa por señalar, en primer lugar que en la presente litis el actor impugna la resolución del SPEE de 20-10-2-010 en la que se extingue la prestación por desempleo que fue reconocida al actor con fecha de efectos 8-1-2.010 y duración de 480 días, declarando indebida la percepción de la misma entre los días 6-3 y 16-8-2.010 estableciendo la obligación de devolver el actor a la referida entidad

gestora la cantidad de 3.775,69 euros en concepto de prestación indebidamente percibida; dicha impugnación fue rechazada por la sentencia de instancia que entendió ajustada a derecho la resolución impugnada por cuanto que consta que el actor, de nacionalidad ecuatoriana se ausentó de España, sin solicitar autorización a la entidad gestora demandada, por un periodo de 94 días (entre los días 6 de marzo y 7 de junio de 2.010).

El recurrente, disconforme con la solución propiciada en la instancia, denuncia en el único motivo de su recurso, infracción por interpretación errónea de lo establecido en los arts. 213. 1 g) y 231.1 e) de la LGSS, se citan al efecto múltiples resoluciones de esta Sala y la STS de 18-10-2.012 en las que se ha considerado que el hecho de que el beneficiario de prestaciones por desempleo se ausente del territorio español por periodo superior a 15 días no ha de operar como causa extinción de las referidas prestaciones, máxime cuando, alega la razón de la permanencia del actor en el extranjero fue debida a causa de fuerza mayor.

Para la resolución de la controversia suscitada, se ha de señalar que la jurisprudencia a raíz de la STS de 18-10-2.012 (rcud 4325-11), citada por el recurrente, 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- 11-201 , 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".

La aplicación de esta doctrina a nuestro caso en el que la estancia en el extranjero se prolongó durante más de 90 días- 94 en total- hace que resulte ajustada a Derecho la resolución recurrida, y que proceda desestimar el recurso. Por otro lado, la supuesta fuerza mayor que alega el recurrente como determinante de la prolongación de su estancia no resulta justificada, ya que el juzgador de instancia a la hora de confeccionar el inalterado relato histórico de su resolución no ha otorgado valor probatorio alguno de tal imposibilidad al certificado no autenticado aportado por el actor en el expediente administrativo para justificar una consulta por herpes zoster intercostal derecho en el hospital materno infantil de Parola.

SEGUNDO.- .Lo razonado nos ha de llevar a la desestimación íntegra del recurso, sin que proceda la imposición de costas al litigar el recurrente con la condición de beneficiario de prestaciones de la seguridad social (art. 235.1 de la LRJS en relación con el art. 2 d) de la ley de asistencia jurídica gratuita)

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con DESESTIMACIÓN del recurso de suplicación interpuesto por S.A.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de ELCHE de fecha 20-7-2012 en sus autos núm.210 /11, PROCEDEMOS a CONFIRMAR LA MISMA.

Sin costas.

Sentencia núm. 541, de 4 de marzo de 2014

Materia: Prestaciones farmacéuticas. Trabajador afiliado a Seguridad Social que tras percibir una prestación de desempleo contributiva, figura inscrito como demandante de empleo, sin percibir actualmente subsidio o prestación alguna. Asignación de tipo de aportación farmacéutica del 40%. Discrepancia con los datos.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor, en la situación en que se encontraba en la fecha de solicitud, a estar exento en el pago de las prestaciones farmacéuticas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. De conformidad con la normativa vigente el actor no se encuentra exento del pago de la prestación farmacéutica, al no encontrarse en la situación que da derecho la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado de la Generalidad Valenciana la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por D. F.J.P. y declaró su derecho a estar exento al pago de las prestaciones farmacéuticas, en la situación en que se encontraba en la fecha de presentar la solicitud que ha dado lugar al presente procedimiento.

2. El recurso se articula en base a un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción de lo previsto en el artículo 4.Trece del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de las prestaciones, en relación con el artículo 94 bis, apartado 5, letra c) y apartado 8, letra d) de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios. Se sostiene por la Administración pública recurrente, que el artículo 94 bis. 8 no puede ser más claro cuando excluye de la aportación que deben realizar los beneficiarios a “los parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación”. De modo que si el demandante nunca percibió el subsidio por desempleo, no tiene derecho a la exención que reclama.

3. Como se deduce de lo expuesto hasta ahora, en el presente supuesto no se discuten las circunstancias fácticas que concurren, sino tan solo el derecho del Sr. P. a percibir las prestaciones farmacéuticas que tenía prescritas por su facultativo sin realizar aportación alguna al Sistema Nacional de Salud. Por tanto, son hechos no controvertidos que el demandante finalizó una relación laboral en el mes de febrero de 2009, que pasó a percibir la prestación por desempleo hasta febrero de 2011 y que después de esto ya no percibió ninguna otra prestación o subsidio, tampoco el de

desempleo. En estas circunstancias al intentar adquirir los productos farmacéuticos que tenía prescritos se le requirió una aportación del 40%, prevista para los beneficiarios con rentas inferiores a 18.000 euros. La sentencia que ahora se recurre en suplicación acogió la reclamación del demandante y entendió que estando en situación de desempleo no se le debía exigir ninguna aportación en base a lo dispuesto en el apartado 8 del artículo 94 bis de la Ley 29/2006, de 26 de julio.

4. Así pues, el tema litigioso queda circunscrito a determinar si en la situación descrita en la que se encontraba el Sr. P. en la fecha en que realizó la solicitud, le era de aplicación la previsión contenida en la letra c) del apartado 5 del artículo 94 bis de la citada Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios, conforme a la cual en el momento de dispensar el medicamento o producto sanitario el usuario debe realizar una aportación del “40% del PVP para las personas que ostenten la condición de asegurado activo y sus beneficiarios y no se encuentren incluidos en los apartados a) o b) anteriores”; o, si como sostiene la sentencia recurrida, el demandante estaba exento de realizar ninguna aportación al ser estar incluido en la letra d) del apartado 8 de ese mismo precepto que se refiere a los “Parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo en tanto subsista su situación”.

5. Dispone el artículo 3.1 del Código Civil que “las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo al espíritu y finalidad de aquellas”. Así pues, el primer canon hermenéutico en la exégesis de las normas jurídicas es el sentido propio de sus palabras, y de esta perspectiva el recurso de la Generalidad Valenciana debería prosperar, pues el precepto en cuestión solamente excluye de la aportación a los “parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo” y, como hemos visto, el Sr. P. nunca accedió a ese subsidio tras agotar la prestación por desempleo. De modo que si no tuvo derecho al subsidio, no pudo perder ese derecho. Pero es que además, la interpretación sistemática del precepto nos lleva a la misma conclusión. En efecto, dejando a un lado los dos supuestos particulares que se contemplan en las letras a) y e) del apartado 8 del artículo 94 bis, los dos restantes supuestos para los que se prevé la exclusión de la aportación del beneficiario se refieren también a lo que se conoce como Seguridad Social asistencial: “b) Personas receptoras de rentas de integración social” y “c) Personas receptoras de pensiones no contributivas”. Es bien conocido que no toda persona en situación de paro puede acceder al subsidio de desempleo, sino tan solo los que reúnan requisitos exigidos por el artículo 215 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que implican una situación de especial vulnerabilidad. Desde esta perspectiva se puede comprender que el legislador exima de la aportación farmacéutica solo a quienes encontrándose en esa situación especialmente vulnerable pierdan incluso el derecho a seguir percibiendo el subsidio de desempleo. Por consiguiente y en virtud de lo expuesto, procede estimar el recurso y desestimar la demanda presentada por D. F.J.P. que ha dado origen al presente procedimiento.

SEGUNDO.- 1. 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.

2. No ha lugar a la imposición de costas (artículo 235 LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la GENERALIDAD VALENCIANA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de los de Elche de fecha 24 de junio de 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de DON F.J.P.P.; 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.

Sin costas.

Sentencia núm. 557, de 4 de marzo de 2014

Materia. Determinación de contingencia. Trabajador afiliado al RGSS, que presta sus servicios en el sector de la construcción como albañil, y que sufre accidente laboral *in itinere*. Baja laboral y posterior parte de alta. Nueva baja laboral por traumatismo en rodilla. Se determina que el nuevo periodo de baja deriva de enfermedad. El actor solicita que sea declarado como derivado de accidente de trabajo. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El nuevo proceso de incapacidad temporal sufrido por el trabajador debe reputarse como derivado de accidente de trabajo, ya que se trata de una patología derivada del accidente *in itinere* que sufrió el demandante con anterioridad. Se condena a la mutua a hacer frente al pago de la prestación correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda planteada por el actor para lograr que se declare que el proceso de incapacidad temporal iniciado el 30-8-2010 tiene su origen en accidente de trabajo, se alza en suplicación la citada parte actora al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Comenzando con el motivo dedicado a la impugnación fáctica la recurrente solicita en primer lugar la adición como hecho probado de lo siguiente: “la resolución de fecha 4-7-12 por la que se reconoce al actor la IPT derivada de enfermedad común se encuentra recurrida por el actor en cuanto a la contingencia y pendiente de juicio”, lo que se admite por tener el respaldo documental suficiente y complementar adecuadamente el factum.

Solicita seguidamente la recurrente que se añada un hecho probado 3º bis que arrancando del primer párrafo del hecho probado 4º, recoja lo siguiente: “El actor sufrió en marzo de 2001 un accidente El actor sufrió en marzo de 2001 un accidente no laboral sufriendo fractura de tobillo suprasindesmal, siendo intervenido con implantación de material de osteosíntesis. El 5 de noviembre de 2001 (folio 29) ya inicia nuevamente, tras el citado accidente, su actividad laboral con total normalidad siendo contratado en empresas del sector de la construcción, como se desprende de los documentos obrantes a los folios 28 a 34 de los autos, y documentos 23 a 26 de la prueba documental de la parte actora (no foliada de forma individual, en varias de estas empresas con varias contrataciones sucesivas durante este tiempo hasta el accidente de trabajo sufrido el 27 de febrero de 2009, accidente en el que, entre otras

lesiones, se produce “rotura aguja de kirschner/alambre metálico” (folio 134) y tras el cual ya no vuelve a incorporarse al mercado laboral. Ha permanecido de baja médica por accidente de trabajo desde entonces hasta el 3 de agosto de 2010 y posteriormente desde el 30 de agosto de 2010 en el presente proceso de IT, cuya contingencia es objeto de litis, habiendo sido declarado en situación de INCAPACIDAD TOTAL PARA LA PROFESIÓN HABITUAL por este proceso, cuya contingencia se encuentra pendiente de resolver judicialmente (doc. 21 y 22 de la prueba documental de la parte actora). Estimamos la adición solicitada por contener datos trascendentes para la resolución de la litis planteada.

SEGUNDO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la recurrente alega infracción del art. 115.2.f) y 115 2-g) de la LGSS, manteniendo en resumen, que el accidente se produce el 27 de febrero de 2009 y las sucesivas intervenciones quirúrgicas han supuesto la agravación de una lesión que tuvo ocho años antes en el mismo tobillo, en la que se le puso material de osteosíntesis, que nunca más molestó, ni fue causa de ninguna otra baja médica por dicho motivo.

Pues bien, una adecuada solución al debate planteado exige partir del relato fáctico resultante en el que, entre otros extremos de importancia, consta probado que, el trabajador actor sufrió en fecha 27-2-09 accidente de trabajo in itinere al ser arrollado por otro vehículo cuando circulaba con una motocicleta lo que determinó su baja laboral en fecha 27-2-09, por contusiones de múltiples sitios, siendo alta en 17-11-09. Cursó nueva baja en 2-12-09 y nueva alta en 3-8-10 periodo éste que iniciado como derivado de enfermedad común fue declarado como derivado del accidente de trabajo. El actor causó nueva baja en 30-8-10 (la ahora impugnada) por traumatismo de rodilla, pierna tobillo y pie no especificado, respecto del cual se determinó en resolución de 14-4-2011, que tiene su origen en enfermedad común. Por otra parte, “el actor sufrió en el año 2001 un accidente no laboral sufriendo fractura de tobillo suprasindesmal, siendo intervenido con implantación de material de osteosíntesis, sufriendo en el año 2009 el accidente laboral en virtud del cual además de sufrir una fractura costal, sufrió una contusión en el miembro inferior derecho apreciándose que en su virtud fue afectado el material de osteosíntesis procediéndose en dos operaciones a llevar a efecto la retirada del mismo, con afectación por tal razón de una lesión periférica nerviosa (perdida de sensibilidad) que fue mejorando, y que determinó los periodos de baja de 27-2-09 a 17-11-09 y de 2-12-09 a 3-8-10”.

Además de ello ha quedado acreditado que tras el accidente no laboral sufrido en marzo de 2001, a resultas del cual se le implantó material de osteosíntesis, el actor inició su actividad laboral con normalidad el 5-11-2001, trabajando hasta el accidente in itinere sufrido el 27-2-2009, quedando en él afectado el material de osteosíntesis, produciéndose, entre otros, “rotura aguja de kirschner/alambre metálico”, e iniciando a partir de entonces una serie de incapacidades temporales que han sido calificadas como derivadas de accidente de trabajo.

Así las cosas, el proceso de incapacidad temporal iniciado el 30-8-10 debe reputarse como derivado de accidente de trabajo, por aplicación del art. 115.2.f de la LGSS, que otorga la consideración de accidente de trabajo a las enfermedades o

defectos padecidos con anterioridad que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. A resultas del accidente no laboral de 2001 el actor sufrió fractura de tobillo suprasindesmal, sobre la que incidió directamente el accidente de tráfico de 2009 en el que además de sufrir una fractura costal, sufrió una contusión en el miembro inferior derecho apreciándose que por tal hecho fue afectado el material de osteosíntesis. Como hemos dicho antes, en dos operaciones se procedió a llevar a efecto la retirada del citado material, y por tal razón se afectó una lesión periférica nerviosa (perdida de sensibilidad). La misma fue mejorando, como ha quedado probado, pero el estado del actor se ha visto complicado y agravado a raíz del traumatismo de 2009, focalizándose tal agravamiento en el tobillo derecho, cuyo estado es consecuencia directa de la afectación del miembro inferior que aconteció a raíz del accidente de 2009, por lo que la conclusión a la que se llega es la de la laboralidad del proceso patológico sufrido por el trabajador y, por ende, de la incapacidad temporal reconocida en 30-8-2010, con íntima relación, además, no sólo temporal sino también patológica, con los dos procesos previos.

Lo anterior nos lleva a la revocación de la sentencia a quo y la estimación del recurso interpuesto.

FALLO

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de J.A.T.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de fecha 19-12-2012; y en su consecuencia, declaramos que la incapacidad temporal iniciada el 30-08-11 tiene su origen en accidente de trabajo, por lo que condenamos a la entidad Mutua X. al pago de la misma.

Sin costas.

Sentencia núm. 568, de 4 de marzo de 2014

Materia: Reclamación de cantidad. Diferencias salariales. Complemento por hijo discapacitado. El actor se encuentra en situación de IT. Derecho a prestación.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la empresa codemandada al abono de determinada cantidad y absuelve al FOGASA del pago subsidiariamente, al no ser la cantidad reclamada de naturaleza salarial.

Sala: Estima el recurso y revoca en parte la sentencia de instancia. El trabajador se encuentra en una situación de IT que conlleva la suspensión del contrato, pero no la extinción del mismo. El actor tiene derecho a percibir íntegramente el complemento por hijo discapacitado, contemplado según convenio colectivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó en parte la demandada, interpone recurso de suplicación la parte actora, y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto se pretende la adición de un nuevo hecho declarado probado con el ordinal tercero bis y el siguiente texto: “el complemento por hijos discapacitados se venía abonando regularmente por la empresa antes de su excedencia y formaba parte de los conceptos cotizables al Régimen General de la Seguridad Social, e integra la base reguladora”, amparándose para ello en dos nóminas correspondientes a mayo y junio del año 2007 en las que aparece dentro del apartado de cotizables la “ayuda complemento hijo disminuidos”, pero no se encuentra tal concepto en las nóminas que se aportan de septiembre y octubre del año 2010, y la adición fáctica no puede alcanzar éxito ya que no consta que de tales documentos resulte directamente sin necesidad de conjeturas que integre la base reguladora como se indica en el texto que se pretende incorporar y además porque la adición pretendida resulta irrelevante para cambiar el signo del fallo como luego se vera.

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 la sentencia impugnada debe ser revocada parcialmente por cuanto infringe los artículos 16 y 20 (14 y 19 nuevo convenio 2.012-2014) y 20 del Convenio Colectivo aplicable 2010-2011, el artículo 26 del E.T., arts. 23.1.A) del Reglamento General de Cotización (Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre y los principios contenidos en los artículos 14 y 35 de la C.E. de no discriminación y de igualdad, y la doctrina jurisprudencial de aplicación, alegando, en síntesis, que las nóminas de los años 2007 incluían la “ayuda complemento por hijo disminuido” y además lo hacían dentro de los

conceptos cotizables al Régimen General de la Seguridad Social, y que debe considerarse el concepto incluido en la base reguladora y si bien el Convenio no aclara si se trata de un concepto salarial o extrasalarial, sostiene la parte recurrente, que debe considerarse un concepto salarial en base al sentido totalizador del concepto de salario en función del artículo 26 del E.T. Y que el complemento de IT a abonar del 100% de la base reguladora del mes anterior a la baja incluye la mencionada ayuda.

El artículo 20 del Convenio Colectivo aplicable que reconoce la ayuda por hijos discapacitados tan solo indica que las cantidades que señala dejaran de abonarse en caso de emancipación del hijo, lo que no es el supuesto que nos ocupa, y dado que no establece ninguna otra causa que excluya el pago de tal concepto, debe abonarse la ayuda por hijo discapacitado mientras el actor sea trabajador de la empresa, condición que no se pierde por encontrarse el mismo en situación de incapacidad temporal, que constituye una causa de suspensión del contrato de trabajo, pero no de extinción de la relación, y en consecuencia se deben abonar mientras continua la relación laboral. Y si bien es cierto que uno de los efectos de la suspensión del contrato de trabajo es que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (art. 45.2 del E.T.), ello no excluye que se mantengan otras obligaciones establecidas en el Convenio Colectivo, como puede ser el complemento de la prestación de IT que abona la empresa para alcanzar el 100 por 100 de la prestación, u otras obligaciones contraídas como es la ayuda por hijo discapacitado. Razones por las que debe acogerse la pretensión actora y el recurso que se examina y modificarse la sentencia de instancia dando lugar a la demanda planteada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor Don F.M.B. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de los de Elche, de fecha 3 de septiembre de 2.012, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar con estimación íntegra de la demanda debemos declarar y declaramos el derecho del actor a percibir la totalidad del concepto reclamado y debemos condenar y condenamos a la empresa demandada U. S.A. a que abone al actor la diferencia de 1.850 euros, hasta el total reclamado de 6.640 euros, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en cuanto no se opongan a la presente resolución.

1848

Sentencia núm. 585, de 5 de marzo de 2014

Materia: Trabajador que presta sus servicios en empresa aeronáutica.

Reconocimiento de derecho: reconocimiento antigüedad del actor en la empresa desde el primer contrato suscrito con ésta, con todos los derechos inherentes a tal declaración. Reconocimiento de derechos tanto salariales como laborales.

Juzgado: Estimando previamente la excepción de cosa juzgada y desestimando la demanda, absuelve a la parte demandada de las pretensiones formuladas frente a ella.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La Sala acuerda devolver las actuaciones al Juzgado de instancia a fin de que se dicte un nueva sentencia en que se entre a resolver la pretensión ejercitada en la demanda en los términos expuestos en la presente resolución, pudiendo acordar cuantas diligencias finales estime necesaria.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. 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 estimando la excepción de cosa juzgada, desestima su demanda, en la que interesaba el reconocimiento al décimo trienio desde el 21-5-2010, así como el abono de cantidades sin cuantificar que cantidad ni indicar bases del cálculo.

El primer motivo del recurso se dice redactado al amparo del “art. 191-b” de la Ley de la Jurisdicción Social, -deberá entenderse referido al art. 193-b) de la LRJS-, interesando la modificación del hecho probado primero, sin más indicación.

El motivo no cumple con ninguna de las exigencias que impone el art. 193-b de la LRJS, en relación con el artículo 196.3 LRJS y con la doctrina jurisprudencial sobre la materia para que pueda ser estimado. En efecto, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, de las que son expresión las de 3-03-1998 y 11-12-2003 (recurso 63/2003), “la revisión de hecho –de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara”. Pues bien, en el presente caso el recurrente no propone ninguna redacción alternativa, ni cita prueba alguna, por lo que no es posible conocer que pretende el recurrente con la formulación del motivo.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo se dice redactado al amparo del “art. 191-3-F” de la Ley de la Jurisdicción Social, -deberá entenderse referido al art. 193-c) de la LRJS-, denunciando la infracción del art. 130 del Convenio Colectivo de X. LAE (folio 30). Sostiene el recurrente que lo aquí pretendido son trienios y su abono, y no la antigüedad, por lo que no tiene que ver con la sentencia dictada por el Juzgado Social nº 2, que el pago de trienios no está vinculado a la antigüedad ni al hecho de que fuese o no trabajador fijo-discontinuo, que el Convenio dice “que el complemento de antigüedad se pagara por años de servicio efectivo”, por tanto sea cual fuere el tipo de contrato, con cita de STS 1-3-07, 15-3-07, 26-9-06 y 12-6-08, no afectándole la excepción de cosa juzgada, y termina suplicando se condene a la empresa al abono de cantidad, sin cuantificar cantidad alguna.

2. El XIX Convenio Colectivo de X. Líneas Aéreas de España SA y su personal de tierra (BOE 19-6-10), en su Artículo 130, dice “Complemento de Antigüedad. Los trabajadores, percibirán en concepto de complemento de antigüedad un 7,5 por 100 del Sueldo Base correspondiente a su categoría o Nivel de Progresión que figura en la

Tabla Salarial vigente en cada momento, por cada 3 años de servicio efectivo en la Empresa sin que, en ningún caso pueda ser superior la cuantía de cada trienio a la correspondiente al:...”.

3. En el presente supuesto, se suplica en la demanda que “se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a reconocerme mi derecho a percibir las cantidades que me adeudan y se indican en el hecho segundo de la presente demanda y a reconocerme el décimo trienio desde el 21-5-2010 y a abonarme las cantidades correspondientes y todo lo inherente a tal declaración”, la demanda no cuantifica cantidad alguna como reclamada, y en el acto del juicio la parte actora tras ratificar su demanda indicó que solicitaba “única y exclusivamente el reconocimiento del cumplimiento de la fecha del décimo trienio”, sin cuantificar cantidad alguna como reclamada en concepto de complemento de antigüedad, ni en fase de alegaciones ni en fase de conclusiones, no constando que fuese requerido conforme al art. 87.4 LRJS. Pues bien, la sentencia de instancia aprecia la concurrencia de la excepción de cosa juzgada, respecto a la sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Elche el 17-3-09, autos 949/08, (folios 54 a 56), en que consta que el actor accionó interesando el reconocimiento de antigüedad desde el primer contrato temporal que suscribió con la demandada con todos los derechos inherentes a tal declaración tanto salariales como laborales, y dicha sentencia argumentando en su fundamentación jurídica lo resuelto en STS de 11-11-02 rec. 1886/02, falló “estimando parcialmente la demanda...declaro que la antigüedad del actor en la empresa demandada desde el 29-3-1980, habiendo prestado servicios para la demandada desde la citada fecha en los periodos que se desprenden de su vida laboral obrante en autos, condenado a la demandada a estar y pasar por tal declaración”, debiéndose tener en cuenta que la citada STS de 11-11-02 resolvía un supuesto de fijación de antigüedad a efectos del premio de antigüedad regulado en el art. 136 y 144 del entonces vigente Convenio Colectivo del personal de tierra de X.; por lo que la cuestión planteada en el anterior procedimiento versó sobre la fecha de antigüedad a todos los efectos, y la planteada en el presente lo es a efectos de determinar la concreta fecha de perfeccionamiento del décimo trienio, y para que se produzca el efecto negativo de la cosa juzgada, que excluya la posibilidad de seguir un proceso posterior entre las mismas partes, es

necesario que se dé la identidad en el objeto de ambos procesos (artículo 222.1), mientras que el efecto positivo de la cosa juzgada se produce cuando, sin haber aquella identidad de objeto, lo resuelto en un proceso anterior aparece como “antecedente lógico” del objeto del proceso posterior. Y el efecto que produce, no es la exclusión del proceso posterior, sino la vinculación del tribunal respecto de lo resuelto en el proceso anterior. Y así, en el presente caso, no existe identidad de objeto entre el anterior procedimiento seguido entre las mismas partes y el que se plantea ahora. En efecto, tal como se razona en la Sentencia de esta Sala de 5-2-13 (rec. 1752/12), ya tuvimos ocasión de señalar en anterior sentencia de 14-5-12 (rs.2606/2011) que “el “pleito sobre el que se alega que existe cosa juzgada finalizó con sentencia estimatoria en la que se declaraba que la relación laboral temporal iniciada por los trabajadores y la empresa era de naturaleza indefinida fija discontinua y se fijaba la fecha de inicio a efectos de antigüedad, mientras que en la presente lo que se reclama es el cómputo de los periodos de inactividad a efectos del reconocimiento de una concreta retribución como es el devengo de un segundo trienio y la declaración de su devengo, por lo que estamos ante una acción de derechos retributivos asociados a la antigüedad ya fijada, pero que en ningún caso queda afectada de forma negativa o excluyente por el pleito anterior, en la medida que se trata de reclamaciones diferentes y de que la acción deriva de la negativa al reconocimiento de un derecho retributivo de los trabajadores por parte de la empleadora que es establecido en vía judicial, en atención eso sí a la naturaleza y características de la relación laboral definida anteriormente.”

4. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso conduce a estimar el presente recurso, teniendo que añadir tan solo que la pretensión sobre reconocimiento de los días de efectiva ocupación que se ejercitaba por la parte demandante en el pleito anterior, es distinta a la pretensión ahora ejercitada en la que se reclama el reconocimiento de la fecha de cumplimiento del décimo trienio, en atención al tiempo comprendido entre las sucesivas altas y bajas.

5. La estimación del recurso conlleva la devolución de las actuaciones al Juzgado de instancia para que entre a conocer de la cuestión de fondo planteada en la

demanda, esto es la fecha de perfeccionamiento del décimo trienio, acordando previamente cuantas diligencias finales que estime necesarias.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas (art. 235 LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de F.A.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Elche de fecha 6-junio-2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y acordamos devolver las actuaciones al Juzgado de instancia a fin de que se dicte un nueva sentencia en que se entre a resolver la pretensión ejercitada en la demanda en los términos expuestos en la presente resolución, pudiendo acordar cuantas diligencias finales estime necesaria.

Sin costas.

Sentencia núm. 593, de 4 de marzo de 2014

Materia: Despido. Trabajadores que suscriben contrato de trabajo de duración determinada para la realización de determinada obra o servicio en empresa dedicada al mantenimiento de determinado centro. La empresa en la que prestan sus servicios finaliza el periodo de vigencia de la adjudicación del servicio de mantenimiento. La nueva adjudicataria decide rescindir la relación laboral de los trabajadores, si bien éstos no han finalizado su cometido. Existencia de sucesión empresarial de trabajadores. Improcedencia del despido.

Juzgado: Estima las demandas declarando improcedente la extinción de las relaciones laborales de los trabajadores demandantes, y condena solidariamente a las empresas demandadas a abonar a éstos determinadas cantidades en concepto de indemnización.

Sala: Estima el recurso de la UTE codemandada que deja de prestar servicios como adjudicataria del servicio de mantenimiento del centro y desestima el recurso de la nueva adjudicataria. Queda probado que existe una sucesión empresarial, por lo que la nueva adjudicataria debe hacerse cargo de los trabajadores demandantes y en el caso de no hacerlo estaremos ante un despido improcedente, siendo ésta la única responsable.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación de F.S.I. SA y de UTE C.M. AENA VALENCIA, frente a la sentencia, y su auto de aclaración, que estimando la demanda declara la improcedencia de los despidos de los actores, y habiendo optado las empresas por la indemnización declara extinguidas las relaciones

laborales y condena solidariamente a las mercantiles codemandadas al abono de las indemnizaciones.

1. El recurso se articula en tres motivos, redactados al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, denunciando ,en el primero, la infracción del art. 44 del ET y la jurisprudencia, STS 27-10-04 y 28-4-09. Sostiene el recurrente que no existe sucesión de empresas, pues el mantenimiento del horario, condiciones económicas y vacaciones no identifica la actividad económica de las empresas, pues son cuestiones laborales coincidentes en las distintas empresas adjudicatarias sucesivas que no afecta a la sucesión de empresas, y en el presente caso se emplean para el mantenimiento del aeropuerto otros medios de producción distintos de las meras herramientas, como son los aparatos técnicos necesarios para el mantenimiento de la climatización del aeropuerto, que no se determina que la nuevas adjudicataria haya contratado un número relevante de trabajadores de los que a anterior adjudicataria destinaba al servicio.

En segundo lugar, se denuncia la infracción del art. 15.1.a), art. 49.1.c) y art. 44 del ET y jurisprudencia, STS 22-10-03, 11-11-98 y 28-12-98. Alega el recurrente que los contratos de obra de los actores tenían como fecha de finalización la de terminación del servicio en el aeropuerto, lo que así ocurrió, siendo decisiva la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y el carácter temporal de la actividad, siendo adjudicataria otra empresa distinta, con reducción total en el contrato de la nueva adjudicataria y disminución de horas.

En tercer lugar, se denuncia la infracción del art. 44, art. 15.1.a) y art. 49.1.c) del ET, alegando que de no estimarse los anteriores motivos, la UTE debería quedar exenta de responsabilidades.

2. Tal como se indica por el Tribunal Supremo en Sentencia de 15-7-2013, rec. 1377/12, "Conviene recordar lo que en nuestra sentencia de 17 de junio de 2008 (Rcud. 4426/2006) sobre la sucesión de plantillas: "Es cierto que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores debe ser interpretado a la luz de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 de la Directiva 2001/23, de 12 de marzo de 2001, de la Comunidad Europea que sustituye y refunde las Directivas 77/187 y 1.958/50 de la CE, como ya hizo esta Sala en sus sentencias de 20 y 27 de octubre de 2004 (Rec. 4424/2003 y

899/2002), donde se vino a decir que existía sucesión empresarial cuando había transferencia de la mera actividad si la misma se veía acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior, al entenderse que ese conjunto tenía el carácter de "entidad económica", razón por la que habría sucesión de empresa cuando se sucedía en la actividad y en la plantilla, supuesto también llamado de "sucesión en la plantilla". En las citadas sentencias se afirma: "Es de destacar que el actual artículo 3 de la citada Directiva así como el 3 de la que resulta derogada, Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977, contienen previsiones que anticipadamente nuestro ordenamiento contempló y reguló con precisión imponiendo la subrogación empresarial en el supuesto de transmisión en el artículo 79 del Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba la Ley del Contrato del Trabajo y la subrogación con responsabilidad solidaria en el artículo 18.2 de la Ley de Relaciones Laborales 16/1978, de 8 de abril, pues no cabe olvidar que el Derecho Comunitario se orienta a la convergencia entre los Estados de la Unión Europea dada la diferente tradición observada por cada uno de ellos en la regulación de las relaciones jurídicas con la inevitable consecuencia de que en algunos países se plantea con cada Directiva una urgente necesidad reguladora y en otros la norma comunitaria resulta innecesaria por presentar el Derecho nacional una regulación más técnica y ambiciosa de la que pueda proponer el órgano comunitario. Ha de afirmarse que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores cumple a la perfección los fines que persigue el artículo 3 de la anterior Directiva 77/187 de 14 de febrero de 1977 y de la Directiva 1998/50/CEE de 29 de junio para el caso de afirmar que existe cesión empresarial. Resta, sin embargo, dilucidar el extremo de su existencia a la luz de la Jurisprudencia Comunitaria y en particular, siguiendo los términos de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997 (asunto Süzen) que en primer lugar define el perfil general de la transmisión empresarial como "la que necesita además de la sucesión en la actividad objeto de la contrata la cesión de elementos significativos del activo material o inmaterial", para añadir en su Fundamento 21 que en determinados sectores en los que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, un conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común puede constituir una actividad económica y por ello ha de admitirse que dicha entidad puede mantener su identidad aun después de

su transmisión cuando el nuevo empresario no se limita a continuar con la actividad de que se trata, sino que además se hace cargo de una parte esencial, en términos de número y de competencias del personal que su antecesor destinaba especialmente a dicha tarea". En definitiva la doctrina que sienta la referida sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 11 de marzo de 1997 es la de incluir en la noción de traspaso la transferencia de la mera actividad cuando la misma va acompañada de la asunción de las relaciones laborales con un núcleo considerable de la plantilla anterior dando la sentencia a ese conjunto el carácter de "entidad económica".

3. En el presente supuesto, consta probado que los actores prestaron servicios para la UTE mediante contrato de obra vinculado al servicio adjudicado, por lo que al finalizar este finalizó validamente la contratación conforme al art. 49.1.c) del ET, sin que conste obligación convencional de subrogación, sin embargo consta que la nueva adjudicataria contrató a los demás trabajadores de la UTE, -salvo los actores y otros tres, según consta en la fundamentación jurídica-, siendo evidente que el elemento personal es el esencial del servicio de mantenimiento prestado, de manera que siendo insignificante la reducción horaria operada en la nueva contrata y siendo elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio, y dado que la realidad de esa transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, siendo idénticas las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión, con el mismo responsable de personal y mismas herramientas, ropa de trabajo, condiciones económicas, horario y cometido laboral; debe concluirse que en el presente caso, ha existido una "sucesión de plantilla", y en consecuencia la no asunción de los actores por la nueva adjudicataria, constituye un despido improcedente, lo que lleva a la estimación parcial del recurso en el sentido de absolver a la UTE, manteniendo el resto del fallo de la sentencia.

SEGUNDO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LRJS, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los

aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de UTE C.M AENA VALENCIA, y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de F.S.I. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.17 de los de Valencia, de fecha 12-septiembre-2013, en virtud de demanda presentada a instancia de M.P.G. y J.S.P.; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida, en el sentido de absolver a la empresa UTE C.M. AENA VALENCIA, manteniendo en el resto la sentencia.

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

Se condena a la parte recurrente F.S.I. SA a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 500 euros.

Sentencia núm. 601, de 6 de marzo de 2014

Materia: Reclamación de cantidad. Abono de horas extras realizadas por el trabajador. Compensación por horas de descanso. Condición más beneficiosa.

Juzgado: Estima la demanda condenando al organismo demandado a abonar a la parte demandante determinada cantidad en concepto de horas extraordinarias devengadas, más el 10% de intereses por mora de los conceptos salariales.

Sala: Estima en parte el recurso revocando los intereses por mora, si bien confirma el resto de la sentencia, teniendo derecho el demandante de instancia a recibir determinada cantidad por las horas extraordinarias no gratificadas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada del Ayuntamiento de X., demandado en las actuaciones, la sentencia que ha estimado la demanda condenándole a abonar al trabajador demandante la cantidad de 13.879,50€, más el 10% de intereses por mora, en concepto de horas extras realizadas en el periodo 1-1-10 a 30-10-11.

El recurso se estructura en dos grupos de motivos, dedicados el 1º a la modificación del relato probado, formulado por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, con dos motivos y el 2º a la censura jurídica de la sentencia, con amparo procesal en la letra c) del art. 193 de la LRJS, con tres motivos.

Comenzando por los motivos dedicados a la revisión de los hechos probados, el recurso propone:

1.- La ampliación del hecho quinto con el siguiente párrafo: “El trabajador tiene reconocido en nómina y en función del puesto de trabajo que desempeña un complemento específico que recoge la especial característica de su puesto de trabajo (mayor dedicación). Grupo C2, nivel de destino 16, Complemento Específico C2-26. La normativa del catálogo de puestos de trabajo del Ayuntamiento contempla como uno de los factores integrantes del complemento específico el exceso de jornada. En este caso se aplica el límite máximo que sería el 60% del Complemento de Destino.”, lo que apoya en la resolución que pone fin a la vía previa y en la RPT del Ayuntamiento (Boletín Oficial de 12-3-2009). Y se rechaza la adición que admite la sentencia sin que se añada dato de interés para resolver el debate.

2.- La introducción en la sentencia de un nuevo hecho que con el ordinal quinto bis

diga: “En el catálogo de puestos de trabajo que rigen las relaciones con los trabajadores, se establece en su Anexo I que de existir horas extras tendrán que compensarse de conformidad con el sistema compensatorio que pactó y se firmó con la Comisión Paritaria de fecha 7 de junio de 2012, establece que si la cuantía del complemento es del 60% sus titulares no podrán percibir cuantía alguna en concepto de gratificaciones por servicios extraordinarios. Si la cuantía percibida es del 60% se establece que para cada hora trabajada a partir del límite establecido se dará una hora de descanso”, señalando el art. 16 del Convenio y el Acuerdo con la Comisión Paritaria transcrito que obra a los folios 146 y 147 de las actuaciones en el expediente administrativo. Y tampoco merece prosperar esta segunda modificación, fundamentalmente por ser innecesaria dado que no es propio del relato probado sentar conclusiones extraídas de precepto normativo y el Acuerdo con la Comisión Paritaria no será objeto de aplicación por ser de fecha posterior al periodo de horas extras reclamadas.

SEGUNDO.- Los tres últimos motivos que el recurso dedica a la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, con correcto amparo procesal denuncia:

1.- La infracción por no aplicación de incorrecta interpretación (sic) del art. 16 del Convenio Colectivo del Ayuntamiento y el Acuerdo de la Comisión Paritaria de dicho Convenio de 7 de junio de 2012, porque considera que el puesto que desempeña el demandante tiene complemento específico y que tal y como se admitió en la reclamación previa no procede el pago de horas extras sino la compensación con descanso, añadiendo que el resto de compañeros utilizan otro modelo y compensan con descanso las horas extras y que no es verdad que el Ayuntamiento haya consentido en periodos anteriores el pago.

2.- La infracción del art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia que menciona, porque considera que lo reclamado es problemático y controvertido y no procedía la condena al pago de intereses.

3.- La infracción por aplicación incorrecta de interpretación errónea (sic) del art. 27 del Estatuto del Empleado Público (EBEP) y de la jurisprudencia que relaciona, porque tal y como establece el art. 21 de el EBEP debe respetarse la dotación presupuestaria y el Real Decreto 8/2010 de 20 de mayo por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

Termina por solicitar el recurrente sentencia que revoque la de instancia porque al percibir el demandante el complemento de mayor dedicación en su grado máximo no ha lugar a contraprestación alguna o a lo sumo la compensación con tiempo de descanso.

Para resolver el recurso se debe partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia. Se trata de un trabajador, con antigüedad de 2001 que presta Servicios para el Ayuntamiento de X. desde el 1-9-2004, antes lo hacía para el Patronato Municipal de Deportes, como operario de mantenimiento en deporte, en la piscina. No se discute que el demandante realizó en el periodo reclamado

comprendido entre el 1-1-10 a 30-10-11 un total de 205 h. extras, 1102 horas extras festivas o nocturnas, 13 horas extras festivas y nocturnas y 2 horas trabajadas el 24-12-10, reclamando por ello un importe no controvertido de 13.879,50€, conforme al siguiente desglose: 8,41 hora extra; 10,82 hora extra realizada en festivo o nocturno, 13,22 hora extra realizada en festivo o nocturno, 30,05 por cada día trabajado el 24 o 31 de diciembre. El Ayuntamiento ha dictado dos resoluciones de fecha 10-2-12, Exp. 148/10 correspondiente a las horas extras de 2010 y 12/12 correspondiente a las horas extras de 2011, en las que se reconocen estas, pero su compensación en descanso, en lugar de su abono, lo que se confirma al desestimar la reclamación previa. Dice la sentencia que el Ayuntamiento viene abonando las horas extras realizadas en periodos anteriores: en fecha 14-5-08 dicto resolución en la que reconoció al demandante, en aplicación del art .16 del convenio, el abono de las horas extras del año 2007; en resolución de fecha 20-11-08, se reconoció el abono de las horas extras de noviembre 2007 y enero y febrero de 2008; en fecha 2-4-09 las del año 2008 y enero 2009; en fecha 30-6-09 las de febrero a abril de 2009 y en fecha 26-4-10 las de mayo a diciembre de 2009. Admite la sentencia que el complemento específico por exceso de jornada, según consta en el catalogo de puestos de trabajo del Ayuntamiento que es el que percibe el trabajador, retribuye aquellos puestos de trabajo que por su especial característica impliquen un exceso sobre su jornada habitual y su cuantía se fija en un porcentaje del complemento de destino asignado a cada puesto. En el mismo consta que sus titulares no podrán percibir cuantía alguna en concepto de gratificaciones por servicios extraordinarios, articulándose por el exceso de horario un sistema compensatorio de descanso. El art. 14 del convenio aplicable a la relación laboral, establece en relación con el complemento específico, que esta destinado a retribuir las condiciones particulares de algunos puestos de trabajo, en atención a su especial dificultad técnica, dedicación, incompatibilidad, responsabilidad, peligrosidad o penosidad.

Señala asimismo la sentencia que el trabajador mensualmente rellenaba un parte individualizado de control de horas extraordinarias, donde en el apartado cobrar o recuperar anotaba “cobrar”, el cual era firmado además de por él, por el responsable del servicio y por el concejal de deportes, luego se emitía una hoja mecanizada firmada por estos dos últimos, donde constaba “para cobrar” y se remitía al departamento de personal, y admite las peticiones de permiso por compensación de horas de los trabajadores que figuran en el ramo de prueba del Ayuntamiento.

Centrada la cuestión objeto de debate en resolver si el demandante tiene derecho al abono de las horas extraordinarias, cuya cuantificación e importe no es controvertido, o como resuelve el Ayuntamiento se deben de compensar con descanso, la sentencia da la razón al actor, ya que excluyendo que estemos ante una condición más beneficiosa, aplica el art. 16 del Convenio que dispone “las partes firmantes del presente convenio acuerdan la conveniencia de reducir al mínimo indispensable la realización de horas extraordinarias, por considerarlas un elemento eliminador de empleo por lo que solo en caso de extrema urgencia y necesidad marcando su tope en 80 al año con el siguiente baremo.....a) a petición del trabajador afectado y siempre previa comunicación al departamento de personal podrá cambiar las horas extraordinarias realizadas por descanso a razón de..... “. Decisión que hay

que confirmar, porque corresponde al trabajador el cambio por descanso de las horas extraordinarias realizadas, sin que pueda aplicarse con efectos retroactivos el acuerdo de la Comisión Paritaria de fecha 7 de junio de 2012 que obliga a compensarlas con descanso cambiando el sistema de retribución, y sin que tampoco pueda oponerse la falta de presupuesto para su retribución, habiendo acordado el Ayuntamiento un nuevo sistema que paliará el posible déficit.

Sin embargo la sentencia infringe el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores al condenar a los intereses que dicho precepto establece, ya que aunque el Ayuntamiento reconozca las horas extras realizadas y su cuantía se trata de una cuestión controvertida, en la que no se da por entero la razón al trabajador, al negarse que sea una condición más beneficiosa.

Por lo expuesto se estimará solo en parte el recurso.

TERCERO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Ayuntamiento de X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Valencia, de fecha 18 de abril de 2013 en virtud de demanda presentada a instancia de don J.G.R., habiendo sido llamado el Fondo de Garantía Salarial; y, en consecuencia, revocamos parcialmente la sentencia recurrida en el particular relativo al pago de intereses, confirmándola en el resto.

1851

Sentencia núm. 619, de 11 de marzo de 2014

Materia: Conflicto colectivo. Derecho de los trabajadores a días de descanso en compensación por días festivos trabajados. Permisos retribuidos. Modificación unilateral del acuerdo por parte empresarial. Impugnación. Plazo caducidad: eficacia de la acción de caducidad.

Juzgado: Estimando la excepción de caducidad de la acción planteada por la empresa demandada, desestima en la instancia la demanda origen de las presentes actuaciones por los miembros del comité de empresa.

Sala: Estima el recurso al haberse apreciado incorrectamente la caducidad de la acción. Se devuelven los autos al juzgado de procedencia para que pueda dictar con libertad de criterio sobre el fondo del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La representación letrada de la parte demandante formula recurso frente la sentencia recaída en la instancia, en materia de conflicto colectivo, decisión que sin entrar en el fondo del asunto estimó la excepción de caducidad planteada en el acto de juicio por la empresa demandada.

La resolución recurrida considera que cuando se presenta la demanda en el juzgado el día 25 de septiembre de 2012 había transcurrido con creces el plazo de 20 días hábiles para impugnar la decisión de la empresa, en tanto dice comunicada al comité el 5 de julio de ese año, pues habiéndose presentado el 27 de ese mes la solicitud de conciliación previa ante el TAL, que se celebró sin avenencia el 4 de septiembre, en la fecha mencionada en primer lugar se había excedido el plazo citado.

La parte recurrente estructura contra dicha decisión diversos motivos de orden fáctico y jurídico, y en los primeros insiste en que durante el ínterin citado de una forma u otra se siguió negociando, y que la decisión de la empresa no se comunicó a los trabajadores afectados, mientras que en los apartados que se centran en la aplicación del derecho considera que a la decisión colectiva no le es aplicable el plazo de caducidad alegada de contrario.

Para resolver el recurso habrá que prescindir de los argumentos que se indican, y de otros más que se expresan de forma desordenada, pues estando en presencia de una cuestión de orden público procesal, como es la caducidad, la Sala tiene la facultad de examinarla sin quedar vinculada por lo que, con mayor o menor acierto, se indique en el escrito de recurso.

La pretensión sostenida en la demanda por el Comité de Empresa se reducía a que, partiendo del hecho de que en esa compañía determinados trabajadores cuando

trabajaban en festivos tenían derecho a una compensación de tres o cuatro días por asuntos propios, según los casos, a lo que se llegó merced un acuerdo colectivo alcanzado el 14 de agosto de 2007, la citada patronal adoptó el 13 de agosto de 2012 el criterio de que a partir de esa fecha los días por asuntos propios de aquél primer acuerdo debían ser recuperables, aparte de que se insistía que los trabajadores, en la medida de lo posible, avisaran a la dirección con la antelación suficiente en el caso del disfrute de la fecha de su elección. En definitiva, siguiendo esa secuencia, así como los datos fácticos contenidos en la resolución recurrida, es claro que la decisión unilateral que debe ser tenida como modificativa de las condiciones de trabajo pactadas en el año 2007 es la comunicada al comité el 13 de agosto de 2012, a pesar de que, por motivos que se escapan a la Sala, pues la comunicación del 5 de julio de ese mismo año solo pretendía establecer unos criterios razonables para el disfrute de esos cuatro días de asuntos propios, la representación de los trabajadores plantea contra aquella la conciliación previa el día 27 de ese mes de julio.

Por tanto, si nos centramos en que la verdadera y única modificación sustancial de las condiciones de trabajo pactadas es la que se efectúa en agosto de 2012, contra cuya impugnación cabría un plazo de caducidad de veinte días conforme el artículo 138.1 de la LRJS, para entender en este caso concreto si se excedió o no dicho lapso habrá que estar a la fecha en que se convocó a las partes ante el TAL, es decir, el 4 de septiembre de 2012, momento en que, olvidándonos de que ese acto en principio se encaminaba a conciliar las posturas de ambas frente a la decisión, no modificativa, del día 5 de julio de 2012, dichas partes pudieron zanjar dicho conflicto, por conocer plenamente que lo que estaba en juego era la decisión de alterar el primigenio plazo de 2007 a partir de la comunicación emitida el 13 de agosto de 2012. De conformidad con esto, y aplicando el principio pro actione, por resultar innegable que lo que se está discutiendo es la modificación llevada a efecto de manera unilateral por la empresa en esta última data, cuando se presenta la demanda ante el juzgado el 25 de septiembre de 2012 solo habían transcurrido diecisiete días hábiles desde la fecha siguiente a la celebración sin avenencia del acto de conciliación ante el TAL, de modo que, en contra de como se afirma en la sentencia recurrida la acción estaba viva y era eficaz.

En definitiva, esta solución implica que se revoque la citada sentencia y se devuelvan los autos al juzgado para que se decida sobre el fondo de la cuestión suscitada, con entera libertad de criterio.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por el Comité de Empresa de R., SA (H.R.) frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Benidorm de 28 de febrero de 2013, en proceso de conflicto colectivo contra dicha empresa, y con revocación de la citada resolución judicial al haber apreciado incorrectamente la caducidad de la acción, devolvemos los autos al juzgado de procedencia para que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, con total libertad de criterio.

1852

Sentencia núm. 641, de 12 de marzo de 2014

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Trabajadora que presta sus servicios como responsable de laboratorio en empresa demandada. La empresa viene experimentando pérdidas y reconoce el derecho a una indemnización por despido objetivo. La empresa alega falta de liquidez para poder abonar la indemnización y la omisión del preaviso.

Juzgado: Desestima las demandas, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra por despido, confirmando la procedencia del despido objetivo de la actora.

Sala: Estima en parte el recurso, confirmando la sentencia en cuanto a la validez del despido objetivo, con la correspondiente indemnización. Además, corresponde a la trabajadora el abono de determinada cantidad en concepto de indemnización por falta de preaviso. Desestima el resto de los pedimentos planteados por la actora en el recurso de suplicación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia dictada en la instancia se interpone recurso de suplicación por parte de la trabajadora que es a su vez impugnado por la demandada.

En el primer motivo del recurso y con amparo procesal en el apartado b del artículo 193 de la LRJS, la recurrente solicita la revisión de hechos probados y concreta su propuesta en las siguientes modificaciones:

1º. Modificación del hecho primero para adicionar conforme a lo dispuesto en la carta de despido y resulta del interrogatorio practicado, que la actora era la única trabajadora por cuenta ajena que tenía la empresa.

No procede acceder a lo solicitado pues la carta de despido se da por reproducida a efectos de la presente en el hecho tercero, lo que hace innecesario adicionar contenidos parciales de la misma y en cuanto a la prueba de interrogatorio carece de eficacia revisoría.

2º. Modificación del hecho segundo para adicionar los artículos 1,6 y 8 de los Estatutos de la Asociación demandada. No procede acceder a lo solicitado pues la adición pretendida resulta innecesaria tratándose de normas internas de funcionamiento que pueden ser alegadas en la fundamentación jurídica y no constituyen en ningún caso hechos controvertidos que se apoyan en el error de valoración de la prueba documental.

3º. Modificación del hecho tercero para hacer constar que la carta de despido omitió el ingreso de 45.787,74€ por subvenciones que recibió la demandada el 9/03/2012 (pagina 4 del informe financiero) No podemos acceder a lo solicitado pues la propuesta no encuentra apoyo en el error de valoración del documento de referencia que no se corresponde con las conclusiones que la parte pretende hacer constar.

4º Modificación del hecho cuarto para sustituir la redacción actual por la que la parte propone y que se da por reproducida a efectos de la presente. (Página 2 de la carta de despido y página 5 del informe financiero). Tampoco podemos admitir esta última propuesta en la que a partir de los documentos citados la parte pretende hacer constar una serie de conclusiones referentes a la financiación de la empresa y al cobro de subvenciones ya que tales afirmaciones no resultan sin más de los citados documentos tal y como exige la aplicación del precepto procesal invocado y en relación con este el artículo 196 de la LRJS. Procede por lo tanto desestimar la pretensión revisoría de la recurrente.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo con amparo procesal en el artículo 193.c de la LRJS. La parte denuncia distintas infracciones jurídicas que plantea en tres apartados:

1º. Inaplicación del apartado a) del artículo 53.5 del ET, por no emitir la sentencia declaración de condena al pago de la indemnización legal por despido objetivo con el 10% de interés moratorio.

La sentencia de instancia desestima la demanda de impugnación de despido interpuesta por la actora y declara la procedencia del despido objetivo por lo que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 123.1 de la LRJS la sentencia debió incluir en su fallo el derecho de la trabajadora a percibir la indemnización legal por despido que en este caso asciende a la cantidad de 7148,38€, más el salario correspondiente a la omisión del preaviso de 15 días. Las citadas cantidades tienen naturaleza indemnizatoria y no salarial, por lo que no procede su incremento en el 10% previsto en el artículo 29.3 del ET.

2º. Infracción de lo dispuesto en los artículos 52 y 53 del ET y en el artículo 217 de la LEC. La actora denuncia tanto la inadecuación formal del despido como la causalidad alegada. Tampoco esta segunda censura puede prosperar a tenor de los hechos declarados probados en la sentencia recurrida.

La carta de despido objetivo que se da por reproducida en el hecho tercero de la sentencia expresa con claridad las causas de la extinción que se concretan en las pérdidas de los tres últimos ejercicios y en la disminución persistente de ingresos, se reconoce el derecho a ser indemnizada en la cuantía de 7.148,38€, se alega falta de liquidez como impedimento a la inmediata puesta a disposición y se omite el preaviso. Y en este sentido se pronuncia ya la sentencia de instancia. El hecho probado cuarto da por acreditados los resultados económicos negativos consignados en la carta de despido como causa justificativa del despido objetivo y dichos resultados coinciden

con las causas económicas consignadas en el vigente artículo 51 del ET, motivos todos ellos que nos llevan a rechazar la censura efectuada.

3º Infracción del artículo 53 del ET por falta de abono de la indemnización. El citado precepto, en su apartado b) párrafo segundo, permite eludir el requisito de puesta a disposición cuando tratándose de un despido por causa económica el empleador careciera de liquidez, y así lo haya hecho constar en la carta de despido. La Jurisprudencia viene exigiendo al empleador la acreditación en juicio de dicha alegación siendo competencia del Magistrado de Instancia la valoración de la prueba practicada sobre tal extremo. En el hecho probado quinto se da por acreditada la falta de liquidez de la demandada al incorporar relación detallada de los saldos bancarios existentes en la fecha de la comunicación del despido por lo que debemos de nuevo rechazar la censura jurídica efectuada por la recurrente.

FALLO

Que estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.T.P.F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 6 de VALENCIA de fecha 31/07/2013, y en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida condenando a la demandada a abonar a la trabajadora la indemnización legal por despido objetivo en la cuantía de 7.148,38€ y al pago en concepto de falta de preaviso de la cantidad de 1004,55€.

1853

Sentencia núm. 653, de 13 de marzo de 2014

Materia: Reclamación de cantidad. Reconocimiento de derecho y cantidad.

Trabajadoras que prestan sus servicios en empresa de servicios como personal fijo discontinuo, con categoría profesional de auxiliar de clínica. Las trabajadoras no han sido llamadas al principio de la campaña en beneficio de otras compañeras. Reconocimiento antigüedad de las demandantes y prioridad para ser llamadas a ocupar los puestos de trabajo.

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

Sala: Estima parcialmente el recurso de las demandantes reconociéndoles determinada fecha de antigüedad en la prestación de servicios en la empresa, a efectos de ser llamadas a ocupar puesto de trabajo con anterioridad al de otras compañeras. Mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De cinco motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación técnica de las demandantes contra la sentencia del juzgado que desestima su demanda sobre reconocimiento del derecho a ostentar una antigüedad en la prestación de servicios para la demandada desde el 24-3-2004 y a ser llamadas desde el principio hasta el final de la campaña anual así como sobre reclamación de la cantidad de 19.159,2 € en concepto de indemnización por haber sido preteridas en las campañas de 2011, 2012 y 2013.

El primero de los motivos se introduce al amparo del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y pretende la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, mientras que los restantes motivos se incardinan en el apartado c del indicado precepto y persiguen el examen del derecho aplicado en la resolución recurrida, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos proponen las recurrentes la modificación del hecho probado tercero para que se haga constar como antigüedad de las demandantes la que se remonta a la fecha de 24-3-2004 en lugar de la fecha de 18-2-2008, dicha modificación la amparan en el hecho probado primero que recoge la sentencia del juzgado recaída en materia de despido y la misma no puede ser acogida por cuanto que al tratarse de una cuestión controvertida la determinación de la antigüedad de las demandantes en su prestación de servicios para la demandada habrá de plantearse como censura jurídica por la vía del apartado c del art. 193 de la LJS, sin perjuicio de que en el hecho probado primero se constate, como no podía ser de otra forma, los diversos contratos de trabajo suscritos entre las actoras por una parte y la empresa demandada por otra, siendo a través de dichos contratos que se ha de resolver la indicada cuestión sobre determinación de la antigüedad de aquellas.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso, destinado al examen de las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia se denuncia la aplicación indebida de los artículos 222 y 240 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la transgresión de la jurisprudencia contenida, entre otras, en la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 5/12/2005, RCUUD nº 996/2004.

En este motivo las recurrentes cuestionan la existencia de cosa juzgada que aprecia la sentencia de instancia ya que entienden que en dicho procedimiento no se entró a valorar la antigüedad de las demandantes en la prestación de servicios para la demandada por lo que no existe cosa juzgada ya que entre el proceso de despido y el presente proceso solo hay identidad subjetiva pero no identidad objetiva ni causal.

La denuncia jurídica expuesta no puede prosperar por cuanto que en el proceso por despido recayó sentencia en la que se desestimó las demandas por despido de las actoras al no haber quedado acreditada la voluntad de preterición de las trabajadoras

demandantes, conclusión a la que se llegaba tras afirmar que el Convenio Colectivo de aplicación de Hostelería de la provincia de Castellón de 1-8-2008 no establecía previsión alguna sobre la materia. Dicha sentencia fue confirmada por la sentencia nº 3122/2012 de esta Sala, en la que se dijo que no cabía admitir que en la llamada correspondiente a la temporada 2012, objeto de controversia las demandantes hubieran sido preteridas respecto a otras cinco trabajadoras de su misma categoría y con menor antigüedad. Luego si en el presente proceso se reclama el abono de una indemnización por haber sido preteridas las actoras en la campaña 2012 (además de las campañas 2011 y 2013), es evidente que se ha de aplicar el efecto positivo de la sentencia de despido ya que en dicha sentencia que ha devenido firme ya se dilucidó si las actoras habían sido o no preteridas en la referida campaña y se resolvió negativamente la indicada cuestión.

Conforme señala la sentencia de nuestro Alto Tribunal de 18 de Abril del 2012 (ROJ: STS 2974/2012), Recurso: 163/2011, haciéndose eco de lo manifestado en sentencia de 3 de mayo de 2010, recurso 185/07 y en sentencia de 20 de octubre de 2004, recurso 4058/0, la interpretación del artículo 222 de la LEC ha de realizarse *“con criterio flexible en la apreciación de las identidades a que el precepto se refiere, como lo venía haciendo esta Sala en relación con el derogado artículo 1252 del Código civil. De esta concepción amplia de la cosa juzgada se hace eco ahora la LEC al enumerar las identidades que han de concurrir entre el primero y el segundo litigio; el texto del artículo 1252 citado, que consideraba necesario que "entre el caso resuelto por la sentencia y aquel en que ésta sea invocada, concorra la más perfecta identidad entre las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que lo fueron", ha sido reemplazado por el artículo 222 de la LEC que, en tono más condescendiente, ha mitigado el rigor en la apreciación de las identidades, con especial incidencia en la subjetiva pues, este precepto, en relación con el artículo 10 del propio texto legal, la cosa juzgada afecta a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes, tanto de las que comparezcan y actúen en juicio como a los titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.(...)”*

El Tribunal Supremo ha venido declarando que la aplicación del efecto de la cosa juzgada no precisa que el nuevo pleito sea una exacta reproducción de otros anteriores,

sino que, pese a la ausencia de alguna de las identidades basta con que produzca una declaración precedente que actúe como elemento condicionando y prejudicial de la resolución que ha de dictarse en el nuevo juicio (sentencia de 29 de septiembre de 1994); la sentencia de la Sala 1ª de este Tribunal declaro que "aunque no concurran las condiciones requeridas para la procedencia de la "exceptio rei iudicata", no cabe duda que los hechos sentados en el primitivo proceso son vinculantes en el segundo, toda vez que si pudieran discutirse los ya firmes, equivaldría a poder revisar subrepticamente la ejecutoria", la doctrina es abiertamente contradicha por la sentencia recurrida.

En nuestra sentencia de 23 de octubre de 1995 ya dijimos que, a diferencia de lo que ocurre con el efecto negativo, el efecto positivo de la cosa juzgada no exige una completa identidad, que de darse excluiría el segundo proceso, sino que para el efecto positivo es suficiente que lo decidido -lo juzgado- en el primer proceso entre las mismas partes actúe en el segundo proceso como elemento condicionante o prejudicial, de forma que la primera sentencia no excluya el segundo pronunciamiento, pero lo condiciona, vinculándolo a lo ya fallado."

Por su parte la sentencia de 4 de marzo de 2010, recurso 134/07, establecía: " 1.- A tal afirmación llegamos, partiendo de las siguientes consideraciones: a) la cosa juzgada es una proyección del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y seguridad jurídica, exigiendo que las resoluciones judiciales tengan la eficacia que supone la ejecución en sus propios términos y el respeto a la firmeza de las situaciones jurídicas declaradas (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 190/1999, de 25/Octubre, FJ 4 ; 58/2000, de 28/Febrero, FJ 5 ; 135/2002, de 3/Junio, FJ 6 ; 200/2003, de 10/Noviembre, FJ 2 ; 15/2006, de 16/Enero , FJ 4); b) por ello se impone una concepción amplia de la cosa juzgada y la consiguiente interpretación flexible de sus requisitos (entre las recientes, SSTs de 20/10/05 -rec. 4153/04 -; 30/11/05 -rec. 996/04 -; 19/12/05 -rec. 5049/04 -; 23/01/06 -rec. 30/05 -; y 06/06/06 -rec. 1234/05 -); c) con mayor motivo se impone esa flexibilidad al aplicarse a una relación como la laboral, de tracto sucesivo y susceptible de planteamientos plurales por distintos sujetos de una idéntica pretensión, de manera que no ha de excluirse el efecto de cosa juzgada material por el hecho de que en los procesos puestos en comparación se hayan ejercitado acciones distintas por sujetos diferentes (SSTs 30/09/04 -rec. 1793/03 -; y 20/10/04 -rec. 4058/2003 -, que hacen eco de precedente de 29/05/95 -rcud 2820/94 -); y d) conforme al art. 222 LECiv ,

«la cosa juzgada ... excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» [párrafo 1] y que «lo resuelto con fuerza de cosa juzgada ... vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal» [párrafo 4]."

La proyección de la doctrina jurisprudencial expuesta al presente caso, obliga a aplicar el efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia de despido, lo que impide estimar la reclamación de las actoras correspondiente a la campaña del 2012, con la consiguiente desestimación del motivo ahora examinado.

CUARTO.- En el siguiente motivo se denuncia la infracción de la jurisprudencia contenida en las sentencias del TS de 23/4/2012 RCU 3106/2011 y de 23/4/2012, RCU 3340/2011.

Según las recurrentes las sentencias citadas entienden que cabe una reclamación de cantidades cuando no se infiere por parte de la empresa una clara voluntad extintiva como es el caso que nos ocupa, ya que las trabajadoras accionantes han seguido prestando servicios para la empresa demandada, habiendo iniciado de forma más tardía que en años anteriores su prestación laboral, por lo que se discute un derecho de llamamiento más temprano en base a una antigüedad mayor que la reconocida por la empresa, antigüedad que es objeto de este pleito.

No cabe apreciar la infracción de la doctrina jurisprudencial que denuncian las recurrentes ya que en las merитadas sentencias lo que se dice es que no cabe apreciar voluntad resolutoria del contrato de los trabajadores fijos-discontinuos cuando los mismos no son llamados por la caída del consumo, bastando con el personal fijo, lo que evidencia que dichos trabajadores fijos-discontinuos, no fueron preteridos en favor de otros trabajadores con menor antigüedad. En cambio en la demanda origen de autos lo que se alega por las actoras para fundamentar su reclamación sobre indemnización es que han sido preteridas en su llamamiento en las

campañas de los años 2011, 2012 y 2013 y contra dicha preterición se ha de accionar por despido, tal y como ha apreciado la sentencia de instancia, lo que conduce a la desestimación del motivo. A mayor abundamiento conviene indicar como señala la STS de 10 de noviembre de 2009 (ROJ: STS 7345/2009), Recurso: 463/2009 de que “a falta de previsión convencional, entra en juego el mandato del art. 15.8 del Estatuto que califica la falta de llamamiento como despido, hasta el punto de que el plazo para el ejercicio de la acción de despido se inicia desde el momento en que el trabajador conoce que no ha sido llamado” por lo que si las actoras estimaron que no habían sido llamadas en la fecha que les correspondía, deberían haber accionado por despido, iniciándose el plazo para el ejercicio de la acción desde la fecha en que tuvieron conocimiento de la falta de convocatoria.

QUINTO.- En el cuarto motivo del recurso se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial manifestada, entre otras, en las SSTS de 26 de mayo de 1997 (RJ 1997. 4426), de 27 de marzo de 1998 (RJ 1998, 3159), de 5 de julio de 1999 (RJ 1999, 6443), y 27 de febrero (RJ 2007, 3829) y 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 6113) en la que se pone de manifiesto que cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados. Como en el presente caso las actoras desde el inicio de la relación laboral, el 24-3-2004, han venido prestando servicios desde mediados/finales de febrero hasta mediados de diciembre, la actividad de las mismas no encuentra acomodo en los contratos de duración determinada suscritos por las partes sino en el contrato de trabajo fijo-discontinuo, por lo que su antigüedad se remonta al 24-3-2004.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto que como se desprende del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia la prestación de servicios de las actoras para la empresa demandada desde su inicio se ha extendido prácticamente desde mediados de febrero hasta mediados de diciembre, por lo que aunque se haya articulado a través de sucesivos contratos de trabajo de duración determinada, lo cierto es que ha obedecido desde el principio a la reiterada necesidad de trabajo que

se producía entre las indicadas fechas, sin que además haya existido otra solución de continuidad más que la constatada entre el fin de una campaña y el inicio de otra, de modo que su antigüedad en la prestación de servicios para la demandada se ha de remontar el primero de los contratos de trabajo suscritos entre las actoras por una parte y la empresa demandada por otra, sin que quepa apreciar el efecto de cosa juzgada de la sentencia de despido ya que la misma se centró en determinar si las actoras habían sido preteridas en su llamamiento, negándose dicha preterición por el Juzgado de lo Social al no establecer el Convenio Colectivo de aplicación de Hostelería de la provincia de Castellón de 1-8-2008 previsión alguna sobre la materia, mientras que la Sala niega dicha preterición porque “se impone atender, al no constituir cuestión directa del debate del proceso la determinación o concreción de la antigüedad que debería corresponder a las demandantes a idéntico criterio comparativo, que habrá ser el que venía dado por el expreso reconocimiento otorgado por la patronal de la concreta condición de ser trabajadores fijos discontinuos en la empresa...” Es decir, que a efectos de dilucidar si ha existido o no preterición en el llamamiento de las demandantes y para dispensar el mismo tratamiento a todos trabajadores fijos discontinuos, se tiene en cuenta la fecha de antigüedad reconocida por la empresa demandada a dichos trabajadores, entre los que se encuentran las actoras, lo que no equivale a que esa sea la fecha de antigüedad en la prestación de servicios de las mismas que, como ya se ha dicho, se ha de fijar en la de 24-3-2004 por remontarse a la indicada fecha el primer contrato de trabajo suscrito entre las demandantes por un lado y la empresa demandada por otra, sin que exista diferencia entre la prestación de servicios llevada a cabo por las actoras para la empresa demandada desde el 24-3-2004 y hasta el 1-8-2008 y la prestación de servicios realizada por aquellas a partir de la última fecha en que las actoras obtienen por parte de la empresa demandada el reconocimiento de trabajadoras fijas-discontinuas, por lo que se aprecia la existencia de unidad del vínculo laboral a lo largo de toda la prestación de servicios de las actoras para la empresa demandada, siendo irrelevante que entre el fin de una campaña y el comienzo de la siguientes exista un plazo que excede de los veinte días ya que estamos ante trabajadoras fijas-discontinuas.

SEXTO.- En el último motivo del recurso las recurrentes denuncian la infracción de los artículos 15.8 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como del art. 1.287 el Código Civil ya que entiende que al ser la antigüedad de las demandantes en la prestación de servicios para la demandada superior a la de otros trabajadores, debió de accederse a la indemnización reclamada por las actoras que tiene su fundamento en la preterición de que habían sido objeto en sus llamamientos para las campañas 2011, 2012 y 2013. El motivo no puede prosperar por cuanto que respecto a la campaña 2012 rige el efecto positivo de la cosa juzgada de la sentencia recaída en el proceso por despido de las demandantes y en la que se dijo que no había quedado acreditada la voluntad de preterición de las trabajadoras demandantes, mientras que respecto a la reclamación de la indemnización por su preterición en las campañas 2011 y 2013 existe, como ya se dijo al desestimar el tercer motivo del recurso, inadecuación de procedimiento, es decir, la estimación del motivo ahora examinado exige como condición “sine qua non” que se hubiese estimado la censura jurídica deducida en los motivos segundo y tercero del presente recurso que no lo ha sido por las razones expuestas anteriormente y que se tienen aquí por reproducidas para evitar inútiles reiteraciones, lo que obliga a desestimar el último motivo.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^ª R.D.H. y D.^ª P.D.H., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Castellón y su provincia, de fecha 15 de julio de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa B.M. S.L.; y, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de reconocer a las demandantes como fecha de antigüedad en su prestación de servicios para la demandada como trabajadoras fijas-discontinuas la de 24-3-2004, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración, manteniendo el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Sentencia núm. 667, de 13 de marzo de 2014

Materia: Conflicto colectivo: Plus de penosidad/peligrosidad. Empresa dedicada a la gestión del servicio de limpieza de entidad local. La relación laboral de la empresa con sus trabajadores se rige por el convenio colectivo de empresa, con vigencia 2008-2012. Para los ejercicios 2011 y 2012 la empresa no abona los pluses de penosidad y peligrosidad por congelación de incrementos salariales previstos en la Ley de Presupuestos del Estado. Reconocimiento de lo mismos.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones contenidas en la misma.

Sala: Estima en parte el recurso y declara el derecho de los trabajadores a percibir el complemento establecido en el artículo 12 del convenio de la empresa, con aplicación de los porcentajes progresivos que el mismo establece para el plus de penosidad y peligrosidad, sin incremento desde el 1-1-2011 del salario base.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FPS- UGT) la sentencia dictada en procedimiento de Conflicto Colectivo que ha desestimado su demanda a la que se adhirió Comisiones Obreras del País Valenciano (CCOO-PV) y en la que se solicita frente a la empresa municipal N. SA y el Comité de Empresa que se reconozca el derecho de los trabajadores a percibir el complemento establecido en el art. 12 del Convenio de empresa por el periodo

comprendido desde los últimos doce meses anteriores a la presentación de esta acción.

El recurso se impugna por la empresa y contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS en el que considera que la empresa recurrida ha realizado una incorrecta aplicación del derecho sustantivo en conflicto aparente de normas para resolver el conflicto colectivo de carácter jurídico (sic) que se suscita. Acepta expresamente los hechos probados y alega que la congelación salarial prevista en las Leyes de Presupuestos no es aplicable al plus discutido, porque sostiene que ésta no regula incremento retributivo alguno sino un derecho económico anterior que se consolida y materializa en pago diferido en el periodo de cuatro años de forma progresiva. A continuación compara la situación con la del complemento de antigüedad que como el plus de penosidad se encuentra regulado en el Convenio en capítulo distinto al de los incrementos retributivos, para señalar que nadie discute que los trienios deban seguir devengándose cada tres años incluso en 2011 y 2012 sin que se encuentre ello afectado por la limitación presupuestaria aplicada en la sentencia, aduciendo en apoyo de su tesis el principio pro operario y el art. 9 de la Constitución Española, así como el contenido de nuestra sentencia dictada en proceso de única instancia nº 27/13 y acumulado 30/13, sentencia nº 2106/2013, de 10 de octubre. En resumen, señala que no se trata de jerarquía normativa sino de seguridad jurídica e irretroactividad de normas desfavorables como garantía del trabajador frente a las decisiones empresariales.

Pues bien, partiendo de los datos que constan en la sentencia recurrida y aun del fundamental de que N. SA en una sociedad mercantil pública creada y participada por una entidad local (el Ayuntamiento de M. que aporta el 100% del capital) habiéndose acreditado incluso que obtiene aportaciones destinadas a “cubrir el déficit de la explotación”, procede estimar el recurso, que contrariamente a lo decidido en la sentencia, permite declarar no ajustada a derecho la determinación de la empresa de no abonar a partir del 1-1-2011 el incremento del complemento de penosidad y peligrosidad previsto en el art. 12 del Convenio de la empresa; dado que las Leyes de Presupuestos 39/2010 de 22 de diciembre, Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de

diciembre y 2/2012, de 29 de junio, para los años 2011 y 2012, no se oponen al pago del complemento en la cuantía progresiva prevista para el mismo en los sucesivos años, por no suponer incremento retributivo más que en la parte que se refiere al incremento que experimente el salario base, pero no al porcentaje progresivo que determina el concepto mismo del plus ya pactado en el año 2008. En efecto el art. 12 del Convenio establece: “Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el art. 34 del Convenio General del Sector, el personal que preste sus servicios en las actividades reguladas en el presente convenio, excepción hecha de los grupos de técnicos, administrativos, mandos intermedios y subalternos, percibirá un plus mensual en concepto de penosidad y peligrosidad según se detalla a continuación:

Durante el primer año de vigencia del convenio (periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2008) este plus consistirá en el 2% del salario base para cada categoría.

Durante el segundo año de vigencia del convenio (periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2009) este plus consistirá en el 6% del salario base para cada categoría.

Durante el tercer año de vigencia del convenio (periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2010) este plus consistirá en el 10% del salario base para cada categoría.

Durante el cuarto año de vigencia del convenio (periodo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 2011) este plus consistirá en el 14% del salario base para cada categoría.

A partir del 1 de enero de 2012 el importe reflejado en las tablas salariales para este concepto consistirá en el 25% del salario base para cada categoría.

En aquellos casos en que concurriesen de modo manifiesto la excepcional penosidad, toxicidad y peligrosidad, se percibirá un 30% del salario base para cada categoría”

De la dicción literal del precepto claramente se infiere que la cuantía del plus determinada por los conceptos de penosidad y peligrosidad se integra por la

aplicación progresiva de un porcentaje sobre el salario base y la de los tres conceptos de penosidad, toxicidad y peligrosidad se devenga sin aplicación progresiva desde el año 2008 por un porcentaje determinado del salario base, de modo que con la precisión relativa a que a partir del 1-1-2011 no experimentará incremento alguno el salario base que constituye la medida por la que se retribuye el porcentaje en que consiste el plus discutido, se deberá estimar la demanda.

No se ignora que por ordenación de fuentes, la fuerza vinculante del convenio debe ceder ante la superior jerarquía normativa de la Ley. Sin embargo, la prohibición contenida en el art. 22 de la Ley 39/2010 y siguientes Leyes de Presupuestos relativa a que: “los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos deberán experimentar la oportuna adecuación deviniendo inaplicables las cláusulas que establezcan cualquier tipo de incremento”, no se refiere a casos como el que nos ocupa en los que en el Convenio se define un complemento mediante el pago progresivo hasta alcanzar su determinación, ya que la interpretación sostenida en la sentencia haría de peor condición a los que perciben el plus discutido por penosidad y peligrosidad que no colmarían el 25% del salario base en el que consiste por definición por no aplicar el porcentaje progresivo que lo define, con los que desde el año 2008 perciben el plus excepcional de penosidad, toxicidad y peligrosidad por el 30% del salario base.

En consecuencia se está en el caso de estimar el parte la demanda y el recurso dando lugar a la pretensión con la matización que se refiere a la congelación del salario base.

FALLO

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Federación de Servicios Públicos de la Unión General de Trabajadores (FPS- UGT), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Valencia de fecha

24 de octubre de 2013; y en consecuencia estimamos parcialmente la demanda de la recurrente a la que se ha adherido Comisiones Obreras del País Valenciano (CCOO-PV) contra la empresa municipal N. SA y el Comité de Empresa, y declaramos el derecho de los trabajadores a percibir el complemento establecido en el art. 12 del Convenio de la empresa, con aplicación de los porcentajes progresivos que el mismo establece para el plus de penosidad y peligrosidad sin incremento desde el 1-1-2011 del salario base.

Sentencia núm. 688, de 24 de marzo de 2014

Materia: Despido. Rescisión de contrato por discrepancias entre la empresa y la trabajadora. La empresa reconoce la improcedencia del despido y opta por la indemnización. La actora, si bien ha cobrado determinada cantidad en concepto de indemnización, manifiesta su no conformidad con el despido.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido y, resuelto el contrato, condena a pagar a la demandante determinada cantidad en concepto de indemnización.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La extinción de la relación laboral se produce desde que la trabajadora acepta la cantidad adeudada, sin que ésta pueda posteriormente interponer demanda por despido. La empresa retiene determinada cantidad en concepto de pagos a Hacienda, puesto que su exención solo se produce cuando hay conciliación ante el SMAC o resolución judicial.

Ponente. Ilma. Sra. D^a. Inmaculada Ballester Pastor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Frente a la Sentencia de instancia emitida por el Juzgado de lo Social nº 7 de Valencia, de 12 de noviembre de 2013, dictada en autos nº 107/2013, sobre despido, seguidos a instancias de R.P.T., asistida por la letrada S.M.M., frente a la empresa O.M.E., S.L., representada por el Graduado Social A.V., en la que se estimó la demanda y se declaró IMPROCEDENTE el despido de fecha de efectos 30/11/2012 y resuelto el contrato en la fecha de la Resolución judicial (12/11/2013), condenando a la mercantil O.M.E. S.L., a pagar a R.P.T. la cantidad de 3.038,73 euros, interpone recurso de suplicación A.V.T., actuando en representación de O. MDF E., S.L., interesando la desestimación de la demanda inicial, dejando sin efecto la condena a abonar a la parte actora la cantidad de 3.038,73 euros, retenida en concepto de IRPF en la indemnización, y cuyo importe ha sido ingresado en la Hacienda Pública, así como la devolución del depósito y la consignación constituidos para recurrir.

SEGUNDO. - Al amparo del art. 193.b) de la Ley 36/2011, reguladora de la jurisdicción social, se postula la revisión de los Hechos declarados probados, solicitando el recurrente la inclusión de un párrafo al Hecho Probado Segundo, del siguiente tenor:

“y abonando la indemnización correspondiente a 45 días de salario por año de antigüedad hasta 12/02/2012 y 33 días de salario por año de antigüedad desde 12/02/2012 a la fecha del despido 30/11/2012, lo que supone un total de 9.243,83 euros, aplicando la retención de IRPF sobre la mencionada cantidad”.

Tal adición debe ser admitida, toda vez que tal relato se deduce de la información que obra en autos aportada por las dos partes enfrentadas en el presente conflicto; en concreto, del recibo de finiquito que la empresa entrega a la trabajadora en el momento de la extinción del contrato, documento que es firmado por la trabajadora tras haber sido abonada por parte de la empresa la cantidad de 7.849,95 euros. Ello aclara cómo se ha llevado a cabo el cómputo de la cuantía dineraria que se percibió por la trabajadora a fecha de 30 de noviembre de 2012.

TERCERO.- Al amparo nuevamente del artículo 193.b), conjuntamente con el art. 196.3º de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, el recurrente aduce que existe interpretación errónea de la carga de la prueba, así como error en la valoración de la misma, trayendo a colación la doctrina expuesta en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 11 de septiembre de 1996, denunciando que la sentencia se contradice dado que aunque en el Hecho Probado Segundo se incluye que la empresa reconoció la improcedencia del despido a fecha de 30 de noviembre de 2013 y en el Hecho Probado quinto se admite que la empresa abonó una indemnización de 7.849,95 euros, la sentencia reconoce en la Fundamentación Jurídica Segunda que procede declarar el despido improcedente, al no probarse lo expuesto en la carta de despido, y que deberá estarse al reconocimiento de la improcedencia efectuado en la carta de despido, con los efectos de esa misma fecha, 30/11/2012, de conformidad con lo establecido en el art. 56 del Estatuto de los trabajadores.

No obstante, no pretende el recurrente revisión alguna de los Antecedentes de Hecho que aparecen relatados en la sentencia ni se concreta exactamente el error en la valoración de la prueba realizada, único aspecto que puede ser objeto de recurso al amparo del art. 193.b) LRJS, artículo que es el que ha sido alegado como infringido. Además el recurrente incorpora en este motivo alegaciones que tienen que ver con infracciones de normas jurídicas, que se contienen en la Fundamentación Jurídica y además no recoge en su escrito lo que realmente señala el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia recurrida, motivos por los cuales no puede ser aceptado.

CUARTO.- Al amparo del párrafo c) del art. 193 y del art. 196.3º LRJS, entiende el recurrente, en primer lugar, que se entiende vulnerada la doctrina del Tribunal Constitucional contenida en la Sentencia 40/2006, de 13 de febrero, por considerar que la sentencia incurre en incongruencia, al no coincidir lo solicitado por la parte actora en la demanda y lo obtenido en los Fundamentos de Derecho, pues en estos Fundamentos de Derecho se resuelve sobre algo no pedido al incluir en el Hecho Probado 2º que la empresa reconoce la improcedencia del despido cuando se entrega la carta a la trabajadora y, a continuación, señala la sentencia que el despido se declara improcedente por no acreditar la empresa los hechos sobre los que basa su decisión extintiva. En segundo lugar, en base igualmente al art. 193.c) y al art. 196 LRJS, entiende el recurrente que la sentencia infringe el art. 56 del Estatuto de los trabajadores dado que este precepto establece que: “la opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo”. Y finalmente, en tercer lugar, al amparo del párrafo c) del art. 193 LRJS, a juicio del recurrente la sentencia de instancia infringe el

art. 7.e) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, precepto de cuya redacción actual debemos deducir que, para declarar la exención de tributar al IRPF las indemnizaciones por despido será necesario que se produzca conciliación ante el SMAC o la resolución judicial, siguiendo el criterio corroborado por la Consulta vinculante de la DGT de fecha de 18 de septiembre de 2012.

El motivo va a tener favorable acogida dado que, en primer lugar, el Juzgador de instancia en el Hecho Probado 2º incluye que, en el momento de la comunicación por parte de la empresa a la trabajadora el despido –comunicación en la que la misma empresa reconoce la improcedencia del despido- se acompaña ya la percepción de la indemnización correspondiente y bien calculada -de igual forma a si por resolución judicial se hubiera declarado la improcedencia del despido, es decir, en razón de 45 días de salario por año de antigüedad hasta el 12/2/2012 y 33 días de salario por año de antigüedad desde el 12/2/2012 a la fecha del despido, de 30 de noviembre de 2012, alcanzando tal cuantía la cantidad de 9.243,83 euros-. Además, en el Hecho probado 5º se recoge que la trabajadora ya cobró por parte de la empresa la cantidad de 7.849,95 euros. La extinción del contrato se produjo, pues, por la aceptación de la cantidad adeudada por la empresa hacia la trabajadora, quien no podía posteriormente interponer demanda por despido, en fecha de 30 de noviembre de 2012. El que la empresa no abonara íntegramente a la trabajadora la total cuantía de la indemnización por despido respondió únicamente a la necesidad de retener las cantidades que la empresa debía pagar a la Hacienda al efectuar tal pago a la trabajadora –de igual forma que actúa toda empresa todos los meses al retener una parte del salario que abona a sus trabajadores- en cumplimiento del tenor actual del art. 7.e) de la Ley 35/2006, que exige llevar acabo tal retención en los términos como los llevó a cabo la empresa, razón por la que no cabe que la trabajadora reclame posteriormente contra la empresa pues ha sido saldada completamente de la deuda que pudiera tener la empresa con ella.

Debe, pues, revocarse la sentencia de instancia recurrida, desestimando la demanda inicial y dejando sin efecto la condena a favor de la parte actora de la cantidad de 3.038,73 euros, cantidad que ha sido la retenida por la empresa en concepto de IRPF en la indemnización que se abonó a la trabajadora, debiendo considerarse que la deuda que la empresa tiene con la trabajadora ha sido correctamente saldada.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por A.V.T., actuando en representación de O. MDF E., S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de Valencia de fecha 12 de noviembre de 2013 y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, dejando sin efecto la condena a abonar a la trabajadora la cantidad de 3.038,73 euros.

Sin costas.

1856

Sentencia núm. 717, de 25 de marzo de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Lesiones permanentes no invalidantes. Accidente de trabajo “in itinere”. El trabajador presta sus servicios como peón en empresa dedicada a la actividad de construcción. La empresa tiene asegurado el riesgo de accidente de trabajo con la mutua codemandada, estando al corriente de sus obligaciones.

Juzgado: Desestimando la pretensión principal y estimando la subsidiaria de la demanda origen de las presentes actuaciones, declara al actor afecto de invalidez permanente parcial derivada de accidente de trabajo, condenando a los demandados a pasar por esta declaración y a la mutua demandada a pagar determinada cantidad, condenando al INSS y a la TGSS como responsables subsidiarios.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las secuelas residuales que padece el actor no le producen un menoscabo no inferior al 33% de capacidad en el trabajo. Tampoco queda probado que del cuadro clínico que padece el actor se derive una mayor penosidad para el ejercicio de su profesión.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la demanda del trabajador en su pretensión subsidiaria de reclamación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual de peón de la construcción, se alza en suplicación la representación letrada de la Mutua al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

En el primer motivo la recurrente interesa la modificación del hecho probado 5º y su sustitución por el siguiente: “Quien hoy acciona aqueja según informe de valoración médica de fecha 16-11-2010, que queda secuela de anquilosis interfalángica del primer dedo de la mano derecha, con acortamiento de 1 centímetro en dicho dedo en relación con el izquierdo, refiere dolor a la pinza forzada que tiene balance muscular 3/5, y refiere hiperestesia al tacto en zona dorsal del pulgar con disestesias. Tiene gran limitación para la pinza y moderada para la presa”.

Se acepta la nueva redacción propuesta por la parte recurrente al estar avalada por prueba hábil a los efectos de la suplicación.

SEGUNDO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la Mutua recurrente entiende infringido el art. 137.3 de la LGSS en base, fundamentalmente a que de la prueba practicada no puede deducirse que el trabajador presente una disminución superior al 33% en el rendimiento normal de su profesión, siendo su secuela valorable como lesiones permanentes no invalidantes por “anquilosis interfalángica del primer dedo de la mano derecha”, quedando acreditado que el trabajo del actor demanda un requerimiento de fuerza física y no destreza ni precisión manual.

Pues bien, el artículo 136.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone textualmente: “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, presente reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obsta a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo”. Por su parte, conforme establece el art. 137.3 de la Ley General de Seguridad Social, en su vieja redacción, actualmente aplicable por mor de la disposición transitoria quinta bis de la LGSS, se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la

que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma; en consecuencia procede la declaración de la invalidez permanente parcial cuando las lesiones residuales dificulten el rendimiento en la profesión habitual con una disminución igual o superior al 33%, sin que por otro lado, quede impedida la realización de todas o las más importantes tareas de la profesión habitual y sin que la circunstancia eventual de que el demandante pudiera continuar trabajando en la misma profesión o percibiendo igual salario influya en la calificación jurídica de la incapacidad que, de otro modo, quedaría a merced de quienes alteraran o mantuvieran la remuneración del trabajador parcialmente incapacitado (TCT 25-6-80 y 7-2-84).

TERCERO.- Siguiendo la anterior doctrina, y tal y como se desprende del relato fáctico, en el presente supuesto ha quedado acreditado que el actor aqueja el cuadro de dolencias residuales siguientes: secuela de anquilosis interfalángica del primer dedo de la mano derecha, con acortamiento de 1 centímetro en dicho dedo en relación con el izquierdo; refiere dolor a la pinza forzada que tiene balance muscular 3/5, y refiere hiperestesia al tacto en zona dorsal del pulgar con disestesias. Tiene gran limitación para la pinza y moderada para la presa.

Según el hecho probado 1º el actor es peón, y tal y como obra al hecho probado sexto: “Los trabajos que realizan los trabajadores con la categoría del actor consisten en ejecutar labores para cuya realización se requiere, principalmente, la aportación del esfuerzo físico, sin necesidad de práctica operatoria alguna; pudiendo prestar servicios en cualquier servicio o lugar del centro de trabajo. Entre sus tareas se incluyen: Limpiar y recuperar ladrillos usados y realizar otras faenas similares en obras de demolición. Eliminar obstrucciones siguiendo las instrucciones recibidas. Cargar y descargar materiales y equipos de construcción y transportarlos en las obras. Desempeñar tareas afines”.

Pues bien, teniendo en cuenta que el demandante únicamente tiene como deficiencia significativa una gran limitación para la pinza y moderada para la presa, consecuencia de la anquilosis interfalángica del primer dedo de la mano derecha, con acortamiento de 1 centímetro en dicho dedo en relación con el izquierdo, pero constatando esta Sala que el resto de la mano derecha está en buen estado, al igual que la izquierda y los miembros superiores en su conjunto (salvo el pulgar de la derecha como hemos indicado), y los inferiores y el resto de articulaciones, así como la columna vertebral, no podemos entender que la limitación antes referida le origine al trabajador un menoscabo global en la capacidad de trabajo no inferior al 33 por 100. Ciertamente es que siendo el actor peón de la construcción, además de los requerimientos de esfuerzo físico, debe realizar actividades en las que necesitará manipular determinados utensilios, pero nótese que no nos encontramos ante actividades en las que se necesite una determinada precisión o destreza manual y que la limitación va a poder compensarla con la otra mano y con el resto de las partes de las extremidades superiores. En definitiva, lo que no ha quedado probado en modo alguno es que las secuelas residuales que padece produzcan un menoscabo global en la capacidad de trabajo del actor no inferior al 33 por 100 y tampoco se ha demostrado que su cuadro clínico se traduzca en una mayor dificultad o penosidad para ejercer la profesión valorable en los términos legalmente exigidos, lo que nos conduce a estimación del recurso y a la revocación de la sentencia de instancia.

CUARTO.- No procede la imposición de costas al recurrente de conformidad con el art. 235.1 LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto en nombre y representación del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Alicante de fecha 25 de marzo de 2013, revocamos la citada sentencia y con

desestimación de la demanda absolvemos a la demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas.

1857

Sentencia núm. 765, de 11 de marzo de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador, peón de transporte, afiliado al RGSS y al que se declara en situación de Incapacidad Permanente Parcial para su profesión habitual. Solicitud de revisión de grado por agravamiento de lesiones. Procedencia.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia e instancia. Las dolencias que padece el actor le incapacitan totalmente para el ejercicio de su profesión habitual. Procede otorgar al trabajador una pensión vitalicia mensual correspondiente al 75% de su salario regulador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre de la empresa y Mutua, codemandadas, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social a estos fines: A) Se elimine del fundamento de derecho tercero, con valor de hecho probado, la frase que indica que la profesión habitual del actor “no requiere necesariamente el levantamiento de pesos si no la conducción de un “toro” mecánico con el que se elevan pesos”. B) Se añada al hecho probado primero lo siguiente: “...Dicha profesión habitual de peón de transporte requiere fundamentalmente la aportación de esfuerzo físico y atención, sin que se exija destacada práctica o conocimiento previo”.

2. Ninguna de las revisiones propuestas debe prosperar, por estas respectivas razones: A) La primera porque se basa en la interpretación que efectúa del Convenio Colectivo

de aplicación en relación con la alegación de falta de justificación de lo declarado probado al respecto, incidiendo en aspectos jurídicos como en definitiva realiza también la sentencia de instancia, teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial sobre la profesión habitual en la fecha en que se produjo el accidente de trabajo, referencia que se hace a todas las funciones propias de dicha profesión, o como dijo la STS 17-1-1989 (RA 259/89), "la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en 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", lo que significa que - como ha reiterado la Sala de lo Social de nuestro Alto Tribunal en SS de 12-2-2003 (Rec.- 861/02) o 27-4-2005 (Rec.- 998/04) contemplando supuestos semejantes al que ahora nos ocupa - no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su "profesión", las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el "ius variandi" empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable. Por otra parte, el convenio colectivo no tiene eficacia revisoria (sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 1990), como tampoco lo tiene en otro aspecto la denominada prueba negativa (sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998). B) La segunda porque se basa en la interpretación que efectúa del artículo 17.8 del Convenio, y como vimos el Convenio no tiene eficacia revisoria al tener connotaciones jurídicas, extrañas como tales al relato fáctico, sin perjuicio de lo que se dirá al examinar el siguiente motivo.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS denunciando "infracción por no aplicación de lo establecido en el "art.137.1.b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobada por R.D. Legislativo 1/94 de 20 de Junio, en relación con el art. 135 de la LGSS de 1974, vigente en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta bis de la LGSS DE 1994". Argumenta en síntesis que las dolencias del actor han empeorado hasta el

punto de impedirle la realización de las tareas propias de su profesión habitual por las limitaciones funcionales que sufre.

2. Inalterado el relato histórico de la sentencia de instancia, de los que resulta que el actor, a) nacido el día nacido el 12/08/1954, figura afiliado a la Seguridad Social y de alta en el Régimen General por la realización de las funciones propias de su profesión habitual de peón de transporte, en la empresa TG P.T. S.A., b) Por resolución del INSS de fecha 10/06/2009 fue declarado en situación de Incapacidad Permanente Parcial para su profesión habitual, siendo determinada la contingencia como de enfermedad profesional siendo las dolencias que se fijaron como constitutivas de tal incapacidad: Intervenido de tendinopatías en ambos hombros, limitación parcial de movilidad en ambos hombros y de elevación de pesos, c) El demandante padece las siguientes dolencias y secuelas: Tendinopatía supraespinosa y subescapular hombro izquierdo. Síndrome subracomial con colección líquida y rotura de tendón supraespinoso. Engrosamiento inflamatorio del tendón subescapular. Lesiones en cabeza humeral. Hipertrofia de musculatura deltoidea. Cervicoartrosis, movilidad cervical limitada de forma activa en últimos grado de rotación, no se observan signos de radiculopatía asociada, limitación de movilidad de ambos hombros, condicionante para realizar tareas que requieran de levantamiento de pesos y uso de miembros superiores por encima de la horizontal.

3. Comparando los cuadros clínicos descritos, observamos que las dolencias que presenta el actor le impiden la realización de actividades que precisen elevación de los miembros superiores por encima de la horizontal (limitación que no costara existiera cuando se declaró la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual), y que estimamos muy común en su profesión habitual de peón de transporte, según la definición contenidas en el artículo 17.8 del Acuerdo General de Empresas de Transporte de Mercancías por Carretera. (BOE de 29 de marzo de 2012), que define al peón como “aquel cuya tarea requiere fundamentalmente la aportación de esfuerzo físico y atención, sin que se exija destacada práctica o conocimiento previo”, todo ello atendiendo a lo expresamente instituido en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción originaria (dada la falta de desarrollo reglamentario

de lo previsto en el art.137.3 de dicha ley en su redacción vigente) que define tal grado de incapacidad permanente como 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, en relación con el artículo 143 de la misma ley al haberse agravado sus dolencias hasta el punto de imposibilitarle la realización de las tareas fundamentales de su profesión habitual, que, como se adelantó en el fundamento jurídico anterior no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquélla que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle", lo que significa que - como ha reiterado la Sala de lo Social de nuestro Alto Tribunal en SS de 12-2-2003 (Rec.- 861/02) o 27-4-2005 (Rec.- 998/04) contemplando supuestos semejantes al que ahora nos ocupa - no solo hay que tener en cuenta a la hora de resolver sobre una demanda de invalidez cuáles eran las funciones o trabajos concretos que el trabajador afectado pudiera estar desarrollando antes o las que pueda estar realizando después del accidente sino todas las que integran objetivamente su "profesión", las cuales vienen delimitadas en ocasiones por las de su propia categoría profesional o en otras las de su grupo profesional, según los casos y el alcance que en cada caso tenga el "ius variandi" empresarial de conformidad con la normativa laboral aplicable

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será, la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para dar lugar a la pretensión ejercitada, teniendo en cuenta respecto de la base reguladora lo indicado en el inalterado hecho probado sexto y señalando como fecha de efectos de la pensión la del dictamen del EVI de 6 de abril de 2011 (hecho probado 3º), tal y como se postuló en la demanda inicial. Sin costas, dada la revocación de la sentencia impugnada.

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto en nombre de don G.H.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche el día nueve de Enero de 2013

en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA X. y TG P. T. S.A y con revocación de la expresada sentencia debemos declarar como declaramos que el actor se encuentra en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual por causa de enfermedad profesional con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual del 75% del salario regulador de 2.063,91 euros y con efectos de 6 de abril de 2011 condenando a los codemandados a estar y pasar por tales declaraciones y a la MUTUA X. como subrogada en las obligaciones de la empresa codemandada a que constituya en el Servicio Común que corresponda el capital coste necesario para hacer pago al actor de dicha prestación.

Sin costas.

Sentencia núm. 787, de 1 de abril de 2014

Materia: Afiliación y Cotización de trabajadores. Suscripción de convenio especial. Existencia de sucesión empresarial. Responsabilidad solidaria por sucesión de empresas en la deuda por cotizaciones. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda condenando a las empresas demandadas a que solidariamente suscriban con la actora y con la TGSS el Convenio Especial de la Seguridad Social derivado del ERE sobre una determinada base de cotización y para determinado periodo.

Sala: Estima el recurso y revoca parcialmente la sentencia en el sentido de indicar que no existe sucesión empresarial entre empresas, por lo que no existe una responsabilidad solidaria de la recurrente con la empresa extinguida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que condenó solidariamente a las empresas demandadas U., S.A., y P.Z., S.L. a que suscribieran con la actora y con la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL el Convenio Especial de la Seguridad Social derivado del ERE cuyo coste se calculó en 7.239,98 euros, interpone recurso de suplicación la empresa P.Z., S.L., con el fin de lograr su absolución por inexistencia de sucesión empresarial. El recurso se estructura en dos motivos, redactados respectivamente al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, solicitando el primero de ellos que se adicione al hecho probado undécimo tras la referencia a que “F.B.F., único socio y administrador de P.Z., S.L., había sido “trabajador de... U., S.A.”, como agente de viaje, desde el 1-10-2009 hasta...el 15-9-2010”, lo siguiente: “fecha en que se extinguió su contrato de trabajo por finalización del mismo”. Admitimos el inciso por tener respaldo documental suficiente y constituir dato de relevancia.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso (llamado quinto), dedicado a la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, se denuncia la vulneración del art. 44 del Estatuto de los Trabajadores por aplicación indebida de lo dispuesto en el mismo y en la jurisprudencia del TS y TSJCE, con incumplimiento de requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para entender que existe sucesión empresarial. En este motivo la defensa de la recurrente discrepa de la apreciación que efectúa el Magistrado “a quo,” siguiendo lo manifestado en el informe de la Inspección de Trabajo y en el auto del Juzgado de lo Social nº 3 de Valencia apreciando la supuesta sucesión de empresa, de los requisitos que permiten constatar la existencia de la misma. Así aduce la indicada defensa respecto a la sucesión de plantilla que la actividad desarrollada por P.Z., S.L. no descansa fundamentalmente en la mano de obra sino que requiere de toda una serie de maquinaria y que comprende no solo la arrendada a I., S.L. por lo que no se puede aplicar al presente supuesto la doctrina del TSJCE de la sucesión de plantillas, haciendo también hincapié en que los contratos de

trabajo de todo el personal de U., S.A. fueron extinguidos mediante un expediente de regulación de empleo con acuerdo de las partes con efectos de 27 de octubre de 2010 sin que por la Dirección Territorial de Empleo se apreciase dolo o fraude, circunstancia ésta que fue tenida en cuenta por la sentencia 82/2013 del Juzgado contencioso-administrativo nº 3 de Valencia para declarar no ajustada a derecho la resolución de la TGSS por la que deriva la responsabilidad por deudas de U., S.A. a P.Z. S.L. También aduce la defensa de la recurrente en cuanto a la presunta transmisión de elementos patrimoniales que una parte de los bienes adjudicados en subasta por cesión del remate fueron arrendados a la empresa P.Z., S.L. que tuvo que reparar y subsanar las deficiencias que tenían para cumplir con las disposiciones mínimas de seguridad en los equipos de trabajo, luego no ha habido una transmisión de una empresa o de una unidad productiva en funcionamiento o susceptible de estarlo, lo que unido a la extinción de los contratos de trabajo de los trabajadores de U., S.A. impide que se aprecie la existencia de transmisión de una organización empresarial con las condiciones necesarias para dar lugar a la subrogación empresarial ex art. 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, reseñando un fragmento de la STS de 25-9-2008 en el que se manifiesta que la indicada norma tiene una finalidad de conservación del empleo y no puede convertirse en una fórmula rígida que impida la aplicación de soluciones para la creación de nuevos empleos que sustituyan los perdidos como consecuencia de la crisis de la anterior empresa. También se reproducen, además de fragmentos de sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que no constituyen jurisprudencia a efectos de este extraordinario recurso, unos párrafos de la STS de 25-2-2002 sobre la interpretación del art. 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y en los que se remarca la necesidad de que la transmisión afecte a un establecimiento empresarial en su conjunto o una parte de él que constituya una unidad empresarial susceptible de ser inmediatamente explotada, lo que no sucede en el presente caso por las razones ya expuestas. Por último alude a la STS de 25-6-2001 en la que se vuelve a reseñar que la subrogación empresarial es una medida de defensa y garantía del empleo y que no se da en los supuestos en los que se trata más de una “reconstrucción” que de una “transmisión” de una empresa.

Pues bien, esta Sala de lo Social en sentencia nº 1893 de 17 de septiembre de 2013, recaída en el recurso nº 1526-13, trata y resuelve cuestión idéntica a la aquí suscitada y entre las mismas partes, es decir, la existencia o no de sucesión empresarial ex art. 44 del ET entre U. SA y P.Z. SL, sentencia que revocando el auto objeto de recurso (dictado el 3-9-2012 por el juzgado nº 3 de Valencia), declaró la inexistencia de sucesión empresarial. De este modo, existiendo identidad sustancial y de razón entre ambos asuntos, así como en aras de salvaguardar el principio de igualdad en la aplicación de la ley y por motivos de seguridad jurídica y coherencia, estaremos a lo en ella resuelto, siempre a la vista de nuestro propio relato de hechos probados. Y así razona la indicada sentencia que para dilucidar si estamos ante un supuesto de sucesión empresarial del art. 44 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores no está de más recordar la doctrina recogida en la reciente STS de 05 de Junio del 2013 (ROJ: STS 3586/2013), Recurso: 988/2012, en la que se contempla un caso de venta judicial de un inmueble, sin adquirirse las máquinas, muebles y otros enseres que el anterior titular tuviese en él. En dicha sentencia se indica que la Sala de lo Social del TS “antes de la reforma del artículo 44 del E.T . por la Ley 12/2001 ya había establecido,

cual resume nuestra sentencia de 16 de julio de 2003 (rcud. 2343/02), "como es doctrina de esta Sala (entre otras, sentencias del Pleno de 15.4.99), interpretando el art. 44 del E.T , en su redacción anterior a la Ley 12/2001 de 9/7 que es la aplicable, la transmisión de empresas que contempla el art. 44 el Estatuto de los Trabajadores es un fenómeno cuya posibilidad, a través de distintos negocios jurídicos y con diverso alcance, se contempla en nuestro ordenamiento en varios preceptos legales (arts. 324 y 1389 del Código Civil y 928 del Código de Comercio) y que se caracteriza porque su objeto --la empresa-- está constituido por un conjunto de bienes organizado para lograr una finalidad económica. Esta particularidad en el objeto transmitido determina dos consecuencias fundamentales: 1º) la transmisión tiene que afectar a un establecimiento empresarial en su conjunto o a una parte de él que constituya, como señalaba el art. 3.1 de la anterior LAU, una unidad patrimonial susceptible de ser inmediatamente explotada y 2º) la transformación responde normalmente al principio de unidad de título y diversidad de modos en atención a las peculiaridades de los distintos bienes que integran el conjunto organizado objeto de transmisión. En este sentido la doctrina de esta Sala ha precisado que la sucesión de empresa requiere "la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales... que permite la continuidad de la actividad empresarial" (sentencia de 27 de octubre de 1.986) y considera que, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite "no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo, sino unos elementos patrimoniales aislados" (sentencia de 4 de junio de 1.987). Por otra parte, para que opere la garantía que establece el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores es necesario, salvo supuestos de fraude acreditado, que los contratos de trabajo continúen en vigor y no se hayan extinguido válidamente (sentencias de 11 de mayo de 1.987, 24 de julio de 1.995 y 20 de enero de 1.997)".

Este criterio se ha mantenido, tras la reforma del artículo 44-2 del E.T. para transponer la Directiva 2001/123/CE del Consejo de 12 de marzo de 2001, precepto estatutario en el que se establece la necesidad de que la "transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria". Como señalamos en nuestra sentencia de 23 de noviembre de 2004 (rcud. 6432/2003) "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)-. En relación con ello procede constatar que el indicado Tribunal comunitario ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se

haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión - SSTJCE 18-3-1986, Asunto Spijkers o 19-5-1992, Asunto Stiiching, 10-12-1998 Asunto Sánchez Hidalgo, 2-12-1999 Asunto Allen y otros, 24-1-2002 Asunto Temco, entre otras -. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes". Doctrina reiterada por nuestra sentencia de 25 de septiembre de 2008 (rcud. 2362/2007) donde se afirma: "se ha dicho que por encima de las palabras utilizadas en la letra del precepto o en las sentencias interpretativas del mismo, lo que se trasluce de ellas es la exigencia de que se haya producido una transmisión de activos patrimoniales y personales, o sea, de elementos que permitan continuar una explotación empresarial «viva», que es lo que podría permitir hablar de la permanencia en su identidad, siendo así que este dato -conservación de la identidad- es exigido por la normativa comunitaria -Directiva 1977/187/CEE, de 14/Febrero; Directiva 1998/50/CE, de 29/Junio; y Directiva 2001/23/CE, de 12/Marzo- y ha sido considerado elemento determinante de la existencia o no de una sucesión empresarial en la jurisprudencia comunitaria [STCE 65/1986, de 18/Marzo/86, Asunto Spijkers], habiendo señalado al respecto ese mismo Tribunal que aun cuando esa circunstancia se deduce normalmente del hecho de que la empresa «continúe efectivamente su explotación o que ésta se reanude», para llegar a dicha conclusión hay que tener también en cuenta «otros elementos, como el personal que la integra, su marco de actuación, la organización de su trabajo, sus métodos de explotación o, en su caso, los medios de explotación de que dispone» [STCE 212/2000, de 26/Septiembre, Asunto C-175/1999] (así, la citada STS 25/02/02 -rcud 4293/00 -)".

En el presente caso, la Sala, en contra de lo apreciado por la sentencia recurrida, entiende que no se dan los requisitos necesarios para apreciar la existencia de sucesión empresarial entre la empresa U., S.A. y la empresa P.Z., S.L., al no haber una transmisión de un conjunto que reúna las características necesarias para una explotación autónoma ya que, conforme se desprende del inalterado relato de hechos probados de la resolución impugnada, la empresa P.Z., S.L. aunque desarrolle la actividad mayoritaria que en su día desarrolló U., S.A., esto es, la fabricación de envases de plásticos de un solo uso destinados a la industria del helado, dicha actividad la lleva a cabo no solo con la maquinaria arrendada a I.I., S.L. que a su vez la adquirió por cesión del remate hecha por el adjudicatario en la subasta de parte de los bienes embargados por la Tesorería General de la Seguridad Social a U., S.A., sino que para el desarrollo de su actividad productiva P.Z., S.L. también ha precisado arrendar un grupo electrógeno a la empresa B., S.A. y una carretilla eléctrica marca Nissan a la empresa Carretillas Kliff-Man S.L.. Por otra parte la maquinaria arrendada por P.Z., S.L. a I.I., S.L. no estaba en condiciones de ser utilizada conforme provenía de U., S.A., ya que hubo que proceder a un acondicionamiento y puesta a punto (hecho probado 12º). Además y según lo dispuesto en el hecho probado 15º, hubo que subsanar "las

disconformidades detectadas” para que cumplieran las disposiciones mínimas en materia de seguridad y salud en la utilización por trabajadores de equipos de trabajo, lo que se verificó durante los meses de febrero a mayo de 2011. Por otra parte, el centro de trabajo en el que U., S.A. desarrollaba su actividad no es el mismo que el de P.Z., S.L. y aunque no se precisan de instalaciones fijas para la fabricación de envases plásticos, tal y como indica la resolución impugnada, sí que se precisa de un local para llevar a cabo la indicada actividad productiva y dicho local no ha sido objeto de transmisión ya que como se ha dicho son distintos los centros de trabajo de una y otra empresa, estando además ubicados en distintas localidades, de modo que más que la transmisión de una entidad económica organizada con identidad propia entre U. S.A. y P.Z. S.L., lo que se aprecia es la transmisión de unos elementos patrimoniales aislados, a través de una tercera empresa, I.I., S.L. que no guarda relación alguna con las otras empresas, y que los adquirió en pública subasta de parte de los bienes embargados a U. S.A., dato expresivo de que dicha empresa había dejado ya de actuar como tal; siendo además insuficiente la transmisión de dichos elementos patrimoniales para permitir la continuidad de la actividad productiva desarrollada por U. S.A. tanto por las deficiencias de los mismos como por su insuficiencia para cubrir todas las necesidades requeridas por la explotación empresarial y que abarcan desde la disposición de un local donde ubicar las máquinas y los empleados hasta la disposición de un grupo electrógeno y de una carretilla eléctrica.

Por último, obsta también a la existencia de sucesión empresarial entre U., S.A. y P.Z., S.L. que los contratos de trabajo de los empleados de U. S.A. se extinguieran válidamente antes de que comenzase su actividad P.Z. S.L. S.L., y es que la extinción de los indicados contratos y la subasta de los bienes de U. S.A. pone de manifiesto precisamente que dicha mercantil no estaba en funcionamiento cuando inicia su actividad empresarial P.Z., S.L. sin que la actividad de esta pueda considerarse una reanudación de la llevada a cabo por U., S.A. dada la insuficiencia de los elementos patrimoniales procedentes de esta empresa que han pasado a disposición de P.Z., S.L.; pero es que además al no ser P.Z. S.L., una empresa de servicios sino de producción, su actividad no descansa fundamentalmente en la mano de obra, por lo que el hecho de que P.Z. S.L. contratase a gran parte de la plantilla que en su día tuvo U. S.A., en concreto a diecinueve de los treinta y un trabajador con los que contaba aquella en octubre de 2010, no resulta decisivo para apreciar la existencia de sucesión empresarial, ni revela un cambio de titularidad no transparente o encubierto, ya que resulta lógico y razonable que al ser el socio fundador y administrador de P.Z., S.L., D. F.B.F., que fue trabajador (agente de viaje) de U. S.A., el mismo quisiera contar con la experiencia profesional de los antiguos trabajadores de aquella para poner en marcha la nueva empresa al ser la actividad que realiza P.Z. S.L., similar a la actividad mayoritaria que realizaba U. S.A. sin que existan elementos que permitan afirmar la existencia de una sucesión no transparente, ni de una extinción ficticia de los contratos de trabajo anteriores para continuarlos con el mismo empleador.

Al no apreciarse por las consideraciones expuesta la existencia de sucesión empresarial entre U. S.A. y P.Z., S.L. procede la estimación del motivo y la revocación parcial de la sentencia recurrida con absolució de la citada empresa P.Z., S.L

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, 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 P.Z. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 13 de los de Valencia y su provincia, de fecha 8 de marzo de 2013, y, en consecuencia, revocamos parcialmente la sentencia recurrida absolviendo a P.Z., S.L. de la condena que le ha sido impuesta, al no existir sucesión empresarial entre U., S.A. y P.Z., S.L.

Confirmamos el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución a la recurrente de las cantidades consignadas o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados y del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 802, de 1 de abril de 2014

Materia: Reconocimiento de derecho. Percepción prestación de jubilación SOVI. Acreditación periodo de cotización requerido. Excepción caducidad de la acción. Quebrantamiento del principio de tutela judicial efectiva.

Juzgado: Estimando la excepción de caducidad de la acción alegada por el organismo codemandado, desestima la demanda y absuelve en la instancia a los demandados.

Sala: Estima el recurso desestimando la excepción de caducidad. Acuerda la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para que se resuelvan las restantes cuestiones planteadas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia, y auto de aclaración, que, estimando la excepción de caducidad de la acción alegada por el demandado INSS absuelve en la instancia a los demandados.

El primer motivo del recurso se redacta al amparo de la letra b) del art. 193 de al LRJS, para interesar la revisión del hecho probado cuarto, proponiendo la siguiente redacción al mismo, “contra la anterior resolución el demandante formuló demanda ante la jurisdicción social, que por turno de reparto correspondió a este Juzgado, autos 6/2010. En fecha 6.2.2012 recayó Auto en dicho procedimiento teniendo al actor por desistido de la demanda, acordando el archivo de lo actuado, notificado el mismo al Graduado Social que representa al actor en fecha 7.2.2012. En

fecha 14.3.2012, el demandante volvió a plantear la demanda, recayendo nuevamente por turno de reparto a este Juzgado los presentes autos”, en base al documento 4 y 5, y doc. 90-92.

Efectivamente la demanda rectora de las presentes actuaciones (folio5) lleva sello de entrada en Decanato de los Juzgados de Castellón de 14-marzo-2012, por lo que procede acceder a la revisión.

SEGUNDO.- En el segundo motivo se interesa la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas del procedimiento, denunciando la infracción del art. 218.1 LEC, art. 97 LPL, art. 241 LOPJ, art. 24 y 9.3 CE. Sostiene el recurrente que le ha causado indefensión el error producido en el hecho probado cuarto, al confundir la fecha de presentación de la demanda el 14-3-12, con la fecha de entrada en el Juzgado de los Social nº1 (4-4-12) el cual lo remitió nuevamente al Decanato para que se le asignara al Juzgado nº 1 que a su vez lo recibió el 17-4-12, y dicho error llevó a estimar la caducidad alegada, quebrantando así la tutela judicial efectiva al no entrar a resolver el fondo del asunto.

El motivo debe estimarse pues, según consta en el relato fáctico con la revisión admitida, el archivo del anterior procedimiento se notificó al actor el 7-2-12 y la demanda rectora de las presentes actuaciones se presentó en Decanato el 14-3-12, por tanto dentro del plazo de 30 días previsto en el art. 71.6 de la LRJS, en relación con el art. 45 del mismo texto legal, por lo que procede la desestimación de la alegada excepción de caducidad de la instancia, lo que conlleva la nulidad de la sentencia a fin de que por el Juzgado, con libertad de criterio, y haciendo uso de las diligencias finales que estime necesarias, se entre a resolver sobre el resto de cuestiones planteadas en el litigio; sin que esta Sala pueda resolver dichas cuestiones en este momento procesal, pues no existe un pronunciamiento previo de la sentencia de instancia sobre ellas, ni tampoco se hace ninguna referencia a las mismas en el escrito de interposición del recurso que se limita a combatir el pronunciamiento sobre la caducidad de la acción.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de M.A.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Castellón de fecha 9-mayo-2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y ABOGACIA DEL ESTADO.; y revocando la sentencia recurrida, desestimamos la excepción de caducidad de la instancia y acordamos la devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia para que se resuelvan las restantes cuestiones planteadas.

Sin costas.

Sentencia núm. 822, de 1 de abril de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS. Solicitud de declaración de invalidez permanente total para el ejercicio de toda actividad como consecuencia de las lesiones que padece la actora. Se ha reconocido a la demandante una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Revisión grado. Procedencia.

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

Sala: Estima el recurso y delira a la actora afecta de una situación de invalidez permanente absoluta para toda profesión u oficio, derivada de enfermedad común. La actora tiene derecho a una pensión vitalicia correspondiente al 100% de su base reguladora mensual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda en la que se postulaba una invalidez permanente en el grado de absoluta para toda profesión u oficio, interpone recurso de suplicación la parte actora y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, alegando, en síntesis, que las dolencias y limitaciones que padece la actora le hacen tributaria de una invalidez permanente en el grado de absoluta, por lo que con estimación del recurso debe revocarse la sentencia de instancia y reconocerse el grado invalidante postulado.

En el presente supuesto atendidos los inalterados hechos declarados probados de la sentencia impugnada, resulta que a la actora se le reconoció por resolución del INSS de fecha 24 de octubre de 2011 una invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual de administrativa en notaria en base a las dolencias que se indican en el hecho probado segundo de la sentencia impugnada. Disconforme la parte actora con el grado invalidante reconocido formuló reclamación previa que fue desestimada por el INSS. Actualmente la actora padece:" Escoliosis severa intervenida con barra de hurrington en 1972. En RX se aprecia barra de hurrington que abarca toda la columna, manteniéndose escoliosis de doble curva de unos 30°. Tono muscular, sensibilidad y reflejos conservados.-Presenta flexión activa muy limitada, rotaciones pasivas del 70%, movilidad cervical del 50% en flexoextensión y rotaciones. Abducción del brazo derecho de 60ª. Tono muscular, sensibilidad y reflejos conservados.-Presenta dolor en raquis cervico-dorso-lumbar.-Cataratas en ambos ojos intervenidas en AO en 2010, AV con corrección OD: 0,9, OI: 0,4. AVCC AO 0,7, CERCA O,8 distancia intermedia imposible graduar(h ribe). -Rinitis.-Asma bronquial intrínsecas corticiode pendientes

en seguimiento desde 1988, agudizaciones ante infecciones respiratorias.-En 2006 presentaba: PFR FVC 53%, FEV1. 55%, FEV1/FVC: 79%. -En 2008 presentaba: PFR FVC 47%, FEV1. 45%, FEV1/FVC: 72% Mejora del 12% con broncodilatador Se encuentra limitada para actividades que impliquen hacer esfuerzos mínimos o posturales, y para la bipedestación prolongada por su patología lumbar y para los que precisen agudeza visual y fijación de vista por la patología en la visión "

Atendido el precedente cuadro clínico y las limitaciones que padece consistentes en limitación para actividades que impliquen hacer esfuerzos mínimos o posturales, y para la bipedestación prolongada por su patología lumbar y para los que precisen agudeza visual y fijación de vista por la patología en la visión, no se considera ajustada a derecho la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora ya la trabajadora se encuentra limitada para realizar esfuerzos mínimos y es evidente que en cualquier actividad laboral por sencilla y liviana que sea se han de realizar mínimos esfuerzos para los que se encuentra limitada la actora, por lo que se encuentra incapacitada para todo tipo de trabajo de conformidad con lo establecido en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia y declarar a la trabajadora afecta de invalidez permanente en el grado de absoluta con los derechos inherentes a tal declaración.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora Doña M.C.B.F. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Once de los de Valencia, de fecha 4 de febrero de 2.013, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos a la actora afecta de invalidez permanente en el grado de absoluta para toda profesión u oficio, derivada de enfermedad común, con derecho a una pensión vitalicia del 100 por 100 de su base reguladora mensual de 2.375,43 euros y fecha de efectos económicos de 19-10-11, condenando al INSS a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente.

Sentencia núm. 841, de 3 de abril de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora en alta afiliada al RGSS y que presta servicios como limpiadora. La actora sufre un accidente de trabajo en la empresa demandada. Se declara a la actora en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual, derivada de enfermedad común. Determinación de contingencia: la actora solicita que la situación de incapacidad reconocida derive de accidente de trabajo.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando que la parte actora se encuentra afecta de una invalidez permanente en el grado de total para el ejercicio de su profesión habitual, con origen en enfermedad común. Se obliga al instituto demandado al pago de una pensión vitalicia correspondiente al 75% de su base reguladora, sin perjuicio de las compensaciones y deducciones legales que procedan, absolviendo a los organismos y mutua codemandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando que la situación de incapacidad que padece la actora deriva del accidente de trabajo sufrido en la empresa donde prestaba servicios. Revisión importe de la prestación y condena a la mutua a la constitución del capital coste necesario y al INSS a las prestaciones económicas correspondientes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En dos motivos se sustenta el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que estima parcialmente la demanda y declara a la actora en situación de

incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad común, habiendo sido impugnado el recurso por la Mutua X. como se expuso en los antecedentes de hecho.

En el recurso la demandante combate la determinación de la contingencia de la que deriva la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual que le ha sido reconocida por la sentencia de instancia, al entender que dicha contingencia no es de origen común como declara la resolución recurrida, sino que se trata de accidente de trabajo.

SEGUNDO.- El primero de los motivos que se incardina en el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia del juzgado. En concreto se solicita la adición al hecho probado quinto del siguiente contenido: “La lumbalgia, dolencia desencadenante de la baja por Incapacidad Temporal de fecha 5 de marzo de 2.010, deriva del accidente de trabajo ocurrido el 29 de septiembre de 2.009 ya que anteriormente a dicho accidente toda la patología degenerativa que tenía la actora NO había dado lugar a sintomatología de ningún tipo ni a ninguna baja médica, como lo acreditan los documentos remitidos por el Centro de Salud X. y del Hospital X.”

La modificación postulada se apoya en el resultado de la prueba documental anticipada solicitada por la parte actora y que obra en el primer tomo del expediente judicial (folios 74 a 140 y 168 a 171) y la misma no puede ser acogida por cuanto que la referencia genérica de documentos en apoyo de revisión fáctica se compadece mal con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación (véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de julio y 26 de septiembre de 1995). Como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador sino también que se señale

de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas", ... con esta forma de proceder lo que está tratando de conseguir 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 ... extraordinario, 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 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia..."

Por otra parte, la adición solicitada no introduce novedad relevante respecto al relato fáctico de la sentencia impugnada puesto que en el hecho probado quinto de la misma, se hace referencia a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de Valencia que declaró accidente de trabajo la contingencia de la que derivaba el proceso de incapacidad temporal iniciado por la actora en fecha 5-3-2010 con el diagnóstico de lumbago.

TERCERO.- En el segundo motivo del recurso que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS se imputa a la sentencia de instancia la infracción del art. 115.2 f) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, junto con la jurisprudencia aplicable, citando al efecto la sentencia de la Sala de lo Social del TS de 23-2-2010, RCUUD nº 2348/09 y diversas sentencias de Salas de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia.

Razona la defensa de la parte actora que con independencia de que las dolencias de la actora sean degenerativas, el desencadenante de la sintomatología de dicha patología degenerativa fue el accidente de trabajo sufrido por la actora y por el que estuvo de baja por incapacidad temporal de forma ininterrumpida no volviendo a trabajar en la empresa hasta que fue despedida en agosto de 2011 y posteriormente se le reconoció la invalidez, por lo que la contingencia de la que deriva la incapacidad permanente total para su trabajo habitual reconocida a la actora por la sentencia de instancia debió calificarse como accidente de trabajo.

Para una correcta resolución de la cuestión planteada, conviene reseñar siquiera brevemente los siguientes hechos que se desprenden del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia y cuya reproducción íntegra se recoge en los antecedentes de hecho de la presente resolución: - La demandante nacida el 12-6-1946 sufrió accidente de trabajo en fecha 29-12-2009, cuando al encontrarse limpiando en su centro de trabajo, resbaló y cayó de culo, cargando todo el peso en la espalda, permaneciendo de baja por incapacidad temporal hasta el 18-2-2010, siendo el diagnóstico: fractura de columna vertebral a nivel L2. En enero de 2010 la fractura estaba consolidada y sin edema óseo, persistiendo el dolor, síntoma que había mejorado en febrero de 2010, no precisando analgésicos. El 5-3-2010 cayó nuevamente de baja por incapacidad temporal por enfermedad común con el diagnóstico de lumbago siendo dada de alta el 18-8-2011. Iniciado expediente de declaración de contingencia se dictó resolución del INSS de fecha 20-7-2010 que declaró la contingencia de origen común, si bien por sentencia del Juzgado de lo Social nº 14 de los de Valencia de 5-6-2012 se declaró la contingencia de la que derivaba la indicada baja, accidente de trabajo, habiendo devenido firme dicha sentencia al ser confirmada por esta Sala. En fecha 22-3-2010 la actora insta expediente de incapacidad permanente que se le deniega por Resolución de 28-4-2010, siendo las dolencias que presenta las siguientes: secuelas de fractura acuñaamiento de L2, espondiloartrosis lumbar severa L4-L5-S1, discartrosis L4-L5 y L5-S1, cambios tipo modic. II, espondilolistesis L3-L4 grado I, lumbalgia crónica mecánica que cursa con persistencia de dolor lumbar, y que se acentúa con la carga de pesos, posturas forzadas de raquis, bipedestación y deambulación prolongada.

De los datos expuestos se evidencia que si bien la actora padecía con anterioridad al accidente de trabajo sufrido en fecha 29-12-2009, una patología degenerativa a nivel de raquis lumbar, la misma se agravó con el referido accidente, ya que antes del mismo no consta que dicha patología le hubiera mermado sus facultades para desempeñar las labores propias de la profesión que ejercía -no consta siquiera la existencia de bajas anteriores a causa de esas dolencias- y después del accidente quedó incapacitada, por lo que el supuesto aparece así como paradigma del

mandato legal: lesiones anteriores al accidente que se agravan a consecuencia del sufrido en el desempeño del trabajo, tal y como ha apreciado nuestro Alto Tribunal en supuestos similares contemplados en las sentencias de 27 de octubre de 1992 (R. 1901/1991), 23 de febrero de 2010 (R. 2348/2009) y en la más reciente de 3 de julio de 2013 (R. 1899/2012). En definitiva, si el proceso morboso estaba silente y fue el accidente de 29-12-2009 el que lo agravó y provocó que sus efectos incapacitantes saliesen a la luz, se ha de concluir que la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de la actora derivada de dicho agravamiento de la lesión que se produjo por el accidente deriva de la contingencia de accidente laboral, conforme al art. 115-2-f) de la L.G.S.S. lo que determina la revocación de la sentencia de instancia en el sentido de estimar íntegramente la demanda y declarar accidente de trabajo la contingencia de la que deriva la situación de incapacidad permanente total, cualificada, para la profesión habitual de la demandante, declarando el derecho de la misma a percibir una pensión en cuantía del setenta y cinco por cien de su base reguladora de 439,01 euros mensuales en doce pagas anuales, condenando a los codemandados a estar y pasar por tal declaración y a la Mutua X. a la constitución del capital coste de la renta necesario, y al Instituto Nacional de la Seguridad Social al pago de las prestaciones económicas correspondientes con efectos desde 15 de abril de 2010, más las mejoras y revalorizaciones de aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades legales de la Tesorería General en su condición de servicio común y de reaseguro y del Instituto Nacional de la Seguridad Social subsidiariamente en su condición de sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.ª R.B.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Doce de los de Valencia y su provincia, de fecha 27 de junio de 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente y revocamos la sentencia de instancia en el sentido de declarar que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente total, cualificada, para su

profesión habitual, derivada de accidente de trabajo con derecho a percibir una pensión vitalicia en cuantía del setenta y cinco por cien de su base reguladora de 439,01 euros mensuales en doce pagas anuales, condenando a los codemandados a estar y pasar por tal declaración y a la Mutua X. a la constitución del capital coste de la renta necesario, y al Instituto Nacional de la Seguridad Social al pago de las prestaciones económicas correspondientes con efectos desde 15 de abril de 2010, más las mejoras y revalorizaciones de aplicación, sin perjuicio de las responsabilidades subsidiarias de la Tesorería General en su condición de servicio común y de reaseguro y del Instituto Nacional de la Seguridad Social en su condición de sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes.

Sentencia núm. 849, de 3 de abril de 2014

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta servicios como conductor en empresa de menos de 25 trabajadores dedicada al manipulado y envasado de frutas. El actor es despedido por causas económicas y productivas. Devengo de cantidades. El actor presenta demanda de despido. Solicitud de indemnización por despido objetivo.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la empresa demandada a abonar al demandante determinada cantidad como consecuencia de la extinción de la relación laboral con un recargo por mora del 10% anual.

Sala: Estima el recurso de la parte demandante contra la sentencia de instancia y declara el derecho del trabajador a recibir determinada cantidad en concepto de indemnización por despido objetivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia –sentencia y auto de aclaración- se formula recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, planteándose al efecto tres motivos de impugnación referidos a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

Antes de efectuar un pronunciamiento sobre los indicados motivos debemos realizar una expresa manifestación de rechazo respecto a la incorporación de los documentos que la empresa impugnante del recurso pretende unir al escrito de oposición a la suplicación y que consisten en fotocopia de un documento de manifestaciones en el que figura el importe de la indemnización por despido recibida y firmada por el actor junto a cuatro pagarés al portador emitidos en fecha 31/5/2011. Las razones que avalan el anunciado rechazo y devolución se fundamenta en que los

indicados documentos no reúnen ninguno de los requisitos instituidos en el art. 233 de la LJS al no tratarse de sentencia o resolución judicial o administrativa firme ni de documentos decisivos que no se hubieran podido aportar al proceso pues los mismos ni ostentan aquella específica cualidad y pudieron y debieron, en su caso, haber sido aportados por la empresa en el momento de celebración del juicio al llevar fecha anterior al de su celebración y obrar en poder de la entidad demandada, siendo la misma concedora de que la parte actora interesaba en el escrito inicial de demanda el correspondiente abono de la indemnización por despido objetivo por lo que debió haber acudido a dicho acto de juicio a fin de poner de manifiesto su expresa oposición frente al devengo postulado.

Entrando ya en el análisis del recurso interpuesto hay que indicar que los dos primeros motivos tienden a la modificación del hecho probado segundo de la sentencia, así como del fundamento jurídico, párrafo segundo, del auto de aclaración dictado en el presente procedimiento a fin de que se adicione al relato fáctico como cantidad devengada a favor del demandante la indemnización por despido objetivo en cuantía de 10.642,46 €.

Las indicadas modificaciones no podrán tener favorable acogida dado que la sentencia ya recoge en el hecho probado primero el dato del despido por causas objetivas por parte del actor y realizado por la empresa en fecha 31/5/2011, así como la fecha de inicio de la prestación y el salario percibido por el demandante, por lo que con tales parámetros ya resultaría factible el cálculo de la indemnización reclamada en concepto de dicho despido. Respecto a la modificación del fundamento de derecho del auto de aclaración tampoco resulta procedente pues la revisión se predica de los hechos y no de los razonamientos o fundamentos jurídicos de la resolución judicial.

SEGUNDO.- El siguiente motivo, dedicado al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denuncia la infracción del art. 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores. Se argumenta en el motivo que el actor tras el despido objetivo de fecha 31/5/2011 no fue readmitido sino que inició una nueva relación laboral al pasar de indefinido a fijo discontinuo en fecha 4/10/2011, cobrando el desempleo durante cuatro meses, señalándose que el acuerdo con la empresa fue que

el actor desistía del procedimiento por despido si se le realizaba una nueva contratación pero sin haber existido readmisión por sentencia judicial tras aquel despido objetivo, e indicándose que la empresa aportó documentación con posterioridad a la sentencia dictada en este procedimiento de la que no se dio traslado a la parte actora antes de dictarse auto de aclaración y postulándose el derecho del trabajador a percibir la indemnización por despido objetivo que se correspondería con la suma de 10.642,46 € constando en la carta de despido el importe del 60 % correspondiente a la indemnización a cargo de la empresa.

El único precepto que se denuncia en el recurso localizado en el art. 53.1 b) del ET exige que en casos de despido por causas objetivas el empresario ponga a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.

En el caso que contempla la sentencia recurrida figura probado que el actor fue objeto de un despido por causas objetivas en fecha 31/5/2011 y lo que en definitiva se ventila es si teniendo en cuenta que el actor desistió de la demanda de despido, dictándose decreto en fecha 11/11/2011, con archivo de dicha demanda, el demandante sigue o no teniendo derecho al percibo de la indemnización correspondiente a dicho cese, con independencia de la nueva contratación suscrita entre partes en fecha 4/10/2011, partiendo de que el actor reclamaba dicha indemnización en la demanda rectora de las presentes actuaciones y que la empresa no acudió al acto de juicio, siendo este el momento procesal oportuno para oponerse a dicha pretensión.

Como quiera que al demandante se le comunicó su despido por causas objetivas con efectos del día 31/5/2011 teniendo el mismo derecho a la pertinente indemnización legal por el cese decretado por la empresa, sin que la misma haya justificado en el acto de juicio --al que estaba debidamente citada-- haber procedido al abono de la indemnización que se fijaba en la misma carta de despido, procederá su condena, pues el hecho de que el actor desistiera de la acción de despido planteada frente a la demandada no supone la pérdida del derecho a la indemnización prevista que puede en su caso ser reclamada mediante el procedimiento ordinario, y no el

especial de despido, tal y como acontece en el supuesto que examinamos, y mantiene a su vez la sentencia del Tribunal Supremo de 22/1/2007 al señalar que cuando el trabajador acepta plenamente la licitud del despido decretado por el empresario, ya no sería exigible que planteara la acción por despido pues sobre ello ya no existiría conflicto pero sin que ello suponga la pérdida de la indemnización establecida para dichos ceses, y sin que la nueva contratación al parecer habida entre partes en fecha 4/10/2011 permita hablar de una auténtica readmisión sino de la existencia de una nueva y distinta relación laboral que en ningún caso resultaría incompatible con el derecho a la indemnización por el despido objetivo precedentemente decretado por la empresa demandada, por lo que procederá acoger el recurso de suplicación planteado, como antes apuntábamos, debiéndose tomar en consideración que en caso de encontrarnos ante una empresa de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40 por 100 de la indemnización legal que corresponda al trabajador cuya relación laboral se ha extinguido como consecuencia de la causa prevista en el párrafo c) del art. 52, como acontece en el presente supuesto, así como que el cálculo del importe de este abono se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores en la versión aplicable a la fecha del despido acaecido el 31/5/2011.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. P.C.D. contra la sentencia de fecha 14 de marzo de 2013 dictada por el Juzgado de lo Social número 10 de Valencia en los autos seguidos a instancia del recurrente contra E. SL y con revocación de la misma y estimación de la demanda formulada por el demandante condenamos a la demandada al abono de la cantidad fijada en el fallo de la sentencia así como de la suma de 10.642,46 € en concepto de indemnización por despido objetivo, con los topes y porcentaje, en su caso, aludidos en la fundamentación jurídica de la presente sentencia.

Sentencia núm. 859, de 8 de abril de 2014

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas objetivas, con motivo de un ERE empresarial. La demandante presta sus servicios para una sociedad mercantil pública cuyo único accionista es la Generalitat Valenciana. Impugnación de la extinción de contrato derivado de despido colectivo: Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda y declara la procedencia del despido, declarando convalidada la extinción de la relación laboral que el despido produjo, absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados de contrario.

Sala: Estima parcialmente el recurso al apreciar de oficio la caducidad de la acción de despido, condenando a pagar a la actora determinada cantidad en concepto de indemnización por falta de preaviso. El incumplimiento de éste no lleva aparejado la declaración de improcedencia del despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre impugnación de la extinción del contrato de trabajo derivada del despido colectivo acordado por la empresa demandada, se solicita el planteamiento de cuestión de constitucionalidad sobre el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, al considerar que dicha norma introduce una Disposición Adicional 20^a al Estatuto de los Trabajadores que supone un cambio radical de lo establecido en el art. 51 del indicado texto legal y de la legislación

procesal adjetiva, afectando a materias (el derecho al trabajo) que gozan de una expresa reserva de Ley (art.35.2 de la Constitución) y sin que concurra una situación de extraordinaria y urgente necesidad, que pueda justificar la regulación de la indicada reforma mediante Real Decreto Ley.

Sobre el planteamiento de la indicada cuestión se ha de decir que procede su denegación ya que como indica una reiterada doctrina constitucional “la cuestión de inconstitucionalidad no es un instrumento procesal para buscar una depuración abstracta del Ordenamiento” (STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 2; o SSTC 55/2010, de 4 de octubre, FJ 2, y 20/2012, de 16 de febrero, FJ 4) además de que “no caben impugnaciones globales y carentes de una razón suficientemente desarrollada” (STC 245/2004, de 16 de diciembre, FJ 3, o STC 149/2006, de 11 de mayo, FJ 5, y ATC 128/2012, de 19 de junio, FJ 2) y esto es, en definitiva, lo que se aprecia en el presente caso dados los términos globales en que se expone la duda de constitucionalidad formulada por la defensa del recurrente en la que además se realizan consideraciones de cariz ideológico o político, que exceden con mucho de los razonamientos jurídicos y que no pueden sino quedar fuera de nuestro enjuiciamiento. Por otra parte, conforme expone la Magistrada de instancia, la regulación del despido colectivo por causas económicas, organizativas o de producción, así como su aplicabilidad a las empresas públicas que es el objeto de la cuestión de inconstitucionalidad cuyo planteamiento solicita la defensa del recurrente, no resulta aplicable en el presente caso ya que no se trata de la impugnación de un despido colectivo sino de la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo de la demandante derivada de despido colectivo, por lo que tampoco concurren los denominados juicios de aplicabilidad y relevancia exigidos por el art. 35 de la LOTC.

SEGUNDO.- Procede a continuación entrar a examinar los motivos destinados a la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y que se introducen por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS).

La primera de las modificaciones atañe al hecho probado primero para que se incluya en el mismo que a la relación laboral le resulta de aplicación el Acta de interpretación de desarrollo del Convenio Colectivo de fecha 1 de marzo de 2005, copias de los cuales obran en autos y se tienen por reproducidos (folios 29 a 44 vuelto del Tomo II de estos autos).

La adición propuesta no puede prosperar por cuanto que introduce valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico, y que en su caso se tendrían que hacer valer a través del cauce del apartado c del art. 193 de la LJS, siendo por lo demás irrelevante la modificación solicitada a efectos de modificar el sentido del fallo, como lo evidencia que en los motivos destinados al examen del derecho aplicado no se haga mención a la indicada Acta de Interpretación de desarrollo del Convenio Colectivo.

La siguiente modificación concierne al hecho probado tercero para el que se solicita la siguiente redacción en la que se hace constar en negrita la adición postulada: “3.....6) gestión del patrimonio de viviendas públicas de la Generalitat Valenciana, **formaba parte del sector público de la Generalitat Valenciana (artº 79 del Estatuto de Autonomía), su régimen jurídico se consignaba en el artº 103 de la Ley 12/2004 definiendo al IVVSA como " medio propio instrumental y servicio técnico de la administración de la Generalitat, está obligado a realizar los trabajos que le encomiende la administración de la Generalitat y los organismo público de ella dependientes"** en las materias de su competencia asignando en su caso a personal propio para prestar servicios Consellerias. Por Decreto Ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Gobierno Valenciano, pasó a fijar la directa dependencia del IVVSA de la Conselleria competente en materia de vivienda entre otras cosas en materia de política de personal (artº4), y la vinculación a los principios de acceso a la función pública, y la obligatoriedad de publicación de la Relación de Puestos de trabajo (art. 17 y 18) La Generalitat ha venido periódicamente avalando y asumiendo el pasivo estructural de la Gestión del IVVSA. La ENTIDAD DE INFRAESTRUCTURAS DE LA GENERALITAT, entidad de derecho público creada por Decreto Ley 7/2012, absorbió el Instituto Valenciano de la Vivienda.

Las cuentas del IVVSA están sometidas al control externo económico y presupuestario de la Sindicatura de Cuentas, que son publicados periódicamente, obrando y dándose por reproducidos los obrantes en autos (folios 71 a 146 del Tomo II)".

La modificación solicitada se apoya en los folios 56 y 56 vuelto, 57 a 60 vuelto, 61 a 68, 48 a 55, 54 y 55 y 71 a 146, del Tomo II y la misma no puede ser acogida por cuanto que también resulta intrascendente para modificar el sentido del fallo, pues, en nada afecta a la calificación de la extinción del contrato de trabajo de la demandante, además de que la cita genérica de documentos se compadece mal con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación ya que como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, 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".

La tercera modificación atañe al hecho probado cuarto en el que se insta que se dé por reproducida la documentación relativa al ERE presentada por la empresa y que obra en el Tomo I de estos autos (folios 51 a 191) y 201 a 203).

Tampoco esta adición puede prosperar al resultar innecesaria en la medida en que la referencia en el hecho controvertido al ERE del que deriva el despido de la demandante permite a la Sala el examen íntegro de toda la documentación que compone dicho ERE.

La última modificación afecta al hecho probado décimo para el que se insta la adición que se señala en negrita: "10..... El día 18 de Julio de 2012 se presentó demanda ante el Decanato de los Juzgados de Valencia, que fue repartida a este Juzgado de lo Social. **En fecha 12 de Junio de 2012 cursó al Decanato de los Juzgados**

de Valencia, solicitud de Diligencias Preliminares para formalizar esta demanda, las cuales fueron turnadas al Juzgado de lo Social 8 de Valencia (Autos 662/2012) incoadas por Auto de fecha 22 de junio de 2012 y concluidas por Diligencia de Ordenación de fecha 17-10-12.”

La adición propugnada que se apoya en el folio 16 del Tomo I así como en los folios 237 a 240 del Tomo II de estos autos se ha de acoger al desprenderse de los documentos en los que se apoya y ser relevante en orden a la posible apreciación de oficio de la caducidad de la acción de despido que fue objeto de examen en la sentencia de instancia.

TERCERO.- Antes de entrar a analizar, en su caso, los motivos destinados a la censura jurídica, la Sala ha de detenerse a examinar el instituto de la caducidad pese a que el mismo fue desestimado en la sentencia de instancia, tras haberse planteado su posible apreciación de oficio por la Magistrada “a quo” que al tiempo de dictar sentencia, confirió a las partes plazo para alegaciones sobre tal cuestión, y es que tanto la doctrina jurisprudencial como la científica mantienen que el instituto de la caducidad puede y debe ser apreciado de oficio por los Tribunales. Si bien como indica la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2007 (ROJ: STS 8026/2007), Recurso: 5405/2005, “Para que el Juez o Tribunal pueda declarar de oficio la caducidad de la acción de despido, es de todo punto obligado que en el proceso hayan quedado probados con claridad y certeza los hechos base de la misma, de forma tal que no exista duda alguna de que tal acción ha caducado por concurrir los requisitos necesarios para la apreciación de dicha caducidad. Si esos hechos, datos o elementos no han quedado debidamente acreditados o es dudosa su existencia, el Juez o Tribunal no puede apreciar de oficio tal caducidad, pues no existe base para ello, y por consiguiente si lo hace se arriesga a adoptar una decisión equivocada y contraria a derecho, con manifiesta indefensión del trabajador demandante.”

Admitida la posibilidad de apreciar de oficio el instituto de la caducidad de la acción siempre que concurren los requisitos expuestos en la doctrina jurisprudencial

referenciada y en aras a una mejor resolución del tema planteado se ha de tener presente que el art. 124.11 de la LJS en la redacción vigente en la fecha de extinción del contrato de la actora establecía que *“Cuando el objeto del proceso sea la impugnación individual de la extinción del contrato de trabajo ante el Juzgado de lo Social (como sucede en el presente caso), se estará a lo previsto en los artículos 120 a 123 de esta Ley, con las siguientes especialidades...”* A su vez el 121. 1 de la LJS, entonces vigente, indicaba que *“El plazo para ejercitar la acción de impugnación de la decisión extintiva será de veinte días, que en todo caso comenzará a contarse a partir del día siguiente a la fecha de extinción del contrato de trabajo. El trabajador podrá anticipar el ejercicio de su acción a partir del momento en que reciba la comunicación empresarial de preaviso.”*

Luego de los anteriores preceptos, vigentes en la fecha del despido de la actora, se constata que con independencia de cuál fuera la fecha en que se notificase el despido colectivo a los representantes de los trabajadores, el plazo de veinte días para la impugnación de la extinción del contrato de trabajo derivada de un despido colectivo se iniciaba a partir del día siguiente a la fecha de dicha extinción. En el presente caso y como se desprende del relato fáctico de la sentencia de instancia la empresa Instituto Valenciano de la Vivienda S.A. comunicó a la actora mediante carta de fecha 16 de mayo de 2012 y con efectos de esa misma fecha su despido por causas objetivas en virtud del acuerdo adoptado el 4 de mayo de 2012 entre la indicada empresa y los representantes de los trabajadores. En fecha 25 de mayo de 2012 se presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente, celebrándose el acto conciliatorio el día 18 de julio siguiente, terminando con resultado de “sin avenencia” respecto de las partes comparecidas y “sin efecto” respecto de las no comparecidas. El día 18 de julio de 2012 también se presentó demanda ante el Decanato de los Juzgados de Valencia que fue repartida al juzgado de lo social nº 17 de los de Valencia. En fecha 12 de Junio de 2012 cursó al Decanato de los Juzgados de Valencia, solicitud de Diligencias Preliminares para formalizar esta demanda, las cuales fueron turnadas al Juzgado de lo Social 8 de Valencia (Autos 662/2012) incoadas por Auto de fecha 22 de junio de 2012 y concluidas por Diligencia de Ordenación de fecha 17-10-12.

De los datos expuestos se evidencia que el plazo de veinte días para la impugnación del despido de la actora ya había transcurrido cuando por la misma se interpuso la demanda de la que derivan las presentes actuaciones, pues, desde la fecha de efectos del despido hasta la fecha de presentación de la papeleta de conciliación administrativa, transcurrieron seis días hábiles y a partir de la fecha de presentación de la indicada papeleta transcurrieron más de quince días sin haberse celebrado el acto de conciliación, por lo que el cómputo de la caducidad se ha de reanudar desde el día 18 de mayo de 2012 que es el decimosexto hábil a partir de la presentación de la susodicha papeleta, en aplicación de lo establecido en el art. 65.1 de la LJS, y desde el 18 de mayo de 2012 hasta el 18 de julio de 2012 en que se presenta la referida demanda, computados ambos días, transcurre un total de 23 días hábiles, por lo que se ha de concluir que la acción de despido ejercitada por la actora se encuentra caducada, sin que obste a dicha conclusión la solicitud de Diligencias Preliminares por cuanto que la realización de las mismas no está prevista legalmente como causa de suspensión del plazo de caducidad. Y es que conforme señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 18 de diciembre de 2008 (ROJ: STS 7469/2008), Recurso: 838/2008, "El instituto de la caducidad sirve al principio de seguridad jurídica garantizado por el art. 9.3 de la Constitución Española, por lo que las normas que establecen determinados plazos para la caducidad de las acciones, transcurridos los cuales éstas desaparecen del tráfico jurídico, no pueden ser entendidas con un valor intrascendente, dada su repercusión en el tráfico jurídico. Por eso, como esta Sala declaró en 21 de julio de 1997, con apoyo en la sentencia de 25 de mayo de 1993, la suspensión del plazo de caducidad tiene carácter excepcional, pudiendo sólo actuar en los supuestos taxativamente previstos en la Ley, como es la presentación de la preceptiva reclamación previa o solicitud de conciliación extrajudicial, de ahí que los supuestos de interrupción del plazo de caducidad son de interpretación estricta...".

La estimación de la caducidad de la acción que no fue apreciada por la sentencia de instancia determina la revocación de dicha resolución y hace innecesario el estudio del resto de motivos del recurso destinados al examen del derecho aplicado en aquella, excepto el referente al pago de la indemnización por falta de preaviso por

cuanto que el devengo, en su caso, de dicha indemnización es independiente de las consecuencias legales derivadas de la calificación del despido de la actora. En efecto, dentro de los motivos que contienen la censura jurídica de la sentencia del juzgado se denuncia la omisión y falta de indemnización del preaviso, aduciéndose que en todo caso se ha de reconocer el derecho de la actora a ser indemnizada en base a ese concepto, citándose y transcribiéndose el voto particular recaído en la sentencia de esta Sala de 2 de mayo de 2012 relativa también al IVVSA que resulta inocuo a efectos de la cuestión controvertida, si bien en la medida en que la defensa de la recurrente solicita la aplicación de lo establecido en el art. 53.1.c de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se ha de entender que dicho precepto es el que se denuncia como infringido y al respecto cabe decir, siguiendo pronunciamientos anteriores de esta misma Sala, que el incumplimiento del plazo de preaviso que se constata en el presente caso, al coincidir la fecha de comunicación del despido de la actora y la fecha de efectos de dicho despido, si bien no puede llevar aparejada la declaración de improcedencia del despido de la demandante, la consecuencia de dicho incumplimiento ha de ser al igual que sucede cuando se incumple el plazo de preaviso en el despido objetivo por causas económicas, la condena de la empresa demandada al abono de los salarios correspondientes a los días de preaviso incumplidos que en el presente caso son quince, por lo que procede condenar a la Entidad de Infraestructuras de la Generalitat que ha absorbido al Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A. a abonar a la actora la cantidad de 1119,9 €. (74.66 x 15 días), procediendo en este punto la estimación de la censura jurídica deducida por la defensa de la parte actora.

FALLO

Estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.^ª A.P.Z., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Diecisiete de los de Valencia y su provincia, de fecha 6 de noviembre de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra Instituto Valenciano de la Vivienda, S.A. y la Entidad

de Infraestructuras de la Generalitat; y revocando la meritada sentencia, apreciamos de oficio la caducidad de la acción de despido y condenamos a la Entidad de Infraestructuras de la Generalitat a que abone a la actora la cantidad de 1.119,9 € en concepto de indemnización por falta de preaviso.

Sentencia núm. 862, de 8 de abril de 2014

Materia: Accidente de trabajo. Reconocimiento daños y perjuicios. Trabajador que presta sus servicios en centro penitenciario y que al abrir una puerta sufre una lesión. El actor no tiene encomendadas funciones de cierre y apertura de puertas. Existencia de responsabilidad empresarial.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados de contrario.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No concurre culpa o negligencia de la parte demandada por lo que no se dan los requisitos para exigir una responsabilidad empresarial a la empresa demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia, que desestimó la demanda presentada, se formula recurso de suplicación por la representación letrada del demandante. El escrito se articula en dos motivos. El primero se limita a señalar que se formula al amparo del art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, instando la revisión de los hechos probados, a la vista de las pruebas documentales practicadas en el acto de juicio.

Pese a lo anunciado en el motivo no se concreta cual de los 18º hechos probados que contiene la sentencia es el impugnado por el recurrente como tampoco se propone en consecuencia texto alternativo e incumpléndose de manera palmaria lo dispuesto en el art. 196.3 de la Ley de la Jurisdicción Social que es la aplicable al haberse dictado la sentencia recaída en la instancia en fecha 12/9/2013 como se desprende de lo establecido en la Disposición Transitoria Segunda de la citada LJS y no la mencionada Ley de Procedimiento Laboral, lo que provocará la declaración como inalterada del relato histórico contenido en la sentencia que se combate.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos --sin encaje en alguno de los motivos previstos en el art. 193 y 196 de la citada LJS-- se limita la parte a señalar que existen una serie de incumplimientos por parte de la empresa en materia de prevención de riesgos laborales que abarcarían desde la no existencia o incompleta evaluación de riesgos, el plan de prevención, la no integración de la prevención en la empresa, no comunicación del accidente al servicio de prevención, no tomar medidas tras el accidente y no reevaluar el puesto de trabajo, falta de formación en los lugares de trabajo y del propio puesto de trabajo, sosteniéndose que de haberse cumplido las mismas se hubiese evitado el accidente o al menos las consecuencias que tuvo, siendo en definitiva el incumplimiento de obligaciones de la LPRL por parte de la empresa el nexo de unión para que ocurriera dicho accidente y las consecuencias.

Tras dichas manifestaciones se concretan por el recurrente tres apartados que desarrolla ampliamente en el extenso escrito de recurso con cita de diversas sentencias.

A) El primero se encabeza como incumplimiento de obligaciones de prevención citándose el art. 14 de la LPRL con la consiguiente obligación empresarial de prevenir los riesgos laborales a través de un plan de prevención, señalándose que las funciones del encargado de departamento y del personal denominado genérico interior abarcan las de apertura y cierre de puertas, cuya operación se repite varias veces al día, debiéndose haber previsto la distracción que por exceso de celo profesional hubiera cometido el trabajador al realizar una tarea que no le correspondía.

B) El segundo de los apartados se encabeza con el epígrafe de incumplimiento de evaluación de riesgos y plan de prevención y en el mismo se alude a lo dispuesto en el art. 15 y 16 de la LPRL que exige para la eliminación o reducción de riesgos laborales que los mismos sean evaluados por personal habilitado, articulando mecanismos para evitar posibles negligencias, criticando la evaluación de riesgos llevada a cabo en la empresa que entiende fue insuficiente al igual que la inexistencia de un plan de prevención pues la evaluación fue realizada en el año 2008 sin haberse actualizado ni realizado en el Centro Penitenciario de Valencia sino en uno tipo, efectuando la parte un amplio desarrollo sobre lo que entiende debe ser un correcto sistema de prevención y evaluación de riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores con remisión a las manifestaciones y preguntas efectuadas al director del Centro y el carácter dinámico de la obligación de evaluación de riesgos laborales.

C) El tercer bloque se denomina incumplimiento del deber de formación e información. En el mismo alude la parte recurrente al art. 19 de la LPRL realizándose un estudio sobre su contenido y entendiendo que la empresa no ha impartido la debida formación en los riesgos del puesto de trabajo concreto del trabajador ni de los derivados del puesto de trabajo en el lugar de trabajo, entregándose una hojas informativas que obedecen a una evaluación realizada en 2008 lo que no supone constancia de formación y evidenciaría la poca importancia que se le da a la seguridad y salud de los trabajadores y en definitiva la falta de cumplimiento de las medidas de prevención de riesgos laborales por parte del empresario.

El desarrollo argumental del escrito de recurso gira en torno a los art. 14 a 16 y 19 de la LPRL y que en efecto instituyen un catálogo de principios sobre los derechos y obligaciones en materia de protección de riesgos laborales en los que resulta primordial la actividad preventiva y la elaboración de un plan de prevención, evaluación y planificación de los riesgos con exigencia de formación e información a los trabajadores que resulte eficaz y acorde al puesto de trabajo. Dichos principios han sido objeto de estudio detallado y profundo por parte del recurrente al que sin duda su condición de técnico en prevención de riesgos laborales le hace ser un conocedor más especializado de la materia que ampliamente plantea en el recurso y que esta Sala como criterios generales puede llegar a compartir. Ahora bien, no podemos olvidar que nos encontramos ante el específico proceso en el que se ejercita una acción de resarcimiento de daños y perjuicios derivados del accidente de trabajo sufrido por el

actor en fecha 7/5/2010 cuando el mismo al proceder a abrir una de las puertas de las celdas sintió un tirón en el hombro derecho y un dolor intenso que tras causar diferentes bajas médicas durante algunos períodos ha dejado al actor unas secuelas de dolor ligero a la presión muy localizado en el hombro y a los esfuerzos, así como ligeras reducciones de movilidad, tal y como se desprende del inalterado hecho probado 4 in fine de la sentencia.

Constituye un principio general trasladable al ámbito laboral (1101 y 1902 del Código Civil) que el que cause un daño a otro tiene la obligación de repararlo o compensarlo, abarcando dicha reparación el daño emergente, el lucro cesante, los daños materiales y también los morales. Ahora bien, para que proceda la declaración sobre existencia de responsabilidad empresarial por daños y perjuicios derivados de accidente de trabajo debe resultar acreditada la existencia de una conducta culposa, descuidada o negligente por parte empresarial, exigiéndose un claro nexo causal entre dicho incumplimiento y el resultado dañoso, lo que viene a denominarse como la teoría de la causalidad adecuada o eficiente, de tal forma que el concreto proceder debe ser la causa directa del resultado dañoso ocasionado, ya que aunque rigen las presunciones a favor del accidente de trabajo, a tenor del artículo 115 de la L.G.S.S., en la enumeración que se contempla, que exoneran al trabajador de la carga de la prueba, en la acción ejercitada en autos de reclamación de indemnización de daños y perjuicios resulta imprescindible la determinación del nexo causal entre un incumplimiento empresarial o ilícito laboral y el perjuicio ocasionado. Es claro que el empleador, en éste caso, el Ministerio del Interior (Dirección General de Instituciones Penitenciarias) asume la obligación en el contrato de trabajo de "garantizar la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo". [art. 14.2 LPRL, deber de seguridad en el trabajo que es calificado de básico en los arts. 4.2.d) y 19.1 ET]. Esta obligación, impuesta ex lege, debe implicar que la no observancia de las normas garantizadoras de la seguridad en el trabajo por el empleador constituye un incumplimiento del contrato de trabajo generador de la pertinente indemnización por daños y perjuicios, correspondiendo en la actualidad al ámbito de la jurisdicción social las cuestiones suscitadas tendentes a garantizar el cumplimiento de las obligaciones legales y convencionales en materia de prevención de riesgos laborales incluidas las planteadas por funcionarios públicos a los que se equipara a éstos efectos con los trabajadores por cuenta ajena, incluida la reclamación de responsabilidad derivada de los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales, según instituye el art. 2 e) de la LJS.

En el caso que contempla la sentencia que se recurre partiendo de los datos que en la misma se contienen, y no de otros que la parte recurrente menciona en su recurso pero que no tienen reflejo fáctico, entendemos que no concurren los presupuestos legales que habilitarían para declarar la existencia de responsabilidad civil por vulneración de normas en materia de prevención de riesgos laborales postulada a consecuencia del mencionado accidente. Se trata de una indemnización interesada por un funcionario público que presta servicios en el centro penitenciario de P. como encargado de departamento interior (además de ser técnico en prevención de riesgos laborales), el cual al abrir una de las puertas de las celdas el día 7/5/2010

notó un tirón en el hombro derecho y dolor intenso que derivó en una situación de IT de fecha 20/5/2010 con alta médica el 16/8/2010, nueva baja el 18/1/2011 con intervención quirúrgica por bursitis subacromial con alta de fecha 2/6/2011 y posterior baja médica de fecha 26/4/2012 con las secuelas que aparecen detalladas en el hecho probado 4º. Entre las funciones del actor no se encontraba la de apertura/cierre de puertas que corresponden al personal denominado Genérico de Interior y no a los encargados que en algunas ocasiones realizan dichas tareas cuando están solos en el turno. Consta probado que el demandante recibió formación sobre un plan de emergencia y de uso y mantenimiento de guantes de protección y que el puesto denominado “Servicio Interior V1” tiene elaboradas fichas informativas de riesgos entregadas a todos los funcionarios, siendo los accidente que se producen con mayor frecuencia el de caídas, resbalones y accidentes in itinere constando que la evaluación de riesgos llevada a cabo en el Centro Penitenciario de P. es la misma que la efectuada a nivel nacional realizándose por F. en el año 2008. En fecha 3 de agosto de 2011 se elaboró un informe sobre el accidente que nos ocupa por el Servicio de prevención de riesgos laborales de L. que señalaba que no se requiere la adopción de ninguna medida preventiva, considerándose el accidente como fortuito.

Con tales circunstancias no apreciamos concurra culpa o negligencia por parte de la demandada con omisión de medidas de seguridad en materia de prevención de riesgos laborales, tal y como determinó la sentencia impugnada, pues si el accidente se produjo por la apertura/cierre de la puerta de una celda y no consta que existiera deficiencia alguna en el funcionamiento de dicho mecanismo ni que concreta medida de seguridad se hubiera omitido por parte de la demandada que hubiera evitado el accidente ni que en su caso aquella fuera la causa directa del accidente, partiendo, como se reconoce en el recurso, que entre las funciones propias a la categoría profesional del actor no se encontraba de manera generalizada la realización de dicha tarea sino que el mismo la efectuó de forma aislada y ocasional, tomando en consideración que dicha acción –de apertura y cierre- no requiere de medida preventiva alguna a adoptar, catalogándose por el propio Servicio de prevención el accidente como fortuito, la consecuencia que se impone es la inexistencia de responsabilidad por parte del demandado frente al suceso producido al no existir la debida culpa o negligencia como base y presupuesto legal de la reclamación que se ejercita dado que el accidente producido en tiempo y lugar de trabajo se hubiera producido de manera idéntica cualquiera que hubiere sido las medidas preventivas adoptadas en la acción ejercitada por el demandante, lo que determinará el rechazo del recurso con la consiguiente confirmación de la sentencia que se recurre.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación

interpuesto en nombre de L.A.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia de fecha 12 de septiembre de 2013 en virtud de demanda formulada contra el MINISTERIO DEL INTERIOR -DIRECCION GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS- y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 875, de 9 de abril de 2014

Materia: Prestación contributiva de desempleo. Reconocimiento de la prestación como consecuencia de la suspensión de relación laboral en virtud de ERE, habiendo consumido 142 días. Reposición de las prestaciones por desempleo.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda declarando el derecho del demandante a percibir la prestación por desempleo con una duración de 720 días, sin que haya lugar a tener por consumidos los 142 días disfrutados durante la situación de suspensión del contrato; todo ello sin perjuicio de las compensaciones o deducciones que procedan por prestaciones incompatibles. Condena al organismo demandado al abono de la referida prestación.

Sala: Estima el recurso revocando la resolución recurrida. Desestima la demanda frente al organismo demandado en la instancia, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el SPEE la sentencia que dictó el día 6 de septiembre de 2013 el Juzgado de lo Social número 3 de los de Alicante en la que estimándose la demanda interpuesta por A.M.S. se declaró el derecho de este a percibir una prestación por desempleo con una duración de 720 días, sin que deban tenerse por consumidos los 142 días disfrutados durante la suspensión del contrato. No se ha presentado escrito de impugnación por el recurrido.

El primer motivo del recurso se destina a la revisión fáctica solicitándose sea suprimido en su integridad el hecho probado sexto de la resolución recurrida. Y para ello efectúa una valoración crítica de los razonamientos que han llevado a la Juzgadora de instancia al considerar acreditado que el despido del actor fue debido a la mala situación económica por la que atravesaba su empleadora. El motivo se rechaza por cuanto que la omisión de la cita de un documento o pericia no contradichos por otros de los que quepa inferir de modo tajante y claro la equivocación del Juzgador de instancia impide que pueda prosperar la revisión que se propone, pues excede de los escuetos límites a que debe quedar circunscrita la misma en sede de un recurso extraordinario cual es el de suplicación, cabe citar en este sentido las Ss. de esta Sala de 17 de enero, 2 de marzo, 18 junio 13 de diciembre de 2000, 14 de septiembre de 2004, 31 de mayo de 2006 y 30 de diciembre de 2.008, ha señalado que es doctrina jurisprudencial consolidada contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que señala que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL- actual 97.2 de la LRJS-. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél".

SEGUNDO.- Para resolver el siguiente motivo del recurso, que es el que se destina a la censura jurídica, se ha de señalar que en la resolución recurrida se reconoció el derecho del actor a la reposición de la prestación de desempleo consumida durante un periodo de suspensión de su contrato de trabajo, con arreglo al art. 3 de la Ley 27/2.009 sobre la base de los siguientes datos obrantes en el relato histórico de la sentencia:

1- Al actor, que prestaba servicios por cuenta y orden de la empresa M.V. desde el día 1-4-1.978, el día 2-2-2.009 el SPEE le reconoció una prestación contributiva de desempleo de 720 días a consecuencia de la suspensión de su contrato de trabajo acordada en virtud del ERE 409, consumiendo 134 días y reanudándose el cobro de la misma el día 23-1-2.010, en virtud del ERE 88009 consumiéndose 8 días más.

2.- El día 4-2-2.011, una vez reincorporado el actor, llegando empleador y empresario a un acuerdo en el SMAC reconociendo la empresa la improcedencia del despido, fijando en concepto de indemnización saldo y finiquito la cantidad de 60.000 euros, de los cuales 5.000 se abonarían en el plazo de 48 horas y el emitiéndose 11 pagarés para el pago de la cantidad restante, posteriormente el día 7-2-2.011, la empresa emite certificado de empresa en el que se expresa que el cese del actor fue por causa objetiva, considerando acreditado el juzgador de instancia que lo que motivó el cese fue la mala situación económica por la que atravesaba la mercantil.

3.- Por resolución del SPEE de 11-2-2.011 le fue reconocida al actor prestación por desempleo de 720 días de duración con efectos de 8-2-2.011, de la que debían entenderse consumidos 142 días.

A la vista de estos datos, razonó el juzgador de instancia que procede la reposición de los 142 días consumidos por cuanto que el ámbito de aplicación del art. 3 de la ley 27/2.009 de 30-12 en la redacción dada a la misma por el RD-Ley de 16 de junio de 2010, aún cuando el despido sea reconocido por el empleador como improcedente en conciliación, citando en sustento de su tesis la STSJ de Cataluña de 20-1-2.012- rec. 5894/2.011.

En la censura jurídica que se efectúa, y discrepándose de lo razonado en la instancia, se denuncia infracción del meritado art. 3 de la Ley 27/2.009 en relación con el art. 3.1 CC, considerándose no ajustada a Derecho la interpretación que en la instancia se ha efectuado del primero de los preceptos, señalando además que la propia Sala de lo Social del TSJ de Cataluña ha abandonado el criterio de la sentencia referida de 20-1-2.012, citando al efecto la S de dicha Sala de 3-6-2.013, tesis esta seguida por las Ss del TSJ de Andalucía – Granada- de 19-6-2.013 y del TSJ de Madrid de 27-5-2.013.

El precepto que se cita como infringido dispone:” Cuando se autorice a una empresa, en virtud de uno o varios expedientes de regulación de empleo o procedimientos concursales, a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo, y posteriormente se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los contratos, o se extinga el contrato al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores EDL1995/13475, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo EDL1995/13475, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas autorizaciones con un límite máximo de 180 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que las resoluciones administrativas o judiciales que autoricen las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive; b) Que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012.”

Si bien esta Sala hasta la fecha no ha examinado un supuesto idéntico al que ahora se nos presenta, a la hora de aplicar la reposición de prestaciones de desempleo que se regula en el art. 3 de la Ley 27/2.009, se ha mostrado reacia a la hora de extender tal reposición a supuestos distintos de los contemplados en dicha norma, descartando efectuar tanto una interpretación extensiva de la misma, como una aplicación analógica, dado el carácter excepcional de la misma. En este sentido la Sentencia de 3 de junio de 2.013 razona refiriéndose al art. 3 de la Ley 27/2.009 que “el precepto que se cita como infringido contiene una norma de marcado carácter excepcional en la que se tasan pormenorizadamente los supuestos de su concreta aplicación y que iría en contravención a las normas generales de la prestación por desempleo que según el art. 210 de la LGSS tiene una duración tasada y delimitada que está en función de los períodos de ocupación cotizada y en relación directa a dicho período se otorga el de la prestación por desempleo por lo que resulta difícil realizar una interpretación forzada y extensiva por analogía a distintos supuestos que no sean

los expresamente instituidos al pretender que el período consumido por una situación de suspensión de la relación laboral, no se tome en consideración, en contra de lo que señala el precepto, a los casos de extinción de contrato a instancia del trabajador y fuera de los supuestos previstos o regulados expresamente y de forma clara en dicha norma.”

En el supuesto que nos ocupa, aún cuando en la comunicación extintiva de 11-1-2.011 se exprese causa objetiva, y si bien los hechos probados nada dicen de que causa se invocó, en la comunicación extintiva a que se hace referencia en los mismos, tal y como consta en autos se habla de causas organizativas y productivas del apartado c) del art. 52 E.T, lo cierto es que la efectiva concurrencia de la misma no es un hecho acreditado, por más que los hechos probados de la sentencia de instancia hagan referencia a la mala situación económica de la empresa, probanza ésta que estimamos debió de estimarse difícil por parte de la mercantil al reconocer la improcedencia del cese en conciliación administrativa, y constandingo, por otro lado, que el actor percibió en virtud del reconocimiento de improcedencia efectuado por la empresa una cantidad muy superior a la que le hubiera correspondido por un despido objetivo, estimamos, con el recurrente, que este supuesto se encuentra fuera del ámbito de aplicación de la norma analizada. En este sentido, debemos asumir los argumentos expresados en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla León con sede en Valladolid de 12-1-2.012 que denegó la referida reposición en el caso de un despido objetivo que una vez impugnado fue calificado como improcedente al considerar que como sucede en nuestro caso “las consecuencias indemnizatorias que le son propias, distintas y más beneficiosas para el trabajador que las de un despido objetivo; es decir el contrato del actor no se extinguió con amparo en el artículo 52.c), amparo que fue alegado por la empresa pero fue rechazado en la sede judicial, sino de forma improcedente, es decir con aplicación del artículo 56 por remisión del artículo 53.5 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que es manifiesto que falta el presupuesto jurídico que exige el citado artículo 3.1 de la Ley 27/2009 para que opere la reposición del derecho a la prestación de desempleo que regula citado artículo”.

TERCERO.- Lo razonado nos llevará estimar el recurso, con la consiguiente revocación de la resolución de instancia, desestimando la demanda que dedujo el actor. Sin costas

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el SPEE contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de ALICANTE, de fecha 6 de septiembre de 2013, autos 511/11, REVOCAMOS la resolución recurrida y, en consecuencia, desestimamos la demanda deducida por A.M.S. frente al SPEE al que absolvemos de los pedimentos efectuados en su contra. Sin costas.

Sentencia núm. 880, de 9 de abril de 2014

Materia: Conflicto colectivo. Disfrute de días de permiso retribuido: Asuntos propios.

El conflicto afecta a las trabajadoras con contrato de trabajo de fijas discontinuas a jornada completa y a jornada parcial. Equiparación derechos.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de todos los trabajadores fijos de la empresa demandada a disfrutar de los días de permiso por asuntos propios establecidos en virtud de lo dispuesto en el convenio colectivo.

Sala: Estima el recurso de la empresa demandada y aplica el principio de proporcionalidad, señalando que para aquellas trabajadoras que presten sus servicios durante el periodo escolar, los días de permiso retribuido deben reducirse proporcionalmente en función de los días al año durante los que no se prestan servicios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la mercantil E. S.A la sentencia que dictó el día 30 de mayo de 2013 el Juzgado de lo Social número 4 de los de Castellón en la que estimó la demanda de conflicto colectivo deducida por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras del País Valenciano- en adelante CCOO-PV-, así como respecto de la Unión General de los Trabajadores del País Valenciano- en adelante UGT-PV-, declarando el derecho de todos los trabajadores fijos discontinuos de la empresa demandada a disfrutar de los días de permiso por asuntos propios establecido en el art. 18 f) del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Castellón en iguales términos que los trabajadores fijos ordinarios. El recurso, que se ha impugnado por la representación procesal de CCOO se encuentra articulado en

único motivo que se destina a la censura jurídica.

La sentencia de instancia, a luz de lo que dispone el art. 18 f) del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Castellón que establece que “Los trabajadores afectados por el presente Convenio tendrán derecho al disfrute de licencias sin pérdida de la retribución en los casos y con la duración que a continuación se indica:... f) Cuatro días de permiso retribuido por asuntos propios. Para el disfrute de este permiso, el trabajador deberá comunicarlo con una antelación de seis días sin que puedan disfrutarlo simultáneamente varios trabajadores. Los días de asuntos propios se deberán disfrutar obligatoriamente dentro del año natural correspondiente. A partir del 1 de enero de 2009, este permiso retribuido será de cinco días.”, dictó el fallo al que arriba acabamos de hacer referencia sobre la base de los siguientes datos: la demandada en el centro de trabajo de la Universidad Jaume I de Castellón con la categoría de limpiadoras tiene empleadas a trabajadores fijos continuos, que prestan sus servicios bien a jornada completa bien a tiempo parcial, y a trabajadores fijos discontinuos que prestan servicios coincidiendo con el curso escolar, de septiembre a junio, también con jornada diaria completa y con jornada diaria parcial; la empresa interpreta el precepto que se acaba de reproducir, admitiendo que los trabajadores que prestan sus servicios todos los meses del año dispongan de cinco días de asuntos propios, mientras que a aquellos que los prestan en el periodo de tiempo que coincide con el curso escolar solo les permite disponer de cuatro días de asuntos propios, práctica empresarial ésta que se impugna por el sindicato actor. La Juzgadora “a quo”, haciéndose eco de la doctrina que expuso de la STSJ de Madrid de 26 de enero de 2.010, acogió la pretensión deducida en la demanda, dando prevalencia a la igualdad de derechos entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial.

En la censura jurídica que se efectúa, se denuncia por la empresa demanda, infracción del apartado f) del art. 18.1 del Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Castellón, en relación con el art. 12.4, apartado d) del Estatuto de los Trabajadores en relación con la doctrina jurisprudencial que los interpreta, citando al efecto las STS de 15-9-2.006 – r.c.o 102/2.005-, doctrina esta que

ha sido aplicada por el TSJ de Cataluña en su Sentencia núm. 558/2011 de 26 de enero, que establece que respecto de los días de asuntos propios entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial, debe aplicarse el principio de proporcionalidad en función del tiempo trabajado.

Si bien, señala la STS de 4-4-2.011 (r. casación ordinario 2/2.010) es doctrina de la Sala que en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (recientemente, manteniendo criterio iniciado por la sentencia de 20/03/97 -rco 1526/96 -, las SSTS 11/11/10 -rco 239/09 -, 22/11/10 -rco 19/10 -; 10/11/10 -rco 222/09 -; 16/11/10 -rco 217/09 -; 09/12/10 -rcud 600/10 -; y 16/12/10 -rco 44/10 -). Pero aunque a los citados Tribunales de instancia se les atribuya esa prevalencia interpretativa, la misma se excluye cuando su conclusión interpretativa no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual (entre las últimas, SSTS 11/11/10 -rco 239/09 -; 17/11/10 -rco 195/09 -; 22/11/10 -rco 19/10 -; 16/12/10 -rco 44/10 -; y 18/01/11 -rco 83/10 -); o, más concretamente, cuando no supere un «juicio de razonabilidad» (SSTS 26/04/07 -rco 62/06 -; 27/06/08 -rco 107/06 -; 22/04/09 -rco 51/08 -; y 05/04/10 -rco 119/09 -), entendemos que en el caso que nos ocupa, la resolución recurrida se aparta del criterio jurisprudencial que viene manteniendo el TS, expresado en la STS de 15-9-2.006 a la hora de interpretar las cláusulas de los convenios colectivos relativas a los días de asuntos propios de los trabajadores a tiempo parcial, con relación a los reconocidos a los trabajadores a tiempo completo, cuando en tales normas no se especifica nada respecto de los trabajadores que no prestan sus servicios a tiempo completo.

En efecto, la resolución referida del Alto Tribunal razona lo siguiente:” La primera norma a la que cabe acudir son las propias disposiciones del Convenio; pero, cuando, como en este caso, no contiene criterios específicos en orden a distinguir

cuales sean los beneficios a los que corresponde el reconocimiento pleno y en cuales procede un reconocimiento proporcional, no cabe sino acudir a lo establecido en el art. 12.4 d) del E.T, que dispone: "Los trabajadores a tiempo parcial tendrán los mismos derechos que los trabajadores a tiempo completo. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios Colectivos de manera proporcionada, en función del tiempo trabajado". Es claro que este precepto acude en primer lugar al principio de igualdad, que deriva del art. 14 de la CE, pero a renglón seguido, habida cuenta de la diferencia de situación en que se encuentran unos y otros trabajadores (a tiempo completo y a tiempo parcial) matiza el principio de igualdad haciendo una diferenciación razonable, esto es, acudiendo al principio de proporcionalidad cuando así corresponda a la naturaleza de los derechos aplicables, y lo hace de forma imperativa, por lo que la regla general aplicable a los trabajadores a tiempo parcial, no es ya la de la igualdad de derechos pura y simple, sino la de acomodar el disfrute de aquellos derechos que no se consideran divisibles a la proporcionalidad derivada de la situación desigual en que se encuentran, lo cual supone aplicar en plenitud a esta clase de trabajadores aquellos derechos que por su naturaleza sean indivisibles y, en cambio, reconocérselos sólo proporcionalmente cuando el beneficio es susceptible de algún tipo de medición. Que el Convenio no especifique nada en orden a la extensión del disfrute y a la razón de ser del permiso, no significa, como se entiende en la sentencia recurrida, que haya de aplicarse sin más el principio de igualdad en términos absolutos, porque, como señala acertadamente la recurrente, ese silencio no ha impedido que se haya aplicado la regla de la proporcionalidad en cuanto a los salarios y a los otros derechos que por su naturaleza sean medibles, y no aplicarlo por el contrario a aquellos otros derechos (como la ayuda de escolaridad, minusválidos, seguro de vida y de accidentes etc.) que por su naturaleza indivisible se le reconocen en plena igualdad con los trabajadores a jornada completa."

Siendo, pues, los días de asuntos propios un concepto divisible en función del número de días al año trabajados, resulta que la práctica empresarial que se impugna resulta perfectamente ajustada a derecho, pues dicha proporcionalidad ha de implicar que los trabajadores que presten sus servicios todos los días del año- ya con jornada

completa o a tiempo parcial, siendo el módulo de reducción de la jornada el diario-, disfruten de los cinco días establecidos en el precepto convencional, mientras que respecto de los trabajadores que prestan servicios únicamente en aquellos periodos coincidentes con el curso escolar, ya presten los mismos durante toda la jornada diaria o solo durante parte de ella, estos cinco días de asuntos particulares, deben reducirse proporcionalmente en función de los días al año durante los que no se prestan servicios.

SEGUNDO.- - Lo razonado nos llevará estimar el recurso, con la consiguiente revocación de la resolución de instancia, en el sentido de desestimar la demanda que se interpuso por la actora.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por E. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de CASTELLÓN en sus autos núm 19/13 el día 30 DE MAYO DE 2013, procedemos a REVOCAR la resolución recurrida en el sentido de DESESTIMAR LA DEMANDA QUE FRENTE A LA RECURRENTE Y LA UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES DEL PAÍS VALENCIANO dedujo la actora.

Sin costas.

1867

Sentencia núm. 893, de 10 de abril de 2014

Materia: Reconocimiento de prestación por desempleo como consecuencia de extinción laboral. La extinción adquiere firmeza en fecha posterior a haberse declarado a la empresa en concurso. Reposición prestación.

Juzgado: Estima la demanda, acordando la reposición de la prestación por desempleo del actor por un periodo de seis meses, con revocación de la resolución del organismo demandado.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, no habiendo lugar a la reposición, al no darse ninguno de los supuestos contemplados en el precepto que se dice infringido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), la sentencia que ha estimado la demanda sobre reposición de 180 días de la prestación por desempleo, por suspensión anterior, tras extinción de la relación laboral.

El recurso, se impugna de contrario, y contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 193 de la LRJS, en el que se alega la infracción del art. 9.3 de la Ley 35/2010, argumentando que si la demanda de extinción de la relación laboral por causa prevista en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, se presentó por el trabajador el 12-11-2010, con anterioridad a la declaración de concurso de la empresa (24-11-2010), la extinción de la relación laboral no podía ser acordada por auto del Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Jaén de fecha 30-3-2012, dado que había sido extinguida con anterioridad por sentencia dictada por el Juzgado de lo

Social nº 1 de los de Elche de 30-1-2012, notificada el 23-2-2012, figurando el actor de baja en la Tesorería desde el 30-1-2012 y acreditándose la situación legal de desempleo conforme al art. 1.i del Real Decreto 625/1985, por la resolución judicial definitiva (no firme) que declara extinguida la relación laboral por alguna de las causas previstas en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que el demandante no se encuentra en el supuesto previsto en el art. 9.3 de la Ley 35/2010.

Planteado el recurso en los términos expuestos desde ahora se anticipa que este debe prosperar, aunque no exactamente por los mismos argumentos que aduce el recurso.

Se debe partir de los datos que arrojan los hechos probados de la sentencia, en los que aparecen los datos que baraja el recurso y además que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Elche de 30-1-2012 fue firme el 16 de mayo de 2012.

En el procedimiento se ha impugnado la resolución del SPEE que reconoce al demandante prestación por desempleo por 720 días, con efectos 1-2-2012, de los cuales declara consumidos 287 días, que no se discute había percibido el actor en anteriores expedientes de suspensión y se solicita la reposición en la prestación por desempleo de 180 días de aquellos consumidos.

El art. 9.3 de la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, transcribiendo sin modificación alguna la redacción dada por el Real Decreto Ley 10/2010 al art. 3.1 de la Ley 27/2009, de 30 de diciembre de medidas urgentes para el mantenimiento y el fomento del empleo y la protección de las personas desempleadas, dispone:

«1. Cuando se autorice a una empresa, en virtud de uno o varios expedientes de regulación de empleo o procedimientos concursales, a suspender los contratos de trabajo, de forma continuada o no, o a reducir el número de días u horas de trabajo, y posteriormente se autorice por resolución administrativa en expediente de regulación de empleo o por resolución judicial en procedimiento concursal la extinción de los

contratos, o se extinga el contrato al amparo del artículo 52.c del Estatuto de los Trabajadores, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, los trabajadores afectados tendrán derecho a la reposición de la duración de la prestación por desempleo de nivel contributivo por el mismo número de días que hubieran percibido el desempleo total o parcial en virtud de aquellas autorizaciones con un límite máximo de 180 días, siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) Que las resoluciones administrativas o judiciales que autoricen las suspensiones o reducciones de jornada se hayan producido entre el 1 de octubre de 2008 y el 31 de diciembre de 2011, ambos inclusive; b) Que el despido o la resolución administrativa o judicial que autorice la extinción se produzca entre el 18 de junio de 2010 y el 31 de diciembre de 2012.»

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la interpretación de este precepto en las sentencias de 25-4-2.013, 4-6-2.013, 17-6-2.013, 2-7-2.013 y 15-10-2.013, en el sentido de que si la extinción de la relación laboral se produce por alguna de las causas previstas en el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores no es posible reponer la prestación por desempleo, al no estar esta causa prevista en el precepto mencionado.

Sin embargo, en el caso se discute, precisamente, cual sea la causa de extinción de la relación laboral, si una de las previstas en el art.. 50 del Estatuto de los Trabajadores, según se acordó en la sentencia de 30-1-2012, notificada el 23-2-2012 y firme el 16-5 2012 o la extinción colectiva acordada por el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Jaén por auto de 30 de marzo de 2012.

La sentencia recurrida considera que la extinción de la relación laboral se produce con el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil y concede la reposición de los 180 días reclamados, aplicando la doctrina jurisprudencial que sostiene que hasta que es firme la sentencia de extinción suscite la relación laboral y que la situación legal de desempleo se acredita con la resolución judicial definitiva.

SEGUNDO.- Pues bien, es cierto que hay doctrina jurisprudencial (la que aplica la sentencia recurrida) que señala, en relación con las extinciones del contrato de trabajo al amparo del art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, el carácter constitutivo de la sentencia que así lo declarada de manera que, en general, hasta tanto ésta no es firme la extinción no tiene lugar ya que, hasta que no tiene ese carácter de firme el trabajador está obligado a seguir prestando servicios para la empresa, llegándose a calificar el tiempo desde la sentencia definitiva hasta su firmeza como tiempo de ocupación cotizada (*SSTS de 23 de abril de 1996, 15 de febrero de 1999 y 8 de noviembre de 2000*, entre otras muchas). Esa obligación inicial de mantener la prestación de servicios durante la tramitación del litigio (que cabe excepcionar en determinados supuestos que no son del caso precisar ahora), pone ya de manifiesto que en estos supuestos, la situación legal de desempleo se produce cuando la extinción del contrato se consuma con ocasión del cese en la prestación de servicios, una vez tomado conocimiento de la firmeza de la sentencia. En otras palabras, la situación legal de desempleo se produce cuando se cesa en el trabajo como consecuencia de la extinción contractual efectiva que, en caso de resolución del contrato por el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, se produce con la sentencia firme, o en su caso con el acuerdo de conciliación entre las partes, aunque según el caso, puede tener lugar incluso antes.

Debe añadirse que esta doctrina no resulta contradicha por lo dispuesto en el art. 1.1. i) del RD 625/1985, cuando hace referencia a la resolución judicial definitiva para acreditar la situación legal de desempleo, ya que esa acreditación implica que la situación legal de desempleo sea previa y ello no podría ser, también en general, si el precepto se refiere a resolución judicial definitiva que en términos procesales significa que no es firme por estar pendiente de recurso, en primer lugar porque, como norma reglamentaria que es, en todo caso resultaría ineficaz para alterar la situación legal de desempleo descrita en una norma de rango legal y, en segundo lugar, porque su función no es la de determinar la situación legal de desempleo sino el modo de acreditarla. No es posible, por tanto, otorgar al término "resolución judicial definitiva", el mismo alcance que se le da en el ámbito del proceso judicial, porque si, tal y como marca el precepto, solo está señalando el documento que permitirá acreditar la

extinción contractual y no otro momento, como pudiera ser el del hecho causante de la prestación o el de solicitud de la misma, sino una prueba documental idónea para justificar una determina circunstancia, parece lógico que no procede otorgar al mismo otro significado que el de resolución judicial que convierte en definitiva la extinción contractual solicitada por el trabajador.

Solo, también en general, para el supuesto de que el empresario recurra la sentencia de extinción, lo que aquí no se produce, y el trabajador optase por cesar en la prestación, conforme prevé el art. 303.3 de la LRJS, quedaría el trabajador en situación legal de desempleo desde ese momento anterior a la firmeza de la sentencia.

En definitiva, no cabe que se pueda solicitar la prestación, si no se está en situación de poder acceder a un eventual puesto de trabajo, como es propio de quien está desempleado, y además, no se puede compatibilizar prestación y trabajo. Tan incongruente situación no es acorde a parámetros interpretativos de razonabilidad, y de entendimiento conjunto de la regulación normativa general, por lo que la fundamentación mantenida por la Entidad Gestora carece de todo soporte normativo.

Sin embargo, en el presente caso, cuando la firmeza de la sentencia de extinción se alcanzó el día 26-5-2012, no consta extinguida la relación laboral en el expediente concursal. En efecto, el auto del Juzgado de lo Mercantil de 30-3-2012 que contempla a la demandante, solo concede autorización desde su fecha para que la administración concursal proceda a la resolución de los contratos de la totalidad de la plantilla, cuyas relaciones permanezcan vivas, autorización que una vez firme (puede ser recurrida por la administración **concursal**, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial – art. 64.8 de la LC- e incluso por los trabajadores individualmente a través del incidente concursal), requiere la comunicación individual al trabajador concreto, que no consta se haya producido, y que desde luego no podrá tener lugar, cuando como en el supuesto que nos ocupa al ser interpuesta la demanda de extinción antes de la declaración del concurso, se estaba tramitando ante el Juzgado de lo Social, que en sentencia ha resuelto la relación laboral.

Así las cosas, y en contestación a la cuestión que en este procedimiento se dirime, y que no es otra que la de determinar la legalidad de la resolución que concede el desempleo a la actora, y desde el momento en que su contrato se ha extinguido por sentencia en la que se estima su demanda de extinción por el Juzgado de lo Social, no cabe sino ratificar la resolución de la Entidad Gestora del desempleo, en cuanto declara consumidos los días de suspensión que la demandante había disfrutado en anteriores EREs, sin que proceda en su lugar la reposición de 180 días de prestación, por no darse ninguno de los supuestos contemplados en el precepto que se dice infringido, y en concreto que la extinción hubiera tenido lugar por resolución judicial en procedimiento concursal.

En consecuencia procede estimar el recurso y que revocar la sentencia para desestimar la demanda.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche, de fecha 11 de junio de 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda interpuesta en nombre de doña E.I.M.L. contra la recurrente, absolviendo a ésta última de las pretensiones contra la misma formuladas.

Sin costas.

Sentencia núm. 897, de 10 de abril de 2014

Materia: Determinación de contingencia. Reconocimiento como accidente de trabajo el fallecimiento del esposo de la actora. El fallecido sufre un aneurisma mientras actúa como jurado en una regata, falleciendo ese mismo día: Carácter congénito del aneurisma. El causante de la prestación prestaba sus servicios como auxiliar de contramaestre para club náutico.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones dirigidas en su contra. No cabe considerar como accidente de trabajo el aneurisma sufrido por el trabajador.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Por la representación letrada de la demandante se formula recurso contra la sentencia que desestimó su demanda, donde reclamaba que la muerte de su esposo derivaba de accidente de trabajo, pues se consideró en la instancia que la contingencia que produjo dicho óbito era común.

En primer término, y con apoyo en el artículo 191 “b” de la LPL, aunque en la fecha de formulación del recurso ya había entrado en vigor la LRJS, se postula la modificación del tercer hecho probado, donde se indica el motivo de la muerte de dicho trabajador, en concreto del inciso que señala que las causas de los aneurismas son la displasia arterial congénita o su origen sifilítico o micótico, produciéndose la rotura de los mismos de forma espontánea, solicitándose que en lugar de ello se diga que las causas de los aneurismas son diversas, sin poder llegar a considerarse que tienen un origen congénito.

Motivo que debe decaer, pues al margen de que se basa en parte en la prueba de testigos, inhábil en este extraordinario recurso, no hay duda que la juzgadora de instancia plasma correctamente las conclusiones que se desprenden tanto de la prueba de peritos practicada en el juicio oral como de la documental, y esto sin perjuicio de que la redacción propuesta de manera alternativa es casi coincidente con el texto judicial, al pregonarse que las causas de los aneurismas son diversas, como se remarca en la sentencia, que precisa el origen habitual de dicha patología.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado se alega la violación del artículo 217 de la LEC y de la corriente mayoritaria jurisprudencial que se cita a continuación.

Lo que se argumenta en este apartado del recurso es que, con arreglo a la distribución de la carga de la prueba, no es exigible probar que la causa del aneurisma no fue congénita cuando no es ya posible la valoración médica del fallecido, incumbiendo a las demandadas la carga de probar de manera inequívoca que si lo fue.

Pero desde ahora se adelanta que el motivo, y por extensión el recurso, deben decaer, pues la decisión recurrida no conculca la norma acabada de expresar ni tampoco el artículo 115.3 de la LGSS, que establece la presunción de laboralidad respecto las lesiones que sufra el trabajador en tiempo y lugar de trabajo, salvo prueba en contrario. En efecto, consta en el segundo hecho probado de la sentencia de instancia que el fallecimiento del esposo de la recurrente ocurrió durante el tiempo y en el lugar de trabajo, precisándose en el tercer hecho la causa de la muerte, como se ha dicho, una insuficiencia cardiorrespiratoria aguda a resultas de una hemorragia subaracnoidea masiva derivada de la rotura de la arteria cerebral media izquierda, aneurisma cuya causa suele ser la congénita o a partir de un origen sifilítico o micótico, extremos que descartan que el trabajo sea propiamente dicho el origen de dicha manifestación súbita, pues puede manifestarse en cualquier momento, de modo que el hecho de producirse en las circunstancias en que tuvo lugar es meramente episódico, dado que la autopsia practicada al difunto demostró que el aneurisma

sufrido es de los llamados saculares, atendiendo a su forma, y este tipo tiene su causa u origen en las enunciadas en el tercer hecho probado, de ahí que la presunción legal de accidente de trabajo quedó desvirtuada, ya que no puede entenderse razonablemente un supuesto estrés derivado de que el citado trabajador debía actuar como juez en una regata, y que este le produjera un aumento de tensión, atendidas las tajantes conclusiones médicas acabadas de referir.

En definitiva, y como se anticipó, deberá desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia de instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de F.L.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo social nº 14 de Valencia de fecha 28 de mayo de 2013 en virtud de demanda formulada contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MUTUA X. y CLUB NAUTICO DE X., y en su consecuencia debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 905, de 10 de abril de 2014

Materia: Sanción. Expediente sancionador por la comisión de hechos calificados de falta muy grave en el trabajo: indisciplina y desobediencia. La trabajadora, que presta servicios en empresas de viajes, se niega a actuar de guía en un crucero, a solicitud de la empresa, al producirse una baja de otra trabajadora. Proporcionalidad de la sanción.

Juzgado: Desestima la demanda y confirma la sanción impuesta a la trabajadora, absolviendo al demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sanción impuesta en la instancia al considerar que la desobediencia de la trabajadora, atendidas las circunstancias como se produce, no debe merecer el calificativo de muy grave.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Por la representación letrada de la parte actora se formula recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que confirmó la sanción impuesta a la trabajadora, recurso que se plantea con amparo procesal en el los apartados b) y c) del art. 193 c) de la LRJS.

Por el primero de ellos la recurrente formula una exhaustiva revisión fáctica que sistematizaremos del siguiente modo:

A).-Se pide que se añada un párrafo al hecho probado 1º para que conste “Que desde el inicio de la relación laboral, únicamente ha prestado servicios realizando funciones administrativas propias de la categoría profesional reconocida”. Ha lugar a su inclusión por tener respaldo documental suficiente y constituir una premisa fáctica relevante.

B).-Se solicita que tras el hecho probado 2º se añada uno nuevo y se numere como 3º, sobre envío de correo electrónico el 3-7-12 por D. I.S. a D. J.C., jefe de la delegación de Valencia para que un trabajador de dicho centro fuera seleccionado para acudir al crucero W., constando en correo electrónico enviado el 3-7-2012 a las 19.19 h que el Sr. S. decidió que fuera la actora, comunicándoselo a la misma mediante e-mail de ese mismo día a las 19.30 h, así como que textualmente se indicó a la actora que debía estar haciendo de guía en barco W. del 5 al 17 de julio. Pero no admitimos el texto propuesto ya que constituye una redacción más del gusto de la parte, estando los extremos esenciales recogidos en el hecho redactado por la juzgadora, entre los que hay que tener presente la referencia a los correos del día 4.

C).- Se pide la inclusión de un nuevo hecho probado enumerado (tras las

correlaciones de los anteriores) como sexto, del tenor literal que damos producido a efectos expositivos pero no admitimos ya que el mismo contiene una exposición sobre las categorías profesionales del Convenio, la profesión de guía turístico y la formación profesional, lo que es tema jurídico, conteniendo el texto asimismo una serie de razonamientos y conclusiones de parte, todo lo cual no es materia fáctica y no puede, por lo tanto, incluirse en el relato de hechos probados.

D).-También se interesa que al hecho probado 5º de la sentencia (que según estructura del recurrente pasaría a ser numerado como el séptimo) se añada un párrafo sobre que la petición a la actora era motivada por la negativa de la trabajadora R.M.S. a desplazarse al citado crucero, trabajadora que había prestado servicios en años anteriores en el crucero W., conociendo a la perfección los servicios ofrecidos en el mismo, siendo las funciones encomendadas las de asistencia a los clientes que viajan en dicho crucero, por cuanto tienen incluida la asistencia de personal de P. y garantizar que los mismos se ejecuten por los proveedores. No damos lugar al texto propuesto (folio 165) ya que resultan irrelevantes las funciones que la citada Sra. S. desempeñó en años anteriores, puesto que en el presente litigio hemos de estar a las funciones o trabajos que efectivamente se le encomendaron a la actora.

E).-Se pide una nueva redacción para el hecho probado 6º (8º en la numeración de la recurrente) relativo a la atención a la demandante en el centro de salud de la Fuensanta el 3-7-12 y la realización de pruebas el 13-7-12, lo que no aceptamos por ser la redacción de la magistrada de instancia lo suficientemente completa, salvo en el extremo relativo a que “la actora fue atendida (el 3-7-12) en el Centro de Salud a las 10:01 horas”, lo que constituye un detalle importante.

F).-Se solicita la inclusión de un nuevo hecho probado, a numerar como décimo, que diga: “Que si bien es cierto que la demandada trasladó a la actora la orden de viajar al crucero W., no han acreditado que se trasladara a la trabajadora la información del viaje que debía realizar, tales como medio de transporte, hora de salida, billetes, no habiéndose probado ni tan siquiera un intento de entrega de dicha información, siendo indispensable para proceder al cumplimiento de las órdenes encomendadas”. De nuevo hemos de desestimar lo pedido ya que por una parte se trata de un hecho negativo, que como tal no tiene por qué incluirse en el relato fáctico; por otra parte, no se trata de algo discutido ni puesto en tela de juicio.

SEGUNDO.- La recurrente dedica a la censura jurídica un motivo segundo, subdividido a su vez en dos apartados, alegando en primer lugar la infracción del art. 6, 36, 42, 43, 45, Disposición Adicional Primera y Cuarta del Convenio Colectivo de Agencias de Viaje de Ámbito Estatal, en relación con el art. 58 del ET, todo ello en base a que no ha habido incumplimiento laboral, haciendo referencia a falta de las instrucciones finales sobre el traslado al crucero W., por lo que es imposible incumplir cuando no hay instrucciones claras. Tampoco queda acreditada la graduación de la falta ya que no se hace referencia ni en la carta ni en el pliego de cargos a la repercusión que la desobediencia pudo tener en la empresa. También alega la imposibilidad de movilidad funcional entre todas las categorías profesionales del Grupo II aun viniendo encuadradas en un mismo grupo. El título que tiene la actora no

capacita para el ejercicio de la profesión de guía de turismo o acompañante.

En el segundo apartado se denuncia la infracción del RD 1255/2009 de 24 de julio, que establece el Título Superior de Guía, Información y Asistencia turística, en relación con la LO 2/2006 de 3 de mayo de educación, así como la LO 5/2002 de 19 de junio de las Cualificaciones y de la Formación Profesional y el RD 1538/2006 de 15 de diciembre.

Una correcta solución del debate planteado exige partir del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, hechos entre los que destacamos que: A).- El día 3 de julio de 2012 a las 19:39 horas, la empresa por medio de J.C., remitió a la actora email informando a la misma que, siguiendo instrucciones de I.S., debía estar haciendo de guía en el barco W. del 5 al 17 de julio. La trabajadora respondió a las 20:25 que nunca había trabajado como guía, sin hablar inglés, desconociendo el funcionamiento de los cruceros, añadiendo que no era la persona más indicada para esa labor. B).- Durante el día 4 de julio la actora cruzó varios correos con I.S., indicando este que la orden de viajar era una instrucción de la empresa para desplazarse del 5 al 17 de julio al crucero por Ucrania, por una circunstancia organizativa producida por la baja médica presentada el día anterior por la persona que iba a viajar; la trabajadora insistió en no viajar, alegando no estar preparada, careciendo de experiencia como guía o acompañante de grupo; no conocer el destino, el funcionamiento de los cruceros, el idioma inglés, y tener asuntos personales que atender, en concreto, familiares de los que se ocupa los fines de semana. C).- La empresa a las 1:01 comunicó a la actora que su misión en el crucero era de mera representante de la empresa, sin realizar labores de guía, tan solo como acompañante, sin importar que no hablara inglés, al hablar y atender a españoles. D).- El día 3-07-2012 la trabajadora que inicialmente debía acudir al crucero del 5 al 17 de julio, como asistente de los viajeros, manifestó su negativa a hacerlo, siendo impuesta sanción de suspensión de empleo y sueldo de 61 días, considerando la empresa cometida falta muy grave de indisciplina y desobediencia en el trabajo. E).-La trabajadora está en posesión del título de Técnico de Empresas y Actividades Turísticas desde septiembre de 1990. Inicialmente suscribió con la empresa contrato de trabajo en prácticas como auxiliar administrativo, posteriormente transformado en indefinido. Su contrato es indefinido a tiempo completo con la categoría profesional de oficial de 1ª. Desde el inicio de la relación laboral únicamente ha prestado servicios realizando funciones administrativas propias de la categoría profesional reconocida. F).- En fecha 3-07-2012 la actora fue atendida en el Centro de Salud Virgen de la Fuensanta a las 10:01 horas y se interesó la realización a la misma de prueba de radiodiagnóstico, RX de raquis, siendo concertada para el 13-07-2012 en el Centro de Especialidades Juan Llorens.

TERCERO.-Planteada la cuestión en los términos indicados, debemos señalar en primer lugar que por lo que respecta al tema de la desobediencia del trabajador como causa que justifica su despido disciplinario, lo que es extrapolable a la sanción por falta muy grave con base en el art. 54 del ET, como es nuestro caso, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse en reiteradas sentencias. Así, como se dijo en las de 19 de octubre de 2000 (número 4522/2000) ó 5 de abril de 2001 (núm.1791/2001), para la consideración jurídica y gravedad de los hechos constitutivos de desobediencia, se

hace necesario acudir a las exigencias que legal y jurisprudencialmente se entienden necesarias para conceptuarla como causa de despido. De este modo, se requiere la concurrencia de un triple requisito: 1ª) La injustificación o ausencia de causa en la medida en que el empresario ejercita el poder de dirección de manera regular, 2ª) La gravedad de la desobediencia, que es exigida con carácter general para todos los incumplimientos contractuales merecedores de la sanción de despido, 3ª) La culpabilidad, entendida como el conocimiento doloso o el actuar imprudente en la realización de la conducta infractora. Por su parte, en la sentencia de 12 de enero de 2000, recogiendo pronunciamientos anteriores, se afirma que el actor queda sujeto al deber de obediencia a las órdenes de la empresa que se deriva de los artículos 5. a) y c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el artículo 20.1 y 54. 2. b) del mismo texto legal, sin que sea aceptable el "ius resistentiae", sino excepcionalmente, cuando la orden recibida atente a la dignidad del trabajador, sea abusiva en extremo o bien totalmente contraria a las mismas exigencias laborales, rigiendo en caso contrario el principio consagrado por la jurisprudencia laboral "solve et repete", según el cual el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder de cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos, con las excepciones dichas en cuanto a que si el empresario se excede de los límites de autoridad que tiene marcados por las normas legales, puede en tal caso el trabajador desobedecer legítimamente, sus órdenes, sin incurrir en infracción.

Ahora bien siendo ello cierto, tampoco puede desconocerse que en numerosas sentencias del Tribunal Supremo se ha entendido que el enjuiciamiento del despido (y obviamente de la sanción) debe abordarse de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (SSTS 28 febrero y 6 abril 1990 y 16 mayo 1991). Esta teoría gradualista debe ser aplicada atendiendo, por tanto a circunstancias concretas como antigüedad del trabajador en la empresa, escaso perjuicio económico sufrido por la misma, inexistencia de otras sanciones anteriores por el mismo hecho, etc. Teoría que encuentra amparo legal en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, que exige la presencia de incumplimientos graves para producir el despido disciplinario, de acuerdo con el art. 54.1 de la misma Ley, con un razonable criterio de proporcionalidad. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo 1991 entre otras muchas, expresa dicho principio en relación con el de la buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los arts. 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, erigido en criterio de valoración de conductas del que resulta justificado el despido para las que supongan una violación trascendente de la buena fe contractual, de modo que no cualquier transgresión de ella, sino solamente de la de carácter grave y culpable, es la que tiene calidad bastante para que resulte lícita aquella sanción.

En el caso de autos es cierto que se ha constatado la existencia de una desobediencia de la trabajadora despedida a una orden empresarial, pero también lo es que atendidas las circunstancias concurrentes, la sanción por falta muy grave

impuesta se considera excesiva y desproporcionada. En efecto, debemos recalcar los siguientes datos fácticos a efectos de alcanzar una solución ponderada y ajustada a derecho. Por una parte, la desobediencia fue puntual, en cuanto referida a una sola orden, por lo demás extraña y aislada; no constan antecedentes ni de negativas de la trabajadora, ni de órdenes semejantes. El contenido de la misma era extraño a la configuración de la relación de trabajo de la demandante, pues la misma siempre había realizado funciones administrativas, habiendo sido contratada para prestar servicios en el centro de trabajo ubicado en Valencia, Plaza del Ayuntamiento nº 17. No podemos convertir este juicio en un pleito sobre movilidad funcional y geográfica, pues no son tales las acciones ejercitadas, pero sí que debe tomarse en consideración que la trabajadora nunca había asistido a clientes en un crucero, ni como guía ni como mera representante, y que, dato de gran importancia, no sabía inglés. Es de conocimiento general que en los cruceros, sobre todo fluviales por el menor número de plantilla con el que cuentan, los guías o los simples asistentes deben entrar en contacto con la tripulación, servicio de recepción, comedor, y personal variado del barco. Es por ello irrelevante que a la actora se le encomendara finalmente ir como representante de la agencia de viajes y asistente de un grupo de españoles, porque se trataba de ir a un crucero fluvial en la zona de Ucrania, donde evidentemente ni en la misma, ni en los barcos que transitan por el Dniepper, se conoce el idioma español. Es por ello que atendido el cometido encargado y el que a la trabajadora, para solventar las diversas incidencias que el día a día en un crucero se plantean, le sería necesario relacionarse no solo con los pasajeros españoles sino también y especialmente con la tripulación, por no entrar ya en el tema de las bajadas en los diferentes puertos y escalas, es por lo que estamos ante una orden injustificada. No resulta mínimamente razonable que, de la noche a la mañana, sin apenas tiempo para reaccionar puesto que el primer correo comunicado a la actora en tal sentido es del día 3-7-2012 a las 19.39 h (el sr. S. decidió que fuera la actora la trabajadora seleccionada a las 19.19 h), y sin instrucciones precisas, se le indicara que debía estar haciendo de guía en el barco W. (río Dniepper, Ucrania) del 5 al 17 de julio y tras el cruce de correos se le adjudicara el trabajo de “mera representante de la empresa, sin realizar labores de guía, tan solo como acompañante, sin importar que no hablara inglés, al hablar y atender a españoles”. Las causas alegadas por la demandante sobre no estar preparada, carecer de experiencia como guía o acompañante de grupo; no conocer el destino, el funcionamiento de los cruceros, el idioma inglés, y tener asuntos personales que atender, sumado a las pruebas médicas que le debían practicar el día 13-7-12 en el Centro de Especialidades Juan Llorens, justifican el no cumplimiento de la orden empresarial que se nos aparece como ilógica, carente de sentido y abusiva. La profesión de guía de turismo o acompañante exige estar en disposición del Título de Técnico Superior de Guía, Información y Asistencia turística (RD 1255/2009 de 24 de julio; Disposiciones Adicionales 1ª y 4ª del Convenio Colectivo), titulación que no posee la actora.

En definitiva, atendidas las circunstancias expuestas no puede sostenerse que la desobediencia de la demandante merezca el calificativo de muy grave ni, por consiguiente, pueda incardinarse en el art. 42 del Convenio colectivo estatal en relación con el art. 54.2.b) del ET, por lo que el recurso deberá ser estimado y la sanción dejada sin efecto.

FALLO

Que estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de DOÑA A.G.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de los de Valencia y su provincia, de fecha 7 de noviembre de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa X. S.A.; y, en consecuencia, revocamos totalmente la sanción impuesta a la actora y condenamos a la empresa a que le pague los salarios dejados de abonar que ascienden a 2.212,20 €.

Sin costas.

Sentencia núm. 915, de 14 de abril de 2014

Materia: Recargo por falta de medidas de seguridad en la empresa. Trabajador que presta sus servicios como planchista en taller dedicado a chapa y pintura de automóviles. Falta de medidas de seguridad en la empresa: carencia de dispositivos de aireación o ventilación. Conducta omisiva de la empresa. El actor es declarado en situación de invalidez permanente total derivada de contingencia profesional. Se sanciona a la empresa por falta de medidas de seguridad. Recargo. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda y confirma las resoluciones recurridas, confirmando el recargo de las prestaciones a la empresa demandante, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración, absolviendo al trabajador y al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda constatado que de la conducta omisiva de la empresa se derivó un proceso bronquial que acabó en una declaración de invalidez del trabajador.
Ponente. Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Lluch Corell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado de la empresa S.G.A. S.L., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 6 de marzo de 2012, confirmada por otra de 22 de mayo del mismo año, que le impuso un recargo del 30% sobre las prestaciones de Seguridad Social reconocidas a D. L.R., por considerar que su

enfermedad profesional que padece se debe al contacto durante su trabajo en la citada empresa con lacas, pinturas, colorantes, adhesivos, barnices y esmaltes.

2. El primer apartado del recurso se dedica a la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, en los términos que pasamos a examinar:

a) Se interesa, en primer lugar, que se modifique el hecho primero para que se añada que la empresa S.G.A. S.L. es de nueva creación y se abrió en 2003, estableciéndose en una nueva ubicación y solicitando la licencia para instalación de su actividad calificada al Ayuntamiento de A. el 4-6-2003. Se rechaza la petición pues no añade nada nuevo al debate, toda vez que en el hecho que se pretende modificar ya consta que el Sr. R. inició su relación laboral con S.S.O., que se transformó en la entidad mercantil demandante el 1 de abril de 2003. Lo relevante para resolver el recurso es el hecho no discutido de que el Sr. R. ha prestado ininterrumpidamente sus servicios como oficial 1ª mecánico en el taller de chapa y pintura del automóvil, que primero gestionó D. S.S. y a partir de abril de 2003 la sociedad S.G.A., S.L.

b) En relación con el hecho probado undécimo se proponen dos modificaciones. La primera tiene por objeto que se añada un párrafo en el que se diga que consta la entrega al actor de los equipos de protección individual necesarios para el desarrollo de sus tareas, de acuerdo con la evaluación de riesgos. Esta petición también resulta innecesaria por reiterativa, pues el informe de INVASSAT ya figura relatado en el hecho probado décimo. En cualquier caso conviene puntualizar que en el hecho decimotercero se declara probado que el dentro de trabajo carece de más ventilación que la puerta y ventanas, que la cabina de pintura no tiene un dispositivo de aspiración o renovación de aire y que no constan que al trabajador se le facilitaran mascarillas de protección frente a agentes tóxicos ni partículas.

La segunda petición que afecta a este hecho undécimo tiene por objeto que se elimine la última frase en la que se dice que “se reconoce por la empresa demandante que no entregan al actor (sic) copia de las mediciones y que no se realizan mediciones higiénicas”. Esta petición se rechaza pues no se basa en prueba

documental o pericial (arts. 193 c) y 196.3 LRJS), teniendo en cuenta que el magistrado de instancia puede basar su convicción en la valoración de conjunta de toda la prueba, incluida la declaración del propio trabajador, como una de las partes del proceso.

c) Se propone una redacción alternativa para el hecho probado duodécimo, que se da por reproducida y que tampoco puede prosperar, pues lo que recoge el informe de INVASSAT en relación con los trabajos anteriores del Sr. R. no es prueba documental sino testimonio documentado en cuanto recoge lo declarado por éste y no puede prevalecer sobre la prueba practicada en el acto del juicio.

d) Finalmente tampoco se puede acoger la redacción alternativa que se propone para el hecho probado decimotercero, pues el magistrado se ha basado no solo en la licencia de apertura, que se invoca por la recurrente, sino también en “las manifestaciones de la vista oral”, que no son revisables en suplicación.

SEGUNDO.- 1. En el segundo apartado del recurso se denuncia al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la infracción del artículo 123.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio -LGSS-, en relación con el artículo 3.5 del Real Decreto 374/2001, de 6 de abril, sobre la protección de la salud y seguridad de los trabajadores contra los riesgos relacionados con los agentes químicos durante el trabajo. Se sostiene por la empresa recurrente que el supuesto de hecho que se enjuicia se encuadra dentro de lo previsto en el artículo 3.5 del Real Decreto 374/2001; y que, en cualquier caso, se ha desvirtuado la relación de causalidad entre la posible irregularidad y la enfermedad pulmonar obstructiva que padece el Sr. R.

2. A efectos de resolver el recurso este tribunal debe partir del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida -que no se ha visto alterado por las modificaciones que se han intentado introducir en el motivo primero del recurso- y no de lo que narra la empresa en este segundo motivo. Pues bien, de aquél relato podemos destacar los siguientes datos de interés: A) El Sr. R. llevaba trabajando para el

taller de chapa y pintura desde el año 1997, como pintor y chapista. B) Consta que en el puesto de trabajo de chapa y pintura hay riesgo de exposición a sustancias nocivas o tóxicas, por lo que es necesario el uso de mascarillas contra vapores orgánicos, así como la instalación de dispositivos de aspiración o renovación del aire y la medición higiénica para determinar el grado de concentración de vapores en el puesto de trabajo. C) Ello no obstante, no consta que la empresa entregara al Sr. R. mascarillas de protección frente a agentes tóxicos o partículas; que el centro de trabajo tuviera otra ventilación que la proporcionada por la puerta y las ventanas; y que la cabina de pintura tuviera un dispositivo de aspiración o renovación del aire.

3. Partiendo de los hechos expuestos en el apartado anterior, el motivo no puede prosperar. En efecto, de un lado, no se ha infringido el artículo 3.5 del Real Decreto 374/2001 en cuanto dispone que las mediciones no serán necesarias cuando el empresario demuestre claramente por otros medios que se ha logrado una adecuada prevención, pues a la vista de lo relatado, es evidente que no se adoptaron las medidas de prevención adecuadas para evitar los riesgos anudados a las tareas que realizaba el Sr. R., en particular, las relativas a la adecuada ventilación del lugar de prestación de servicios y a la entrega de mascarillas protectoras.

4. En segundo lugar, y por lo que respecta a la relación de causalidad que debe existir entre la infracción de las medidas de seguridad y el daño producido, hemos de comenzar recordando que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la materia expresada en las SSTs de 12 de julio de 2007 (rcud. 938/2006) y 26 de mayo de 2009 (rcud.2304/2008) los requisitos que determinan la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo son: “a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999); b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el

resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado”....subrayando además que “...del juego de los preceptos contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales “...el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medias de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”.

Más concretamente y por lo que se refiere a la relación de causalidad en el marco de una enfermedad profesional, las SSTS de 18 de mayo de 2011 y 14 de febrero de 2012 (rcud.2028/2011) recuerdan "tratándose de enfermedad profesional, de una contingencia con desarrollo ajeno esencialmente a la conducta del trabajador, ante la constatada falta de las legales y reglamentarias medidas de seguridad en el desarrollo de un trabajo de alto riesgo de enfermedad profesional, (...) pudiendo establecerse, en consecuencia, que entre los hechos admitidos o demostrados y el hecho " presunto " existe "un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano ", siendo correcto, por tanto, el razonamiento efectuado en la sentencia referencial en el sentido de que el "nexo causal entre la falta de medidas de seguridad y la enfermedad... puede reputarse concurrente en el caso enjuiciado, puesto que de haberse cumplido las medidas preventivas, se hubiera podido razonablemente prevenir o impedir o al menos disminuir los efectos perniciosos de la exposición al agente que enfermó al trabajador ".(...). Indudablemente es dable presumir, como viene efectuado gran parte de la doctrina jurisprudencial, que, en supuestos como el ahora enjuiciado, la conducta omisiva de la empresa supuso una elevación o incremento del riesgo de daño para el bien jurídico protegido por la norma, en este caso la salud de los trabajadores, elevando sustancialmente las probabilidades de acaecimiento del suceso dañoso, como aquí ha ocurrido, lo que nos permite establecer la relación causal entre el conjunto de incumplimientos referido y la enfermedad

profesional declarada (...) ante la certeza o máxima probabilidad que de haberse cumplido las prescripciones de seguridad exigibles el resultado no hubiese llegado a producirse en todo o en parte. O, como se razona en nuestra STS/IV 30-junio-2010 (Sala General -rcud 4123/2008), "la propia existencia de un daño pudiera implicar -se ha dicho- el fracaso de la acción preventiva a que el empresario está obligado (porque no evaluó correctamente los riesgos, porque no evitó lo evitable, o no protegió frente al riesgo detectable y no evitable)."

El hecho de que esta doctrina se haya establecido en relación con la enfermedad profesional derivada de la exposición del trabajador al amianto, no es obstáculo para que también sea aplicable al presente supuesto en el que consta que el Sr. R. sufrió un proceso de incapacidad temporal y posterior incapacidad permanente en el grado de total derivada de enfermedad profesional y que la empresa recurrente no cumplió con las medidas de seguridad imprescindibles para evitar o prevenir la aparición de tal enfermedad. Existe, por tanto, una presunción de que la bronquitis crónica obstructiva que padece el Sr. R. fue causada por las condiciones ambientales en que desarrolló su trabajo en el taller de chapa y pintura de la sociedad demandante durante más de quince años, sin que la existencia de otras circunstancias, como su tabaquismo, sea suficiente para destruir esa presunción. Es por ello que procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

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

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa SYA, S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.12 de los de Valencia de fecha 5 de julio de 2013 en virtud de demanda presentada a su instancia contra DON L.R.M. y el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado o Graduado Social impugnante la cantidad de 500 euros.

Sentencia núm. 925, de 15 de abril de 2014

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadoras fijas discontinuas al servicio de empresa agrícola, siéndoles de aplicación el convenio colectivo de manipulado y envasado de frutas y hortalizas para la Comunidad Valenciana. Por decisión empresarial cuatro trabajadoras pasan de ejercer funciones de encajadora a funciones administrativas en la empresa. Tras reducirse el trabajo administrativo en la empresa solicitan volver a su puesto de encajadoras. Consolidación de categoría y antigüedad. Prioridad a ser llamadas con respecto a otras trabajadoras. Adecuación procedimiento.

Juzgado: Desestimando las excepciones opuestas por la parte demandada y desestimando la demanda, absuelve a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Declara la inadecuación del procedimiento de conflicto colectivo y deja imperejuzgado el fondo de la demanda contra la empresa y las empresas codemandadas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Por la Confederación Sindical CC. OO. del PV se interpuso demanda de conflicto colectivo contra la Cooperativa Agrícola de A: y las trabajadoras D^a M.D.S.R., D^a A.E.LL. D^a M^aR.G.B. y D^a M^a V.B.P., solicitando que se dictara sentencia por la que se declarara «injustificada la decisión de la Empresa de conceder a las personas que lo han solicitado y que tenían consolidada la nueva categoría de “Ordenanza” y “Auxiliar Administrativo”, su derecho a recuperar su número de orden de llamamiento y antigüedad en la lista de origen como “Encajadoras” que tenían antes de su consolidación».

Celebrado el acto del juicio, en el que se excepcionó por inadecuación del procedimiento, el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Valencia y su provincia dictó sentencia desestimatoria de las excepciones opuestas y de la demanda en fecha 2 de diciembre de 2013.

2. Frente a la referida sentencia se formula el presente recurso de suplicación por la representación letrada de la Confederación Sindical de CC. OO.-PV, siendo impugnado de contrario.

En un único motivo de recurso, con apoyo procesal en el art. 193 c) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción, por interpretación errónea o falta de aplicación, de los arts. 8.5 y 37 c) CC de Manipulado y envasado de cítricos de la Comunidad Valenciana (2003-2010) y arts. 7.5 y 6 y 31 c) CC de Manipulado y envasado de Cítricos de la Comunidad Valenciana (2010-2012), en relación con el art.

15.8 Estatuto de los Trabajadores.

En esencia, se argumenta que las trabajadoras codemandadas al consolidar la categoría de «Ordenanza» y «Auxiliar Administrativo» perdieron su puesto en la lista de llamamiento en la categoría de origen «Encajadoras». La aparición de un nuevo párrafo en el convenio colectivo 2010-2012 posibilitando el retorno a la categoría de origen ya no puede afectar a un derecho que ya no existía porque al consolidar su categoría de destino habían perdido el puesto en la lista de llamamiento en la categoría de origen. No es factible el «efecto Lázaro». Las trabajadoras afectadas podrían recuperar su categoría, pero no debería computarse como antigüedad en la categoría de «Encajadora» los años trabajados como auxiliares administrativos u ordenanzas.

3. Con carácter previo, por tratarse de una cuestión que afecta al orden público procesal, y por ende, apreciable incluso de oficio –en este sentido, STS 25-7-2013, Rec. 100/12–, la Sala procede a examinar la adecuación del procedimiento de conflicto colectivo al presente supuesto.

Al respecto, el Magistrado-Juez de instancia, una vez reseñada la jurisprudencia relativa a la existencia de conflicto colectivo, concluye que «concurren todos los requisitos o elementos que definen la demanda de conflicto colectivo, sin que lo impida que, para integrar correctamente la relación jurídico-procesal, se haya llamado al proceso, como demandadas, a cuatro trabajadoras concretas de la empresa demandada. Pues tal situación trae su origen en la propia decisión del juzgador, quien consideró, a la vista de los hechos de la demanda colectiva, que la resolución de la misma podría ya afectarles individual y personalmente. Se insiste que ello no afecta al carácter colectivo de la controversia, puesto que lo que se solicita en la demanda es que se declare injustificada la decisión de la empresa de pasar a las personas que lo han solicitado y que tenían consolidada la nueva categoría de “Ordenanza” y “Auxiliar Administrativo” a la lista de origen (encajadoras) con la antigüedad que tenían antes de la consolidación. Pretensión que, en la forma en que se formula, tiene trascendencia colectiva, pues afecta de forma indiferenciada el colectivo de encajadoras de la empresa en cuanto altera la lista y el orden de llamamiento y trae su origen en un conflicto jurídico (la distinta interpretación que las partes hacen de las previsiones contenidas en el art. 7.6 del Convenio vigente, que no se contenían en el Convenio anterior)».

4. Según el tenor literal del art. 153.1 LJS «Se tramitarán a través del presente proceso (de conflicto colectivo) las demandas que afecten a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores o a un colectivo genérico susceptible de determinación individual y que versen sobre la aplicación e interpretación de una norma estatal, convenio colectivo, cualquiera que sea su eficacia, pactos o acuerdos de empresa, o de una decisión empresarial de carácter colectivo...».

Es menester recordar la doctrina del Tribunal Supremo sobre el objeto propio del proceso de conflicto colectivo, que aunque referida a la interpretación del art. 151 Ley procedimiento laboral sigue siendo válida (por todas STS 17-01-2011, Rec.

246/2009), según la cual: «las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos: 1) uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores “entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad” y 2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general, que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como “un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros” o como “un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que han de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general”. En este sentido, la sentencia de 1 de junio 1992 aclara que “el hecho de que un litigio tenga por objeto un interés individualizable, que se concrete o pueda concretarse en un derecho de titularidad individual, no hace inadecuado el procedimiento especial de conflicto colectivo, siempre que el origen de la controversia sea la interpretación o aplicación de una regulación jurídicamente vinculante que afecte de manera homogénea e indiferenciada a un grupo de trabajadores”. Por otra parte, el problema no consiste tanto en esa potencial afectación plural que puede derivarse de una sentencia colectiva, sino en la dimensión en que ha de plantearse la controversia, que no puede consistir en la solicitud del reconocimiento de una situación individualizada de uno o varios trabajadores, sino en una declaración general que se corresponda con el propio carácter genérico del grupo de los trabajadores incluidos en el conflicto».

En cuanto al elemento subjetivo, la vigente redacción del art. 153.1 LJS se refiere tanto a «una grupo genérico de trabajadores» como a «un colectivo genérico susceptible de determinación individual», acogiendo así la doctrina del Tribunal Supremo sentada por la sentencia de 28-01-2009, Rec. 137/2007. Esta nueva definición permite concluir que la identificación individual de los miembros del colectivo, por sí solo, ya no podrá llevar a la estimación de la excepción de inadecuación de procedimiento. Lo importante, a partir de ahora, ya no será tanto que se identifiquen o sean identificables los integrantes del colectivo, sino la generalidad o no del conflicto, de modo que una eventual sentencia estimatoria pueda afectar no solo a los trabajadores identificados, sino también a otros distintos en los que pudieran concurrir las circunstancias del conflicto. Así las cosas, no estaremos ante un conflicto colectivo cuando el resultado del mismo solo resulte aplicable a unos trabajadores concretos con nombres y apellidos, sin posibilidad de que eventualmente pudiera afectar a otros.

5. Para resolver si fue acertada la decisión de instancia de considerar adecuado el procedimiento de conflicto colectivo en el presente supuesto hemos de partir tanto de los hechos declarados probados como del suplico de la demanda ya referido.

De la inalterada, por no combatida, narración de hechos probados esta Sala destaca lo siguiente: a) la empresa demandada dedica su actividad al manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas; b) las cuatro trabajadoras demandadas, fijas discontinuas, que venían prestando servicios para la empresa demandada como encajadoras, pasaron en fechas diversas y por decisión de la empresa a desempeñar

trabajo en las oficinas de la empresa con la categoría de «ordenanza y auxiliar administrativo»; c) tras haberse reducido el trabajo administrativo en la empresa y, como consecuencia, las jornadas trabajadas por las trabajadoras, cuyo número era ya inferior al que realizaban las encajadoras con una antigüedad en la empresa semejante a la suya, tras publicarse en el DOCV de 13-10-2011 el Convenio Colectivo de Manipulado y Envasado de Cítricos, Frutas y Hortalizas para la Comunidad Valenciana 2011-2012, las trabajadoras demandadas solicitaron a la empresa volver a la categoría de encajadoras con el número de antigüedad que tenían en dicha categoría de origen; d) la empresa comunicó a las trabajadoras por escrito que accedía a su petición y que se les reincorporaba a su anterior puesto de trabajo como encajadoras, informándoles del número de orden de llamamiento que a cada una de ellas le corresponde (en atención a la antigüedad en la empresa) y que ya se les da de alta como encajadoras en la campaña actual y que se procederá a llamarlas el primer día que por orden de llamamiento les corresponda; e) en fecha no precisada, la Federación Agroalimentaria de CC.OO.-PV solicitó reunión de la comisión paritaria del Convenio colectivo de Manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas para la Comunidad Valenciana. En la reunión de 31-5-2013 todos los miembros de la comisión salvo CC. OO. manifestaron, en ejercicio de la función de interpretación del Convenio, que el art. 7.5 del Convenio establece las condiciones que deben darse para que se produzca la consolidación de una categoría; y que el art. 7.6 es claro en cuanto establece que, una vez consolidada la categoría de destino (que en este caso sería la de «Ordenanza» y «Auxiliar Administrativo»), si en dicha categoría se produce una merma continuada en las jornadas de trabajo o se procede a la amortización del puesto de trabajo, el /la trabajador/a sin derecho a indemnización alguna, podrá recuperar su puesto de trabajo en la categoría de origen (en este caso de «Encajadora»), con el salario correspondiente a esta misma categoría y ocupando el puesto en la lista de llamamiento que le corresponda con la antigüedad en la empresa dentro de dicha categoría.

6. Aplicando la jurisprudencia transcrita en interpretación del objeto del proceso de conflicto colectivo –hoy, artículo 153.1 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social – al caso traído ahora a nuestra consideración nos lleva a discrepar de la solución alcanzada en instancia y, en consecuencia, a declarar la inadecuación de procedimiento. En efecto, siendo acertadas las reflexiones del Magistrado-Juez de instancia sobre los requisitos o elementos que deben concurrir para la existencia de un conflicto colectivo, disintimos de la solución a la que llega en este supuesto concreto en atención a las consideraciones siguientes: a) la literalidad del suplico de la demanda –que se reitera por remisión en el suplico del recurso – en relación con la narración de hechos probados, a juicio de esta Sala, no permite entender que se esté solicitando la interpretación de un precepto convencional que, en su caso, pudiera afectar a un colectivo más o menos indeterminado de trabajadores (en este caso, encajadoras), sino que, por el contrario, lo que se está pidiendo expresamente es la declaración de nulidad de una decisión empresarial específica que afecta a cuatro trabajadoras concretas. Pretensión carente de dimensión colectiva, por cuanto la eventual estimación de la demanda en instancia hubiera tenido como consecuencia directa la pérdida del derecho reconocido por el empresario a las cuatro trabajadoras codemandadas a recuperar su número de orden de llamamiento y antigüedad en la

lista de origen como encajadoras; b) la ampliación de la demanda, por requerimiento de subsanación del Magistrado-Juez de instancia, confirma la conclusión anterior. La llamada a juicio de las trabajadoras, a nuestro entender, responde a la necesidad de garantizar su derecho de defensa y, por tanto, desde esa perspectiva también la pretensión formulada carece de naturaleza colectiva; c) el presunto perjuicio causado por la decisión empresarial pudo haberse formulado mediante un proceso ordinario, individual o plural, por las eventuales encajadoras afectadas por la decisión empresarial, en cuyo caso, el sindicato accionante hubiera carecido de legitimación para plantearlo. O pudo instarse como conflicto colectivo, pero formulando para ello un suplico en el que concurrieran los requisitos o elementos requeridos al efecto, de los que, como se ha indicado, carece el suplico de la demanda origen de este recurso. Así, debió de instarse una interpretación del precepto convencional de referencia en un determinado sentido con causa en la decisión adoptada por el empresario, garantizando así también la situación de conflictividad actual (STS 2-3-1998, Rec. 1922/97). En consecuencia, si la controversia planteada en instancia giraba en torno a una decisión empresarial determinada que afectaba a cuatro trabajadoras concretas, entendemos que la pretensión carece de un interés general que afecte a un grupo de trabajadores, requisito básico para apreciar la existencia de un conflicto colectivo.

7. Corolario de todo lo expuesto es que, dejando imprevisto el fondo de la demanda interpuesta, declaremos la inadecuación del procedimiento. Sin costas.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos la inadecuación del procedimiento de Conflicto Colectivo seguido por el demandante para la solución de la presente controversia, y dejamos imprevisto el fondo de la demanda interpuesta por la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PV contra la Empresa AGRÍCOLA A. SOCIEDAD COOPERATIVA y las trabajadoras D^a M.D.S.R., D^a A.E.LI., D^a M^a R.G.B. y D^a M^a V.B.P.

Sentencia núm. 949, de 15 de abril de 2014

Materia: Cese actividad autónomos. Trabajador afiliado al RETA que cesa en su actividad y solicita a la Mutua la prestación por cese de actividad de carácter indefinido por rescisión de la relación contractual del cliente por causa justificada. Periodo mínimo de cotización. Descubierta en las cuotas.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las entidades demandadas de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la prestación al no cumplir con los requisitos legales.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, reconociendo al trabajador la prestación solicitada. El trabajador ha procedido a abonar la cotización por el último mes que faltaba, sin esperar a la invitación al pago de la misma, por lo que, cuando con el resto de los requisitos, resulta merecedor de la prestación solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de la instancia que desestima la demanda por la que el actor pretendía que le fuera abonada la prestación por cese de actividad en su condición de autónomo, recurre el trabajador a través de un único motivo de recurso amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS. En dicho motivo cita como infringidos los arts 4 b) y e) así como el art 8 ambos de la Ley 32/2010, de 5 de Agosto, que regula la denominada prestación por cese de actividad del personal autónomo, pues entiende que quedándole por satisfacer el importe de la cotización correspondiente al mes de septiembre del 2011 a la fecha en que cesó en la actividad,

y que abonó con recargo antes de solicitar la prestación, debió hacerse efectivo el mecanismo de la invitación al pago, expresamente recogido en la norma que especialmente regula tal prestación, pues tal mecanismo conlleva la validez de las cotizaciones ingresadas en su cumplimiento. Tras mencionar que la propia D A 39ª del Texto Refundido de la LGSS concede validez a las cuotas ingresadas por tal mecanismo o con retraso, entiende, que “en la cotización previa a efectos de la prestación de cese de actividad se computan todas las cotizaciones correspondientes a períodos de alta y actividad anteriores al hecho causante, ya efectuadas en su momento o con posterioridad a iniciativa del autónomo o tras el mecanismo de invitación al pago”.

SEGUNDO.- Nos encontramos ante el supuesto de un trabajador autónomo, económicamente dependiente, que se da de alta en la actividad de transporte de mercancías en fecha 1 de Octubre del 2008. En fecha 29 de febrero del 2012 la empresa de la que dependía su actividad le rescinde el contrato. El día 6 de marzo del 2012 el trabajador procede a abonar, con el correspondiente recargo, el único recibo de autónomos que tenía pendiente correspondiente al mes de septiembre del 2011, y en fecha 13 de marzo del 2013 procede a solicitar a la Mutua X. la prestación por cese de actividad. Dicha entidad le desestima de “no tener cubierto en el momento del hecho causante el período mínimo de cotización de 12 meses continuados e inmediatamente anteriores a la situación legal de cese por actividad según el artículo 4.1 b) y 8 de la citada Ley”.

Constituye, pues, el exclusivo objeto de éste recurso, dado que el trabajador cumple con el resto de requisitos legales del citado art 4, determinar el alcance legal que cabe atribuir a la remisión que dicho precepto efectúa al art. 8 de la misma norma que, bajo el epígrafe de “Duración de la prestación económica” establece que la misma: “...estará en función de los períodos de cotización efectuados dentro de los cuarenta y ocho meses anteriores a la situación legal de cese de actividad de los que, al menos doce deben ser continuados e inmediatamente anteriores a dicha situación de cese...” con arreglo a determinada escala. Pues bien, es evidente que la norma condiciona la concesión de la prestación, no solo a tener determinada carencia

mínima, a partir de la cual la duración de la prestación puede llegar a ser de un año, sino también a hallarse al corriente en el pago. Pero también lo es que en coherencia con el sistema general establecido a partir del Decreto 2530/1970 elevado a rango legal por la Ley 53/2003 de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, se ha incorporado en la DA 39ª de la LGSS tras la mención de que para el reconocimiento de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social será necesario que el causante se encuentre al corriente en el pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, "...a tales efectos será de aplicación el mecanismo de invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, cualquiera que sea el Régimen de Seguridad Social en que el interesado estuviese incorporado, en el momento de acceder a la prestación o en el que se cause ésta". Pero es más, el propio art. 4 de la norma especial reguladora de la prestación por cese, incorpora la misma previsión al señalar en su letra e), que "si a la fecha del cese de actividad no se cumpliera con el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social, pero se tuviera cubierto el período mínimo de cotización para tener derecho a la protección, el órgano gestor invitará al trabajador autónomo a que, en el plazo improrrogable de treinta días naturales, ingrese las cuotas debidas, en los términos que reglamentariamente se establezcan".

La duda que incorpora la resolución de la Mutua recurrida, sobre la ausencia de la carencia mínima que establece la norma, debe interpretarse en relación al período de alta en la actividad, con la obvia finalidad de que queden fuera de la misma situaciones de actividad irrelevantes a efectos prestacionales, pero en modo alguno puede servir para efectuar interpretaciones contrarias al espíritu de la norma o restrictivas de derechos de ésta clase de trabajadores. Esta tiene su origen, además de en el Estatuto del Trabajo Autónomo, en las Recomendaciones del Consejo de Europa de 18 de febrero del 2003 y en la Directiva 86/613/ CEE del Consejo que pretenden equiparar a los trabajadores sin distinción de su condición de independientes o dependientes. La norma hace hincapié en la situación involuntaria del cese de la actividad y establece un sistema de prestaciones cuya duración va a depender, por razones lógicas, con el tiempo de cotización, pero establece el mismo mecanismo de

invitación al pago que cabe encontrar en otras disposiciones de Seguridad Social, por lo que interpretar de otro modo dicho mecanismo para estos trabajadores supondría una diferenciación inasumible desde el punto de vista de la acción protectora de la Seguridad Social. En el caso concreto, ha sido el propio trabajador el que, conocedor de la falta de cotización de una única mensualidad a la fecha del cese en la actividad, que hay que recordar dependía de forma unilateral de la empresa que lo comunicó al trabajador el mismo día en que hacía efectivo el señalado cese, procedió a su abono sin esperar a la citada invitación al pago, actuando por tanto de manera diligente y anticipándose a cumplir antes del plazo en que legalmente podría haberlo hecho, por lo que resulta merecedor de la prestación solicitada.

Por ello, y en aplicación de la jurisprudencia que ha venido interpretando el citado mecanismo (STS de 7 de marzo de 2.012, rcud. 1967/2011), procede atender a los razonamientos y pretensiones del recurrente, y en consecuencia y con revocación de la sentencia de instancia, estimar la demanda declarando el derecho del actor Sr. M.L. a percibir de la Mutua X. la prestación por cese de actividad, condenando a la citada Mutua a su abono, por las cuantías y plazos legales que esta Sala no puede cuantificar al no existir petición expresa para ello.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON A.M.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.CINCO de los de VALENCIA, de fecha 16 de Julio del 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda declaramos el derecho del actor s percibir de la Mutua X. la prestación por cese de actividad correspondiente al período cotizado, condenando a la citada Mutua a su abono por el tiempo y cuantía que se determine.

Sin costas.

Sentencia núm. 956, de 15 de abril de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador que presta sus servicios como albañil y que tiene reconocida una incapacidad permanente grado total como consecuencia de accidente de trabajo. El demandante solicita la declaración de incapacidad absoluta derivada de enfermedad común.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de lo peticionado contra ellos.

Sala: Estima el recurso y declara al actor en situación de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común. Las patologías que padece el actor se han ido agravando y no se encuentra en situación para de hacer frente al ejercicio de ninguna profesión u oficio que requiera esfuerzos siquiera moderados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda del actor que solicita ser declarado en situación de Incapacidad permanente Absoluta por enfermedad común tras haberlo sido en Incapacidad Total por accidente de trabajo, recurre éste a través de diversos motivos amparados en los apartados b) y c) del art 193 de la LRJS.

Como revisiones fácticas se solicita la de diversos hechos probados, de la forma que se expone:

1.- Del hecho probado segundo a fin de aclarar la cronología de lo sucedido en el expediente de revisión, para que diga: “A partir del 1 de Julio de 2011 el INSS inició de oficio expediente de revisión de grado de la incapacidad permanente total que le había sido reconocida al actor, determinando no haber lugar a la revisión y confirmando aquella invalidez permanente total que tenía reconocida. El actor recurrió dicha resolución pretendiendo que se le declarara afecto de invalidez absoluta, siendo desestimada su reclamación previa y contra la que se alza en la presente demanda”.

2.- Supresión del hecho tercero.

3.- Supresión de todas las manifestaciones que con valor fáctico se señalan sobre los supuestos defectos de la demanda al no indicar de forma expresa la contingencia por la que solicitaba la Ipab.

4.- Para que en el hecho cuarto se haga constar las patologías que dieron lugar a la IPT. Ello según recoge el propio Informe de valoración medica que dio lugar a la Resolución del INSS.

5.- Con el fin de que en el hecho quinto se mencionen las patologías posteriores en las que se fundamenta la solicitud de Ipab, en base al Informe médico de síntesis emitido por el INSS que acompaña al Dictamen propuesta.

6.- Para eliminar el párrafo final del FD 5º pues se menciona la patología psiquiátrica como amparada por la IPT lo que no se corresponde con la realidad

7.- Añadir un hecho nuevo para determinar la base reguladora de la pensión de invalidez absoluta, que la sentencia de instancia ha olvidado incluir a pesar de encontrarse informe de cotización del INSS, aportado como diligencia final, del que se desprende que dicha base es de 1067,36 euros mensuales.

De las revisiones pretendidas debemos rechazar aquellas que resultan intrascendentes para el resultado del presente recurso, aunque se acomoden mejor a la realidad de lo sucedido, que son las que afectan a las tres primeras revisiones. Sin embargo, se deben retocar los hechos cuarto y quinto para hacer constar las dolencias señaladas, al resultar trascendentales para poder analizar la situación actual del actor, y que la sentencia omite, y que resultan de los documentos obrantes a los folios 105 y a los números 68 a 74 y 32 a 43, ésta última, la pericial privada, dado que la sentencia de instancia no expresa tales dolencias. Se acepta la integridad de tal revisión salvo la

valoración sobre la dolencia psiquiátrica, al no desprenderse directamente del Informe del EVI., también procede aceptar el resto de revisiones por desprenderse el error de los documentos del propio INSS y por la necesidad de que se haga constar la base reguladora que sería de aplicación si se estimase la demanda. Por tanto, las redacciones serán las que siguen:

Cuarto: “Las afecciones que dieron lugar a la IPT anteriormente reconocida fueron: Recidiva de hernia discal L5-S1,, reintervenida con colocación de disco artificial en octubre 2009; lumbociática derecha tras nueva cirugía; profusión posterolateral derecha C3-C4, C5-C6 con extensión a agujeros de conjunción derecho C3-C4”.

Quinto. “El actor presenta en la actualidad- además de las afecciones descritas en el anterior hecho que dieron lugar a la IPT que tiene reconocidas derivada de accidente de trabajo-, y según el Informe Médico de Síntesis emitido en fecha 15/07/2011, el siguiente cuadro clínico: Muñeca derecha con secuela de fractura con falta de consolidación de estiloides cubital que condiciona pérdida de fuerza y limitación de movilidad. Ambas rodillas incluido en leq por afectación de meniscal y ligamentaria y gonartroscopia previa sobre ambas rodillas, así como infiltración reciente de factores de crecimiento por patología de cartílago en ambas rodillas incluido en leq-. Región cervical con existencia de hernias a distinto nivel que va a requerir discectomía y colocación de prótesis en leq.- Afectación vascular en miembro superior derecho por canal estrecho subclavio que condiciona la estenosis del 50% de la vena y arteria axilar derecha a la abducción por displasia congénita de la clavícula derecha.

Psiquiatria:- Angustia con agorafobia. Toc con evolución sin mejoría. En la actualidad tratamiento con agomelatina y clonacepan con persistencia de crisis de angustia espontáneas. Ideas obsesivas y síntomas fóbicos. Los síntomas actuales, junto a los efectos secundarios del tratamiento, condicionan importante interferencia funcional en todas las áreas (laboral incluida).

Sexto.- La base reguladora de la pensión de invalidez absoluta por contingencia común es de 1067,36 euros (folio 245).

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del ya citado precepto procesal se alega cometida la infracción del art. 137 LGSS, así como la inobservancia de la doctrina jurisprudencial. Señala el letrado de la parte recurrente que las disertaciones de la sentencia sobre la IPT son irrelevantes y en cuanto a la IPAB, si bien describe correctamente la doctrina aplicable después estima erróneamente ciertas dolencias como causa de la primera, por lo que no las valora en la nueva pretensión.

Dispone el artículo 134 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte el artículo 137.5 del mismo texto legal señala que, "se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio".

De los hechos probados de la sentencia de instancia, en la forma en que han quedado modificados tras la revisión fáctica efectuada, debemos concluir que efectivamente el actor se encuentra en situación de IPAB por contingencia común, tras haber sido previamente declarado en IPT por accidente de trabajo, dadas las múltiples patologías que se han unido a las anteriores. Es evidente que desde la declaración de Incapacidad Total, cuyas patologías constan descritas en el hecho cuarto de la sentencia de instancia, se ha producido un agravamiento importante en la situación física del solicitante, además de haberse iniciado una dolencia psíquica que cursa sin mejoría y que le producen, como dice el propio Informe del INSS, síntomas y efectos secundarios que le producen una importante interferencia funcional en todas las áreas, incluida la laboral. Respecto a las dolencias físicas, que al igual que las físicas no han sido objeto de descripción en la sentencia de instancia, tiene, además de la hernia discal, la lumbociática y las profusiones que en su momento fueron la causa de que se le declarase con incapacidad Total para su profesión de albañil, por afectar a la

columna lumbar, en la actualidad tiene una dolencia en la muñeca derecha con secuela de fractura con falta de consolidación, afectación meniscal y gonartrosis de ambas rodillas, hernias a distinto nivel de la región cervical, que van a requerir discectomía y colocación de prótesis, y una afectación vascular en miembro superior derecho por estrechamiento que condiciona la estenosis del 50% de la vena y arteria axilar derecha. A la vista de tal pluripatología, y estando pendiente de una intervención a región cervical, es obvio que no se encuentra en situación de hacer frente al ejercicio de ninguna profesión u oficio que requiera esfuerzos siquiera moderados. Y así nuestro TS ha señalado, en reiterada jurisprudencia (sentencia de 8 de junio de 1987), que “todo trabajo, por sencillo que sea requiere atención mental y física, dedicación, horario a cumplir, desplazamientos, etc.; y así lo tiene establecido la doctrina de esta Sala de que la realización de una actividad laboral implica no sólo la posibilidad de efectuar cualquier faena, tarea o quehacer sino la de llevarla a cabo con un mínimo de profesionalidad, rendimiento y eficacia y la necesidad de consumarlo en régimen de dependencia de un empresario durante la jornada laboral -sentencias del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 1983 (RJ 1983\6211), 24 de marzo, 17 de junio y 12 de septiembre de 1986 (RJ 1986\1381, RJ 1986\3671 y RJ 1986\4962), entre otras-, no pudiendo seguirse criterio rígido en la calificación de las incapacidades sino decidirse en cada caso concreto teniendo en cuenta el efecto y valoración conjunta -sentencia de 7 de marzo y 11 de octubre de 1983 (RJ 1983\1114 y RJ 1983\5089) y 11 de septiembre de 1986 (RJ 1986\4955)-, mediante la correspondiente individualización.”

Y la individualización que corresponde efectuar en el caso concreto nos lleva a estimar la pretensión del actor, ahora recurrente, y declarar que se encuentra en situación de Incapacidad Permanente Absoluta para toda profesión u oficio, por lo que procede declararlo, con derecho a obtener una prestación del 100% de la base reguladora de 1067,33 euros mensuales.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON A.R.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. CINCO de los de ALICANTE, de fecha 15 de marzo del 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda, declaramos al actor en situación de Incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, con derecho a una prestación del 100% sobre la base reguladora de 1067,33 euros al mes, con las regularizaciones que procedan. Condenamos al INSS y a la Mutua X. a que le abonen, en sus respectivas cuotas de responsabilidad, la citada prestación.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.053, de 2 de mayo de 2014

Materia: Despido-Extinción de la relación laboral. Trabajador que ejerce sus funciones como conserje en comunidad de propietarios. Despido del trabajador por sucesivas faltas de incumplimiento horario laboral.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda origen de las presentes actuaciones declarando procedente el despido del demandante, desestimando la acción de extinción de la relación laboral y estimando la reclamación de liquidación de cantidad del demandante así como el interés anual por no haber sido abonadas en el momento oportuno.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Las ausencias del actor a su puesto de trabajo son merecedoras del despido disciplinario. El trabajador ya había recibido sanciones por incumplimientos laborales similares.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que declaró el despido procedente del actor Sr. N. y desestimó la acción de extinción de la relación laboral planteada a instancia de los actores Sr. N. y Sra. V. y condenó a la empresa al pago al actor de la cantidad que indica en reclamación de liquidación de cantidad, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), se interesa la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse las infracciones procesales que se concretaran y que ha causado una manifiesta indefensión a los

actores, y con independencia de que debió basar el motivo del recurso en el apartado a) del art. 193 de la LRJS, lo que se realiza más adelante, se limita en este primer motivo que divide en subapartados a realizar su particular valoración sobre lo acontecido y la prueba producida, a alegar que la sentencia adolece de falta de precisión y claridad en el apartado de antecedente de hecho segundo sobre las acciones ejercitadas, y considera necesario aludir a las incidencias acontecidas en el acto del juicio oral y a las actuaciones posteriores que considera afectan al contenido de la sentencia de instancia, en concreto al incidente de recusación que ha presentado respecto de la Juzgadora de instancia en otro proceso pendiente, para lo que acompaña al escrito de recurso una serie de documentos relativos al incidente que si bien son de fecha posterior al juicio y sentencia dictada en las presentes actuaciones no pueden ser tomados en consideración dado que se trata de documentos que no son decisivos para la resolución del presente recurso, dado que se refieren y predicen para otro proceso distinto del que ahora nos ocupa. Y en cuanto a las alegaciones que efectúa la parte recurrente sobre los antecedentes de hecho, las incidencias del acto del juicio y posteriores debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un recurso de carácter extraordinario que debe realizarse del modo y con las formalidades que la LRJS dispone, como posteriormente efectúa la parte recurrente, pero en esta primera parte del motivo al no adecuarse a las reglas no puede prosperar.

En el referido motivo y tras los antecedentes citados se señalan tres submotivos todos ellos con amparo procesal en el artículo 193 apartado a) de la LRJS, en el primero se denuncia infracción del artículo 97.2 de la LRJS en relación con el artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil señalando que se ha quebrado la exigencia de efectuar un resumen suficiente en los antecedentes de hecho de los que hayan sido objeto de debate en el proceso, y alega la parte recurrente que se han efectuado afirmaciones en los antecedentes de hecho de la sentencia impugnada que no responden a la realidad de la acción ejercitada, pero la alegación no puede alcanzar éxito por cuanto no se señala en que ha consistido la indefensión ni se aprecia un perjuicio material para el interesado requisitos necesarios para que prospere la denuncia alegada.

En el submotivo segundo se denuncia infracción del artículo 96.1 de la LRJS en relación con el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que la parte demandada tenía la obligación legal de probar y justificar porque se impone el 8 de marzo de 2012 un nuevo calendario, añadiendo que la Comunidad demandada no ha aportado un solo dato del porque de ese nuevo calendario, ni de las medidas posteriores que la parte recurrente considera represalias, pero la alegación tampoco puede prosperar por cuanto ni se señala en que ha consistido concretamente la indefensión, que no ha de ser meramente formal, ni basta para declarar la nulidad de lo actuado la opinión de la parte recurrente de que no se ha justificado por la parte demandada sobre la cuestión debatida, porque ello constituye una valoración de la prueba y existen otras vías para hacer valer su denuncia.

Respecto del tercer submotivo se denuncia infracción del artículo 97.2 de las LRJS en relación con el artículo 218.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, alegando que en el caso que nos ocupa se incurre en vicio de incongruencia “extra petita” y de “incongruencia omisiva”. Así considera que existe incongruencia “extra petita” en el pronunciamiento del despido indicando que en hechos probados y en el razonamiento jurídico se refiere la existencia de unas sanciones disciplinarias firmes como refuerzo del despido, pero la alegación no puede alcanzar éxito por cuanto no constituye fórmula adecuada atacar por vía de nulidad una sentencia en la que se discrepa de los hechos declarados probados para lo que existe un camino adecuado en base a la revisión fáctica del artículo 193.b) de la LRJS, como efectivamente utiliza la parte recurrente en otros motivos del recurso, habiéndose limitado la sentencia que se impugna a dejar constancia de que al actor se le ha sancionado en varias ocasiones, pero sin enjuiciar las mismas, por lo que no se aprecia la incongruencia denunciada ni la existencia de indefensión.

También se alega que concurre vicio de “incongruencia omisiva” por silenciar la alegación de la parte actora de que tanto la modificación del horario laboral, las medidas posteriores, las sanciones y el despido fue una represalia a las reclamaciones planteadas con anterioridad por los actores sobre la adecuación del salario, diferencias económicas y la reivindicación del disfrute íntegro de vacaciones y festivos, pero la denuncia no puede alcanzar éxito ya que del contenido de la sentencia impugnada se

desprende que responde a las cuestiones formuladas y explica la razón de la desestimación de la pretensión actora y no puede en este trámite como pretende la parte recurrente analizar las cuestiones de fondo que alega, que deben ser objeto de análisis por vía del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, sin olvidar que no se indica con precisión en el recurso que concreta indefensión de ha producido a la parte que obligue a declarar la nulidad de lo actuado.

Se denuncia falta de motivación de la sentencia impugnada en relación con el salario regulador a efectos de extinción del contrato o despido y a tenor del contenido de la sentencia impugnada no se justifica esta alegación por cuanto la sentencia de instancia razona, si bien de forma escueta, el importe del salario regulador y de donde lo obtiene, por lo que no existe falta de motivación, por esta causa. Ni tampoco al declarar el despido como procedente por inasistencia, como sostiene la parte recurrente, ya que en la fundamentación de la sentencia recurrida se contienen los argumentos que justifican su decisión.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso y con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la revisión de los hechos declarados probados y en concreto del ordinal primero para que se modifique el inciso referido al salario de los actores que la sentencia fija en 1.631,66 euros al mes y 54,31 euros al día para cada uno de los actores por el de 1.838,81 euros al mes y 61,29 euros al día para cada uno de los demandantes. Pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito, por cuanto se ampara en prueba inidónea a efectos revisorios como es un Convenio Colectivo por tratarse de una norma jurídica, o el Reglamento interno de una Comunidad, o en base al escrito de demandada de la parte actora en reclamación de conceptos salariales al tratarse de un documento carente de eficacia revisoria, por ser un documento de parte. Sin olvidar que de los documentos a los que se alude no resulta directamente sin necesidad de conjeturas ni de hipótesis o razonamientos los extremos que se pretenden introducir, y porque no evidencian el error del Juzgador de instancia que ha de ser irrefutable, indiscutible y porque algunos de los conceptos que se pretenden utilizar para incrementar el salario no resultan de las nóminas en que se ha basado el Juzgador “a quo” ni se prueba que deban formar

parte del salario porque no se acredita que le corresponda percibirlos por su trabajo a los actores. Todo ello sin perjuicio de la valoración jurídica que pueda efectuarse al analizar las normas legales aplicables.

Respecto del ordinal segundo se interesa la supresión íntegra del mismo y su sustitución por el texto que indica en su escrito de recurso pero que no puede alcanzar éxito ya que no evidencia el error del Juzgador de instancia para suprimir tal hecho y se basa en cartas dirigidas por la Sra. Letrado de la parte actora a los Sres. Letrados de la parte demandada o en el escrito de demanda por diferencias salariales y que carecen de eficacia revisoria por tratarse de manifestaciones de parte aun constando por escrito.

Se interesa la adición de otro hecho nuevo a continuación del anterior que pasaría a ser el ordinal tercero y con el texto que indica en el escrito de recurso, pero la variación fáctica no puede alcanzar éxito ya que el contenido del hecho que se pretende introducir se ampara por un lado en documentos de parte como son las cartas dirigidas por los Sres. Letrados, que como antes ya se indicó carecen de eficacia revisoria, y por otro lado no resulta de los otros documentos a los que se alude directamente sin necesidad de conjeturas el texto que se pretende incorporar, sin olvidar que la alusión a los documentos se efectúa de forma genérica sin precisar ni concretar qué parte de los mismos o de qué texto se extrae la conclusión que se quiere incorporar.

A continuación se interesa la refundición, sin modificación alguna de lo declarado por la Juzgadora de instancia por seguir el orden procesal que quedaría con los textos de los hechos probados “tercero, cuarto y tercero”, pero la variación no puede alcanzar éxito por innecesaria en función de no haberse aceptado la modificación precedente y además resulta indiferente para la modificación del fallo de la sentencia impugnada.

Se pretende la supresión íntegra del hecho probado quinto sin amparar tal revisión en prueba documental o pericial alguna, sino en simples conjeturas por lo que no puede admitirse tal revisión fáctica. Lo mismo debe predicarse para el ordinal séptimo respecto del cual también se interesa su supresión en base a lo postulado

para el ordinal tercero, pero que no habiendo prosperado no tiene incidencia alguna en este apartado.

Respecto del ordinal noveno se pide su supresión y su sustitución por el texto que propone pero la modificación fáctica no puede prosperar por cuanto se ampara en simples afirmaciones de la parte recurrente y en valoraciones de la misma, pero no en prueba documental o pericial alguna, y si bien alude a determinados documentos del contenido de estos no resulta directamente sin necesidad de conjeturas las afirmaciones fácticas que pretende introducir.

Por último, se interesa la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal décimo y el texto que indica pero que no puede alcanzar éxito porque su contenido no resulta directamente sin necesidad de conjeturas de los documentos en que se basa, sin olvidar que se basa en documentos carentes de eficacia revisoria como son las cartas dirigidas por los Sres. Letrados.

TERCERO.- Dentro del motivo que destina el recurso a la denuncia de la infracción de normas jurídicas sustantivas y de la jurisprudencia se establecen varios submotivos. En el primero con adecuado amparo procesal se denuncia infracción por no aplicación de los artículos 26.1 y 3 del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 28, 20, 30, 31 y 37 del Convenio Colectivo de Empleados de Fincas Urbanas de la Provincia de Alicante, del artículo 25 del Reglamento Interno de la propia Comunidad de Propietarios Edificio X. y la jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto del salario regulador del despido, por cuanto estima que el salario regulador a efectos del despido debe ser el que corresponde al Convenio Colectivo y no el salario que el trabajador venía percibiendo al mes. Si bien es cierto que determinados conceptos relativos a complementos que se interesan por la parte recurrente para establecer la nómina del actor no han resultado debidamente acreditados en la presente litis ya que no consta que los demandantes efectúen exactamente las funciones que con arreglo a la normativa aplicable les otorgarían el abono de tales complementos, si que debe prosperar el incremento del salario base en la cuantía de 683,43 euros y el complemento de antigüedad en la cuantía de 34,16 euros, y su repercusión en las pagas extraordinarias con el objeto de establecer la cuantía de la

retribución mensual postulada y en este sentido se acoge en parte la pretensión actora sobre la cuantía del salario de los actores, y todo ello deriva en función de los incrementos salariales establecidos en el Convenio Colectivo aplicable (arts. 28, 29 y 30) y la Resolución de la Dirección Territorial de Empleo y Trabajo por la que se dispone el registro oficial y publicación del Acuerdo de Revisión Salarial Anual y retroactiva respecto del Convenio Colectivo de ámbito provincial de Empleados de Fincas Urbanas.

En el segundo submotivo con adecuado amparo procesal se denuncia infracción por no aplicación del artículo 24.1 de la Constitución Española en su vertiente de protección al derecho o garantía a la indemnidad y en relación con el artículo 4.29 del Estatuto de los Trabajadores respecto al derecho individual a ejercitar las acciones derivadas del contrato de trabajo, por lo que debe referirse al art. 4.2 g) del E.T., alegando que el nuevo calendario con la prohibición de cambio de turnos era una autentica represalia a las reclamaciones de los actores con la idea preconcebida de que siendo el actor un Sacerdote y que no podía acudir al trabajo los sábados y domingos pudieran sancionarle por esa causa, a lo que añade que la negativa a facilitar la realización de un curso en el INEM, el cambio de fecha de abono del salario, o el impago injustificado de la liquidación de 2.374,27 euros.

Una copiosa jurisprudencia en la que destacan las sentencias del Tribunal Constitucional, por lo que respecta a la carga probatoria en los procesos en que se ventilan este tipo de cuestiones, ha señalado que corresponde al trabajador aportar los indicios necesarios que permitan inducir una relación de correspondencia entre el proceder del empresario y el resultado discriminatorio, de modo que recaer sobre el demandado la carga de probar plenamente el carácter objetivo, razonable y proporcional de la medida adoptada. En palabras del Tribunal Constitucional, el trabajador debe probar o aportar indicios racionales que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión del derecho fundamental (STCO.55/83, de 21 de julio). Y sólo cuando se hayan conseguido acreditar tales indicios, es cuando el empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente (SSTCO.34/84, de 14 de marzo; 94/84, de 16 de octubre y 112/84, de 28 de noviembre). “De modo que pueda

estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia o actividad sindical de trabajador, el despido habría tenido lugar verosíblemente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias, para entender como razonable... la decisión empresarial” (SSTCO.114/89, 38/1981 y 104/1987). Más concretamente en lo que respecta a la garantía de indemnidad, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de forma reiterada (por ejemplo SSTC 14/1993, de 18 de enero, FJ 2, 38/2005, FJ 3 y 138/2006, entre otras), señalando que “en el campo de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 24.1 CE y art. 4.2 g) del Estatuto de los trabajadores]”.

En el presente supuesto, atendidos los hechos declarados probados, no se aportan por el trabajador los indicios necesarios que permitan inducir una relación de correspondencia entre el proceder del empresario y el resultado discriminatorio, porque no pueden considerarse como tales las negociaciones tenidas entre los letrados para tratar de solucionar las diferencias, y si bien por la parte actora se alega que el 6 de febrero de 2012 curso un burofax al administrador de la comunidad comunicando que se había presentado demanda ante el SMAC por diferencias salariales y que de nuevo se insistía en solucionar de forma amistosa el tema de vacaciones, festivos y jornada laboral, no se acredita que se hubiera presentado antes de la decisión empresarial de variar la jornada y horario de trabajo acaecida en fecha 8/03/2012 tal papeleta de demanda, y si que aparecen en los autos las demandas sobre reclamación de cantidad e impugnación de sanciones que se presentaron ante el Juzgado el día 9 de mayo de 2012, por lo que no puede considerarse como represalia a la decisión de presentar las demandas, el cambio de horario que se produjo antes de la presentación de las mismas. Tampoco constituye un indicio que le denegaran al actor

un permiso solicitado para realizar un curso de formación dado que no consta que tuviera relación con su trabajo en la empresa o fuese de formación para su puesto de trabajo. En cuanto al pago retrasado de los salarios de lo actuado resulta que la empresa demandada los abonaba a finales de mes pero dentro de cada mes devengado y si luego pasa abonarlos durante los primeros días del mes siguiente y como corresponde efectuar el pago por lo que se esta cumpliendo con la normativa. Sin que el impago de una liquidación salarial permita por esto solo considerarla indicio de discriminación, ni la hipótesis de que el nuevo calendario con la prohibición de cambio de turnos era una autentica represalia a las reclamaciones de los actores con la idea preconcebida de que siendo el actor un Sacerdote y que no podía acudir al trabajo los sábados y domingos pudieran sancionarle por esa causa, porque se trata de una mera alegación de parte sin extremos que permitan considerar que se trataba de una represalia a unas reclamaciones que como antes se apuntó se producen las demandas posteriormente al establecimiento del nuevo horario y respecto del cual la parte disponía de medios legales para recurrirla y no consta que lo efectuara. Sin olvidar que aunque, en hipótesis se considerara que han existido indicios por la parte demandada se ha acreditado la realidad de la causa del despido.

En el submotivo tercero se denuncia infracción por no aplicación del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 41.1 y 3 del mismo texto legal, alegando, en síntesis, que la empresa modifico las condiciones de trabajo de los actores y ello se produce sin responder a ninguna causa económica, técnica, organizativa, ni de producción, sin respetar el preaviso mínimo de 15 días, ya que se notifica el día 15 de marzo de 2012 indicando que debe entrar en vigor al día siguiente de la recepción del mismo, sin dar opción al trabajador a rescindir su contrato de no estar conforme, por lo que procede la extinción del contrato por esta causa.

El artículo 50.1.a) del Estatuto de los Trabajadores establece la posibilidad de extinguir el contrato de trabajo por voluntad del trabajador señalando como justa causa las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 de esta Ley y que redunden en perjuicio de la dignidad del trabajador, y en el presente supuesto debe tenerse en cuenta que el

artículo 50.1 a) del E.T. mencionado también exige el requisito que “redundan en perjuicio de la dignidad del trabajador”, lo que no se acredita en el presente supuesto y por lo tanto no cumpliéndose uno de los dos requisitos establecidos y exigibles simultáneamente, no puede accederse a la pretensión de la parte recurrente.

En el cuarto submotivo se denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 54.1 en relación con los artículos 18.3.b) y del artículo 19 del Acuerdo de Cobertura de Vacíos y del Estatuto de los Trabajadores, alegando, en síntesis, que la sentencia de instancia considera que la incomparecencia del actor a su puesto de trabajo fue injustificada y para ello se basa en sanciones anteriores por inasistencia y por otros hechos que considera firmes, pese a que las mismas han sido impugnadas judicialmente y están pendientes de resolución. Añadiendo que la empresa respondió con negativas a la formula ofrecida por los trabajadores al nuevo horario establecido por la empresa, y denota la buena fe de los empleados que deseaban cumplir con su trabajo sin que la comunidad sufriera ningún perjuicio, y la mala fe de la empresa negándose al cambio de turnos, por lo que dicha inasistencia fue totalmente justificada al ser la empresa la que provocó dicho incumplimiento.

Los hechos declarados probados revelan que el actor Sr. N. no acudió a su puesto de trabajo los días de ausencia que se le imputan en la carta de despido y que de acuerdo con el nuevo horario establecido por la empresa en uso de su poder de dirección y en atención a la conveniencia del servicio, le obligaba, acudiendo por su cuenta y riesgo los días que consideraba oportunos de entre sus días libres, y esta incomparecencia a su puesto de trabajo en los días indicados en los hechos declarados probados de acuerdo con el artículo 18.3.b) del Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos al que remite el Convenio Colectivo del sector constituye una falta muy grave por inasistencia al trabajo cuya sanción es la de despido disciplinario que ha aplicado la empresa y debe ser confirmada como lo hace la sentencia impugnada por cuanto el trabajador conocía el horario que debía realizar y las consecuencias de su incumplimiento en la medida que la empresa le había sancionado en anteriores ocasiones por hechos semejantes en otras fechas, con independencia de sí recurrió o no la sanción impuesta previamente a las que alude la empresa no para integrar la

presente sanción sino para significar que el trabajador conocía la voluntad empresarial respecto del horario laboral. Razones que llevan a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de S.N.V. Y D.V.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm de fecha 31 mayo 2013 en virtud de demanda interpuesta contra COMUNIDAD PROPIETARIOS EDIFICIO X. FONDO GARANTIA SALARIAL Y MINISTERIO FISCAL y en consecuencia confirmamos la resolución recurrida.

Sentencia núm. 285, de 11 de febrero de 2014

Materia: Pensión de viudedad. **Distribución:** Concurrencia de beneficiarias. El causante de la pensión ha estado casado dos veces. Divorciado de la primera esposa, con separación judicial de mutuo acuerdo, se establece una pensión compensatoria. El causante contrae nuevas nupcias y tras seis años de matrimonio fallece. Se concede a la segunda esposa una pensión de viudedad. Revisión de esta pensión tras la solicitud por parte de la primera esposa de la pensión de viudedad. El importe de la pensión de viudedad para la primera esposa no puede superar el importe de la pensión compensatoria. Doctrina jurisprudencial.

Juzgado: Desestima la demanda de la actora, absolviendo a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra. Considera adecuada a derecho la distribución efectuada por los organismos codemandados.

Sala: Estima en parte el recurso, distribuyendo la pensión de viudedad entre las dos beneficiarias, correspondiendo a la exmujer un importe equivalente a la pensión compensatoria que venía recibiendo, adjudicándose el resto de la pensión al cónyuge superviviente a la muerte del causante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1.En el escrito de impugnación del recurso formulado en nombre de doña A.M.O.B., se interesa la introducción de un nuevo ordinal al relato histórico (el quinto), que diga: “Dña A.M.O.B., fue ingresada en el Hospital General de Alicante el 30 de septiembre de 1993 con el diagnóstico de desprendimiento de retina, siendo intervenida el 11 de octubre de 1993. Tras su alta médica acudió en 1993 al Centro Asesor de Alicante del Instituto Valenciano de la Mujer, planteando a la asesora, Dña M.T.C.P., una situación de vejaciones, abandono económico y maltrato continuado por parte de su marido, D. J.M.F.T., interponiendo demanda de separación matrimonial en el mes de diciembre de 1993 es decir; antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”.

2. La adición fáctica propuesta no debe prosperar, al basarse “en los documentos obrantes en autos a los folios 117 a 121, consistentes en informe emitido por la asesora del Centro Asesor de Alicante del Instituto de la Mujer (no impugnado de contrario), así como en informes Médicos del Servicio Valenciano de Salud”, y es de ver que los informes carecen de eficacia revisoria al tener valor testifical y no documental (véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero, 12 de febrero, 23 de julio y 5 de octubre de 1.990, y 10 de julio de 1995) y los informes

médicos que refiere no los identifica, tal y como exige el artículo 196.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) al que en este aspecto se remite el artículo 197.1 de la misma ley, ni de los informes clínicos obrantes a los folios 120 y 121 de los autos se deduce que la atención hospitalaria que refieren tuviera su origen en lesión alguna producida por el entonces consorte.

3. También se aduce en el escrito de impugnación del recurso la aplicación del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, que se habría infringido al no considerarse la adición fáctica interesada y que determinaría, a su juicio, el derecho de la impugnante a la pensión de viudedad sin hallarse limitada al importe de la pensión compensatoria, así como infracción de la “Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre sobre régimen transitorio de la pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio”, pues al reunir la impugnante los requisitos relativos a la existencia de hijos comunes y edad superior a 50 años en la fecha del fallecimiento del causante, el importe de la pensión de viudedad tampoco vendría reducido por el de la pensión compensatoria reconocida, invocando en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias de 28 de septiembre de 2012. Desde ahora se adelanta que las infracciones jurídicas denunciadas no se han cometido por la sentencia de instancia, por la elemental razón que dimana de los propios preceptos legales invocados que se refieren al derecho a la pensión de viudedad en los casos de separación o divorcio, pero sin concurrencia de beneficiarios, que es el supuesto de autos y que tiene el régimen jurídico indicado en el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social, teniendo en cuenta además que como se dijo en el apartado anterior de los informes clínicos allí referidos no se deduce que la atención hospitalaria que refieren tuviera su origen en lesión alguna producida por el entonces consorte, y que, en cualquier caso, al haber tenido derecho a pensión compensatoria no operaría el derecho a la pensión por ser víctima de violencia de género que desde luego no ha resultado acreditado, además de que entre la fecha de la separación judicial (23-3-1994, ex hecho probado segundo) y el fallecimiento del causante (28-4-2011, ex hecho probado primero) habían transcurrido más de diez años.

SEGUNDO.1. El recurso interpuesto, que como se deduce de lo ya indicado en el fundamento jurídico anterior ha sido impugnado por la representación de doña A.M.O.B., se estructura en tres motivos. El primero y el tercero se formulan al amparo del artículo 193.b) de la LJS, a los fines respectivos siguientes: A) En el hecho probado cuarto para que en lugar de indicar que los períodos de convivencia para la distribución de la pensión de viudedad con Dña. M^a O. fue de 16-06-79 hasta el cese de la convivencia por separación judicial el 13-12-93, correspondiéndole 5.295 días, y con J.L., desde su matrimonio el 15-07-05, al fallecimiento el 28-04-11, correspondiéndole 2.114 días, estableciéndose una prorrata del 60% a la exmujer y el 40% a su viuda, al no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento, diga: “los periodos de convivencia para la distribución de

la pensión de viudedad con Dña. M. O. fue de 16-06-79 hasta el cese de la convivencia por separación judicial el 13-12-93, correspondiéndole 5.295 días, y con J.L. desde el 11-07-1995 hasta la fecha de fallecimiento acaecida el 28-04-11, con un periodo de convivencia de 5.766 días, por lo que la prorrata debería establecerse en el 52% para la actora y el 48% para la exmujer”. B) Para que se otorgue una nueva redacción al hecho probado cuarto (completo) que diga: “los períodos de convivencia para la distribución de la pensión de viudedad con Dña. M.O. fue del 16-06-79 hasta el cese de la convivencia por separación judicial el 13-12-93, correspondiéndole 5.295 días, y con J.L. desde el 11-07-1995 hasta la fecha del fallecimiento acaecida el 28 de abril de 2011, con un período de convivencia de 5.766 días, por lo que la prorrata debería establecerse en el 52% para la actora y el 48% para la exmujer, si bien dada que la nueva regulación operada por la Ley 26/2009 se ha establecido un tope para la cuantía de la pensión de viudedad de la que resulte ser beneficiaria la persona separada o divorciada judicialmente, pues la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria de la que resultaban ser acreedora (208.- euros), y existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar entonces la del cónyuge superviviente al fallecimiento del causante doña J.L.G., resultando la pensión de viudedad correspondiente a la actora de 1.064,21 Euros”.

2. La primera de las revisiones propuestas debe prosperar en parte y a efectos meramente aclaratorios, como se verá, pues de la documental a que se remite se deducen los períodos de convivencia que postula, si bien como veremos al examinar el motivo dedicado al examen del derecho, esos periodos de convivencia no sean determinantes de la cuantía de la pensión de viudedad que corresponde a la actora. En lo demás (incluyendo la segunda de las modificaciones) deberá rechazarse, al no basarse –tal y como indica el artículo 196.3 de la LJS- en documentos o pericias sino en la interpretación que efectúa de preceptos legales y doctrina jurisprudencial y judicial, contraviniendo la reiterada doctrina jurisprudencial acerca de que la revisión debe resultar de los solos documentos o pericias invocados sin efectuar interpretaciones (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003), llegando incluso a indicar la normativa aplicable como apoyo de la revisión, con lo que además se pretende introducir en el relato histórico, elementos jurídicos por completo extraños al mismo, todo ello sin perjuicio de lo que se dirá al examinar a continuación el último motivo de recurso (el segundo).

TERCERO.1. El segundo motivo de recurso (último que se examina), se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando vulneración del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social. Argumenta en síntesis, dirigiéndose contra la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada, que no aclara la cuantía de la pensión a cobrar por ambos beneficiarios, incidiendo en la resolución del INSS obrante al folio 44 de los autos, cuando indica que “la otra beneficiaria de la pensión de viudedad está percibiendo la cuantía correspondiente al importe de la pensión compensatoria que percibía en el momento del fallecimiento del causante”, y que de

admitirse la postura del INSS, nos encontraríamos con que el mismo sería beneficiario del resto del importe, resultante de los datos obrantes en su resolución revisando la pensión de la actora, ahora recurrente, citando en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias 1460/2012, de 11 de mayo.

2. A tenor de lo dispuesto en el artículo 174.2, párrafos primero y segundo, de la Ley General de la Seguridad Social, en su actual redacción, vigente en la fecha del fallecimiento del causante en 28 de abril de 2011 (hecho probado primero), “En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho.

Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por 100 a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente”.

3. De la regulación indicada, cuya complejidad es patente, se puede deducir a la luz de doctrina jurisprudencial precedente, que veremos, y de la doctrina dimanante de sentencias de Salas de lo Social de TSJ, que asumiremos, que A) La pensión de viudedad es única y corresponde en general en su integridad al cónyuge o persona que conviviera con el causante en el momento del fallecimiento, siempre que en este último caso se cumplan los requisitos del apartado 3 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social. B) Por ello cuando el montante de la pensión del divorciado se reduzca de conformidad con lo previsto en la ley, el importe de la reducción deberá acrecer a la persona titular de la pensión de viudedad.

4. La sentencia Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1995, referida obviamente a legalidad muy anterior a la vigente (disposición adicional décima de la Ley 30/1981), pero que en lo que aquí interesa puede entenderse muy clarificadora y útil ya indicó la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, consistía en la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, “actuando como módulo

temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante” y que “el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de su pensión la porción que ha de asignarse a este último” sin que importe, a los fines de determinar la parte de pensión que corresponde al cónyuge superviviente, “que hubiera o no precedido a su matrimonio una convivencia de hecho” circunstancia “ajena a la previsión legal, siendo, por tanto, inoperativa al respecto”. Este criterio jurisprudencial, se reitera en sentencias posteriores, como la citada por la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 7 de abril de 2010, subrayando que “..., el derecho de dos personas que convivieron y estuvieron vinculadas por matrimonio al causante; en cuanto a la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado, será la parte proporcional al tiempo de su convivencia matrimonial con el causante, actuando como módulo temporal de referencia el periodo que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante; por su parte, el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge superviviente, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de la pensión la porción que ha de asignarse a este último”.

5. La sentencia de la Sala Social del TSJ de Asturias de 5 de abril de 2013, iterando doctrina precedente, señala, en lo que aquí importa que “...habiendo mediado divorcio, se produce una concurrencia de beneficiarios, tal pensión única se ha de distribuir entonces entre los distintos beneficiarios, siendo reconocida a los mismos en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, si bien estableciendo la ley, en todo caso, una garantía mínima del 40% a favor del cónyuge superviviente o el conviviente de hecho al tiempo del fallecimiento, de tal modo que el importe de la pensión única queda distribuida entre todos los beneficiarios, que pasarán a cobrar una porción de la misma. Y teniendo en cuenta precisamente que tal pensión que se distribuye es única y que la propia ley establece una garantía a favor del cónyuge superviviente, al que precisamente de no haber beneficiarios concurrentes les correspondería íntegramente el importe de la pensión, con lo que el plano de igualdad en principio establecido entre todos los beneficiarios queda matizado, y dado que en la nueva regulación operada por la Ley 26/2009 se ha establecido un tope para la cuantía de la pensión de viudedad de la que resulte ser beneficiaria la persona divorciada o separada judicialmente pues la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria de la que resultaban ser acreedoras, existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar entonces la del cónyuge superviviente al fallecimiento del causante, quien precisamente accedería a la pensión íntegra de no concurrir ese otro beneficiario que por disposición legal ve reducida la cuantía de su pensión, no viniendo a quedar de esta forma exenta de pago por la Seguridad Social ninguna parte de la pensión única de viudedad que se origina con el fallecimiento del causante y que es la que ha de ser repartida entre todos los que resulten ser beneficiarios, lo que lleva, en definitiva, a estimar la pretensión del recurso”.

6. Por su parte, la sentencia de la Sala Social de Andalucía/Granada de 8 de noviembre de 2012, con apoyo en la doctrina jurisprudencial que reseña, llega a la misma conclusión que la de Asturias antes mencionada deduciendo que “nos encontramos ante una sola pensión que su importe íntegro debe ser distribuido entre los beneficiarios, es decir, el hecho de que existan distintos beneficiarios no quiere decir que el INSS pueda participar en dicha distribución como un beneficiario más, en cuanto no habría distribución completa de la pensión, cuando una de las esposas, tiene limitada su participación al montante de la pensión compensatoria o cuando esta ya ha fallecido y ese parecer ser el criterio del Tribunal Supremo recogido en sentencia de 24 de enero de 2000 al decir que "En la sentencia de la Sala General que se cita en la traída a comparación, el problema a resolver era la determinación del porcentaje de la pensión que corresponde a la viuda cuyo causante había disuelto un anterior matrimonio por sentencia de divorcio, y en ella se adoptó el criterio que la pensión es la que resulta de descontar, del importe total de la prestación íntegra, la proporción asignable a la divorciada, calculada en relación al periodo que alcanzó la convivencia matrimonial de ésta, con lo que se computa a favor de la viuda los periodos de tiempo intermedio entre ambos matrimonios", y tal criterio es mantenido, entre otras, por la sentencia del TSJ de Asturias de 11 de mayo de 2012 , al decir que "habiendo mediado divorcio, se produce una concurrencia de beneficiarios, tal pensión única se ha de distribuir entonces entre los distintos beneficiarios, siendo reconocida a los mismos en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, si bien estableciendo la ley, en todo caso, una garantía mínima del 40% a favor del cónyuge superviviente o el conviviente de hecho al tiempo del fallecimiento, de tal modo que el importe de la pensión única queda distribuida entre todos los beneficiarios, que pasarán a cobrar una porción de la misma. Y teniendo en cuenta precisamente que tal pensión que se distribuye es única y que la propia ley establece una garantía a favor del cónyuge superviviente, al que precisamente de no haber beneficiarios concurrentes les correspondería íntegramente el importe de la pensión, con lo que el plano de igualdad en principio establecido entre todos los beneficiarios queda matizado, y dado que en la nueva regulación operada por la Ley 26/2009 se ha establecido un tope para la cuantía de la pensión de viudedad de la que resulte ser beneficiaria la persona divorciada o separada judicialmente pues la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria de la que resultaban ser acreedoras, existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar entonces la del cónyuge superviviente al fallecimiento del causante, quien precisamente accedería a la pensión íntegra de no concurrir ese otro beneficiario que por disposición legal ve reducida la cuantía de su pensión, no viniendo a quedar de esta forma exenta de pago por la Seguridad Social ninguna parte de la pensión única de viudedad que se origina con el fallecimiento del causante y que es la que ha de ser repartida entre todos los que resulten ser beneficiarios, lo que lleva, en definitiva, a estimar la pretensión del recurso". En definitiva no debe olvidarse que el art. 174 LGSS, requiere que existan dos beneficiarios, lo que requiere la subsistencia de ambos, pero cuando uno de ellos fallece no hay razón para su reducción. Estableciendo igualmente dicho precepto que debe garantizarse "en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente", es decir existe un límite mínimo de su participación de la pensión, pero no un máximo, lo que debe hacer entender que una vez

garantizados los derechos de la primera esposa, la segunda alcance el resto de la prestación a la que debe tener derecho”.

7. Como ya adelantamos en el apartado 3 de este fundamento jurídico, esta Sala asume la doctrina resumida en los apartados anteriores de lo que se infiere: A) Que el periodo de convivencia a considerar es exclusivamente en relación con la pensión correspondiente a la persona divorciada, actuando como módulo temporal de referencia el período que inicia el matrimonio que después quedó disuelto por divorcio y que termina con el fallecimiento del causante, y el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de la pensión la porción que ha de asignarse a este último, sin que importe, a los fines de determinar la parte de pensión que corresponde al cónyuge supérstite, “que hubiera o no precedido a su matrimonio una convivencia de hecho” circunstancia “ajena a la previsión legal, siendo, por tanto, inoperativa al respecto” (de ahí que estimáramos a efectos meramente aclaratorios parte de la primera de las revisiones fácticas). B) Como en la nueva regulación operada por la Ley 26/2009 se ha establecido un tope para la cuantía de la pensión de viudedad de la que resulte ser beneficiaria la persona divorciada o separada judicialmente pues la cuantía de la pensión de viudedad no puede ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria de la que resultaban ser acreedoras, existiendo una obligación legal de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, procede considerar que tal porción de pensión haya de incrementar entonces la del cónyuge superviviente al fallecimiento del causante, quien precisamente accedería a la pensión íntegra de no concurrir ese otro beneficiario que por disposición legal ve reducida la cuantía de su pensión, no viniendo a quedar de esta forma exenta de pago por la Seguridad Social ninguna parte de la pensión única de viudedad que se origina con el fallecimiento del causante y que es la que ha de ser repartida entre todos los que resulten ser beneficiarios.

8. En consecuencia, la pensión de viudedad de la actora debió calcularse atendiendo al tiempo de convivencia del causante con la codemandada divorciada (5.295 días que respecto de los 11.433 días transcurridos (salvo error u omisión) desde la fecha de su matrimonio -16-6-1979- hasta la de fallecimiento del causante -28-4-2011- daría lugar a un porcentaje del 46,31%, con lo que en principio la pensión de la actora debió tener un porcentaje del 53,69%. Ahora bien, constituyendo hecho admitido que la codemandada vio reducida su pensión al importe de la compensatoria -208 euros- que se extinguió por el fallecimiento del causante, como se deduce no solo de las resoluciones obrantes en el expediente administrativo, sino también de lo indicado en el hecho tercero, párrafo último de la demanda inicial, que no consta fuera contradicho en el juicio, y de las propias manifestaciones contenidas en el escrito de impugnación del recurso, procederá declararlo así, indicando que del importe inicial de la pensión de la actora de 1.272,21 euros solo cabe detraer los 208 euros reconocidos a la codemandada como importe de su pensión, acogiendo de este modo en parte el motivo.

CUARTO. Corolario de todo lo razonado será la estimación parcial del recurso interpuesto, y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para acoger en parte la pretensión ejercitada declarando que el importe inicial de la pensión de la actora de 1.272,21 euros, debe reducirse exclusivamente en los 208 euros mensuales reconocidos a la codemandada como importe de su pensión. Sin costas, dado el sigo revocatorio del fallo y lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LJS en relación con el artículo 2º.b) y d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña J.L.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Cuatro de los de Alicante el día 15 de Febrero de 2013 en proceso sobre pensión de viudedad seguido a su instancia contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y D^a A.M.O.B., y con revocación de la expresada sentencia y estimación parcial de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que el importe inicial de la pensión de viudedad de la actora de 1.272,21 euros mensuales, debe reducirse exclusivamente en los 208 euros mensuales reconocidos a D^a A.M.O.B. como importe de su pensión, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a que haga pago a la actora de la pensión indicada practicando la liquidación que proceda.

Sin costas.