

2016

Sentencia núm. 1.725, de 16 de septiembre de 2015

Materia: Prestación por desempleo. Trabajadora que solicita prestación por desempleo con motivo de la extinción de su contrato por acuerdo extrajudicial. Tras un primer despido la actora es readmitida, siendo despedida el mismo día de la readmisión alegando causas económicas. Impugnación del despido. Determinación si la demandante se encuentra en situación legal de desempleo.

Juzgado: Confirma la resolución impugnada y desestima la demanda, absolviendo a las demandadas en la instancia de las peticiones deducidas en su contra. No procede prestación.

Sala: Estima el recurso y declara el derecho de la actora a cobrar la prestación, al encontrarse en situación legal de desempleo en la fecha en que solicitó esta prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De siete motivos consta, el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre prestación por desempleo, habiendo sido impugnado el recurso por el Servicio Público de Empleo Estatal, mientras que la empresa demandada ha mostrado su conformidad con el referido recurso en el escrito de impugnación del mismo. Procede indicar ante todo que, idéntico supuesto de hecho pero relativo a otra trabajadora, ha sido resuelto por esta Sala de lo Social en sentencia recaída en el recurso de suplicación nº 115-2015, por lo que elementales razones de igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica, hacen que estemos a lo decidido y fallado en la misma.

Los cinco primeros motivos se introducen por el cauce del apartado b) del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y pretenden la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, mientras que los dos últimos se formulan al amparo del apartado c) del indicado precepto y contienen la censura jurídica de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos se insta la adición al hecho probado segundo de la siguiente frase, referida al contenido de la Resolución del SPEE de fecha 9 de agosto de 2013: “Resuelve denegar su solicitud de alta inicial de prestación por desempleo.” La modificación se deduce del propio contenido de la meritada Resolución y ha de ser acogida por desprenderse del documento en el que se apoya obrante al folio 75 de autos y ser relevante al precisar qué solicitud es la que se deniega.

En el segundo de los motivos que atañe al hecho probado cuarto se propone para el mismo la siguiente redacción en la que se hace constar subrayado el contenido adicionado: “Con fecha 7 de diciembre de 2011, la hoy demandante fue despedida por la empresa hoy codemandada E. S.A. por “causas productivas” (novación del contrato mercantil suscrito con el cliente) y “necesidades de reorganización,” como consecuencia de la reducción de los servicios de limpieza llevados a cabo por el cliente “U.M.H.”, promoviendo demanda por despido y solicitando prestación por desempleo, prestación que le fue reconocida con efectos de 8 de diciembre de 2011, demanda que correspondió a este mismo juzgado, recayendo sentencia 472/2012 de fecha 14/12/2012, en la que se declaró la nulidad del despido condenando a la empresa a la readmisión de la actora (y de los demás trabajadores”. En fecha 8 de enero de 2013 la empresa comunicó de forma expresa a la actora que de conformidad con la mencionada sentencia procedía a readmitirla en su puesto de trabajo, la empresa procede a la readmisión el 16/01/2013 y recurre en Suplicación ante el TSJ de la Comunidad Valenciana.”

Las frases adicionadas se deducen de la sentencia de instancia nº 472/2012 (doc. 30) y de la comunicación empresarial obrante al folio 44 y han de ser acogidas por desprenderse de los indicados documentos y facilitar mayor información sobre las causas del primer despido de la actora así como sobre la readmisión llevada a cabo por la empresa codemandada.

En el tercero de los motivos que concierne al hecho probado quinto se insta respecto al mismo el siguiente tenor, en el que se subraya las adiciones postuladas: “El mismo día de la readmisión 16/01/2013, la empresa procede a despedir de nuevo a la trabajadora (es decir readmisión y despido en el mismo día), y ese mismo día, la empresa comunicó a la trabajadora la decisión de proceder a la extinción de la relación laboral por causas productivas (novación del contrato mercantil suscrito con el cliente) y necesidades de organización como consecuencia de la reducción de los servicios de limpieza llevados a cabo por el cliente “U.M.H.”. Las mismas causas del primer despido. Celebrado acto de conciliación ante la DIRECCIÓN TERRITORIAL DE TRABAJO de Alicante el 18/10/2013 con el siguiente resultado: Con avenencia, ambas partes reconocen el despido como objetivo con efectos del día 16/01/2013 y fijan en concepto de indemnización mejorada por despido objetivo la cantidad neta de 11.274,38 euros, de los que 5.658,99 Euros la solicitante manifiesta haberlos percibido con anterioridad a este acto y la cantidad restante (5.615,39 Euros) se abonará en el plazo de 5 días mediante transferencia bancaria a la cuenta en la que el solicitante venía cobrando habitualmente sus haberes. Cuando la actora había impugnado el recurso de suplicación planteado por la empresa frente a la Sentencia del Juzgado, con la consiguiente readmisión de la trabajadora, recurso del que la empresa E. SA, no desiste.

La citada cantidad se abonó a la trabajadora el 25/01/2013-

La empresa dio de alta en Seguridad Social a la trabajadora el 16/01/2013.

La modificación y el añadido se desprenden de la carta del segundo despido objetivo de la actora (folios 46 a 48) y de la sentencia de instancia recaída sobre el primer despido (folio 32) y la referencia al contenido de la conciliación del Acto de conciliación obrante al folio 50), mientras que la fecha del abono de la

cantidad restante de indemnización se apoya en el documento obrante al folio 51 y el alta en la Seguridad Social en el documento obrante al folio 80. La modificación propuesta ha de ser acogida al desprenderse de los meritados documentos y ser relevantes para la argumentación deducida por la defensa de la recurrente respecto a la inexistencia de connivencia de las partes para la obtención indebida de la prestación por desempleo.

El cuarto motivo atañe al hecho probado sexto y a fin de que se añada al final del mismo la siguiente frase: “Optando la empresa por la readmisión en fecha 04/07/2013.”

La adición postulada se deduce del documento obrante a los folios 173 a 175 y ha de estimarse por desprenderse del referido documento y ofrecer mayor información sobre la fecha de la opción.

La última modificación consiste en la adición de un nuevo hecho probado, el octavo que de prosperar tendría el siguiente tenor: “La empresa E. en fecha 08/03/2013 abonó a la trabajadora los salarios de tramitación desde el 08 de diciembre de 2011 (día siguiente al despido) hasta el 15 de enero de 2013 (día anterior a la reincorporación de la trabajadora), en total la cantidad de 4.485,56 euros una vez descontados la prestación de desempleo que había estado percibiendo la misma, que ascendió a 8.639,17 euros, los cuales fueron ingresados por la empresa al SPEE.”

El nuevo tenor se deduce del justificante bancario obrante al folio 65, del importe recibido por desempleo obrante al folio 16, del ingreso del mismo por parte de la empresa obrante al folio 180, de la sentencia de instancia obrante a los folios 32 y siguientes, y de la reincorporación de la actora obrante al folio 46 y también ha de acogerse al desprenderse de los indicados documentos y ser importante para excluir la existencia de connivencia a efectos de lucrar indebidamente la prestación de desempleo por parte de la actora.

TERCERO.- Los dos últimos motivos del recurso se destinan al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia a la que se imputa la infracción de los artículos 208 y 209 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (motivo sexto) y la infracción del artículos 55.3 y 5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 110,4 de la LJS y la doctrina jurisprudencial recogida en las diversas sentencias de la Sala de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia (motivo séptimo).

Razona la representación letrada de la parte actora que la demandante cuando solicitó la prestación de desempleo en fecha 31 de enero de 2013 se encontraba en situación legal de desempleo ya que había sido despedida por causas objetivas, no siendo necesario la impugnación de dicho despido para apreciar la indicada situación, por lo que tras la entrega de la carta de despido objetivo por la mercantil E. SA y llegado a un acuerdo sobre el mismo en conciliación administrativa, de acuerdo con el art. 10 del R. Decreto 2756/1979, de 23 de noviembre, el SPEE solo podría denegar la prestación de desempleo en el caso de apreciar indicios de voluntad defraudadora o de connivencia entre las partes con el fin de percibir indebidamente la indicada prestación, considerando de esta forma el cese de la actora como un “mutuo acuerdo”, circunstancia que en ningún caso ha sido alegada/probada por el referido

Organismo, debiendo fijarse la fecha de inicio de la prestación en la de 16-1-2013 que es la fecha de efectos del segundo despido por causas objetivas de la actora.

También se aduce que la readmisión de la actora durante la tramitación del recurso de suplicación entablado contra la sentencia que declaró nulo el primer despido por causas objetivas de la demandantes y la posterior entrega de la carta de un segundo despido por causas objetivas en el mismo día en que fue readmitida la actora es posible, sin que el segundo despido constituya un reconocimiento o aceptación de la vigencia de la relación laboral que se extinguió como consecuencia del primer despido, resaltando el proceder coherente de la empresa que dentro del plazo optó por la readmisión tras la sentencia de la Sala de lo Social de este Tribunal que estimó parcialmente el recurso de la empresa y declaró improcedente el primer despido por causas objetivas de la actora.

La censura jurídica expuesta por la defensa de la recurrente ha de prosperar ya que conforme se desprende del relato fáctico de la sentencia de instancia con las modificaciones que han sido aceptadas, la demandante fue despedida por causas objetivas con efectos de 16-1-2013 tras haber sido readmitida ese mismo día como consecuencia de la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Elche que había declarado nulo el despido por causas objetivas de la demandante de fecha 7 de abril de 2011, sentencia que no llegó a alcanzar firmeza al haber sido recurrida en suplicación por la empresa E. S.A., siendo estimado parcialmente dicho recurso por sentencia de esta Sala de lo Social de fecha 12-6-2013 que declaró improcedente el indicado despido. De modo que la actora se encontraba en situación legal de desempleo cuando en fecha 31-1-2013 solicitó la prestación por desempleo, pues, así se desprende de lo establecido en el art. 208. 1. d) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, sin que obste a la conclusión expuesta que la empresa E. S.A., optase por la readmisión de la actora en fecha 4-7-2013, tras serle notificada la sentencia de la esta Sala de lo Social que declaró improcedente el primer despido de la actora por causas objetivas, ya que los efectos de dicha opción se proyectan tan solo hacía el pasado, es decir, desde la fecha del primer despido por causas objetivas y hasta la fecha del segundo despido por causas objetivas, habida cuenta que la relación laboral existente entre las partes se extinguió como consecuencia de ese segundo despido que no fue impugnado y en el que las partes alcanzaron un acuerdo ante el Servicio de Mediación Arbitraje y Conciliación, sin que obste a la conclusión expuesta la sentencia nº2784/2012 de 13 de noviembre, dictada por esta misma Sala ya que el supuesto de hecho contemplado en dicha sentencia es distinto al ahora examinado en el que hay un segundo despido por causas objetivas que no ha sido impugnado judicialmente.

Al haberse acreditado, por consiguiente, que la actora se encontraba en situación legal de desempleo en la fecha en que solicitó la prestación por desempleo, procede declarar el derecho de la demandante a percibir la referida prestación, con efectos de 16 de enero de 2013 (fecha del segundo despido por causas objetivas), sobre la base reguladora diaria de 32,66 euros y una duración de 720 días (hecho probado séptimo), sin que proceda declarar la responsabilidad de la empresa demandada por falta de cotización que solicita el Letrado Sustituto del Abogado del Estado en el escrito de impugnación como “alegación accesoria,” al no desprenderse la indicada circunstancia del relato fáctico de la sentencia de impugnada, además de

tratarse de una cuestión nueva y en este sentido se impone estar a la doctrina unificada del Tribunal Supremo plasmada entre otras en la sentencia de 26-09-2001, según la cual: “las cuestiones nuevas, al igual que ocurre en casación, no tienen cabida en suplicación. Y ello como consecuencia del carácter extraordinario de dicho recurso y su función revisora, que no permiten dilucidar en dicha sede una cuestión ajena a las promovidas y debatidas por las partes y resueltas en la sentencia de instancia, pues en caso contrario, el Tribunal Superior se convertiría también en Juez de instancia, construyendo «ex officio» el recurso, y vulnerando los principios de contradicción e igualdad de partes en el proceso, que constituyen pilares fundamentales de nuestro sistema procesal. Amén de que si se permitiera la variación de los términos de la controversia en sede de suplicación, se produciría a las partes recurridas una evidente indefensión al privarles de las garantías para su defensa, ya que sus medios de oposición quedarían limitados ante un planteamiento nuevo”.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de Doña M.C.M.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Dos de los de Elche, de fecha 10 de septiembre de 2014, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Servicio Público de Empleo Estatal y la empresa E. S.A. y declaramos el derecho de la demandante a percibir la prestación de desempleo con efectos de 16 de enero de 2013, sobre la base reguladora diaria de 32,66 euros y una duración de 720 días, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación en los términos reseñados, con la absolución de la empresa E. S.A. Sin costas.

2017

Sentencia núm. 1.730, de 15 de septiembre de 2015

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral con motivo de un despido disciplinario. Trabajador con contrato indefinido a jornada completa que presta sus servicios en empresa dedicada al comercio de material deportivo. Operaciones de caja fraudulenta para la consecución de objetivos: Operaciones de compra y devolución de artículos. Tránsito de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Prescripción de la falta muy grave imputada al demandado. Estimación.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda probada la conducta engañosa y oculta del trabajador para alterar el resultado bruto de explotación al cierre del ejercicio, mediante compras ficticias. No se tiene conocimiento de esta conducta hasta un mes antes del despido del trabajador, por lo que no existe la prescripción de la falta que plantea el demandante en ambas instancias.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado designado por la parte actora, la sentencia de instancia que desestimó su demanda y declaró la procedencia de su despido disciplinario, al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Se interesa en primer lugar y en el ámbito de la revisión fáctica, que se sustituya en el hecho probado 3º, primera línea del segundo párrafo la expresión “Responsables de la Tienda de X...”, por “Responsables de U.”, lo que apoya la recurrente en los documentos que cita y con la finalidad de demostrar que las funciones del actor eran meramente comerciales, nada que ver con funciones de control y vigilancia. Pero no podemos aceptar la sustitución propuesta ya que, con independencia de que en el hecho probado 1º ya consta la categoría de Responsable de U., lo cierto es que le demos o añadamos uno u otro adjetivo, un trabajador de una empresa, con categoría o no de responsable, no puede llevar a cabo determinados hechos, por lo que la revisión fáctica resulta, al fin y a la postre, irrelevante.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS se denuncia la infracción del art. 60.2 del ET, al que remite el art. 57 del Convenio colectivo de empresa, indicando que la falta que la empresa imputa al Sr. C. se produjo el 31-12-2011 y no se sancionó hasta el 22 de enero de 2013, habiendo transcurrido por tanto 1 año y 21 días, plazo muy superior a los 60 días o a los 6 meses a que hace mención el ET, por lo que se encontraría prescrita. Y ello es así por cuanto no ha existido

ocultación ni tampoco intención de ocultación, tal y como fueron realizadas las ventas “llamaban la atención por lo obsceno de su volumen” (sic) y la empresa siempre tuvo en su poder los datos de los productos más vendidos. También se indica por la recurrente que la carta de despido no establece en qué forma se ocultó a la empresa los hechos objeto de despido, infringiendo el art. 105.2 de la LRJS, insistiendo en que los responsables de U. no son responsables de tienda. La recurrente finaliza diciendo que, aunque se considere que las faltas fueron ocultadas, el plazo prescriptivo también se habría consumado a fecha del despido ya que el 17 de junio entró una directora nueva en la tienda, por cese del antiguo director, por lo que ya no existe posibilidad de ocultación de hechos por éste.

Pues bien, este motivo también debe ser rechazado a la vista del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida y al que esta Sala queda vinculada para la resolución del recurso. Consta en ellos -hechos probados tercero a séptimo- que: A).- El día 31 de diciembre de 2011, fechas en las que el trabajador actor prestaba servicios en el centro de trabajo de la demandada sito en V., realizó las compras que se detallan en el ticket transcrito en la carta de despido, sin utilizar la tarjeta de empleado, que le habría proporcionado un descuento de entre el 20% y el 10%. B).-En la misma fecha varios de los Responsables de la Tienda de X. V., con la participación del Director del Centro que en aquel momento era D. J.P.M., realizaron compras de similares cuantías y productos con el objeto de incrementar la facturación del año, que se incrementó en consecuencia en la suma de 6.800 €, y generar el derecho a percibir la denominada prima mes trece, que premia a los responsables de tienda por la consecución de unos resultados previamente estimados. C).- Posteriormente, el día 3 de enero de 2012 el actor realizó la devolución de los mismos productos comprados el día 31 de Diciembre de 2011. Paralelamente se realizaron devoluciones de productos comprados por otros responsables de tienda en fecha 31-1-2011. D).-El actor y demás responsable de tienda de V., incluido el Director, percibieron la prima del mes trece, habiéndose generado el derecho a percibir la misma aun sin computar las compras realizadas por los mismos en fecha 13-12-2011, como consecuencia de unos ingresos extraordinarios de la empresa. E).-En junio de 2012 se produjo un cambio de Director de Tienda en el centro de trabajo de V., pasando a ostentar dicho cargo D^a L.S. F).-En una reunión que tuvo lugar entre julio-octubre de 2012 y en el que dicha directora expuso a los trabajadores las dificultades en que se encontraban para lograr los objetivos presupuestados, la trabajadora M.M., dijo que si no llegaban podrían hacer unas comprillas al final de año, como el año pasado, o expresiones similares, lo que la nueva directora consideró una broma. G).-En diciembre de 2012 la directora de tienda D^a L.S. procedió rutinariamente a sacar el listado de los productos más vendidos en la pasada compañía de navidades, sorprendiéndose de que el producto más vendido fuera una bufanda polar denominada SCARFPOLAR, y de que dicho producto se vendiera en golpes de 40 o 50 unidades hasta un total de 300-400 en el mes de diciembre, lo que comunicó como anécdota en una reunión, viéndose asimismo sorprendida por la respuesta (miradas, comentarios y risas) de los trabajadores. H).-Ante ello la directora decidió averiguar lo que ocurría con dichas compras, solicitando información al departamento contable y comprobado que días después de su adquisición aquellas compras fueron devueltas, que habían sido efectuadas en una caja normalmente no operativa y con tarjetas de

crédito con las que determinados trabajadores hacían sus compras, así como que el producto en cuestión era de los que más margen de beneficio tenían. l).- En tales circunstancias concertó una comida con la trabajadora M.M., la cual le explicó que dichas compras se habían efectuado respondiendo a un plan preconcebido para lograr incrementar la facturación y asegurar el pago de la prima mes trece.

Como recoge la sentencia de instancia, el artículo 60.2 del ET, en cuanto aquí hace al caso, establece dos plazos para limitar en el tiempo las facultades sancionadoras del empresario: uno, de sesenta días (denominado de prescripción "corta") contados desde la fecha en que el empresario tuvo conocimiento de la falta; y otro, de seis meses (denominado de prescripción "larga"), contados desde la fecha en que se haya cometido la falta, haya o no tenido el empresario conocimiento de la comisión. Ahora bien, en la llamada prescripción corta hay excepciones a tener en cuenta ya que, la existencia de faltas que conllevan una conducta del trabajador engañosa ha determinado que cuando la naturaleza de la falta lo requiera, el conocimiento exigido al empresario no se limita a una mera referencia superficial o indiciaria, sino que el "dies a quo" vendrá determinado por el cabal conocimiento del incumplimiento perpetrado en todo su alcance y significado. Incluso en la prescripción larga, si bien como regla general el cómputo debe iniciarse con la comisión misma de la falta, haya o no conocimiento de la misma por parte de la empresa, existen supuestos particulares puestos de relieve por los tribunales, para los que no resulta admisible la aplicación estricta del precepto, y a los que por tal causa hay que atribuir carácter excepcional. Y así, si la falta es de carácter reiterado (faltas repetidas de asistencia o impuntualidad, por ejemplo,), o sólo puede apreciarse en un lapso de tiempo (disminución del rendimiento), el plazo de prescripción comienza a computarse a partir de la comisión de la última infracción. Del mismo modo, cuando las infracciones conllevan encubrimiento u ocultación, el "dies a quo" comienza cuando la empresa tiene conocimiento de la infracción cometida.

Y llegados a este punto hemos de indicar que el actor tomó parte en un plan premeditado y preorquestado por los responsables de la tienda (él entre otros) y el director, con el fin de alterar el resultado bruto de explotación al cierre del ejercicio mediante compras ficticias, y así que la empresa le hiciera el abono de la prima mes trece. En contra de lo alegado por la recurrente, no se trató de una conducta diáfana, clara y a la vista, sino de una maniobra oculta y engañosa, y prueba de ello es que el demandante utilizó su tarjeta de crédito y no su tarjeta de empleado (con la que tenía derecho a un descuento) y que la operativa se realizaba desde una caja que no era la habitual. Esto unido a que se contaba con la implicación del máximo responsable directo de la tienda, hacía que se actuara con una sensación de impunidad que llama la atención. Pero esta sensación, o lo burda que pueda resultar la operativa, no desdibujan su carácter de acto oculto, clandestino y subrepticio, siendo necesaria una investigación para obtener un conocimiento cabal de los hechos. Es por ello que hasta junio de 2012 en que se produjo un cambio de Director de Tienda, era del todo punto imposible para la empresa conocer qué estaba pasando de modo continuo y extendido en la tienda. Pero incluso en esa fecha y con el cambio de director, no podemos considerar que los actos afloraran dejando de estar ocultos, como en último extremo propone la recurrente. Fue en una reunión entre julio y octubre de 2012 cuando la

nueva directora oyó de una trabajadora el primer comentario chocante o fuera de lugar (que si no llegaban podrían hacer unas comprillas al final de año, como el año pasado), que, como es razonable, consideró una broma. Se presume la conducta leal y no al contrario. Fue a raíz de otra reunión en diciembre en 2012, cuando comentó con sorpresa el número de unidades de venta de un mismo producto y recibió miradas, comentarios y risas de los trabajadores, cuando inició una investigación solicitando información al departamento contable y comió con una trabajadora, la cual le indicó que dichas compras se habían efectuado respondiendo a un plan preconcebido para lograr incrementar la facturación y asegurar el pago de la prima mes trece. Por ello, despedido el trabajador en enero de 2013 no podemos apreciar la prescripción de la falta cometida de transgresión de la buena fe contractual (art. 54.2.d ET) pues el conocimiento cabal y pleno de los hechos, su significación y alcance, se obtuvo en diciembre de 2012 y el actor fue despedido en enero de 21-1-2013.

Por último, y en relación con la alegación de que la carta de despido no establece en qué forma se ocultó a la empresa los hechos objeto de despido, infringiendo el art. 105.2 de la LRJS, debemos indicar que la citada carta es lo suficientemente expresiva y descriptiva de la conducta imputada para que el despedido sepa qué falta se atribuye y no padecer ningún tipo de indefensión. En relación con lo expuesto y en nuestro caso, no es necesaria la descripción de los métodos en sí, que son empleados por el trabajador para que la empresa no se dé cuenta de lo que está pasando, lo que por otra parte resulta una alegación contradictoria del recurrente que insiste en su actuación sin ocultamiento. Y en suma, la carta pormenoriza y desciende a un buen número de detalles.

Por todo lo expuesto, y dado que el actor, con cargo de responsable (siendo indiferente que sea de U. o de tienda), compró y devolvió de forma masiva productos de la tienda, operando fraudulentamente para asegurarse un beneficio propio en relación con los objetivos, vulnerando la confianza que la empresa tenía en él depositada y faltando a la lealtad debida, cometió la conducta prevista en el art. 54.2.d) del ET, por lo que ha sido precedentemente despedido, lo que nos lleva a la confirmación de la sentencia de instancia, desestimando el recurso.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. J.C.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de Valencia de fecha 12 de marzo de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2018

Sentencia núm. 1.746, de 15 de septiembre de 2015

Materia: Impugnación de actos administrativos en materia laboral. Sanción por infracción en materia de riesgos laborales. Recargo de prestaciones por accidente sufrido por un trabajador.

Juzgado: Estima la demanda planteada por la empresa y declara no conformes a derecho las resoluciones, condenando a la Conselleria a estar y pasar por ello, con las consecuencias inherentes al pronunciamiento.

Sala: Declara de oficio la inadmisión del recurso al no apreciarse los presupuestos exigidos para su admisión. Se acuerda la nulidad de las actuaciones retrotrayéndolas al momento en que se notificó la resolución impugnada.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ana Sancho Aranzasti.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Alicante dictada el 15 de septiembre de dos mil catorce, estima la demanda interpuesta por T.E. S.A.U , frente a la Conselleria de Trabajo sobre impugnación de sanción, por los hechos que declara probados, y que fue impuesta en virtud de Resolución de la Dirección Territorial de Empleo y Trabajo de fecha 31 de marzo de 2011, confirmada en alzada por resolución de 9 de noviembre de 2012. Frente a la misma se interpone recurso de Suplicación por el Abogado de la Generalitat al amparo procesal del art. 193, apartados b) y c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de los motivos del recurso, la Sala debe pronunciarse, por tratarse de cuestión de orden público procesal, sobre si dicho recurso es procedente, al afectar a su competencia funcional, todo ello de conformidad con la reiterada Doctrina Jurisprudencial contenida entre otras, en las STSS 27 octubre 2003 y 27 de noviembre de 2002.

La LRJS, en lo relativo a la admisión de los recursos de suplicación por razón de la materia, dispone en su art. 191.3.g) que procederá en todo caso la suplicación contra las sentencias dictadas en procesos de impugnación de actos administrativos en materia laboral no comprendidos en los apartados anteriores, cuando no sean susceptibles de valoración económica o cuando la cuantía litigiosa exceda de dieciocho mil euros”.

El objeto de la presente litis se centra en la impugnación por el recurrente de resolución dictada por la Dirección Territorial de Empleo y Trabajo por la que se imponía sanción por infracción en materia de riesgos laborales por importe de 10.240 euros, y que fue confirmada posteriormente en alzada por resolución de 9 de noviembre de 2012. Pretende el demandante en el suplico de su demanda sean

anuladas ambas resoluciones, y por ende, se declare la nulidad de la sanción impuesta. La sentencia de instancia, accedió a dichas pretensiones, estimando en su integridad el escrito rector.

Conforme a lo expuesto, la materia objeto de controversia no sería recurrible en suplicación, pues atendiendo a las normas de determinación de la cuantía del proceso fijadas en el art. 192.4 LRJS, aquélla vendrá determinada por el contenido económico del actor sancionador, cuando se pretenda la anulación del mismo, y siendo de 10.240 euros la cuantía de la sanción impuesta, no se alcanzaría el límite antes expresado, que deviene del art. 191.3.g) LRJS.

Tampoco tendría acceso a la suplicación el recurso interpuesto por afectación general de la materia objeto de autos, que ni ha resultado alegada ni probada en juicio, ni resulta notoria, ni deviene de un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes.

Por todo ello, no concurriendo dicho requisito y no alcanzando la cuantía de la sanción el límite impuesto en la LRJS procede declarar la inadmisión del recurso formulado por el recurrente, al no apreciarse los presupuestos exigidos para su admisión.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 238 LOPJ, cuando un órgano judicial haya acordado de forma indebida admitir a trámite un recurso de suplicación, procede acordar la nulidad de las correspondientes actuaciones, retro trayéndolas al momento en que se notificó la resolución impugnada. Sin imposición de costas.

Por lo expuesto,

FALLAMOS

Declarar de oficio la inadmisión del recurso de Suplicación interpuesto por la representación letrada de la Generalitat frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, de fecha 15 de septiembre de 2014, Autos nº 1204/2012, seguidos a instancia de T.E. S.A.U frente a la Conselleria de Trabajo, sobre Impugnación de Acto Administrativo (sanción) y declaramos la nulidad de todo lo actuado, desde que se admitió a trámite el recurso de suplicación interpuesto en su día contra la sentencia dictada en estas actuaciones, y, en consecuencia, declaramos la firmeza de la Resolución impugnada, sin que haya lugar a resolver sobre dicho recurso.

Sin imposición de costas.

2019

Sentencia núm. 1.759, de 15 de septiembre de 2015

Materia: Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Trabajador que sufre accidente de trabajo con resultado de muerte. El trabajador se encontraba junto con un compañero vaciando unos depósitos mediante la utilización de carretillas elevadoras. La empresa tenía asegurado el riesgo de accidentes con determinada mutua, así como los servicios de prevención ajeno con otra empresa. Responsabilidad empresarial. Revisión del porcentaje del recargo. Imprudencia de los trabajadores.

Juzgado: Desestima la demanda confirmando la resolución del INSS impugnada en el proceso y absuelve a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. Impone a la empresa un recargo de las prestaciones de seguridad social en un porcentaje del 40%.

Sala: Estima parcialmente el recurso y disminuye el porcentaje del recargo de prestaciones al 30% en lugar del 40% previsto en la instancia. Desestima el recurso planteado por la viuda en el que se solicita el incremento del recargo al 50%.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de las demandantes se formulan sendos recursos contra la sentencia recaída en la instancia, que desestimó la pretensión formulada por las mencionadas partes, que solicitaban, respectivamente, que se dejara sin efecto la resolución que imponía a la empresa un recargo de las prestaciones de seguridad social en un porcentaje del 40%, a raíz del fallecimiento de un trabajador a su servicio, mientras que la viuda de esta persona reclamaba que el citado porcentaje se incrementara al 50%, en definitiva confirmando la decisión judicial en todos sus términos la resolución administrativa aludida.

Por razones de método se iniciará el examen del recurso planteado por la empresa, que en primer lugar, y con amparo en el artículo 193 “b” de la LRJS, propone la modificación del tercer hecho probado de la sentencia, pasaje donde se describe la forma en que ocurrió el accidente de trabajo que originó las lesiones y posterior defunción del jefe de turno, con el propósito de que se altere el tenor literal del mismo a partir de los documentos y pericias citados en el motivo, con la redacción alternativa que se recoge en el escrito de recurso. Pero el motivo debe decaer, pues lo que se pretende se funda en las mismas pruebas que ya fueron objeto de examen por parte de la juzgadora de instancia, no deduciéndose error o equivocación evidente, y asimismo parte de lo propuesto ya se recoge de manera explícita en el cuarto hecho probado. La redacción pretendida busca considerar como imprudente la actuación del trabajador accidentado, cuestión que examinará oportunamente en el motivo de

índole jurídica.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, con igual respaldo que el anterior, la empresa recurrente solicita la modificación del quinto ordinal, con el fin de que se altere la redacción dada al mismo y se incluya otra frase que exprese, en síntesis, que el vaciado de los silos se realizaba de manera excepcional merced la utilización de una plataforma de trabajo que contaba con un pasador, que era distinta a la empleada por el trabajador fallecido. Funda tal modificación en las mismas pruebas en que se basó el juez para indicar que el vaciado de tales depósitos se realizaba con unos camiones cisterna, y eventualmente, con una plataforma insertada en la carretilla elevadora, por tanto, se desestima la modificación propuesta al no deducirse de manera clara e inequívoca el error de la juzgadora en la plasmación de la frase que se quiere alterar.

TERCERO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, y con correcto apoyo procesal, se censura a la sentencia la infracción del artículo 123 del Texto Refundido de la LGSS y de la jurisprudencia que desarrolla dicho precepto, argumentando que el recargo de prestaciones no se debe imponer a la empresa en el caso de concurrencia de fuerza mayor o imprudencia temeraria del trabajador, y en el caso del accidente originador del óbito de aquél achaca al mismo de manera exclusiva la culpa del siniestro, lo que implicaría el acogimiento del recurso, a lo que habría que agregar el examen del cuarto y último motivo del escrito de recurso, formulado de manera subsidiaria al precedente, que al hilo de la jurisprudencia relativa a la concurrencia de culpas pretende que el recargo se reduzca al 30%.

Ambos motivos pueden perfectamente ser analizados de manera conjunta, y para ello debe partirse sin duda del inalterado relato fáctico, donde se describe de manera muy fiel el desarrollo de los hechos que condujeron a la producción del accidente de trabajo ocurrido el día 3 de agosto de 2012, al proceder el fallecido, junto con un subordinado suyo, a descargar un silo de material plástico granulado con la utilización de dos carretillas elevadoras, que en el caso de la utilizada por el encargado se le había ensamblado una plataforma tipo jaula sobre sus palas, situándose el citado trabajador a una altura aproximada de 3,50 metros, procediendo éste a abrir de forma manual el silo y embocar el tubo de salida a las sacas colocadas en la otra carretilla para su llenado y cierre. La plataforma donde se ubicaba el encargado no disponía de mecanismos o anclajes que impidieran su deslizamiento sobre las palas de la carretilla, no llevando aquél un arnés o cinturón de seguridad, de modo que la caída del trabajador accidentado se produjo al realizar el otro trabajador una maniobra equivocada con la carretilla que guiaba, impactando con la conducida por el encargado, que a resultas de ello cayó al suelo de la nave desde la altura citada líneas arriba por haberse deslizado la plataforma donde se había situado.

Desde esta perspectiva, es evidente que ha existido una doble actuación propiciadora del accidente de trabajo tantas veces citado, pues aunque lo habitual era que el vaciado de los silos de graza se realizara por medio de camiones tipo cisterna, de manera frecuente se hacía el procedimiento acabado de describir para igual operación, que se ha visto completamente inadecuado para esa finalidad concreta, al margen de que hubiera o no existido el resultado lesivo que ha motivado la actuación

de los tribunales, debiéndose de cargar de manera principal la responsabilidad del accidente a la propia empresa, por tolerar esa praxis contraria a las medidas de seguridad exigibles, al no ser la primera vez que se desenvolvía de ese modo la descarga del silo, no siendo ajeno a ese resultado fatal la propia conducta del accidentado, que a pesar de ser el encargado o jefe de turno, ni tan siquiera, posiblemente fruto de la confianza que tenía al haber realizado de ese modo el vaciado del silo en otras ocasiones, se proveyó de algún anclaje de seguridad que mitigara los efectos de una caída en altura, a pesar de que no se ha probado que en la empresa no existieran aquellos mecanismos de protección, y además se auxilió con un trabajador no idóneo para esa operativa, al carecer de titulación y formación para operar con carretillas elevadoras, circunstancias que aunque no puedan ser calificadas como de imprudencia temeraria, como pretende desacertadamente la empresa, encierran un plus de culpa que debe implicar que el recargo que debe imponerse a la mencionada compañía sea compensado en parte, lo que invita a dejar en el mínimo del 30% el recargo legal en las prestaciones de seguridad social en provecho de los beneficiarios del accidentado, en lugar del superior del 40% que impone la sentencia al confirmar el pronunciamiento administrativo, lo que supone la estimación parcial del presente recurso.

CUARTO.- Por su parte, el recurso formulado por la representación letrada de la viuda del trabajador fallecido persigue que ese porcentaje ascienda al 50%. Pero la estimación parcial del recurso de la empresa hace totalmente innecesario que se examine este, máxime su estructura formal es similar al precedente, es decir, se pide la revisión de los hechos probados para que se precisen diversos aspectos de la metodología empleada en la realización de la operación de vaciado de los silos, que en el caso de haberse entrado a conocer del citado recurso no hubieran prosperado, por las mismas razones que implicaron la desestimación de dicho motivo en el recurso de la empresa, e igualmente se pretendía la revisión del derecho con la cita del mismo precepto esgrimido en el otro recurso, y que lo por lo razonado en el acabado de examinar, supone de lleno que se aplique la compensación parcial de culpas que motiva la reducción porcentual del recargo impuesto.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por “E.P., SA” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia de 29 de agosto de 2014, recaída en autos sobre recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad instado por la citada compañía y DOÑA A.AA., revocando en parte la citada resolución y dejando en el porcentaje del 30% el incremento de las prestaciones de seguridad social reconocidas a raíz del accidente de trabajo, desestimando asimismo el recurso de suplicación formulado contra dicha sentencia por DOÑA A.A.A.

Se decreta la devolución del depósito constituido para recurrir por parte de la empresa.

2020

Sentencia núm. 1.776, de 16 de septiembre de 2015

Materia: Prestación por desempleo. Reconocimiento al actor del beneficio de la prestación de renta activa de inserción. Suspensión de la prestación y exclusión del programa. Reintegro de cantidades indebidamente percibidas. Naturaleza y finalidad de la acción protectora dispensada a través del programa de renta activa de inserción.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de las pretensiones que en ella se contienen. El actor queda excluido de la prestación y tiene que devolver las cantidades indebidamente percibidas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La percepción que recibe el demandante es marginal y está englobada dentro la naturaleza propia de la prestación dirigida a desempleados con especiales necesidades económicas y dificultades para encontrar empleo, situación en la cual se encuentra el demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda interpuesta contra la resolución del SPEE que excluye definitivamente al actor del Programa de Renta Activa de Inserción y le reclama el reembolso de lo percibido por dicho concepto en cuantía de 9.372 euros, recurre el demandante, que lo hace a través de un único motivo, amparado en el apartado c) del art 193 de la LRJS. Señala el recurrente la infracción de los Arts. 2 y 10 del RD 1369/2006 y de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3 de marzo del 2010, rec. 1948/2009 que estima compatible la RAI con las percepciones derivadas de una actividad con salario escaso o marginal, en un supuesto en que lo percibido en cómputo mensual por la beneficiaria en aquel supuesto de hecho era de 83,47 euros mensuales.

A fin de resolver el presente recurso debemos concretar que la RAI, desde su implantación en el año 2000, ha ido evolucionando hacia la ampliación de sus beneficiarios en los sucesivos programas que se han venido estructurando año tras año, lo que ha ido condicionando de igual manera las decisiones jurisprudenciales dictadas en su aplicación. Por ello y en orden a la resolución de la cuestión que se plantea conviene de inicio señalar los principios que condicionan la naturaleza y finalidad de la acción protectora que se dispensa a través de los programas de renta activa de inserción, en tanto se constituyen en los criterios rectores del proceso interpretativo de la normativa reguladora de la indicada institución. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de marzo de 2010 (rec. 1948/2009), citada por la propia parte recurrente “estamos ante una modalidad de la acción protectora por desempleo que presenta autonomía propia y que ha de abordarse en atención a los

finés que le son propios”, que no son otros que intentar “la inserción profesional – medio íntimamente ligado al de la inserción social- de quienes se hallan fuera del mercado de trabajo por razón de determinadas características personales”, lo que se propugna alcanzar mediante una prestación que “tiene un contenido doble, pues no se agota con la ayuda económica sino que incluye la incorporación del beneficiario en acciones de inserción laboral, para lo cual se le exige una suerte de “contraprestación” formal y expresamente plasmada en un compromiso de actividad”. Es decir, se trata de paliar la deficiencia económica por la falta de actividad laboral o profesional mediante una proyección hacia la ocupabilidad; por ello, se define en la Disposición Final 5ª de la Ley General de la Seguridad Social, habilitante para su implantación, como “una ayuda específica denominada renta activa de inserción, dirigida a los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo que adquieran el compromiso de realizar actuaciones favorecedoras de su inserción laboral”. Concretando que sus partícipes “comparten una característica común, a la que se pretende atender, consistente en una inactividad no voluntaria “strictu sensu”, sino motivada por especiales dificultades en ellos concurrentes, como circunstancias que los coloca en peligro de exclusión social. Estamos ante una modalidad de la acción protectora por desempleo que presenta autonomía propia y que ha de abordarse en atención a los fines que le son propios”.

Es base a esa misma naturaleza, la ya citada sentencia entiende, tras señalar los requisitos legales para su obtención y el régimen de incompatibilidades, con especial mención de lo previsto en el art 11d) que concreta “con la realización simultánea de trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena a tiempo completo...”, entiende que por desempleo “ha de entenderse la falta de ocupación que permita la más mínima subsistencia”, y que “a efectos de soslayar el impedimento para el acceso a la renta activa de inserción no será una verdadera ocupación la de quien perciba un salario mensual de proporciones llamativamente escasas, obtenido por un trabajo que ha de calificarse de marginal, por más que, desde el plano jurídico laboral responda, ciertamente, al concepto de salario y sea la prestación correspondiente a un verdadero contrato de trabajo”.

No existe duda para ésta Sala de que, en el caso que se analiza, no puede considerarse cometida la infracción señalada por el organismo SPEE, pues la situación subjetiva del actor al momento de obtener la RAI era la de desempleado, habiendo obtenido como rentas del trabajo en la anualidad del 2012 la cantidad de 50,62 euros mensuales, percepción que debe considerarse totalmente marginal y necesariamente incluida en las previsiones interpretativas de la citada STS de 3 de marzo del 2010, dado que la renta obtenida ni interrumpe su condición de desempleado ni lo sitúa en la condición de perceptor de rentas superiores a las reglamentarias. Por todo lo cual procede estimar el recurso, lo que nos lleva a revocar la sentencia de instancia, y con estimación de la demanda dejar sin efecto la Resolución del SPEE de fecha 26 de marzo del 2014

SEGUNDO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON F.G.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. QUINCE de los de VALENCIA de fecha 11 de Julio del 2014; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimando la demanda interpuesta por el ahora recurrente dejamos sin efecto la Resolución del SPEE de fecha 26 de marzo del 2014, condenando a dicha entidad a estar y pasar por dicha declaración.

Sin costas.

2021

Sentencia núm. 1.787, de 22 de septiembre de 2015

Materia: Reclamación de cantidad. Extinción de los contratos de trabajo por causas objetivas. Reclamación al FOGASA del abono del 40% de la indemnización por despido objetivo. Reclamación directa y posterior reclamación subsidiaria del pago por insolvencia de la empresa sin que conste que haya recaído resolución expresa.

Juzgado: Estima la demanda condenado al organismo demandado a abonar a los demandantes determinadas cantidades por el 40% de la indemnización por despido objetivo, dejando sin efecto la resolución denegatoria impugnada.

Sala: Desestima el recurso del FOGASA y estima la causa de oposición subsidiaria contenida en el escrito de impugnación presentado por la representación de los trabajadores.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por parte la representación procesal del FGS, al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, la sentencia que dictó el día 5 de septiembre de 2.014 el Juzgado de lo Social número 3 de los de Alicante, juzgado, que estimó la demanda planteada por los trabajadores frente al Fondo de Garantía Salarial (en adelante FOGASA), en reclamación del 40% de la indemnización por despido objetivo. Se ha presentado escrito de impugnación, que incluye causas de oposición subsidiarias.

En el único motivo del recurso, destinado a la censura jurídica, se denuncia que la sentencia recurrida ha infringido los arts. 33.8 del ET, 59.2 del mismo texto así como el art. 1973 del Código civil, la doctrina unificada de la Sala IV del TS en sentencia de 3 de mayo de 2004, infracción de los arts. 4.2 y 21 del RD 505/85 de 6 de marzo sobre organización y funcionamiento del FGS (RDOFFGS) ambos indebidamente aplicados al referirse al régimen jurídico de las prestaciones que el Organismo asume como responsable subsidiario, así como del 517 de la LEC, que tampoco puede traerse al caso que nos ocupa, para el que la norma reglamentaria reserva los arts. 2.2, 19.3 y 22 del citado RDOFFGS, preceptos que el recurrente considera infringidos por inaplicación en la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Para resolver el motivo hemos de partir de los siguientes datos: A).- Los actores prestaron servicios por cuenta y orden de la empresa C.M. S.L., empresa que empleaba a menos de 25 trabajadores, que procedió a extinguir sus contratos de trabajo con fecha 3-12-2009 alegando causas objetivas del art. 52.1.c) del ET, haciéndoles entrega de cartas de despido fechadas el mismo día; en las respectivas cartas de despido se indicaba que les correspondería una indemnización legal de 20 días de salario por año de servicio, sin determinación de su cuantía, ni reconocimiento

de su antigüedad ni del salario diario o mensual a efectos del cálculo. B).- Los demandantes formularon demanda de reclamación de cantidad por salarios y por el 100% de la indemnización por despido contra la empresa y contra el FOGASA en fecha 20/01/10, dando lugar a los autos de procedimiento ordinario 70/2010 seguidos ante el Juzgado de lo Social nº 1 de esta ciudad. C).- En fecha 2/03/11 recayó sentencia en el seno del citado procedimiento, por la que se condenaba a la empresa demandada al pago de las cantidades solicitadas y en particular al pago de 18.234 € a favor de M.A., de 19.100,76 € a favor de N. y de 19.810,68 € a favor de J., correspondientes respectivamente a las indemnizaciones por despido objetivo. Ni la empresa demandada ni el FOGASA comparecieron a dicho juicio. D).- Los demandantes solicitaron el día 10/06/11 del FONDO DE GARANTIA SALARIAL el abono del 40% de las indemnizaciones por despido objetivo declaradas y cuantificadas en la referida sentencia, adjuntando a la solicitud tanto las cartas de despido como la sentencia dictada en el seno del procedimiento nº 70/2010, al amparo de lo previsto en el art. 33.8 del E.T. E).- Mediante resolución del citado organismo en expediente nº 03/2011/000/004135 el Organismo demandado denegó el pago de dichas cantidades por haber transcurrido el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad directa de este organismo, según STS de 4/07/01. F).- El 40% de la indemnización por despido objetivo que corresponde a los demandantes, asciende a: M.A.: 7293€; N.: 7640€ y J.: 7920 €. G).- Posteriormente, se declaró la insolvencia provisional de la empresa y los actores han vuelto a reclamar al FOGASA tales cantidades por la vía de la responsabilidad subsidiaria del art. 33,2 ET, respecto de lo que no consta que haya recaído resolución expresa.

A la vista de estos datos, la Abogacía del Estado en nombre del FGS, con cita de la STS de 3-5-2.004, considera prescrita la reclamación de los actores en cuanto al 40 por ciento de la indemnización por el cese objetivo de la que por ministerio del art. 33.8 E.T debe responder el Organismo demandado directamente, teniendo en cuenta que los plazos para reclamación de esta cantidad y los correspondientes al 60% restante, cantidad esta respecto de la que la responsabilidad del FOGASA es subsidiaria y limitada y no directa, han de correr de forma independiente, de manera que respecto de la primera cantidad la prescripción corre a partir de la consumación de la decisión extintiva, sin necesidad de que quede incorporada a ningún título judicial o administrativo, mientras que respecto del resto, correrá desde la fecha de la insolvencia empresarial. En su motivo señala el recurrente asimismo que no es posible entender que la reclamación a la empresa del total de la indemnización correspondiente, interrumpa la prescripción respecto del FGS en materia de la responsabilidad directa del 40%.

Y los razonamientos contenidos en el motivo deben acogerse, pues la tesis que sostiene el recurrente es acorde con el criterio que viene manteniendo la Doctrina Unificada de la Sala 4ª del TS, contenida además de en la resolución citada de 3-5-2004, en las anteriores resoluciones de la Sala IV de 19-6-2.002 o de 21-11-2.001 que se expresa de la forma siguiente: "Así, a tenor de lo dispuesto en el artículo 33-8 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada por el artículo 41 de la L. 42/1994 de 30 de diciembre: "en las empresas de menos de veinticinco trabajadores, el Fondo de Garantía Salarial abonará el 40% de la indemnización legal que corresponda a los

trabajadores cuya relación laboral se haya extinguido como consecuencia del expediente instruido en aplicación del artículo 51 de esta Ley o por la causa prevista en la letra c) del artículo 52" y del artículo 2 del R.D. 505/1985 que hace al Fondo de Garantía Salarial responsable directo e inmediato, respecto de los trabajadores, del abono del 40% de la indemnización legal que corresponde a éstos, sin necesidad de acreditar la situación de insolvencia de la empresa, porque su obligación es "ope legis", se ha sostenido en diversos pronunciamientos de esta Sala, (sentencias de 27 de junio, 24 de noviembre, 12 y 16 de diciembre de 1992 -Recursos 19331/91, 2410/91, 679/92 y 2269/91-, 11 de mayo y 9 de junio de 1994 -Recursos 1454/93 y 3102/93 y 3 de julio de 2001 -Recurso 486/00EDJ2001/29321 -, la responsabilidad del FOGASA, establecida, en el art. 33.8, es:

- a) Pura, al no estar sujeta a condición o término, de modo que puede exigirse, sin necesidad de acreditar situación de insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores del empresario.
- b) Directa e inmediata, al imponer el deber del pago de la indemnización con eficacia desde el primer momento.
- c) Limitada, por fijar su alcance en el 40% de la tasa indemnizatoria legal, y no superior a la que, en su caso, pudiera pactarse.

Dicho deber, como resalta la citada sentencia de 11 de mayo de 1994, EDJ1994/11242, no guarda relación alguna con la responsabilidad subsidiaria limitada que al FOGASA asimismo atribuye el art. 33, en sus números 1 y 2, del Estatuto de los Trabajadores, EDL1995/13475, al no tener finalidad garantizadora, sino responder a la voluntad legislativa de favorecer a los pequeños empresarios (los que ocupan menos de 25 trabajadores) aminorando los costes que han de asumir por los despidos. Es evidente, por otra parte, que las obligaciones de la empresa y del FOGASA tienen un mismo origen o causa, cual es la indemnización por cese, pero este elemento común, como también tiene declarado esta Sala (sentencia de 29 de abril de 1999 -Recurso 1953/98EDJ1999/8027), no determina que se trate de una misma deuda, pues son distintos:

- a) El sujeto obligado, pues, en efecto, el FOGASA es el obligado directo de la obligación del pago del 40% prevista en el art. 33.8, mientras que el abono del 60% corresponde directamente al empresario, asumiendo aquel organismo únicamente, conforme a los números 1 y 2 del mismo precepto, la responsabilidad subsidiaria en el caso de insolvencia.
- b) El objeto de la prestación del deudor, en cuanto que, por ministerio de la ley, el importe de la indemnización se ha fragmentado en dos prestaciones dinerarias diferentes para cada uno de los obligados.

De aquí que "los plazos de prescripción corran de forma independiente y que el reconocimiento de una de las deudas por un obligado no interrumpa el curso de la prescripción de la otra, en que ese obligado no es deudor principal, sino garante

público".

La aplicación de esta doctrina debería llevarnos a la desestimación de la demanda, pues para interrumpir el plazo de prescripción del cuarenta por ciento de la indemnización correspondiente al FOGASA en concepto de responsabilidad directa, los trabajadores deberían haber reclamado tal responsabilidad al mismo, de la que por ministerio de la ley debe hacerse cargo exclusivamente el organismo demandado, en el plazo de un año desde la fecha del despido. De manera que la reclamación del total de la misma a la empresa y la ulterior citación a juicio del organismo de garantía, como posible responsable subsidiario, no pueden interrumpir dicha prescripción, pues el carácter del llamamiento en el primer litigio del demandado lo fue en el de responsable subsidiario y no directo, ya que ninguna reclamación en este concepto se efectuó por los actores.

En definitiva, el hecho causante de la responsabilidad del FGS en orden al pago del 40% se produce con la firmeza del despido objetivo, sin que sea preciso que la indemnización este reconocida en resolución judicial o administrativa, ni tan siquiera es necesario que esté cuantificada ya que el art. 33.8 del ET se refiere literalmente al 40% de la indemnización legal, omitiendo cualquier referencia al título, a diferencia de la redacción del art. 33.2 que sí exige que el crédito protegido esté reconocido en título hábil suficiente. A la misma conclusión se llega de lo dispuesto en el art. 19.3 del RDOFFGS, del que asimismo se infiere que no es necesaria la cuantificación de la deuda para que nazca la responsabilidad de este organismo, que puede calcular el importe del 40% de la indemnización legal tomando en consideración los parámetros allí indicados (salario que acredite percibir el trabajador salvo que exceda del triple del SMI y años de servicio que resulten de la certificación de la TGSS) lo que hace que el importe indemnizatorio sea fácilmente determinable. Por ello, el plazo de prescripción deberá empezar a contar desde el momento en que la acción pudiera ejercitarse (art. 1969 del Cc), que es desde la fecha de conformidad del trabajador con el despido acordado, lo que debería significar el acogimiento de las pretensiones contenidas en el recurso de suplicación.

TERCERO.- Así las cosas, no podemos pasar por alto que el impugnante alega en su escrito nuevas causas de oposición subsidiaria no estimadas en sentencia y nuevos fundamentos no recogidos en la misma, indicando que se considera infringida la alegación contenida en la demanda y no examinada por el juzgador sobre vulneración de la resolución administrativa impugnada del instituto jurídico del silencio administrativo positivo contenido en el art. 43 de la LRJPAC así como el art. 28.7 del RD 505/1985 en relación al art. 33 del ET y la interpretación contenida en sentencia de esta Sala de lo Social en el recurso 2399/2013.

Dicho lo anterior, debemos tener en cuenta para resolver la presente controversia lo establecido por esta Sala al resolver el recurso de suplicación 2925/2014 e indicar que, "conforme dispone el RD 505/1985, de 6 de marzo, regulador de la organización y funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, art. 28. 6 y 7, las resoluciones dictadas en procedimientos de solicitud de prestaciones al Fondo de Garantía Salarial serán notificadas a los interesados, mediante traslado del texto

íntegro de aquélla y sus anexos, limitándose el plazo máximo para la resolución en primera instancia a tres meses, contados a partir de la presentación en forma de la solicitud.

Transcurridos dichos tres meses, y habida cuenta que conforme al art. 1.3 del RD 432/1999, de 12 de marzo, el Fondo se rige, entre otras normas, por la Ley 30/92, de 26 de noviembre, debe examinarse la posible aplicación del art. 43 de la citada disposición legal, en virtud de la cual, "los interesados podrán entender estimados por silencio administrativo sus solicitudes en todos los casos, salvo que una norma con rango de ley o norma de Derecho comunitario europeo establezca lo contrario". Efectivamente, el art. 43.1 de la Ley 30/92 señala: "1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, sin perjuicio de la resolución que la Administración debe dictar en la forma prevista en el apartado 3 de este artículo, el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados que hubieran deducido la solicitud para entenderla estimada por silencio administrativo, excepto en los supuestos en los que una norma con rango de ley por razones imperiosas de interés general o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario."

Pues bien el plazo máximo para dictar la Resolución por el FOGASA es de tres meses desde la fecha de la solicitud, y en nuestro caso tal plazo no se ha cumplido ya que, según el hecho probado 4º de la sentencia de instancia, los demandantes solicitaron el día 10-06-2011 del FGS el abono del 40% de las indemnizaciones por despido objetivo, al amparo de lo previsto en el art. 33.8 del ET, y consta al folio 34 de los autos la Resolución del Secretario General de fecha 19-1-2012, denegatoria de la prestación solicitada, fecha en la que ya se había superado el referido lapso temporal.

En cuanto a los efectos del silencio administrativo positivo, ha declarado la Sala Tercera del TS, en Sentencia de 17 de julio de 2012 (Rec. 5627/2010) por remisión a la dictada el 15 de marzo de 2011 que: «El silencio administrativo positivo, según el artículo 43.3 de la Ley 30/1992, tiene todos los efectos propios o característicos que tendría un acto finalizador del expediente, salvo el de dejar formalmente cumplido el deber de resolver; de ahí, que el apartado 4.a) de ese precepto en la redacción actual, disponga que "en los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo" (...). Ahora bien, una vez operado el silencio positivo, no es dable efectuar como realiza el Tribunal de instancia, un examen sobre la legalidad intrínseca del acto presunto, pues, si bien es cierto, que según el artículo 62.1.f) de la Ley 30/1992 son nulos de pleno derecho los actos presuntos "contrarios" al Ordenamiento Jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición, no es menos cierto, según declaramos, entre otras, en nuestra sentencia de uno de abril de dos mil cuatro, recaída en el recurso de casación 1602/2000, que para revisar y dejar sin efecto un acto presunto (nulo) o anulable la Administración debe seguir los procedimientos de revisión establecido por el artículo 102, o instar la declaración de lesividad". Dicho criterio ha sido confirmado en Sentencia también de la Sala Tercera, de 25 de septiembre de 2012, Rec. 4332/2011, con cita de las anteriores."

Partiendo de tal criterio el motivo de oposición subsidiaria del escrito de impugnación del recurso debe de ser estimado pues, no cabe tomar en consideración la Resolución dictada por el FOGASA extemporáneamente. Esta misma conclusión se alcanza en resoluciones dictadas por diferentes Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, pudiendo citarse a título de ejemplo, las citadas por las Salas de Castilla y León, sede Valladolid de 16 de septiembre de 2014 (Rec. 1051/2014); Madrid, 7 de julio de 2014, (Rec. 2106/2013) y 2 de junio de 2014 (Rec. 1968/2013); Asturias, 16 de mayo de 2014 (Rec. 918/2014) y 27 de junio de 2014 (Rec. 1308/2014); Valencia 1 de abril de 2014 (Rec. 2399/2013) y 11 de abril de 2014 (Rec. 2596/2013); y Murcia, 26 de enero de 2015 (Rec. 348/2014).

En resumen, en el caso enjuiciado nos encontramos ante un acto presunto declarativo de derecho a favor de los actores, pues su solicitud de abono del 40% de la indemnización no fue resuelta por el Fondo de Garantía Salarial dentro del plazo de tres meses que establece el art. 28-7 del RD 505/85. Esa estimación, por silencio administrativo positivo, sólo puede dejarse sin efecto acudiendo a los procedimientos legalmente establecidos para la revisión de los actos administrativos, no mediante una resolución expresa tardía denegando el derecho, por lo que resulta forzoso concluir que la sentencia de instancia, al condenar al FGS al abono de las sumas interesadas, bien que por otro tipo de razonamientos que esta Sala no comparte, debe ser confirmada y el recurso planteado por el FOGASA debe ser desestimado.

FALLO

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante de fecha 5 de septiembre de 2014, y estimamos la causa de oposición subsidiaria contenida en el escrito de impugnación presentado por la representación de los trabajadores, por lo que confirmamos la citada sentencia de 5 de septiembre de 2014.

Sin costas.

2022

Sentencia núm. 1.803, de 22 de septiembre de 2015

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador al que se le reconoce subsidio de desempleo para mayores de 52 años. Reintegro de la prestación por cobro indebido al obtener una ganancia patrimonial superior al 75% del SMI. El beneficiario no ha comunicado a la entidad gestora la ganancia patrimonial. **Sanción:** Extinción de la prestación. Queda probado que tan solo ha existido un incremento patrimonial puntual en un mes. No existe voluntad de ocultación. Solicitud reanudación de la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la entidad gestora de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la reanudación del subsidio.

Sala: Estima el recurso y anula la resolución por la que se impuso al recurrente la sanción de extinción del subsidio y reintegro de las prestaciones. Procede devolver el importe del subsidio de un mes, periodo en que este debió quedar en suspenso como consecuencia del incremento patrimonial por transmisión de un inmueble.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso que se examina interpuesto por la representación letrada de la parte actora se estructura en dos motivos encaminados a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones normativas o de la jurisprudencia.

Al amparo de lo instituido en el apartado b) del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social se solicita la modificación del hecho probado quinto de la sentencia para que se indique que la ganancia patrimonial irregular producida por la transmisión en fecha 28/3/2011 derivada de la venta de un inmueble ascendió a la suma de 4.453,23 euros, puesto que el actor tenía una deuda pendiente por un préstamo hipotecario que canceló mediante el beneficio de la transmisión.

La revisión pretendida no podrá alcanzar éxito al no citar la parte que recurre la prueba documental o pericial que avale la modificación propuesta. Debemos indicar además que con los datos existentes en el ordinal objeto de impugnación ya es posible extraer las consecuencias pretendidas en el motivo al reflejarse las cifras que deduce el recurrente respecto a la ganancia obtenida una vez abonado el importe del préstamo hipotecario, resultando así la suma de 4.453,23 euros que se predica en el motivo – diferencia entre el valor de la transmisión en cuantía de 67.844,81 euros y el de la hipoteca pendiente de cancelación por importe de 63.391,58 euros- por lo que la postulada modificación resultaría en definitiva redundante de los datos fácticos obrantes ya en la resolución de instancia.

SEGUNDO.- El motivo siguiente, debidamente encajado en el art. 193 c) de la LJS denuncia la infracción del art. 25.3 del RDL 5/2000, de 4 de agosto, y del art. 219 de la LGSS modificada por la Ley 45/2992 (sic). Se argumenta de manera sucinta en el motivo que no existía obligación de comunicar el incremento patrimonial, incompatible con la percepción del subsidio, ya que el valor de la venta se aplicó para cancelar una deuda y supuso en definitiva quedarse el demandante sin vivienda habitual.

Para dar adecuada respuesta al motivo debemos partir de las circunstancias fácticas contenidas en la sentencia y que reflejan que el actor percibió subsidio por desempleo para trabajadores mayores de 52 durante el período 28/3/2011 al 31/12/2012 en cuantía de 8.988,60 euros. Que en fecha 25/1/2013 el SPEE emitió propuesta de extinción de prestación y percepción indebida por no haber comunicado el actor una situación que habría supuesto la suspensión o extinción de su derecho, así como la obtención del mismo de una ganancia patrimonial que en cómputo mensual superaba el 75% del SMI concediéndose al actor plazo para alegaciones. En fecha 26/2/2013 se dictó resolución por la entidad gestora demandada declarando la percepción indebida de prestaciones por desempleo en cuantía de 8.988,60 euros por no haberse comunicado la ganancia patrimonial, acordándose la extinción del subsidio que se fundamentaba en la comisión de infracción del art. 25.3 del RDL 5/2000, con sanción de extinción del subsidio y devolución de cantidades indebidamente percibidas. Consta probado que en la declaración del IRPF del actor del año 2011 aparece en el apartado ganancias y pérdidas por transmisiones la existencia de una transmisión efectuada el 28/3/2011 de un inmueble adquirido en fecha 31/5/2005, siendo el valor de la transmisión de 67.844,81 euros, el de la adquisición de 39.187,60 euros y el de la ganancia patrimonial obtenida de 28.657,21 euros. El demandante tenía una deuda pendiente por el préstamo hipotecario para la adquisición del inmueble en cuantía de 63.391,58 euros, cantidad que reembolsó a la entidad de crédito en fecha 30/3/2011, procediéndose a la cancelación de la hipoteca. Figura probado que en la declaración anual de rentas a efectos de mantener la percepción del subsidio reconocido y presentada el 30/12/2011 el actor hizo constar que sus rentas no habían variado desde la última solicitud o lo habían hecho por un importe inferior al 75% del SMI vigente, excluidas dos pagas extras.

La sentencia que se combate centró su argumentación en que el beneficiario del subsidio no había comunicado a la entidad gestora la ganancia patrimonial que se produjo durante la percepción del subsidio y que determina la infracción tipificada en el art. 25.3 de la LISOS con sanción de extinción del subsidio de desempleo así como el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas, confirmando así la resolución administrativa de fecha 26/2/2013 dictada por el SPEE.

TERCERO.- En cuanto a la extinción del subsidio reconocido por infracción derivada del incumplimiento de la obligación por parte del actor, en nuestro caso, de informar al SPEE de la venta de un inmueble producida en fecha 28/3/2011, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Supremo de 30/4/2014 (Rcud 2135/2013) señalando que "es a la entidad gestora y no al beneficiario a quien corresponde legalmente la atribución de reconocer, y mantener en su caso, el derecho a las

prestaciones de desempleo (art. 226.1 LGSS), llevando a cabo los complicados y dificultosos cálculos y operaciones interpretativas que lo determinan; complicación y dificultad que se acrecientan seriamente, por cierto, debido al acelerado cambio normativo experimentado en este sector del ordenamiento. El papel del beneficiario se debe limitar lógicamente a colaborar en la efectividad de la regla de evaluación continua del derecho prevista en el art. 215.1 LGSS, proporcionando información inmediata o «momentánea» de los cambios de circunstancias económicas, profesionales o familiares que puedan tener relevancia en la decisión de la entidad gestora; una decisión que, por otra parte, habrá de ser revisada de nuevo si sobreviene otro cambio de circunstancias de distinto signo...Finalmente, concluíamos que "La valoración y calificación de tales posibles cambios de circunstancias como «baja» o «alta» en prestaciones de desempleo no es, en suma, carga del beneficiario sino competencia de la entidad gestora. En cualquier caso, como ya se ha dicho, aunque se extienda el deber de comunicación en los términos señalados, la sanción de la omisión del mismo con pérdida del derecho ha de limitarse, de acuerdo con el principio de tipicidad, a las omisiones de información con trascendencia en el mantenimiento del derecho a prestaciones".

Por otra parte, como recordó la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia de 20 febrero 2015, en doctrina que asumimos, en un procedimiento administrativo sancionador es causa de exención de responsabilidad punitiva la existencia de un conflicto jurídico razonable sobre el alcance de las obligaciones que incumben al responsable de la infracción, y aunque exista un incumplimiento objetivo del deber de declaración en plazo, no se aprecia voluntad alguna de ocultación, ni intencionalidad o negligencia suficiente para llenar el requisito de culpabilidad que exige la imposición de una sanción por falta grave consistente en la extinción del subsidio, lo que lleva a la conclusión de que el problema queda reducido al del reintegro de prestaciones indebidas, cuestión que como esta Sala viene indicando en armonía con la jurisprudencia existente (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2014 (R:1740/2013), tras la reforma de la Ley 45/2002, para la distinción entre el efecto suspensivo o extintivo, la norma legal no atiende a las cuantías, sino a la reiteración en el tiempo de la superación de rentas por lo que la obtención de rentas superiores al mínimo legal por un tiempo que no alcance los doce meses, provoca la suspensión del subsidio que podrá reanudarse en el momento que se acredite de nuevo la carencia.

En el caso que analizamos si bien el actor en la declaración anual de rentas a efectos de mantener la percepción del subsidio y presentada el día 30/12/2011 no hizo constar la venta del inmueble y la ganancia patrimonial obtenida por la referida venta acaecida el día 28/3/2011 el Tribunal Supremo en la sentencia indicada de 30/4/2014 ha matizado que la cuestión de la obtención de unas rentas percibidas en un momento preciso y mediante un único ingreso no ha de llevar a considerar el alcance de esa comunicación en tanto que, como hemos visto, la obligación de efectuar la misma se hace depender de la ulterior incidencia que el importe de las rentas en cuestión haya de tener en la pervivencia de la prestación.

Sigue indicado dicha sentencia que: *La complejidad puesta de relieve -y constatada por la doctrina jurisprudencial numerosa sobre el modo de computar este tipo de ingresos- impide sostener que la falta de comunicación en el momento mismo en que el ingreso se produce pueda suponer la pérdida definitiva de la prestación. Téngase en cuenta que, en todo caso, los ingresos se reseñan en la ulterior declaración tributaria, que sí se comunica a la Entidad gestora del desempleo y que es, por tanto, el análisis de las cantidades y de la naturaleza de las rentas la que deberá llevar a la declaración de percepción indebida, si es que se hubiera superado el límite.*

Como quiera que si bien el ahora recurrente obtuvo una ganancia patrimonial obtenida por la venta de un inmueble acaecida el día 28/3/2011 en tanto en cuanto el mismo había adquirido la vivienda en el año 2005 por importe de 39.187,60 euros siendo el valor de la transmisión de 67.844,81 euros de la que se deduce una ganancia patrimonial obtenida de 28.657,21 euros, también figura probado y acreditado que el demandante tenía una deuda pendiente por el préstamo hipotecario por la adquisición de dicho inmueble en cuantía de 63.391,58 euros, cantidad que reembolsó a la entidad de crédito en fecha 30/3/2011, procediéndose a la cancelación de la hipoteca por lo que la práctica simultaneidad de dichas operaciones resulta relevante para poner de manifiesto el dato incontrovertido de que la real ganancia económica del actor se centró en la suma de 4.453,23 euros –diferencia entre el valor de la transmisión en cuantía de 67.844,81 euros y el de la hipoteca pendiente de cancelación por importe de 63.391,58 euros—siendo ello un ingreso puntual producido en un único mes y que ante las evidentes dificultades sobre si la susodicha venta y la satisfacción prácticamente de su importe destinado a la cancelación del préstamo hipotecario que el actor había suscrito para la adquisición de la misma aboca a que no apreciemos mala fe ni temeridad alguna en la ausencia de información sobre la operación de venta y cancelación de hipoteca llevada a cabo por el demandante, y no puesta en conocimiento de la entidad gestora en el mes de marzo de 2011 en el que sendas operaciones se ejecutaron, existiendo una controversia razonable sobre la forma de computar los beneficios obtenidos y el destino dado a los mismos, lo que nos conduce en definitiva al acogimiento del recurso y a no convalidar la extinción del subsidio, impuesto como sanción, que ha de ser anulado al igual que la declaración del reintegro de prestaciones indebidas, sin perjuicio de declarar la obligación de reintegro del subsidio de desempleo por parte del demandante respecto a lo abonado por la entidad gestora en el mes de marzo de 2011, periodo en que debió quedar en suspenso el mismo, sin que resulte indebido el cobro por la demandante del subsidio de desempleo durante el período que va de abril de 2011 a diciembre de 2012.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. F.R.R., contra la sentencia del Juzgado núm. 16 de Valencia de fecha 23 de julio de 2014 y con revocación de la misma, anulamos la resolución de fecha 26 de febrero de 2013 por la que se impuso al recurrente sanción de extinción del subsidio de desempleo reconocido y se requirió al actor del reintegro en concepto de percepción indebida de la suma de 8.988,60 euros, correspondiente al subsidio por desempleo percibido desde

el mes de marzo de 2011 al mes de diciembre de 2012, con obligación de reintegrar el demandante el importe del indicado subsidio abonado durante el mes de marzo de 2011 en el que debió quedar en suspenso.

2023

Sentencia núm. 1.836, de 24 de septiembre de 2015

Materia: Incapacidad y determinación de contingencia. Trabajador que sufre accidente de trabajo mientras presta sus servicios para empresa dedicada a la actividad de la construcción. Sucesivos procesos de incapacidad. Determinación de la contingencia derivada de enfermedad común o como consecuencia del accidente de trabajo sufrido el trabajador. La Entidad Gestora ha reconocido al trabajador la pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común. No consta que el trabajador haya impugnado la contingencia determinante de la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. La incapacidad no obedece a contingencia derivada de accidente.

Sala: Estima el recurso y declara que el último proceso de incapacidad temporal obedece a contingencia de accidente de trabajo condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a la mutua codemandada, como subrogada en las obligaciones de la empresa codemandada, al abono al actor de las prestaciones correspondientes, sin perjuicio de la liquidación que proceda por lo ya devengado por el mismo concepto pero por contingencia común.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado tanto en nombre de X. como de la empresa codemandada, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) a los fines siguientes: A) Se otorgue esta redacción al hecho probado número 5: “La Mutua X. formuló propuesta de alta médica ante el INSS una vez superada la duración de la IT la duración máxima de 365 días; y, transcurrido el plazo de cinco días sin que la Entidad gestora se pronunciara al respecto, emitió el alta médica el 08/10/2012, que fue confirmada por el INSS, surtiendo así plenos efectos el 19/10/2012, tras formular disconformidad contra la misma el trabajador, quien no consta que presentara demanda en impugnación del alta médica, habiendo recibido seguimiento de su proceso herniario lumbar laboral tras la referida alta médica por su médico de familia”. B) Se redacte de esta forma el hecho probado número 6: “En fecha 22/01/2012, el trabajador, en situación de desempleo, inició nueva situación de incapacidad temporal -por enfermedad común- con el diagnóstico de “lumbago”. A solicitud del trabajador, la Dirección Provincial del INSS de Valencia tramitó nuevo expediente de determinación de contingencia de la baja médica de 22-01-2013, en el

que constan alegaciones de la Mutua X. reconociendo la identidad de diagnósticos entre el proceso de IT de 22/01/2013 y los anteriores del año 2011-2012 derivados de accidente de trabajo. En fecha 31/05/2013, se emitió dictamen propuesta por el EVI en el que se concreta que el proceso de IT iniciado en fecha 22/01/2013, está motivado por la siguiente patología: LUMBALGIA, concluyendo en el sentido de “no queda acreditado el origen laboral de la IT, a pesar de la existencia de un proceso anterior en el sentido de “no queda acreditado el origen laboral de la IT, a pesar de la existencia de un proceso anterior derivado de accidente de trabajo derivado de la misma patología”.

2. Ninguna de las modificaciones propuestas debe prosperar, al no deducirse de modo directo e inequívoco de los solos documentos y/o pericias que indica, sino que se basa fundamentalmente en la argumentación que efectúa, olvidando el reiterado criterio jurisprudencial (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 26-6-2012,(rec. 238/2011) acerca de que para que la denuncia del error pueda ser apreciada tal hecho debe resultar de forma clara, patente y directa de la prueba documental obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas. Por otra parte, en el motivo se mezclan aspectos fácticos y jurídicos que se compaginan mal con el carácter extraordinario del recurso de suplicación que exige en este aspecto precisión y claridad, debiendo señalarse de manera suficiente para que sean identificados, el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados (artículo 196.2 y 3 de la LJS) y sin que pueda predeterminarse el fallo (así cuando en la revisión del hecho 5 postula que se indique “surtiendo así plenos efectos el 19/10/2012” y cuando en la revisión del hecho 6 pretende se indique “a pesar de la existencia de un proceso anterior derivado de accidente de trabajo derivado de la misma patología” (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 cuando indica que las valoraciones jurídicas (SSTS 27/01/04 -rco 65/02 -; 11/11/09 -rco 38/08 -; y 20/03/12 -rco 18/11 -) no tienen cabida entre los HDP y de constar se deben tener por no puestas las calificaciones jurídicas que sean determinantes del fallo tienen exclusiva -y adecuada- ubicación en la fundamentación jurídica (SSTS 07/06/94 -rco 2797/93 -;... 06/06/12 -rco 166/11 -; y 18/06/13 -rco 108/12 -)”).

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS denunciando “infracción de los arts. 115.1 y 128.1.a) del Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) por inaplicación de los mismos; y, subsidiariamente en el hipotético caso de que entendiera procedente la interpretación del Juzgador a quo, se denuncia la infracción del Art.115.2.f) LGSS por inaplicación del mismo”. Argumenta en síntesis que los tres procesos de incapacidad temporal referidos en los hechos probados tienen el mismo diagnóstico (lumbalgia/lumbago), del que no se conoce otra causa que no sea el accidente de trabajo sufrido el 8/3/2011, sin que se constaten cambios degenerativos hasta diciembre de 2011, como resultado de una nueva RMN, cambios que no aparecían en la resonancia de mayo de 2011, por lo que la patología degenerativa es consecuencia de la lesión sufrida, criticando la interpretación efectuada por el Magistrado a quo en el fundamento jurídico segundo de su sentencia y que el trabajador no solo recayó en los mismos síntomas que presentó en el proceso anterior, sino que además no llegó a curar de la

patología incapacitante, “pues aunque dicha circunstancia no fuera susceptible de incapacidad temporal sí lo fue de tratamiento, como lo demuestran los seguimientos médicos realizados con posterioridad al alta médica de 08/10/2012 (con efectos plenos el 19/10/2012), poniéndose así de manifiesto la continuidad existente entre los distintos procesos de IT”, y que habiéndose librado una baja médica en 22/1/2013, reconociéndose la identidad de diagnósticos por la propia Mutua X. y manteniéndose la procedencia de la referida baja por el INSS, debía haberse declarado la contingencia accidente de trabajo, por la identidad de diagnóstico, por haber transcurrido solo tres meses desde el alta, y descartado que existiera otra causa, invocando las sentencias de las Salas de lo Social del TSJ del País Vasco de 16 de octubre de 2001 y de Cataluña (sentencia 235 de 13 de enero –sic–), subrayando que “si bien es posible que un ulterior episodio de lumbalgia no se desencadene con motivo u ocasión del trabajo, la inmediatez en el tiempo respecto del accidente de trabajo permite aplicar la tesis de la recaída, lo que, de un lado, provoca la imputación del segundo periodo a la gestora de la contingencia profesional y, de otro, implica la suma de los períodos”, arguyendo finalmente que si se parte de la existencias de una patología degenerativa en la columna lumbar, también debería ser declarada la contingencia profesional, “puesto que la agravación de dicha patología previa, es consecuencia del accidente de trabajo sufrido el 08/03/2011”, y que en relación a la incapacidad permanente había formulado impugnación de la contingencia del proceso de IT previo, y que “de la misma manera, las altas, tanto la de 21/03/2011 como la de 08/10/2012 con efectos plenos del 19/10/2012, frente a las cuales se manifestó en su momento la disconformidad, no se han impugnado judicialmente porque, habiéndose iniciado en los dos casos un proceso de IT posterior derivado de enfermedad común, el trabajador optó por impugnar dicha contingencia, obteniendo en el caso de la primera la declaración de contingencia de accidente de trabajo, estando la segunda pendiente del resultado del presente recurso ni en el caso de la incapacidad permanente ni en el caso de las altas se puede hablar de aquietamiento”.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia impugnada destacamos: A) El actor, nacido en fecha 29-05-1987, prestó servicios laborales para la empresa demandada E.M. S.L., dedicada a la actividad de construcción obra civil como artillero-oficial de 1ª, en virtud de contrato de trabajo temporal cuya vigencia se prolongó desde 20/07/2010 a 30/06/2011. La empresa tiene concertada la cobertura de los riesgos profesionales con la Mutua X. B) El día 8 de marzo de 2011 el trabajador sufrió un accidente de trabajo mientras prestaba sus servicios para la citada empresa, al sentir un dolor lumbar tras la realización de un esfuerzo. Según el parte de accidente de trabajo, el mismo se produjo en la siguiente forma: “al trasladar material le ha dado un pinchazo y sufre dolor lumbar”. El trabajador demandante fue atendido en los servicios médicos de la Mutua X. el día 9 de marzo de 2011 por dolor a nivel lumbar tras el accidente de trabajo (por sobreesfuerzo) sufrido el día anterior. Se le diagnostica lumbalgia post-esfuerzo y es tratado con antiinflamatorios y relajantes musculares más calor local más reposo, causando baja médica con el diagnóstico de “lumbalgia” e iniciando situación de incapacidad temporal por contingencias profesionales en la que permaneció hasta el día 21 de marzo de 2011 en que se le expidió por la Mutua parte de alta por curación. C) En mayo de 2011 el trabajador acudió de nuevo a la Mutua refiriendo dolor lumbar, realizándose RMN lumbar en la que aparece una hernia discal central posterior en el disco L5-S1, que contacta con las

raíces sacras descendentes, y una protusión difusa posterior leve del disco L4-L5, sin compromiso radicular. Se aconsejó al trabajador reducir peso y realizar ejercicios lumbares y se le explicó que, si precisara baja, ésta correspondería al Servicio Público de Salud, al considerar que la hernia no es consecuencia del accidente de trabajo. D) En fecha 26 de mayo de 2011 el actor inició situación de incapacidad temporal por enfermedad común, con el diagnóstico de lumbalgia, si bien en expediente de determinación de contingencia tramitado por la Dirección Provincial del INSS a solicitud del trabajador, en fecha 29-09-2011 se dictó resolución declarando la contingencia de accidente de trabajo de la baja médica, previo dictamen propuesta del EVI de 9-09-2011 en el que se hace constar que “existe una continuidad con un proceso anterior derivado de accidente de trabajo”. Tras declararse la contingencia de accidente de trabajo de la baja médica de 26 de mayo de 2011, la Mutua volvió a prestar asistencia sanitaria al demandante, realizándole infiltraciones epidurales los días 25 de octubre y 8 y 22 de noviembre de 2011, sin lograr la remisión total del cuadro de lumbociática. En diciembre de 2011 se realizó nuevo estudio de RM que indica “cambios de degeneración discal en el disco L5-S1 con pérdida de señal y de altura y con un edema intraóseo en los platillos vertebrales de L5-S1, condicionando una hernia discal discretamente extruida L5-S1 que impronta sobre ambas raíces de S1. Se remite a Unidad del Raquis para valoración, proponiéndose intervención quirúrgica que se llevó a cabo en 13 de enero de 2012, practicándose microdissectomía y foraminotomía L5-S1, que logró que desapareciera el cuadro de ciática. Se solicitó EMG que informó que no existían alteraciones significativas y RMN que se realizó en abril/12 e informó de secuelas de cirugía en espacio L5-S1 con fibrosis epidural derecha y pequeña hernia discal. Refiriendo el trabajador lumbalgia persistente tras la cirugía, se procedió en mayo de 2012 a denervación facetaria lumbar con radiofrecuencia convencional (rizolisis lumbar) y en julio siguiente epidurolysis con radiofrecuencia pulsada de las raíces L5-S1. E) La Mutua X. formuló propuesta de alta médica ante el INSS una vez superada la duración de la IT la duración máxima de 365 días; y, transcurrido el plazo de cinco días sin que la Entidad gestora se pronunciara al respecto, emitió el alta médica con efectos de 8-10-2012, que fue confirmada por el INSS tras formular disconformidad contra la misma el trabajador, quien no consta que presentara demanda en impugnación del alta médica. F) En fecha 22 de enero de 2013 el trabajador, en situación de desempleo, inició nueva situación de incapacidad temporal -por enfermedad común- con el diagnóstico de “lumbago”. A solicitud del trabajador, la Dirección Provincial del INSS de Valencia tramitó nuevo expediente de determinación de contingencia de la baja médica de 22-01-2013 en el que, en fecha 31-5-2013, se emitió dictamen propuesta por el Equipo de Evaluación de Incapacidades en el sentido de “no queda acreditado el origen laboral de la IT, a pesar de la existencia de un proceso anterior derivado de accidente de trabajo”. Por resolución de fecha 3 de junio de 2013 la Entidad Gestora declaró el carácter común de la incapacidad temporal padecida por el actor y que se inició en la fecha 22-01-2013. G) Al actor se le realizaron nuevas pruebas en mayo de 2013, siendo el resultado de la RM lumbar de “fibrosis postquirúrgica en receso L5-S1, que asocia protusión discal paracentral y foraminal izquierda”. En la EMG no se detectan alteraciones significativas. H) La Entidad Gestora tramitó, a solicitud del trabajador, un primer expediente para la calificación de la incapacidad permanente por enfermedad común, en el que se emitió dictamen propuesta por el Equipo de Valoración de Incapacidades

el día 16 de mayo de 2013 en el sentido de “continuar tratamiento”. En el dictamen propuesta se hace constar el siguiente cuadro clínico residual: Discopatía y hernia discal L5-S1 intervenida. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: lumbalgia con irradiación ciática izquierda. El INSS dictó resolución en fecha 17-05-2013 en el sentido de denegar la prestación de incapacidad permanente por no ser las lesiones susceptibles de determinación objetiva o previsiblemente definitivas, debiendo continuar bajo tratamiento médico, en la situación jurídica que corresponda, hasta la valoración definitiva de las lesiones. I) Agotada la duración máxima del proceso de IT se reconoció inicialmente la situación de prórroga de la misma, previa propuesta de resolución del EVI de 24-01-2014 en la que se hace constar el siguiente cuadro clínico residual: Lumbalgia antecedentes de cirugía por HD L5-S1 (enero/12). Secuelas de cirugía con fibrosis epidural derecha y pequeña hernia central. Y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Limitación funcional de raquis dorsolumbar. A la exploración física peso 115 kgrs. T. 1,89 mts. Obesidad moderada. IMC 32,5. Marcha claudicante a expensas miembro inferior izquierdo. No presenta escoliosis. Limitación importante en la flexoextensión con Schober 13, Lassegue positivo a 15º bilateral, más acentuado en MII, con irradiación hasta zona gemelar posterior. Bragard positivo. Lassegue derecho a 30º. J) En fecha 23 de junio de 2014 la Entidad Gestora acordó iniciar un expediente para la calificación de la incapacidad permanente, en el que se emitió dictamen propuesta del EVI en esa misma fecha, el cual recoge el cuadro clínico residual y las limitaciones orgánicas y funcionales siguientes: Lumbalgia. Antecedentes de cirugía por HD L5.S1 (enero/12). Secuelas de cirugía con fibrosis epidural derecha y pequeña hernia central. Limitación para actividades de altos requerimientos y sobreesfuerzos continuados sobre raquis lumbar. La Entidad Gestora ha reconocido al trabajador la pensión de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad común. No consta que el trabajador haya impugnado la contingencia determinante de la prestación.

3. Como ya indicamos en la sentencia resolutoria del recurso 1525/05, “la cuestión debatida ha sido decidida por una reiterada doctrina de unificación entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1996, 27 de febrero y 18 de junio de 1997, que declaran, en primer lugar, que hay que partir del presupuesto de que el concepto de lesión constitutiva de accidente de trabajo, a que se refiere el artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social, comprende no solo “la acción súbita y violenta de un agente exterior sobre el cuerpo humano, sino también las enfermedades en determinadas circunstancias, tal como se infiere de lo prevenido en los apartados e), f) y g) del núm. 2 del artículo 115. La presunción contenida en el artículo 115.3 (“se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo”), alcanza no sólo a los accidentes en sentido estricto, sino también a las enfermedades que se manifiesten durante el trabajo. Esta presunción solo queda desvirtuada cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de relación entre el trabajo realizado y el siniestro; lo que tratándose de enfermedades requiere que éstas por su propia naturaleza no sean susceptibles de una etiología laboral o que dicha etiología pueda ser excluida mediante prueba en contrario (sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 1992 y 14 de julio 1997) ha de identificarse como accidente laboral todo evento en que de alguna manera concorra una conexión con la ejecución de un

trabajo, bastando con que el nexo causante, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante, debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional y padecimiento, excepto cuando hayan ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella “relación”, cediendo únicamente la presunción ante la prueba cierta y convincente de la causa del suceso excluyente de la relación laboral, como en aquel caso, tampoco en el presente se cuenta con un hecho probado en que tal resultancia se consigne, de ahí que no habiendo duda alguna sobre la contingencia profesional que motivó las bajas de 8 de marzo de 2011 y 26 de mayo de 2011, con motivo de las cuales se realizó estudio de RM que indica “cambios de degeneración discal en el disco L5-S1 con pérdida de señal y de altura y con un edema intraóseo en los platillos vertebrales de L5-S1, condicionando una hernia discal discretamente extruida L5-S1 que impronta sobre ambas raíces de S1, remitiéndose a Unidad del Raquis para valoración, proponiéndose intervención quirúrgica que se llevó a cabo en 13 de enero de 2012, practicándose microdiscectomía y foraminotomía L5-S1, que logró que desapareciera el cuadro de ciática, entendemos frente a la sentencia de instancia que la incapacidad temporal iniciada en 22-01-2013, próxima al alta producida en 8 de octubre de 2012, procedente de la anterior baja, y con el diagnóstico de “lumbago” obedece también a contingencia profesional y a similar patología de acuerdo con lo previsto en el art.115.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social, y 128 de la misma ley que se refiere también al accidente de trabajo como situación determinante de la incapacidad temporal.

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, del modo como se concretó en el suplico del escrito de interposición del recurso. Sin costas ante el signo revocatorio del fallo.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.M.Z.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Valencia de fecha 13 de octubre de 2014, en proceso de seguridad social seguido a su instancia contra INSS, TGSS, X., Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº X, y la empresa E.M S.L., y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada tal y como se concretó en el escrito de interposición del recurso, declaramos que el proceso de incapacidad temporal iniciado en 22 de enero de 2013 obedece a contingencia de accidente de trabajo condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a X., Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº X., como subrogada en las obligaciones de la empresa codemandada, a que abone al actor las prestaciones correspondientes, sin perjuicio de la liquidación que proceda por lo ya devengado por el mismo concepto pero por contingencia común. Sin costas.

2024

Sentencia núm. 1.875, de 30 de septiembre de 2015

Materia: Declaración de invalidez. Incapacidad permanente para el ejercicio de profesión habitual. Trabajador afiliado al RETA que ha ejercido sus funciones como repartidor autónomo. El actor ha suscrito un convenio especial y se le ha reconocido por parte del INSS una pensión de jubilación. El demandante había iniciado con anterioridad un proceso de incapacidad temporal por enfermedad común. Posteriormente, solicita declaración de incapacidad total permanente para toda actividad y subsidiariamente incapacidad total permanente para el ejercicio de profesión habitual e incremento en un 20% de la base reguladora para el cálculo de la pensión de incapacidad.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando a la parte actora en situación de invalidez permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, con origen en enfermedad común. Se condena a abonar al demandante una pensión vitalicia y mensual en la cuantía del 55% de determinada base reguladora, más los incrementos legales correspondientes con efectos a partir de determinada fecha.

Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo al actor el derecho a percibir una pensión de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual con un incremento del 20% de su base reguladora. Se deniega al actor la invalidez permanente total para el ejercicio de toda actividad u oficio al no concurrir en estas las condiciones previstas en el art. 137.5 del Texto Refundido de la LGSS.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia de instancia estimó la petición subsidiaria contenida en la demanda presentada por don F.J.A. y le reconoció una incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual, con derecho a percibir una pensión vitalicia en la cuantía mensual del 55% de la base reguladora de 1.168,1 euros, con efectos económicos desde el día 5 de noviembre de 2012.

2. Frente a este pronunciamiento se presenta por la letrada designada por el Sr. J. recurso de suplicación que estructura en dos motivos. En el primero de ellos, sin cita del precepto procesal en el que se ampara, y bajo el título “error en la valoración de la prueba”, se discrepa en términos genéricos de la valoración que hizo la magistrada de instancia de la prueba practicada en el acto del juicio. Así, se dice “que el Juzgado única y exclusivamente ha tenido en cuenta los informes de fecha 8 y 13 de noviembre de 2012 emitidos por el Equipo de Valoración de Incapacidades (EVI) del Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, obviando informes aportados por esta parte”. Y en el mismo motivo y sin denunciar expresamente ningún precepto

sustantivo, se termina señalando que en base al informe emitido por el Dr. D. R.Y.H., el demandante se encuentra en una situación de incapacidad permanente absoluta para todo tipo de trabajo.

3. El motivo debe ser rechazado tanto por razones tanto formales como de fondo. En efecto, de un lado, este primer “motivo” no es reconducible a ninguno de los contemplados en el artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), que son los únicos motivos en que se puede fundar el recurso de suplicación. Así, ninguno de ellos se refiere al “error en la valoración de la prueba”, sino que su objeto se constriñe a la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión –apartado a)-; a revisar los hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas –apartado b)-; y a examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia –apartado c)-. Como recuerda la STS de 16 de septiembre de 2014 (rec.251/2013), en doctrina aplicable a la suplicación, *“con carácter general sobre los presupuestos exigibles para que proceda la revisión fáctica en el recurso de casación ordinario y como recuerda, entre otras, la STS/IV 14-mayo-2013 (rco 285/2011), debe señalarse que establece reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala de casación, reflejada, entre otras en la STS/IV 5-junio-2011 (rco 158/2010), “el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud -art. 97.2 LPL, hoy mismo precepto de la LRJS- únicamente al juzgador de instancia (...), por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación (recientes, SSTS 11/11/09 -rco 38/08; 13/07/10 -rco 17/09; y 21/10/10 -rco 198/09). Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes (entre tantas otras, SSTS 11/11/09 -rco 38/08; y 26/01/10 -rco 96/09)”, así como que “la revisión de hechos probados exige los siguientes requisitos: 1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. 3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rco 75/10-; 18/01/11 -rco 98/09-; y 20/01/11 -rco 93/10-)”*.

4. Pues bien, como hemos señalado, ninguna de estas exigencias se cumplen en este primer “motivo” del recurso” en el que, además, se mezclan de manera impropia las cuestiones fácticas con las jurídicas. Pero es que además, aun obviando estas

razones formales, el motivo también sería improsperable por razones de fondo, pues a la vista de las limitaciones funcionales que se recogen en el hecho probado cuarto de la sentencia, cuya modificación no se ha solicitado por el recurrente, es obvio que no concurren en el Sr. J. las condiciones exigidas por el artículo 137.5 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS) para ser declarado en incapacidad permanente absoluta. En efecto, dispone este precepto que "se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio". Y según el referido hecho probado, el Sr. J. está limitado "para la realización de esfuerzos físicos moderados", por lo que es evidente que tiene capacidad funcional para realizar actividades que sean livianas y que no exijan de forma continuada de la realización de tales requerimientos físicos.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo del recurso es subsidiario del anterior y, a diferencia de aquél, sí que está correctamente formulado, pues se cita el apartado de la ley procesal en el que se ampara –la letra c) del artículo 193 de la LRJS- y se denuncia la infracción de normas sustantivas, como son el artículo 139.2 de la LGSS, el artículo 6 del Real Decreto 1646/1972, de 26 de junio, y el artículo 38.1 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto. Lo que se interesa en este motivo, es que se reconozca al Sr. J. el incremento del 20% de la pensión de incapacidad permanente total que ya tiene reconocida por la sentencia de instancia.

2. El artículo 139.2 de la LGSS en su párrafo 2º establece que "*los declarados afectos de incapacidad permanente total para la profesión habitual percibirán la pensión prevista en el párrafo anterior incrementada en el porcentaje que reglamentariamente se determine, cuando por su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales y laborales del lugar de residencia, se presuma la dificultad de obtener empleo en actividad distinta de la habitual anterior*".

En relación con los trabajadores autónomos, el Real Decreto 463/2003, de 25 de abril, dio una nueva redacción al apartado 1 del artículo 38 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, en los siguientes términos:

La pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual se incrementará en un 20 por ciento de la base reguladora que se tenga en cuenta para determinar la cuantía de la pensión, cuando se acrediten los siguientes requisitos: a) *Que el pensionista tenga una edad igual o superior a los 55 años (...).* b) *Que el pensionista no ejerza una actividad retribuida por cuenta ajena o por cuenta propia que dé lugar a su inclusión en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social. El incremento de la pensión quedará en suspenso durante el período en que el trabajador obtenga un empleo o efectúe una actividad lucrativa por cuenta propia que sea compatible con la pensión de incapacidad permanente total que viniese percibiendo.* c) *Que el pensionista no ostente la titularidad de un establecimiento mercantil o industrial ni de una explotación agraria o marítimo-pesquera como propietario, arrendatario, usufructuario u otro concepto análogo.*

3. Dado que todos estos requisitos concurren en el Sr. J., pues cuando solicitó la pensión de incapacidad permanente total contaba con 63 años de edad, procede estimar el motivo y reconocerle el incremento solicitado con efectos económicos desde el día 5 de noviembre de 2012, en que le fue reconocida por sentencia aquella situación.

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

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON F.J.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 9 de Valencia, de fecha 23 de diciembre de 2014, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, declaramos el derecho del Sr. J. a percibir la pensión fijada en la mencionada sentencia con el incremento del 20% y con efectos económicos desde el día 5 de noviembre de 2012 y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonar la pensión en los términos expuestos.

Sin costas.

2025

Sentencia núm. 1.928, de 6 de octubre de 2015

Materia: Extinción de contrato. Trabajador que presta sus servicios en empresa demandada como vigilante de seguridad. Retrasos continuados en el pago de las nóminas. La empresa demandada tiene concertada la seguridad en centros oficiales de la Administración Autonómica. Retrasos por parte de la Administración en el pago por los servicios prestados. En el momento de la presentación de la demanda por parte del actor, la empresa se hallaba al corriente en el pago de nóminas al trabajador. Subrogación empresarial. Cambio de adjudicataria en la contrata de vigilancia. Inadmisión del recurso.

Juzgado: Desestima la demanda. No procede la extinción del contrato de trabajo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda demostrado que el actor no formaba parte de la plantilla de la empresa demandada, al haberse producido una subrogación empresarial en la prestación de servicios. Se incumplen los requisitos para recurrir puesto que para proceder a la extinción debe permanecer viva la relación laboral durante la sustanciación del recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre resolución indemnizada del contrato de trabajo por retraso en el abono de salarios se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del demandante que articula en dos motivos que se fundamentan, respectivamente en los apartados b y c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), habiendo sido impugnado el recurso de contrario, como se expuso en los antecedentes de hecho.

Con carácter previo a examinar, en su caso, los referidos motivos, la Sala se ha de pronunciar sobre la inadmisión del recurso aducida por Letrada de la demandada en el escrito de impugnación del recurso por considerar que al haber causado baja el demandante en la empresa demandada con efectos de 18-5-2015, como consecuencia del cambio de adjudicataria en la contrata de vigilancia a la que estaba adscrito el demandante, el cual ha pasado con efectos de 19-5-2015 a formar parte de la plantilla de la empresa UTE C. SEGURIDAD S.S.S. SAU que es la nueva adjudicataria de la referida contrata, se han incumplido de forma insubsanable los requisitos para recurrir puesto que en este tipo de procedimientos de extinción del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores la relación laboral debe permanecer viva durante la sustanciación del recurso.

Conforme señala la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2011 (ROJ: STS 6225/2011 - ECLI:ES:TS:2011:6225), Recurso: 3334/2010, es “doctrina

jurisprudencial consolidada (SSTS 14-2-83 , 23-6-83 , 12-12-84 , 28-2-85 , 2-4-85 , 18-11-85 , 2-7-85 , 4-2-86 , 22-10-86 , 26-11-86 , 19-5-88 , 12-7-89 , 18-7-90 , 18/09/89 , 29-12-89 , 11-4-90 , 22-5-00) que "el éxito de la acción basada en el art. 50 ET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y -de prosperar la acción- declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta " (SSTS 26-10-2010). En este sentido también se han manifestado en recursos por infracción de ley, SSTS de 14/02/83 Ar. 587, para supuesto de disolución de la empresa; 23/06/83 Ar. 3041, para cese voluntario del trabajador; 12/12/84 Ar. 6367, respecto de despido con impugnación judicial desistida; 28/02/85 Ar. 717 para despido consentido; 02/04/85 Ar. 1844, para dimisión; 18/11/85 Ar. 5801, para despido tácito; 02/07/85 Ar. 3664, para previa extinción por ERE; 04/02/86 Ar. 3703, para despido previo; 22/10/86 Ar. 5878, para abandono del trabajador; 26/11/86 Ar. 6516, para abandono del trabajador; 19/05/88 Ar. 4261, para despido; 12/07/89 Ar. 5461, para dimisión del trabajador; 18/07/90 Ar.6425, para dimisión del trabajador; 18/09/89 Ar. 6455, para despido; 29/12/89 Ar. 9100, para despido; 11/04/90 Ar. 3463, para extinción previa por inactividad. Y ya en unificación de doctrina, SSTS 22/05/00 -rcud 2180/99 -, para despido posterior a la demanda rescisoria y no combatido judicialmente enerva la acción extintiva reclamada"

En el presente caso ha quedado acreditado que el demandante en la actualidad ya no forma parte de la plantilla de la empresa demandada al haberse producido la subrogación de la empresa UTE C. S.S-S. S. SAU respecto a sus derechos y deberes laborales en virtud de la sucesión de contratatas de vigilancia producida en la Conselleria de Hacienda y Administraciones Públicas entre las indicadas empresas por lo que ya no es posible declarar la extinción del contrato de trabajo que unía al demandante con la empresa demandada desde la fecha de la sentencia y con derecho a determinada indemnización, habida cuenta que ya ha fenecido anteriormente por la referida subrogación empresarial y es que por definición solo se puede extinguir lo que está vivo.

Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la inadmisión del recurso por pérdida sobrevenida del objeto lo que en este momento se traduce en la desestimación de aquél con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. D.V.G, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Siete de los de Valencia y su provincia de fecha 20 de abril de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa C.S S.L.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2026

Sentencia núm. 1.949, de 6 de octubre de 2015

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador con contrato indefinido. Extinción de la relación laboral por causas económicas y organizativas. El organismo en el que el demandante presta sus servicios inició un procedimiento de despido colectivo por causas económicas. Despido individual derivado de un despido colectivo. Reconocimiento existencia grupo de empresas. Concurrencia fraude de ley. Solicitud declaración despido nulo o improcedente.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente la medida extintiva acordada, absolviendo a las codemandadas de las pretensiones deducidas de contrario.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de la instancia, que desestimó la demanda interpuesta sobre despido nulo y subsidiariamente improcedente, se recurre en suplicación por el letrado del demandante en varios motivos formulados al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Dentro de la revisión fáctica solicita en primer lugar que se adicione un nuevo párrafo al hecho probado 3º, in fine, del siguiente tenor: “La carta de despido de la empresa no fue comunicada a la representación legal de los trabajadores”, lo que no admitimos por tratarse de un hecho negativo así como por ser intrascendente para la resolución del litigio, como más adelante expondremos.

Seguidamente se interesan las siguientes adiciones:

Un hecho probado 6º bis que diga: “Con independencia de la publicación en el BORME de fecha 18 de diciembre de 2013 de la cesión global del activo y pasivo de la empresa I., S.A. a favor de la entidad IV., mediante escritura de compraventa de acciones número 1035, de fecha 23 de mayo de 2013, la Generalitat Valenciana adquirió la totalidad de las acciones de las Cámaras de Comercio y, como consecuencia de la transmisión efectuada, el I. adquirió el carácter de Unipersonal. En fecha 26 de julio de 2013, el Consell acordó la incorporación de la totalidad de las acciones del I., todas ellas titularidad de la Generalitat, a favor del Iv..” –

Un nuevo párrafo, inicial, al hecho probado 7º que exprese: “Según lo dispuesto en el artículo 28 del Decreto Ley 7/20 12, de 19 de octubre, del Consell, de Medidas de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalitat, ‘1. Se incorporarán as acciones de titularidad de la

Generalitat y representativas del 100 por cien del capital social de la mercantil S.P.I.V., SA, a favor del IV. y/o de la Entidad de Infraestructuras de la Generalitat, en atención, en su caso, al valor de las unidades económicas de negocio relacionadas con las funciones asumidas por dichas entidades, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional duodécima de la Ley 14/2003, de 3 de abril, de Patrimonio de la Generalitat, y en los términos y plazos previstos en la disposición transitoria primera, apartado 3, de la presente norma. 2. Incorporadas las acciones, se procederá de forma inmediata a la extinción de la mercantil S.P.I.V., SA, mediante la cesión global, simple o plural, de su activo y pasivo a favor de las entidades IV. y/o Entidad de Infraestructuras de la Generalitat en atención en su caso a las unidades económicas de negocio relacionadas con las funciones asumidas, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 8 1.2, 82 y 89.2 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, y en la disposición final primera de esta norma sin practicarse la liquidación 3. Efectuada la extinción de la mercantil S.P.I.V., SA, toda mención a la misma que figuren en el ordenamiento jurídico, planes y programas deberá entenderse realizada al IV y/o a la Entidad de Infraestructuras de la Generalitat, en atención, en su caso, a las funciones asumidas. 4. Con carácter previo a las operaciones que se mencionan en los tres apartados anteriores, el órgano competente realizará las actuaciones necesarias para pasar e incorporar las participaciones sociales titularidad de la mercantil SPIV., SA, en el capital social de P.E.S., SL, bien a la Generalitat para su posterior incorporación a la C.P.E.V., o bien a esta última directamente”.

Un hecho probado 7º bis que diga: “Con independencia de la publicación en el BORME de fecha 18 de diciembre de 2013 de la cesión global del activo y pasivo de la empresa S., S.A.U. a favor del IV., el Consell acordó en fecha 14 de junio de 013 la incorporación de la totalidad de las acciones de la Sociedad al IV”.

No podemos dar lugar a las anteriores adiciones ya que las mismas reflejan el iter administrativo y la normativa (RD Ley 7/2012 entre otros) de la integración de I. y de S. en IV., lo que no constituye propiamente un hecho probado sino, en todo caso, materia propia de la censura jurídica. Por otra parte, la sentencia recoge (hechos probados 6º y 7º) que la cesión global del activo y del pasivo de S. e I. se publicó en el BORME el 18-12-2013.

A renglón seguido se pide la adición de un nuevo hecho probado, denominado 7º Ter del siguiente tenor literal: “Durante la tramitación del Expediente de Regulación de Empleo del que trae causa la extinción litigiosa, y también a fecha de efectos del despido de don L.E.C.R., las mercantiles IV., I. y S. constituían un grupo de empresas que se encontraba plenamente integrado, siendo la primera de ellas socia única de las otras dos, y compartiendo las tres mercantiles la dirección de sus órganos de administración”. Desestimamos esta redacción ya que el decir que las mercantiles IV., I. y S. constituían un grupo de empresas implica un concepto jurídico, y como tal no puede acceder al fallo, al igual que es una conclusión de parte el decir: “Que se encontraba plenamente integrado”; y en cuanto a la participación y dirección conjunta, se trata de datos que no tienen la trascendencia pretendida, dado el carácter de empresas del sector público empresarial y fundacional de la GV.

Se interesa también la adición de un nuevo párrafo in fine al hecho probado 8º del siguiente tenor: “Durante el procedimiento de negociación del Expediente de Regulación de Empleo, la empresa omitió información alguna relativa a la cesión a su favor de la totalidad de las acciones de las mercantiles I. y S., ni a la forma en que se ejecutaría el mandato legal de extinción inmediata de dichas mercantiles, excluyendo tales materias de la negociación del mismo”. Nuevamente hemos de desestimar lo interesado ya que la omisión que se señala no se desprende de los documentos citados, apertura del procedimiento de despido colectivo, Actas de Reuniones del periodo de consultas y Acuerdo entre IV. y Representación de los Trabajadores. La circunstancia de que en ellos no aparezcan datos relativos al I. y a S. no significa que se omitiera información al respecto a los intervinientes. Es más, en la Memoria Justificativa de causas económicas y organizativas, se da información sobre la estructura del I.V., de cómo el I. pasa a denominarse IV., de la ampliación de fines y objetivos así como de la integración de entidades de la Generalitat que venían desempeñando las competencias de las nuevas materias que iban a ser asumidas por el hasta entonces IM., así, A., I. y S.. Y se informa en el apartado III del estado actual (en esa fecha) de la integración.

La recurrente solicita un hecho probado 14º bis que diga: “Las mercantiles IV., I. y S. no tenían aprobada, para el ejercicio 2013 ni para las anteriores, Relación de Puestos de Trabajo alguna, existiendo, en el primero de los casos, una plantilla orgánica, y en los otros simples organigramas”.

Otro hecho probado 14º ter: “Tanto en la mercantil I. como en la mercantil S. existían, al momento de negociación del Expediente de Regulación de Empleo, puestos de trabajo análogos al desempeñado por el actor. En el caso del I., existía un puesto de trabajo de “Gestión del Conocimiento y Servicios de la Información”, y en el caso de S., existía un puesto de “Responsable de Análisis de Mercado”.

Y otro 14º Quatre que diga: “Los empleados del I. no accedieron a sus puestos de trabajo mediante procedimiento basado en los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad”.

Ninguna de las tres adiciones puede prosperar ya que no tienen trascendencia al tratarse de puestos de trabajo de otra empleadora, no habiendo quedado probado en la instancia la existencia de grupo de empresas tal y como quiere el recurrente y teniendo en cuenta asimismo lo que se dirá en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

SEGUNDO.- En los apartados dedicados a la censura jurídica comienza denunciando la recurrente la infracción de la doctrina jurisprudencial relativa a la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en la conclusión del acuerdo del ERE, en relación con la doctrina jurisprudencial relativa a la impugnación individual de los despidos colectivos concluidos con acuerdo. Existe además infracción de lo dispuesto en los arts. 25 y 28 del Decreto Ley 7/2012 de 19 de octubre del Consell. Alega la recurrente en esencia que, acreditado que consta que IV. era titular de la

totalidad del capital social de I. en fecha 23 de mayo de 2013 y de todas las acciones de S. en fecha 14 de junio del mismo año, IV. no procede a la inmediata extinción de dichas mercantiles y decide concluir el procedimiento colectivo de extinción de los contratos omitiendo trasladar ninguna información a la representación de los trabajadores en el ámbito del proceso negociador aún vivo. Habla de una prolongación contra legem de la vida de I. y S. para evitar incluir en el ERE litigioso a los trabajadores del I. y de que implica el uso fraudulento de la personalidad jurídica mantener una división de las empresas, de sus plantillas y de sus organigramas, a fin de concluir la reducción de plantilla con afectación tan solo de parte de ella.

El anterior motivo no puede prosperar. El fraude de ley se define en el artículo 6.4 del Código Civil, como aquella actuación que realizada al amparo del texto de una norma persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. En el caso que ahora se examina no se invoca por las recurrentes cuál es la norma de cobertura de la que se habría valido el IV. para realizar un acto contrario al ordenamiento jurídico o prohibido por él. Antes al contrario, el artículo 28 del Decreto Ley 7/2012, de 19 de octubre, de Reestructuración y Racionalización del Sector Público Empresarial y Fundacional de la Generalidad Valenciana, ya contemplaba la incorporación del S. y del I. al IV., por lo que es evidente que los representantes de los trabajadores que negociaron y acordaron el despido colectivo en fecha 29 de julio de 2013 no podían desconocer esta previsión legislativa. Como hemos indicado anteriormente, en la Memoria Justificativa de causas económicas y organizativas, se da información sobre la estructura del IV., de como el IM. pasa a denominarse IV., de la ampliación de fines y objetivos así como de la integración de entidades de la Generalitat Valenciana que venían desempeñando las competencias de las nuevas materias que iban a ser asumidas por el hasta entonces IM, así, A, I. y S., y también en la propia Memoria se informa, en el apartado III, del estado actual (a dicha fecha) de la integración.

Por lo tanto, ni hubo engaño u ocultación de algún dato de suficiente relevancia que pudiera viciar el consentimiento de los negociadores del acuerdo -que, dicho sea de paso, no ha sido impugnado por ellos como supuestos afectados-, ni tampoco fraude de ley. Y por lo que respecta a la forma y plazos en que se produjo esa integración así como la del resto de entidades afectadas, cuestión a la que también se alude en los motivos de censura jurídica, es una tema absolutamente ajeno al proceso de negociación del despido colectivo y a la existencia de las causas habilitantes. En cualquier caso, baste decir que en el B.O.R.M.E., de fecha 18 de diciembre de 2.013, se publicó la cesión global del activo y pasivo de la empresa “I. S.A.” y de la empresa “S.P.I.V., S.A.” a favor de la entidad “IV”, siendo las escritura públicas de cesión global del activo y pasivo con extinción de la sociedad cedente, de fecha 3 de diciembre de 2.013, y que el despido del actor fue anterior, el 11-10-2013, sin que tengamos pruebas para afirmar (como dice el recurrente que sucedió) una prolongación contra legem de la vida de I. y S..

Además, no podemos considerar que existiera el grupo de empresas al que se refiere el recurrente, es decir, de carácter laboral, pues no solo nos encontramos en el ámbito del sector y de las empresa públicas de la Generalitat Valenciana, con las

particularidades que ello comporta y al ser partícipe exclusivo y/o principal de las mismas la propia Generalitat, sino que además, esa voluntad defraudatoria, esa “empresa aparente” y ese funcionamiento unitario en perjuicio de los trabajadores a que aduce la demandante, no han quedado acreditados.

TERCERO.- La parte recurrente también denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 23.2 de la CE en relación con lo recogido en el art. 41 del RD 1483/2012 ya que la exclusión del ámbito de aplicación del ERE de los puestos de trabajo de I. y S. impidieron al actor y al resto de personal optar a perfiles distintos de los arbitrariamente ofrecidos por la empresa, siendo así que en las otras mercantiles los había acordes al que venía desarrollando el demandante.

Pero esta alegación no puede prosperar a la vista de todo lo anteriormente expuesto que determina la no infracción de los preceptos mencionados. Por una parte, y en cuanto a la forma de establecer los criterios de selección, nos remitimos a lo recogido en sentencia de esta misma Sala de 24-3-2015. Por otra, hay que incidir en que, por mucho que se tratara de empresas del sector público de la Generalitat Valenciana, y que tras un periodo de integración como resultado de la racionalización y reestructuración del sector público empresarial y fundacional, acabaran cediendo sus activos y pasivos a la subrogante IV., cada una de ellas era diferente en su objeto, fines y funcionamiento y tenía su propia personalidad en derecho. A resaltar es el dato que los negociadores del ERE de IV. eran conocedores de la situación relativa a la integración, en todo momento. Baste como muestra lo recogido en el párrafo primero del número I. Introducción, de la Memoria Justificativa que indica: “...que otorgó al IV. la naturaleza de entidad subrogante de las mismas, junto a dos entidades (S. e I.) cuya extinción o supresión quedó asimismo prevista, pero aún no se ha producido”, o el número II. Origen, naturaleza jurídica, fines y estructura del IV., penúltimo párrafo que estableció: “... prevé que la integración se hará de forma paulatina, previa extinción o supresión –en función de su naturaleza jurídica_ de cada una de dichas entidades”. Y en el número III. Estado actual de la integración y estructura de la entidad, primer párrafo, se recogió: “La integración de la mercantiles I. y S. se producirá previa extinción de las respectivas sociedades que las conforman, se acuerdo con las pautas patrimoniales previstas en la Ley 1/2013”.

Así las cosas, y no concurriendo el fraude de ley alegado, no podemos entrar a conocer en el enjuiciamiento de un despido individual, la bondad del ERE concluido con Acuerdo y en el marco del cual se llevó a cabo. En el marco de un proceso individual de despido, no se puede impugnar por razones de fondo un despido colectivo, pues el trabajador individual carece de acción para impugnarlo por tales razones. El despido individual es sólo la ejecución del despido colectivo que finalizó con acuerdo entre la representación sindical y empresarial. Como recoge la STSJ Madrid dictada el 9-10-2013, ello es así: “Dado el resultado catastrófico para la seguridad jurídica que puede suponer convertir a cada trabajador afectado por el ERE en un sindicato, ejerciendo una representación de interés (propio) que comprende el examen del comportamiento de los representantes laborales en la tramitación del ERE, habrá que intentar en principio otra interpretación y entender que lo que establece el precepto no es que se pueda revisar en fase individual la tramitación del ERE -lo que

por lógica procesal exigiría demandar también a los representantes laborales que lo negociaron-, sino que lo que se puede alegar es precisamente la falta del procedimiento legal. El precepto dice «cuando se incumpla lo previsto en el art. 51.2» y podemos entender que no se refiere a las particularidades -cada uno de los trámites- sino a su sentido general -falta de procedimiento-, que así entendido no supone una verdadera novedad al ser precisamente la causa que constaba en la anterior redacción del precepto y ser tradicional la nulidad del despido objetivo cuando por su afectación exige la incoación del procedimiento colectivo que no se ha seguido (...). En caso pues de acuerdo, sólo las causas de nulidad externas, o sea, que se relacionan con el contenido del acuerdo, con el trámite final -fraude, abuso de derecho, infracción de derechos fundamentales, etc.-, pueden hacerse valer por ser indisponibles por los negociadores -son causas de nulidad y no de anulabilidad-.”

En el supuesto de autos, repetimos, no cabe apreciar fraude porque los representantes de los trabajadores conocían las especiales circunstancias de la integración de las empresas antes referenciadas y pese a ello, llegaron a un Acuerdo con la demandada, sin solicitud de suspensión u otro tipo de trámites.

Debemos recordar asimismo que, como es doctrina reiterada de esta Sala (sentencia de 23-9-2014 entre otras): “Así a pesar de que el legislador no atribuye presunción legal de concurrencia de las causas de despido alegadas en aquellos procesos finalizados con acuerdo alcanzado en la fase de consultas, tal y como hace para el proceso de modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41ET) es evidente que el control judicial de las mismas no puede realizarse al margen del resultado de la negociación colectiva y que en cualquier caso dicho control no puede realizarse con sujeción a los parámetros judiciales que rigen en los supuestos de impugnación colectiva o de despido derivado de una decisión unilateral del empleador. Y ello fundamentalmente por el carácter vinculante de la negociación colectiva que se desprende no solo de lo dispuesto en los artículos 4 , 51 y 62 y siguientes del ET sino de la garantía constitucional del artículo 37 CE . Concurren además razones de seguridad jurídica y la necesidad de garantizar la eficacia de los mecanismos legales establecidos para la adopción de este tipo de medidas, ya que si se admite la posibilidad de cuestionar individualmente los elementos negociados en la fase colectiva, sobre los que además ha existido acuerdo, corremos el riesgo no solo de desvirtuar la eficacia real de dicha negociación, sino de dejar sin efecto el sistema de respuesta única a la situación general que sustenta la actuación empresarial, creando un marco interpretativo que favorece una respuesta desigual para el colectivo afectado, que no se apoya en las circunstancias particulares de cada trabajador sino en un tratamiento diferenciado de la misma situación, que en este caso perjudica de forma injustificada a quien acató el resultado de dicha negociación”.

CUARTO.- Por último, y en relación a la denuncia que efectúa el motivo decimosegundo de infracción del art. 51.1.2º y 51.1.3º del ET y 122.3 de la LRJS, por no referirse las causas económicas y organizativas a todas las unidades de negocio (S. e I.), dado que las argumentaciones al respecto derivan del alegado fraude en la negociación del expediente del despido colectivo, y que dicho fraude no ha sido apreciado, de ninguna forma puede prosperar tal denuncia, como tampoco la del

motivo final sobre infracción del artículo 53.1.c) del ET en relación con los arts. 123.3 y 124 de la LRJS sobre no comunicación de la carta de despido del actor a los representantes de los trabajadores, razón por la cual la recurrente pide la improcedencia del despido. Como esta Sala ha reiteradamente establecido: “...Ahora bien en el caso de despido individual derivado del colectivo, solo si se omite la comunicación escrita al trabajador afectado con expresión de la causa, o no se pone a su disposición la indemnización devengada (salvo que exista causa económica y no haya liquidez) habrá que declarar la improcedencia del despido. No así en el caso de que no se haya entregado copia de la carta de despido a los representantes de los trabajadores, ya que la doctrina jurisprudencial que anuda la declaración de nulidad –o de improcedencia tras la reforma introducida por R.D.-ley 10/2010 de 16 de junio- al incumplimiento de la entrega de la carta de despido objetivo por las causas del artículo 52 c) ET a los representantes de los trabajadores, se fundamenta en que la omisión de dicha exigencia no es un mero incumplimiento de un deber de información cuya represión se agote en una sanción administrativa, sino que la información a los representantes de los trabajadores sobre los despidos objetivos económicos es una pieza esencial del sistema legal de control de la distinción institucional entre el despido colectivo y el objetivo; pero en el despido individual derivado del despido colectivo carece de sentido el establecimiento del referido control. Por otra parte los representantes de los trabajadores son, en principio, concedores de los despidos individuales que se van a realizar tras el despido colectivo, habida cuenta del proceso previo de negociación mantenido con la empresa, y que, a falta de acuerdo, la empresa les ha de notificar la decisión adoptada sobre el despido colectivo. Por lo que parece desproporcionado anudar la calificación de improcedencia del despido al incumplimiento de la entrega de la carta de despido individual a los representantes de los trabajadores, sobre todo si se tiene en cuenta que los mismos ya cuentan con la información facilitada por la empresa sobre las causas del despido, la documentación aportada referente a dichas causas, los trabajadores afectados, el período en que se llevarán a cabo los despidos individuales derivados del colectivo y los criterios de selección de los trabajadores afectados. De modo que el trabajador despedido puede obtener de dichos representantes la información sobre el despido colectivo del que deriva el suyo para comprobar si se ajusta, o no, a lo acordado o decidido en aquél.” (Sentencia dictada en el recurso de suplicación nº 1663-2014).

A la vista de lo expuesto procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia de instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. L.E.C.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 14 de

los de Valencia de fecha 20 de abril de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2027

Sentencia núm. 1.965, de 6 de octubre de 2015

Materia: Sanción. Suspensión de empleo y sueldo por falta muy grave. Trabajador que instala un sistema de grabación para obtener información sobre determinados comentarios de compañeros, por sospecha de actuación de represalia frente a un familiar. Secreto de las conversaciones. Tránsito de la buena fe contractual, deslealtad y abuso de confianza en el desempeño de su trabajo. Solicitud improcedencia de la sanción.

Juzgado: Desestima la demanda y confirma la sanción impuesta al trabajador por falta muy grave, absolviendo a la demandada de la reclamación de que era objeto en la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sanción impuesta en la instancia. La grabación efectuada, respecto a la conversación mantenida por terceras personas, resulta claramente infractora del secreto de las comunicaciones y un abuso al principio de confianza que debe regir en las relaciones laborales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestima la demanda interpuesta por el trabajador contra la sanción de 45 días de suspensión de empleo y sueldo, impuesta tras calificar su conducta como falta muy grave, recurre éste a través de un motivo único, amparado en el apartado c) del art. 193 de la LRJS, en el que alega la vulneración de lo dispuesto en el art 54 d) del Estatuto de los Trabajadores y el art. 17 c) del Acuerdo sobre Código de Conducta Laboral para la Industria del Metal (Acuerdo Estatal del Sector del Metal).

Alega el recurrente que es cierto que utilizó un dispositivo de grabación, pero alega la inexistencia de ilegalidad en su conducta porque: a) no existe intromisión en la intimidad si la conversación interceptada no puede ser escuchada lícitamente por quien la graba; b) no se discute que desde su propio puesto de trabajo podía escucharse lo que hablaban los jefes de equipo, c) que si no es ilícito, en consecuencia con lo anterior, desvelar el contenido de la conversación que podía escuchar desde su propio puesto de trabajo, tampoco lo es grabarla., d) que el motivo de la grabación era dejar constancia de una sospecha de actuación de represalia frente a su hijo, e) que es lícito querer tener constancia de la conversación, para proteger a su hijo, f) que no se ha generado perjuicio alguno a la empresa, y g) y por último, que la conducta no llegó a consumarse.

SEGUNDO.- Desea la sala precisar, antes de entrar en la valoración de la infracción señalada, que está de acuerdo en las menciones que el actor efectúa en relación con la inexistencia de la intimidad como objeto de protección en el caso

concreto, pues según la doctrina del Tribunal Constitucional (STS 170/2013, de 7 de octubre) "el derecho a la intimidad personal, en cuanto derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), «implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana». A fin de preservar ese espacio reservado, este derecho «confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido». Así pues, «lo que garantiza el art. 18.1 CE es el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal, excluyendo que sean los terceros, particulares o poderes públicos, los que delimiten los contornos de nuestra vida privada» (STC 159/2009, de 29 de junio, FJ 3; o SSTC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3; y 93/2013, de 23 de abril, FJ 8). En cuanto a la delimitación de ese ámbito reservado, hemos precisado que la «esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, habiendo reiterado este Tribunal que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena»; en consecuencia «corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno» (STC 241/2012, de 17 de diciembre, FJ 3), de tal manera que «el consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad» (STC 173/2011, de 7 de noviembre, FJ 2). Asimismo, también hemos declarado que la intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado; existen también otros ámbitos, en particular el relacionado con el trabajo o la profesión, en que se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada (STC 12/2012, de 30 de enero, FJ 5). Por ello expresamente hemos afirmado que el derecho a la intimidad es aplicable al ámbito de las relaciones laborales (SSTC 98/2000, de 10 de abril, FFJJ 6 a 9; y 186/2000, de 10 de julio, FJ 5)". En base a dicha doctrina, y aunque podría haberse producido dicha intromisión, lo cierto es que la intención del sujeto, ligada a conocer y custodiar el contenido de una conversación que previsiblemente iba a realizarse entre varias personas, resulta ciertamente improbable que ésta fuera a recaer sobre aspectos íntimos o reservados en el sentido que establece la doctrina constitucional.

Sin embargo, cosa distinta, que también incide en el ámbito de las relaciones laborales, es el llamado secreto de las comunicaciones, igualmente regulado en el artículo 18.3 de la CE, que tiene un carácter formal en el sentido de que se predica de lo comunicado entre las personas, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado. Por eso, la doctrina constitucional en éste caso distingue, según que lo grabado sea una conversación de personas ajenas al que graba, de la grabación que puede realizarse entre quien graba y un tercero, pues mientras «quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 CE; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado» (STC 114/1984, FJ 7). Y tal distinción ha sido puesta claramente de manifiesto en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 24 de noviembre del 2014, rec. 3402/12), que rechaza la afectación a la intimidad del empresario por parte

de una trabajadora que graba una conversación con el mismo a la puerta de la empresa, en una situación de conflicto laboral y por cuestiones laborales.

En el supuesto objeto de sanción está claro que la grabación efectuada, respecto a la conversación mantenida por terceras personas, exactamente los jefes de quien efectúa la grabación, cualquiera que fuese la finalidad pretendida, resulta claramente infractora del secreto de las comunicaciones, y un abuso al principio de confianza que debe regir las relaciones laborales. Por ello estimamos, que resulta merecedora de sanción, lo que nos lleva al rechazo del recurso y a la íntegra confirmación de la sentencia de instancia

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita, a la vista del ámbito de aplicación personal de dicha ley que establece: “En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:...d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social(...)

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON A.L.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. CINCO de los de VALENCIA, de fecha 12 de mayo del 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2028

Sentencia núm. 1.992, de 13 de octubre de 2015

Materia: Tutela de los derechos fundamentales. Trabajadora que presta servicios para empresa dedicada al comercio textil con categoría profesional de costurera. La actora permaneció en incapacidad temporal por trastorno de ansiedad. Se ha impuesto a la actora sanción de amonestación por falta muy grave la cual fue impugnada. Ese mismo día, la empresa despida a la trabajadora alegando causas económicas. Despido improcedente. Fase de liquidación de la empresa. La empresa ha procedido a la extinción de los contratos de trabajo de toda la plantilla. Retrasos en el pago de los salarios de los trabajadores y trato vejatorio a la trabajadora.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El despido de la trabajadora no tiene que ver con la vulneración de los derechos fundamentales. Además, la actuación empresarial consistente en el despido de la trabajadora ya ha sido enjuiciada en el proceso correspondiente declarándose la improcedencia del despido: No puede pretenderse que en este proceso se vuelva a enjuiciar tal decisión a fin de que se declare que la causa real del despido fue la represalia empresarial ante una eventual reclamación judicial de la trabajadora de los salarios que se le adeudan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada designada por doña J.M.H., la sentencia de instancia que desestimó su demanda en materia de tutela de derechos fundamentales.

2. En el antecedente tercero del escrito de recurso se suscita lo que la recurrente denomina “cuestiones previas”, que, a su vez, son respondidas en el escrito de impugnación presentado por la letrada de los codemandados.

3. Como primera cuestión se aporta por la recurrente junto con el escrito de interposición del recurso, copia de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 11 de Valencia de fecha 5 de junio de 2015, en la que se declara la improcedencia del despido de la Sra. M. que había llevado a cabo la empresa E.B. S.L. con efectos 22 de diciembre de 2014 alegando causas objetivas.

Por su parte, con el escrito de impugnación se aporta el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Valencia de 16 de junio de 2015 por el que se acuerda la extinción de la relación laboral entre la empresa E.B., S.L. y los trabajadores afectados por la medida que se relatan en el anexo 1 de esa resolución.

Se accede a la incorporación de ambos documentos, pues se trata de resoluciones judiciales posteriores al acto del juicio del que el presente recurso trae causa (ex art. 233 LRJS).

4. La “segunda cuestión previa” es una mera alegación sobre las razones que llevaron a la demandante a desistir del procedimiento de impugnación de la sanción de amonestación que le impuso la empresa.

Se trata de una cuestión absolutamente ajena al recurso de suplicación que, además, no se articula a través de los motivos del artículo 193 de la LRJS que constituyen el único objeto de este recurso, por lo que no cabe hacer ninguna consideración acerca de ella.

Siendo ello así, tampoco se admite el documento que se pretende aportar por la impugnante del recurso en el que consta la incomparecencia de la demandante al acto del juicio señalado para la impugnación de la sanción, ni las fotografías que también se adjuntan al escrito de impugnación, pues no cumplen las exigencias establecidas en el artículo 233 de la LRJS, por lo que se deberán de devolver todos ellos a la parte impugnante del recurso.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso se solicita la revisión de los hechos que la sentencia de instancia declara probados en los ordinales segundo y sexto, lo que se hace al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LJS, lo que sin duda debe ser un error pues el precepto procesal que contempla tal revisión es el b) de ese mismo artículo 193 de la LRJS.

2. Por lo que respecta al hecho segundo, se propone que se transcriba el contenido del informe emitido el 10 de abril de 2015 por el psicólogo clínico adscrito al Centro de Salud Mental de Torrent, que se da por reproducido.

Como se sabe, el recurso de suplicación no es una segunda instancia sino un recurso de carácter extraordinario, lo que significa, entre otros aspectos, que la valoración de la prueba corresponde al magistrado de instancia que presidió el acto del juicio, de modo que los hechos que se declaran probados en la sentencia solo pueden ser alterados por este tribunal si a la vista de una concreta prueba documental o pericial se evidencia un error patente en esa valoración, sin tener que hacer, para ello, conjeturas o suposiciones. Siendo ello así, la revisión propuesta no puede prosperar pues el informe médico en que se basa fue objeto de valoración expresa en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia. Considera el magistrado de instancia que tal informe no puede ser tomado “en consideración en orden a establecer la relación causa a efecto entre las circunstancias laborales de la actora y su sintomatología depresiva (pues) ninguna información clínica se aporta al margen de dicho informe fechado el 15-4-2015, relativa al tratamiento continuado que en el mismo se afirma”. Pues bien, esta valoración no se puede calificar de absurda, irracional o arbitraria, sobre todo cuando el contenido del informe no consta que fuera ratificado en el acto del juicio y sometido a contradicción del resto de las partes, en particular de los demandados, y contrastado con las otras pruebas que se practicaron. Una cosa es que la demandante esté aquejada de “una reacción mixta de ansiedad y depresión”, lo que evidentemente puede ser constatado por un médico especialista, y otra bien diferente es la determinación de la causa que provoca esa patología. En relación con esto último, también es posible que un facultativo pueda llegar a

establecer –o cuanto menos presumir– que la causa del proceso pueda estar conectada con el entorno laboral, pero la prueba de que la trabajadora ha sufrido un trato vejatorio y abusivo por parte de su superior, es algo que el médico no ha podido constatar por sí mismo, más allá de lo manifestado por la propia interesada, y se debe acreditar, al menos conjuntamente, con otros medios de prueba como declaraciones de compañeros de trabajo, clientes, etc.

3. Para el hecho probado sexto se ofrece una redacción alternativa, que también se da por reproducida, y que se basa en el folio 58 de los autos que es la carta de sanción. Tampoco esta petición puede prosperar, pues como la sentencia contiene una referencia expresa a la carta de sanción, se tiene por incorporada en su integridad sin que sea necesaria la reproducción literal de todo o parte de su contenido.

TERCERO.- 1. Finalmente el recurso contiene un último motivo redactado al amparo de la letra c) del artículo 193 de la LRJS, en el que se denuncia la infracción de los artículos 14, 15 y 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 4.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 96 de la LRJS. El motivo está, a su vez, dividido en dos apartados titulados respectivamente: “en relación a la lesión del derecho a la integridad moral y a la salud”; y “en relación a la tutela judicial del derecho de mi representada a la no discriminación y a obtener la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de indemnidad”.

2. Comenzando por el examen de la denuncia de la lesión del derecho a la integridad moral y a la salud, sostiene la recurrente que “habiendo quedado acreditado el trato degradante a mi representada (aunque lo compartieran el resto de compañeras) estamos ante un ataque a la dignidad de mi representada, consecuencia del comportamiento abusivo y de violencia psicológica a la que se la sometió por parte del empresario”.

3. En relación con esta cuestión la sentencia de instancia, en argumentación que esta Sala comparte, considera que si bien las frases que utilizaba el director general de la empresa en las reuniones que tenía con las trabajadoras eran de todo punto inaceptables, no se dirigían específicamente contra la demandante sino que eran emitidas de forma genérica. A ello hay que añadir que este comportamiento impropio tampoco se producía día a día a lo largo de cada una de las jornadas de trabajo, lo que ciertamente hubiera creado un ambiente insoportable, sino que tenía lugar en las reuniones trimestrales que se llevaban a cabo con las trabajadoras de cada una de las tiendas. Ciertamente, ningún trabajador está obligado a soportar un trato degradante o vejatorio aunque se dé de manera colectiva, y el ordenamiento jurídico contempla cauces específicos para sancionar tales conductas, como puedan ser desde denuncias a la Inspección de Trabajo hasta solicitar la resolución indemnizada del contrato de trabajo en los casos de mayor gravedad. Como hemos señalado en sentencias anteriores como las de 17 de septiembre de 2003 (rec.1736/2003), 22 de marzo de 2005 (recurso 3848/2004), 13 de mayo de 2005 (rec.124/2005), 3 de julio de 2007 (rec.476/2007), 18 de diciembre de 2008 (rec.3549/2008) o 9 de junio de 2012 (rec.912/200) en relación con el acoso laboral, no toda falta de respeto y consideración que pueda tener lugar en el marco de las relaciones laborales, puede identificarse con un ataque a la dignidad de la persona y al derecho constitucional reconocido en el artículo 10 CE, pues para que ello fuera así sería necesario que tal atentado estuviera dotado de una intensidad suficiente, cualitativa o cuantitativamente que lo hiciera

intolerable. Lo mismo se puede decir respecto de las ofensas verbales que se producen en las relaciones interpersonales, de modo que, a efectos de determinar su gravedad, es necesario ponderar una serie de circunstancias como son el modo y lugar en que se producen, la propia entidad de las palabras emitidas, la persistencia de la ofensa, etc.

También hemos sostenido, siguiendo la estela de otras Sala de lo Social, que el acoso laboral ha sido definido en el ámbito del trabajo como aquellas situaciones de hostigamiento a un trabajador frente al que se desarrollan actitudes de violencia psicológica de forma prolongada, y que conducen a su extrañamiento social en el marco laboral, le causan alteraciones psicósomáticas de ansiedad y en ocasiones consiguen el abandono del trabajador del empleo al no poder soportar el stress al que se encuentra sometido. Si bien también hay que tener en cuenta que el concepto de acoso moral no puede ser objeto de una interpretación amplia, dada la gravedad de sus consecuencias no sólo en el ámbito laboral, sino también en el penal. Se puede citar en este sentido, la Resolución del Parlamento Europeo nº 2001/2339 que, consciente del problema del uso indebido de la figura del “mobbing” le llevó a afirmar en su quinta conclusión, que: «... las falsas acusaciones de acoso moral pueden transformarse en un temible instrumento de acoso moral».

4. En definitiva consideramos, como ya hemos adelantado, que en la sentencia de instancia se hace una correcta ponderación de las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado, para llegar a la conclusión de que no se ha vulnerado el derecho fundamental de la trabajadora demandante a su integridad moral y a su salud.

CUARTO.- 1. En el segundo apartado de este motivo tercero se suscitan, a su vez, dos cuestiones que se deben examinar por separado. En la primera de ellas se denuncia la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de garantía de la indemnidad. Se afirma en el escrito de recurso que doña J.M. “reclamó, con carácter previo a su despido, los haberes salariales que se le adeudaban, que le comunicó al empresario iniciaría actuaciones judiciales si no se le abonaban, así como que el empresario, lejos de abonárselos, lo que hizo fue sancionarla y despedirla”.

2. Como se expone en la propia sentencia recurrida, de acuerdo con una constante doctrina constitucional el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta, no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza. En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos (SSTC 7/1993, 14/1993, 54/1995). En este ámbito la prohibición del despido también se desprende del art. 5 e) del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España (BOE de 29 de junio de 1985), que expresamente excluye entre las causas válidas de extinción del contrato de trabajo "el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes.

3. En el supuesto que ahora se examina debemos comenzar recordando que la sanción de amonestación se impuso a la trabajadora el mismo día en que se le comunicó la extinción de su contrato de trabajo por causas objetivas, esto es, el 22 de diciembre de 2014, por lo que resulta obvio que el despido no pudo ser una reacción empresarial frente a la reclamación de la trabajadora contra su sanción.

4. Es cierto que según los hechos que se narran en la misma carta de sanción, los días 11 y 12 de diciembre de 2014 la demandante, junto con otras compañeras de trabajo, se dirigió al gerente de la empresa para conocer cuándo iban a percibir el salario del mes de octubre, y en el curso de la conversación que mantuvieron la actora le dijo que “ni le chillara, ni le insultara que si no se iba a la policía a denunciarle por acoso y que si de aquí al lunes no se le había pagado todo lo que se le debía, tendría noticias de su abogado”, pero a pesar de ello no se puede considerar que el despido de la trabajadora atentara a la garantía de indemnidad como manifestación de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque la advertencia de una posible intervención de un abogado, no se puede considerar como un acto previo o preparatorio de una reclamación judicial en el sentido que lo ha venido entendiendo la jurisprudencia constitucional que, fundamentalmente y salvo alguna excepción puntual, lo reconduce a las actuaciones procesales reguladas en el título V del libro primero de la LRJS, denominado, “de la evitación del proceso”, como son la conciliación o mediación previas y la reclamación administrativa previa; y a las denuncias administrativas planteadas ante la Inspección de Trabajo.

b) Pero es que además, el despido de la trabajadora ya ha sido enjuiciado y declarado improcedente, y no nulo, por sentencia del Juzgado de lo Social número 11 de Valencia de 5 de junio de 2015, que se aportó con el escrito de recurso. Por tanto, si esa actuación empresarial consistente en el despido de la trabajadora ya ha sido enjuiciada en el proceso correspondiente declarándose la improcedencia de la decisión empresarial, no se puede pretender que en este proceso se vuelva a enjuiciar tal decisión a fin de que se declare que la causa real del despido fue la represalia empresarial ante una eventual reclamación judicial de la trabajadora de los salarios que se le adeudaban.

c) Y la última razón que avala la tesis que se sustenta en la sentencia recurrida de que el despido de la trabajadora nada tuvo que ver con la vulneración de sus derechos fundamentales, es que pocos meses después la empresa entró en fase de liquidación y el Juzgado de lo Mercantil autorizó la extinción de la totalidad de los contratos de trabajo de la plantilla, por lo que con independencia de lo que se acreditara en el proceso de despido de la demandante, es lo cierto que la empresa se encontraba en una situación económica negativa, lo que aleja cualquier sospecha acerca de la vulneración que se denuncia en este motivo.

QUINTO.- 1. Finalmente el recurso dedica un breve párrafo al tema de la discriminación, pero lo que se hace en él es volver a insistir en que la demandante recibió el mismo trato que el resto de trabajadoras de la empresa “con la diferencia de que su situación se vio agravada como consecuencia de sus reclamaciones, lo que finalmente llevó a su despido”.

2. El motivo debe ser rechazado por los mismos argumentos expuestos en el anterior fundamento de derecho pues, como vemos, se insiste otra vez en que fueron sus reclamaciones lo que motivaron su despido y el consiguiente trato desigual con el resto de compañeras de trabajo. Pero esto nada tiene que ver con las causas de discriminación de los artículos 14 CE y 17 del ET, sino con una eventual vulneración de la garantía de indemnidad a la que nos hemos referido en el citado fundamento jurídico.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA J.M.H. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Valencia de fecha 13 de mayo de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2029

Sentencia núm. 1.996, de 13 de octubre de 2015

Materia: Extinción de contrato. Trabajador con contrato indefinido que presta sus servicios como vigilante de seguridad. Subrogación empresarial en la prestación de servicios. El trabajador forma parte de nueva plantilla. Estipulaciones en las condiciones generales del contrato de servicios entre las partes. La nueva empresa extingue el contrato del trabajador por causas organizativas. Indemnización satisfecha y abono de compensación por omisión de preaviso. Solicitud declaración de despido improcedente: no se produce una reducción en la prestación del servicio de vigilancia sino una sustitución del trabajador por otro.

Juzgado: Desestima la demanda y declara la procedencia del cese acordado, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra, debiendo consolidar el trabajador las cantidades ya percibidas como indemnización y preaviso.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La extinción del contrato de trabajo no obedece a causas organizativas, al no producirse una reducción en el servicio de vigilancia sino la sustitución de un trabajador por otro. Podría haberse sancionado al trabajador disciplinariamente por su conducta. Declara la improcedencia del despido, condenando a la empresa demandada a la readmisión del trabajador o a la indemnización por despido improcedente, de la que se descontarán las cantidades satisfechas cuando se le comunicó el despido por causas organizativas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Se recurre por el letrado designado por don J.B.H.F., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la decisión de la empresa S.S., S.A. –en adelante S.- de extinguir su contrato de trabajo por causas objetivas de carácter organizativo.

2. En la comunicación extintiva que S. entregó al Sr. H. el 2 de mayo de 2013, se le dice que la causa de la extinción es la decisión del cliente FCC de prohibir su acceso a sus instalaciones por razones de seguridad. Se señala en la citada carta, entre otros extremos, lo siguiente: “La decisión del cliente significa una causa organizativa que por sí misma impide a esta Empresa darle trabajo y esta Empresa no ha encontrado otras opciones operativas de reubicación que no implicasen su despido, generasen una mayor perjuicio a sus compañeros de trabajo y/o al servicio.

SEGUNDO.-Los dos primeros motivos del recurso se amparan en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y se solicita en ellos

la revisión de los hechos probados primero y cuarto de la sentencia recurrida, en los términos que pasamos a examinar:

a) En relación con el hecho primero, se solicita que se añada un párrafo en el que se dé cuenta de la carta que P. CÍA DE SEGURIDAD dirigió al demandante comunicándole que a partir del 1 de mayo de 2013 el servicio de vigilancia que se prestaba en las instalaciones de F. (en adelante X.) pasaría a ser desempeñado por S. que se subrogaría en su contrato de trabajo.

La petición se rechaza pues el hecho de la subrogación en la prestación del servicio de vigilancia no ha sido cuestionado por ninguna de las partes y además aparece recogido en el párrafo segundo de este mismo hecho primero.

b) En relación con el hecho probado cuarto, en el que se da cuenta de la carta de 23 de abril de 2013 dirigida por X. a P. –párrafo primero. y en el que se dice que esta última empresa no informó a S. de esa comunicación, –párrafo segundo- se interesa su supresión íntegra.

Tampoco esta petición puede ser atendida porque no se basa en ningún documento que evidencie el error de la magistrada en la redacción del hecho, sino tan solo en una discrepancia en la valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, que es competencia exclusiva de la juez de instancia (ex art.97.2 LRJS).

TERCERO.-1. En el último motivo del recurso y al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del artículo 52 c) del Estatuto de los Trabajadores (ET), en relación con el artículo 51.1 del mismo texto legal, con el artículo 1257 del Código Civil y con los artículos 53.4 y 56 de la norma estatutaria. Se argumenta por el recurrente que “la decisión del despido del actor no puede encuadrarse dentro de las causas organizativas del artículo 51.1 del Estatuto en relación con el art. 52 c) del mismo, ya que en la empresa demandada no se han producido cambios en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo o en el modo de organizar la producción, máxime cuando en el hecho probado sexto se reconoce que tras el despido del actor S.S. contrató otra persona en el puesto de trabajo del actor”.

2. Como hemos indicado al inicio de esta resolución, la decisión de S. de proceder a la extinción del contrato de trabajo del Sr. H. por causas objetivas de carácter organizativo, se basó en la comunicación que la empresa cliente X. realizó primero a P. -anterior prestataria del servicio de vigilancia- y después S. -hecho probado cuarto- en la que se prohibía “de manera inmediata la entrada de D. J.H.F. a nuestro de centro de trabajo a partir del 23/4/2013”, como consecuencia de determinadas irregularidades detectadas por aquella. Pues bien, a diferencia de lo que sostiene la sentencia recurrida, entendemos que tal comunicación no constituye, sin más y por sí sola, la causa organizativa en que se ampara S. para extinguir el contrato de trabajo del Sr. H. En efecto, a diferencia de lo que se dice en el escrito de impugnación del recurso, la nueva redacción que la Ley 3/2012, de 6 de julio dio al artículo 51.1 del ET –aplicable al presente supuesto dada la fecha de efectos del despido- vincula la causa organizativa de los despidos objetivos a los “cambios, entre

otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”. En el supuesto que ahora se examina, ni han cambiado los sistemas y métodos de trabajo implantados en la empresa, ni tampoco el modo de organizar la producción, dado que S. sigue prestando el mismo servicio de vigilancia en las instalaciones de X., si bien que con otro trabajador contratado al efecto. Es cierto, como se ha dicho, que la decisión de S. vino condicionada por la exigencia de la empresa cliente; y que esta exigencia se ampara en las condiciones generales del contrato de servicios de vigilancia y edificios suscrito entre ambas empresas; pero también lo es, que no se ha producido una reducción del servicio de vigilancia contratado, sino tan solo la petición de sustitución de un vigilante por otro. Esto es, lo único que se ha producido es un cambio en las personas, pero no en los sistemas y métodos de trabajo ni en el modo de organizar la producción. Siendo ello así, S. bien pudo destinar al demandante a otra contrata –se dice en la fundamentación jurídica de la sentencia con valor de hecho probado, que no consta que se le ofreciera la reubicación en otro servicio- o sancionarle si consideraba que su conducta era merecedora de un reproche disciplinario, pero lo que no amparan los artículos 51.1 y 52 c) del ET es la sustitución de un trabajador por otro para realizar las mismas tareas.

3. Las razones expuestas nos llevan a estimar el recurso presentado y, por consiguiente, la demanda que ha dado origen a las presentes actuaciones, en el sentido de declarar la improcedencia del despido del Sr. H.F. con las consecuencias previstas en el artículo 53.5.b) en relación con el artículo 56.1 del ET, en la redacción dada por la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON J.B.H.F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de Alicante de fecha 5 de marzo de 2015 en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa S.S., S.A.; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido de fecha 2 de mayo de 2013 y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido en la cuantía diaria de 48,18 euros, o le indemnice en la cantidad de 27.462,6 euros, de la que se deberá descontar la ya percibida cuando se le comunicó el despido que ascendía a 12.950,6 euros.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.027, de 20 de octubre de 2015

Materia: Reclamación de cantidad. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Reclamación al FOGASA del 40% de la indemnización otorgada a la trabajadora por despido objetivo. El organismo demandado no acudió a la comparecencia ni se opuso a la conciliación alcanzada entre las partes con motivo de la extinción de la relación laboral.

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

Sala: Estima parcialmente el recurso condenando al organismo demandado al abono del 40% de la indemnización otorgada por despido objetivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre reclamación de prestaciones de garantía salarial interpone recurso de suplicación la empresa demandante que articula en tres motivos y que ha sido impugnado de contrario.

El primero de los motivos se introduce por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y persigue la modificación del hecho probado tercero en el que se recoge la conciliación alcanzada ante el Secretario judicial en el proceso de despido seguido a instancias de la trabajadora de la empresa demandada, D.^a E.J.R.. En concreto se insta que se haga constar que la indicada trabajadora reconoció la procedencia del despido objetivo de fecha 17-01-2011 con efectos de ese mismo día. Modificación que ha de prosperar por desprenderse de los documentos en los que se apoya que son el acta de conciliación y el decreto nº 82/11, obrantes a los folios 48 a 51 autos, y rectificarse así el error material padecido en la redacción original del hecho controvertido, siendo además relevante a efectos de calificar el despido de la indicada trabajadora.

SEGUNDO.- El siguiente motivo se incardina en el apartado a del art. 193 de la LJS y en él se denuncia la infracción por vulneración del art. 117 y 118 de la CE, en relación con el art. 24 de la misma y todo ello vinculado al art. 84.1 de la LJS.

Aduce la defensa de la empresa recurrente que la trabajadora D.^a E.J.R. interpuso en su día demanda por despido contra la recurrente y contra el Fondo de Garantía Salarial (FOGASA) ante el Juzgado de lo Social nº Uno de Benidorm, dando lugar al procedimiento 234/2011, demanda que fue admitida a trámite por Decreto de 11 de marzo de 2011, citando a todas las partes, incluido el FOGASA a conciliación y juicio en fecha 9 de junio de 2011. Llegado el indicado día solo compareció la trabajadora y la empresa, instándoles el secretario a llegar a un acuerdo que fue alcanzado en los términos que figuran en el acta y que fue homologado por Decreto

que no fue impugnado por el FOGASA, pese a que pudo hacerlo, habiendo devenido firme aquél, el mismo es válido como título ejecutivo, por lo que no cabe ahora entrar a juzgar sobre el tipo de despido en el presente procedimiento, sino que tan solo se ha de dilucidar si el FOGASA viene obligado por ley a abonar a la empresa demandante el pago del 40% de la indemnización abonada a la trabajadora D.ª E.J.R. por la extinción de su contrato de trabajo por despido objetivo.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar ya que como pone de manifiesto la defensa de la recurrente el Organismo demandado fue citado a los actos de conciliación y juicio del despido objetivo de la trabajadora D.ª E.J. y no compareció ni por consiguiente tampoco se opuso a la conciliación alcanzada entre las partes, pero es que además tampoco impugnó el Decreto del secretario judicial por el que se aprobaba dicho acuerdo y en el que la trabajadora reconocía la procedencia de su despido objetivo y la empresa se obligaba a abonarle una indemnización que superaba los parámetros legales, siendo irrelevante que dicha indemnización fuera posteriormente mejorada y que la indicada trabajadora reconociese que con el percibo de dicha cantidad nada tenía que reclamar por concepto alguno derivado de la relación laboral, pues, lo decisivo es que el FOGASA tuvo conocimiento de la conciliación aprobada por el secretario judicial y en dicha conciliación la indemnización a abonar por la empresa a la trabajadora en concepto de despido objetivo era superior a los parámetros legales y no obstante no impugnó el Decreto por el que se aprobó dicha conciliación.

Acreditada la firmeza del Decreto que aprobó la conciliación alcanzada por la trabajadora D.ª E.J. y la empresa J.M. S.L., el contenido de la misma resulta vinculante, puesto que la conciliación no es sino una transacción y según el art. 1816 del Código Civil "la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada" ; de lo que resulta que la conciliación judicial que plasma una transacción obviamente alcanza este efecto, que tiene el propio contrato entre partes privadas sin la presencia, control y autorización del Juez correspondiente. Luego lo pactado en conciliación no puede ser desconocido ni por las partes que la suscribieron ni por el FOGASA que como ya se dijo fue parte en dicho proceso aun cuando no compareció y, por consiguiente, el referido organismo no puede ahora cuestionar el tipo de despido de la susodicha trabajadora alegando la existencia de un fraude de ley que en su momento pudo haber invocado a fin de evitar la conciliación o, en su caso, a efectos de impugnar el Decreto por el que se aprobaba la referida conciliación, lo que tampoco hizo, por lo que dichas alegaciones, efectuadas por primera vez en este procedimiento, resultan extemporáneas y no pueden ser tenidas en cuenta, en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia.

Ahora bien la estimación del motivo no conlleva en el presente caso la nulidad de la sentencia del juzgado al poder resolver la Sala lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, lo que se efectuará al examinar el último motivo del recurso y todo ello de conformidad con lo establecido en el art. 202.2 LJS.

TERCERO.- En el correlativo motivo del recurso que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS se denuncia la infracción del art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores y la Resolución del 3.06.2011 del FOGASA, así como la jurisprudencia del TS, citando al efecto la sentencia de 23-12-2013 dictada en recurso de casación para unificación de doctrina, habiéndose transcrito el tenor literal de todos ellos.

Aduce la defensa de la empresa recurrente que el FOGASA viene obligado a abonar el 40% de la indemnización por despido objetivo recogido en los arts. 51.1 y 52 c del Estatuto de los Trabajadores y en el presente caso el despido de D.ª E.J. se basa en causas económicas, técnicas y organizativas o de producción no solo en causas económicas, además el empresario ha acreditado mediante un Decreto dictado por el Secretario del Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm que el despido se ha llevado a cabo por causas objetivas, sin que el hecho de que se abonase a la trabajadora una indemnización superior a la legal permita negar la naturaleza objetiva del indicado despido, sobre todo cuando en el presente procedimiento no se puede entrar a discutir dicho despido.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto que acreditada la realidad del despido objetivo por causas económicas, organizativas y productivas de la trabajadora D.ª E.J.R. y habiéndose acreditado también el abono por parte de la empresa J.M. S.L. de la indemnización pactada en conciliación aprobada por Decreto del secretario judicial, no cabe sino concluir que procede condenar al FOGASA al abono del 40% de la indemnización legal devengada por dicho despido y que asciende a la cantidad no controvertida de 2.333,60 € (40% de 5.806,52 €), sin que obste a dicha conclusión que la empresa demandante no sea insolvente ni se encuentre en una situación económica negativa ya que se trata de una obligación ope legis y su función no es, en suma, la de garantía o aseguramiento de salarios o indemnizaciones a cargo del empresario, sino la de alivio o reducción del coste financiero para el empresario de los despidos económicos en determinadas empresas pequeñas (las que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores)", en este mismo sentido se ha manifestado la reciente sentencia del TS de 26 diciembre 2013, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 779/2013, citada por la recurrente y según la cual: "a) a diferencia de las prestaciones de garantía salarial derivadas de las indemnizaciones por despido objetivo contempladas en el art. 33.2ET que exigen, por remisión al art. 33.1ET, que la indemnización no se haya abonado por la empresa por insolvencia, suspensión de pagos, quiebra o concurso de acreedores, teniendo el carácter de responsabilidad subsidiaria de carácter aseguratorio o de garantía para el supuesto de insolvencia empresarial, la responsabilidad del FOGASA por el 40% de la indemnización legal de despido ex art. 33.8ET es una responsabilidad directa; b) tal responsabilidad ex art. 33.8 es un beneficio legal a favor de las empresas que cuentan con una plantilla inferior a 25 trabajadores independientemente de la situación económica empresarial; y c) cabe entender que, "a sensu contrario", confirma la tesis expuesta, aun no siendo aplicable al presente supuesto, la reciente supresión del apartado 8 del art. 33 efectuado la DF 5ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre (RCL 2013, 1843), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014 (BOE 26-12-2013)".

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa J.M. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cuatro de los de Alicante y su provincia, de fecha 14 de octubre de 2014, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra el Fondo de Garantía Salarial; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación parcial de la demanda, condenamos al Organismo demandado a que abone a la empresa demandante la cantidad de 2.333,60€ en concepto del 40% de la indemnización legal devengada por el despido objetivo de D.ª E.J.R.

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

2031

Sentencia núm. 2.037, de 20 de octubre de 2015

Materia: Minusvalía. Reconocimiento de condición de discapacitado. El demandante padece trastorno ansioso depresivo crónico y trastorno de la personalidad. Encuadramiento de la discapacidad del actor. Reconocimiento porcentaje minusvalía.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de una discapacidad en grado del 72%.

Sala: Desestima el recurso interpuesto por la parte demandada y confirma la sentencia de instancia. La Sala considera ajustada a derecho la valoración de las lesiones realizadas por la juez de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza en suplicación la representación letrada de la Conselleria de Bienestar Social frente a la sentencia que estimó la demanda de la parte actora declarándola afecta de un grado de minusvalía del 72%, recurso que se formula al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS. Entiende la Conselleria que se vulnera el capítulo XVI (enfermedad mental- apartado 3, trastornos afectivos) del baremo del RD 1971/1999 de 23 de diciembre, alegando básicamente que, habiendo valorado la Conselleria la enfermedad mental en un 15% y el médico forense en un 20% (en ambos casos con encuadramiento en la clase II discapacidad leve) no puede el Juzgado, sin explicar el por qué, sin dar razones justificativas, otorgar un porcentaje del 65% (discapacidad grave), cuando además en la propia sentencia se parte del informe del médico forense para llegar a una conclusión diferente en cuanto al grado de discapacidad. En definitiva, para la administración demandada no se dan los requisitos necesarios para encuadrar al actor en la Clase IV.

El anterior razonamiento no puede prosperar, pues no se constata infracción alguna de los preceptos denunciados y sí disconformidad de la parte con la valoración de la juez de instancia, así como un intento de superponer la propia del organismo demandado sobre la imparcial y objetiva de la juzgadora, pero todo ello sin demostrar error patente y manifiesto de la juez a quo derivado directamente (sin necesidad de conjeturas o elucubraciones) de prueba documental o pericial. Y como reiteradamente ha dicho esta Sala, no cabe olvidar que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LRJS al juzgador de instancia, permitiéndole la misma y su libre apreciación, el apoyarse en todos los informes aportados, en sólo algunos, en uno de ellos o en determinada parte de uno o varios, desechando los demás, u otra u otras partes de uno sólo o de un conjunto documental.

Por ello, en el caso de autos no supone error en la valoración probatoria el que

la juez se apoye en determinadas partes o extremos del informe del médico forense, inclusive que haga suyos determinados diagnósticos y secuelas, pero no en el porcentaje u otras circunstancias, por realizar un diferente encuadramiento, habiendo prevalecido para formar su convicción la prueba pericial de la parte actora, como se constata de la lectura del fundamento primero in fine, lo que es perfectamente posible y entra dentro de sus facultades valorativas.

SEGUNDO.- Entrando en la valoración de las dolencias, constatamos que la Clase IV del cp XI es la relativa a: “discapacidad grave (60-74%) (a+b+c).

Grave restricción de las actividades de la vida cotidiana. Precisa supervisión intermitente en ambientes protegidos y total fuera de ellos.

Grave disminución de su capacidad laboral, puesta de manifiesto por deficiencias importantes en la capacidad para mantener la concentración, continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas y repetidos episodios de deterioro o descompensación asociados a las actividades laborales, como consecuencia del proceso en adaptarse a circunstancias estresantes. No puede mantener una actividad laboral normalizada.

Puede acceder a centros y/o actividades ocupacionales, aunque incluso con supervisión el rendimiento suele ser pobre o irregular.

Se constatan todos o casi todos los síntomas que exceden los criterios requeridos para el diagnóstico, o alguno de ellos son especialmente graves.”

Y así las cosas procede indicar que, visto el trastorno ansioso depresivo crónico y el trastorno de la personalidad que padece el actor, con las alteraciones conductuales persistentes, con episodios violentos de autolesión y agresión en aumento (también heteroagresividad), con el importante dato de mal seguimiento terapéutico, para el que depende de sus padres, los continuos desajustes motivacionales con recaídas frecuentes y los síntomas fóbicos y evitativos que inhiben su voluntad, la atrofia cerebral difusa significativa, el abuso enólico y consumo de cannabis, y las graves limitaciones personales, consideramos correcta la incardinación en la clase IV, pues con tales patologías el actor va a necesitar supervisión intermitente en ambientes protegidos y total fuera de ellos, carece de la concentración, continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas, no pudiendo llevar a cabo, por lo tanto una actividad laboral normalizada, como tampoco una vida autónoma, siendo de destacar la gravedad que implican sus alteraciones conductuales persistentes con episodios violentos de autolesión y agresión en aumento.

Por ello, este Tribunal considera ajustada a derecho la valoración efectuada por la juez de instancia, no habiendo lugar a estimar el recurso de la Conselleria de Bienestar Social, debiendo la sentencia recurrida ser mantenida íntegramente, al no adolecer la misma de la censura jurídica alegada por el recurrente.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la

CONSELLERÍA DE BIENESTAR SOCIAL de la GENERALIDAD VALENCIANA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante, de fecha 28 de julio de 2014; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2032

Sentencia núm. 2.049, de 20 de octubre de 2015

Materia: Procedimiento de oficio: Extemporalidad. Acta de liquidación de cuotas a la seguridad social, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional. Recurso de alzada. Comunicación de la administración de la Seguridad Social por la que se insta el procedimiento de oficio previsto en los artículos 148 d) y 149 de la LRJS.

Juzgado: Estima la excepción articulada por la empresa demandada y desestima la demanda del organismo demandante.

Sala: Estima en parte el recurso, estimando la demanda formulada por el organismo recurrente, al tiempo que declara que la totalidad de los ingresos percibidos por los trabajadores mencionados en el periodo a que se refiere el acta de liquidación, provienen de su relación laboral con la empresa demandada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Recurre en suplicación el letrado de la Administración de la Seguridad Social que actúa representando a la Tesorería General de la Seguridad Social, la sentencia que sin entrar en el fondo de la cuestión planteada en la demanda de oficio que inicia este procedimiento, desestimó la demanda, acogiendo la excepción articulada por la empresa de extemporaneidad del procedimiento de oficio, al haber concluido el expediente administrativo de liquidación de cuotas.

El recurso contiene un único motivo, formulado por el cauce del apartado a) del art. 193 de la LRJS, en el que solicita que se repongan los autos al momento anterior al dictado de la sentencia para que se entre sobre el fondo, denunciando la infracción del art. 24 de la Constitución Española, que proclama el derecho a la tutela judicial efectiva, en relación con los arts 148 a 150 de la LRJS, la doctrina contenida en la STCo 71/1991 de 8 de abril, y la infracción del art. 3 f) de la LRJS. Aduce el recurso, en esencia, que la LRJS no establece plazo de caducidad o prescripción para formular demanda de oficio; que se ha invadido la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, porque a la jurisdicción social no le corresponde conocer la liquidación de cuotas; y que el objeto de la demanda de oficio presenta un interés actual, y la falta de pronunciamiento sobre fondo de la pretensión conculca el derecho a la tutela judicial efectiva, al quedar sin decidir la existencia de relación laboral, lo que daría lugar a que la jurisdicción contencioso administrativa declarara la nulidad por omisión de un trámite esencial en el procedimiento, con lo que debería plantearse nueva demanda de oficio lo que por razones de economía procesal debiera evitarse. Añade el recurso que la empresa no articula motivos de oposición en cuanto al fondo del asunto que se ajusta a la realidad.

Según resulta de los hechos probados, por la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Castellón, se levantó el 23 de agosto de 2012 acta de liquidación de cuotas a la Seguridad Social, desempleo, fondo de garantía salarial y formación profesional nº X. contra la empresa X. AGENCIA DE SEGUROS SA por el periodo de descubierto correspondiente a 07/2008 al 12/2011 por un importe total de 35.196,14 euros como suma de las liquidaciones parciales que se adjuntaban a la misma. Se fundamentaba el acta de liquidación en la visita girada a la empresa en el centro de trabajo sito en la localidad de X, calle X., el día 22 de mayo de 2012, donde se comprobó que la empresa había cotizado “...por bases inferiores a las que correspondían al no incluir en dicha base, todas las cantidades pagadas a sus trabajadores y que no están excluidas de cotización...”. Por la empresa X. AGENCIA DE SEGUROS SA se presentó el 2 de octubre de 2012 escrito de alegaciones en el que se mantenía la existencia de doble vínculo con los trabajadores a los que se refiere el acta de liquidación, uno de naturaleza laboral, y el otro de naturaleza civil en virtud de contrato suscrito al amparo del art. 8 de la Ley 26/2006 de mediación en el sector de seguros privados, y finalmente se instaba a la Administración a seguir el procedimiento de oficio del art. 149.1 de la LRJS. El 29 de enero de 2013 se dictó resolución por la DIRECCION PROVINCIAL DE LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL por la que se confirmaba y elevaba a definitiva la liquidación contenida en el acta de liquidación X. por un importe de 35.196,14 euros. El 12 de marzo de 2013 se presentó recurso de alzada contra la anterior resolución por la empresa X. AGENCIA DE SEGUROS SA. Por la DIRECCION PROVINCIAL DE LA TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL se desestimó el recurso mediante resolución de 21 de mayo de 2013. En fecha 13 de junio de 2013 fue presentada en el Decanato de los Juzgados de Castellón comunicación de la Administración de la Seguridad Social por la que se instaba el procedimiento de oficio previsto en el artículo 148 d) y en el 149 de la LRJS, en la que se solicita que se declara que la totalidad de las diferencias de cotización provienen de una relación laboral.

Con estos datos la sentencia recurrida acoge la excepción de extemporaneidad del procedimiento de oficio opuesta por la empresa, indicando que sobre el fondo del asunto nada opuso la mercantil demandada. Razona la sentencia que al presentarse la demanda de oficio después de resuelto el expediente que confirmó el acta de liquidación incluso después de que ésta se confirmara nuevamente al resolver el recurso de alzada, carece de interés actual la demanda de oficio, que el órgano instructor no formuló demanda que tendría el efecto de suspender el procedimiento administrativo, haciéndolo cuando éste había concluido, sin perjuicio del ulterior control jurisdiccional en la vía contencioso-administrativa.

Pues bien, como señala la STS de 18 de julio de 2011 (rec. 133/2010) refiriéndose al procedimiento de oficio entonces regulado en la LPL, “el procedimiento de oficio que nos ocupa se instauró para evitar contradicciones entre órganos judiciales sociales y los de lo contencioso-administrativo, a fin de que los primeros, aunque no sean competentes en materia de impugnación de sanciones administrativas, pudieran intervenir y ser oídos en materias de su competencia de las que concreta *el artículo 149-2 de la L.P.L.* Al efecto, durante la tramitación del procedimiento sancionador, cuando el sujeto responsable de la infracción haga en su

defensa alegaciones y proponga pruebas sobre cuestiones atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social, la autoridad laboral acordará formular demanda de oficio para que la jurisdicción social resuelva sobre esas cuestiones de su competencia, sobre la calificación laboral de la relación, del contrato y de su ejecución, procedimiento cuya tramitación suspenderá el trámite del expediente administrativo sancionador hasta que recaiga sentencia firme que reabrirá el procedimiento administrativo y que respetará el pronunciamiento del orden social sobre el fondo del asunto (*arts. 150-2 de la L.P.L. y 6 del R.D. 928/1998*). La finalidad de este procedimiento es evitar que la autoridad laboral decida cuestiones atribuidas al conocimiento de la jurisdicción social y, al efecto, se establece la necesidad de este procedimiento (a modo de una cuestión prejudicial de las previstas en el *artículo 43 de la L.E.C.*), cuya promoción es obligada, cual se infiere de la literalidad del *art. 149-1 de la L.P.L.*, que dice que el procedimiento se iniciará "a virtud de la comunicación que deberá dirigir la autoridad...", términos que indican que la autoridad laboral debe promoverlo en todo caso, cuando las alegaciones del sujeto responsable susciten cuestiones de fondo de la competencia de esta jurisdicción, entre las que se encuentran los actos discriminatorios de la empresa (art. 8-12 de la LISOS). Como señalamos en nuestra sentencia de 3 de marzo de 2004 (R. 4683/2002) "*lo que el art. 149.2 está exigiendo en este último párrafo discutido no es que se cuestione la competencia formal de la Autoridad Laboral para conocer de la solución al procedimiento administrativo, sino que de las alegaciones de las partes se deduzca que la competencia sobre la cuestión básica o de fondo que motivó el levantamiento del Acta es de naturaleza laboral, pues la razón de ser de este procedimiento no es otra que la de economía procesal que supone decidir tal cuestión previa sin tener que posponerla a un trámite final en el que habría que resolver la misma cuestión por medio de un conflicto de jurisdicción. La intervención, pues, del Juez social por medio de este específico y particular procedimiento tiene como objeto anticipar a la Autoridad Laboral una solución que sólo puede dar la Autoridad judicial a una cuestión previa para la que es ésta competente con la finalidad de que él pueda resolver con todas las garantías sobre la impugnación de naturaleza administrativa sancionadora de la que está conociendo*".

Hoy la LRJS, mejora la finalidad del procedimiento de oficio y no impone a la autoridad laboral la necesidad de plantear demanda de oficio, el actual art. 148 establece que el proceso podrá iniciarse de oficio como consecuencia:..... d) De las comunicaciones de la autoridad laboral cuando cualquier acta de infracción o de liquidación levantada por la Inspección de Trabajo y de Seguridad Social, relativa a las materias de Seguridad Social excluidas del conocimiento del orden social en la letra f) del art. 3, haya sido impugnada por el sujeto responsable con base en alegaciones y pruebas que, a juicio de la autoridad laboral, puedan desvirtuar la naturaleza laboral de la relación jurídica objeto de la actuación inspectora.

A la demanda de oficio a la que se refiere el párrafo anterior, la autoridad laboral acompañará copia del expediente administrativo. La admisión de la demanda producirá la suspensión del expediente administrativo. A este proceso de oficio le serán aplicables las reglas de las letras a) y d) del apartado 2 del art. 150. La sentencia firme se comunicará a la autoridad laboral y vinculará en los extremos en ella resueltos a la autoridad laboral y a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ante

los que se impugne el acta de infracción o de liquidación”.

Todo ello permite concluir, más con la actual redacción, que la decisión adoptada en la sentencia recurrida no es acertada, ya que por una parte la ley no establece plazo para formular la demanda de oficio (STS de 12 de julio de 2004 –rec. 2756/2003-), y tampoco impone que lo sea durante la tramitación del expediente, solo determina que si eso es así se suspenderá su tramitación, de manera que podrá formularse demanda de oficio una vez concluido el expediente, hasta obtener sentencia firme del orden social competente que deberá vincular a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa ante los que se impugne la resolución administrativa que confirma el acta de infracción o de liquidación, lo que da interés actual a la pretensión ejercitada ante la jurisdicción social competente para ventilar la pretensión relativa a la existencia de relación laboral, que deberá respetarse no solo para el periodo de liquidación discutido si se impugna la resolución que pone fin al recurso de alzada ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, siendo sin ninguna duda útil para sucesivos periodos que pudieran liquidarse, sin cambio de circunstancias en que los trabajadores se encuentren.

De este modo, el pronunciamiento que contiene la sentencia recurrida, que no entró a decidir el fondo del asunto deberá ser revocado, sin necesidad de acudir a la dilatoria medida de nulidad interesada, desde el momento en que la empresa no alegó oposición al fondo, y por razones de economía procesal avaladas por lo establecido en el art. 202 de la LRJS podrá decidirse en esta sentencia, sobre la cuestión ventilada en el procedimiento, por las razones que en su momento sostuvo la Inspección de Trabajo, que reproduce la demanda de oficio, sin oposición de la empresa.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón, de fecha 31 de octubre de 2014; y, en consecuencia, estimamos la demanda formulada por la recurrente contra la empresa X. Agencia de Seguros SA y J.L.V., O.A.M.G. y M.B.R., y declaramos que la totalidad de los ingresos percibidos por los trabajadores mencionados en el periodo a que se refiere el acta de liquidación nº X. provienen de su relación laboral con la empresa.

2033

Sentencia núm. 2.192, de 3 de noviembre de 2015

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta servicios como director territorial y posteriormente como director de zona en entidad bancaria, con contrato indefinido a tiempo completo. Reconocimiento y abono de plus de destino. Vinculación del plus de destino. Cumplimiento de objetivos. Reconocimiento y devengo de bonus por objetivos: bonus cualitativo y bonus cuantitativo.

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

Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo el derecho del actor a recibir el plus de destino, al darse los requisitos necesarios para su devengo. No procede el abono del bonus cualitativo al no alcanzar el objetivo mínimo necesario para su devengo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Imputa la defensa del recurrente a la sentencia del juzgado tanto errores de hecho como errores en la aplicación del derecho, lo que articula a través de dos motivos que se incardinan, respectivamente en los apartados b y c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y que han sido impugnados de contrario, como se expuso en los antecedentes de hecho.

En el primero de los motivos se propugnan cuatro revisiones fácticas y antes de entrar en su examen no está de más recordar que, como señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de junio de 2006, recurso nº 189/2004, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), “para que la denuncia del error pueda ser apreciada en este recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas y sin recurrir a la alegación de prueba negativa, consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Y d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91-; 31/03/93 -rec. 2178/91-; 26/09/95 -rec. 372/95-; 04/10/95 -rec. 45/95-; 04/11/95 -rec. 680/95-; 21/12/98 -rec. 1133/98-; 24/05/00 -rec. 3223/99-; 03/05/01 -rec. 2080/00-; 19/02/02 -rec. 881/01-; 12/03/02 -rec. 379/01-; 07/03/03 -rec. 96/02-; 15/07/03 -rec. 7/03-; 27/01/04 -rec.

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

La primera de las modificaciones solicitadas atañe al hecho probado segundo para el que se propone la siguiente redacción: “Que el demandante en fecha 1/1/2000 fue trasladado desde Lérida a Valencia al ser nombrado Delegado General en Valencia Sud (equivalente al actual Director de Zona), habiéndole notificado a fecha 23 de diciembre de 1999, comunicado por el que se le informaba que a su incorporación en Valencia, se le abonaba con el objetivo de compensar los gastos originados por el traslado,:- Gastos de hotel durante el periodo aproximado de dos meses – ayuda para alquiler durante un periodo máximo de un año – Ayuda para el traslado de muebles por coste total, previa presentación de presupuesto. – 20 desplazamientos de Valencia-Lérida-Valencia, en período máximo de seis meses. – Concesión de un préstamo por vivienda habitual en Valencia, con las condiciones de primera vivienda. – Concesión de un anticipo por adquisición de nuevo vehículo de hasta 4.000.000 de pesetas.

En el referido comunicado, además de reconocer la categoría de “cap de 4º” y la consolidación del plus funcional, se le reconoce un plus destino de 2.000.000 pesetas anuales, vinculado al desarrollo de sus funciones en Valencia.

Que la entidad mantuvo su abono cuando en el año 2003 fue nombrado Director Territorial de Llevant, cuyo importe ascendía en los últimos ejercicios a la cantidad anual de 20.000 euros.

Que en fecha 17-5-2007 se le comunicó el importe a percibir y en la misma se indicaba que “este plus se vinculaba a la permanencia en el destino actual”.

El nuevo tenor se sustenta en el documento nº 18 de la parte actora y aun cuando se desprende del mismo no puede prosperar por cuanto que el contenido del hecho controvertido lo obtiene la Magistrada de instancia no solo del indicado documento sino también de la testifical Sra. O. y Sr. A., que no es susceptible de valoración en este extraordinario recurso como se desprende el apartado del precepto en el que el motivo se ampara

La siguiente modificación concierne al hecho probado sexto para el que se propugna este contenido: Que la empresa venía abonando anualmente y de forma semestral por el concepto objetivos, un bonus cuantitativo que corresponde al 80% y un bonus cualitativo que correspondía al 20%, siendo para el 2011 el importe de 44.000 euros, divididos en dos semestres por importe cada uno de 22.000 euros, habiendo abonado la empresa el primer semestre del año 2011 el 80% del objetivo cuantitativo, reclamándose el 20% correspondiente al cumplimiento de los objetivos individuales (objetivo cualitativo) por importe de 4.400 euros. Respecto el segundo semestre, como no se alcanzó el mínimo del 75% de los objetivos, no se generó derecho”.

La nueva redacción se deduce de los documentos 46 y 49 a 65 de la pieza documental de la parte actora y ha de ser acogida por desprenderse de los mismos y subsanarse con la modificación propugnada el error en el que ha incurrido el tenor original respecto a la reclamación del demandante del bonus cualitativo, tal y como aduce la empresa demandada al mostrar su conformidad con el nuevo tenor al impugnar el recurso.

La tercera revisión afecta al hecho probado séptimo para el que se postula este texto: “Que la empresa emitió circular en fecha 2-3-2012 sobre el bonus 2011 y en la que se indicaba que a partir de esa fecha estaba disponible la retribución variable 2011 y que los formularios de bonus se tenían que firmar como máximo el 9-3-12. Sin que en la misma se valoren los restos personales (Doc. nº 43, 156 a 161 actor y 5 y 6 demandada).

Que a fecha 5 de marzo de 2012, se notificó al Sr. Notificó al Sr. A. por parte de la Directora de Relaciones Laborales permiso retribuido desde la fecha hasta el 20 de marzo de 2012 (Doc. 47 actor)”.

La nueva redacción se apoya en los documentos que se refieren en la misma y no puede ser acogida al ser irrelevante para modificar el sentido del fallo respecto al devengo del bonus cualitativo del primer semestre del año 2011 habida cuenta de la convicción alcanzada por la Magistrada de instancia acerca del conocimiento del demandante sobre el informe necesario para el abono del bonus y que se recoge con valor fáctico en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho segundo de la resolución impugnada.

La última revisión consiste en la modificación del hecho probado décimotercero, consistente en la adición del texto que aparece subrayado: “Que el demandante presentó demanda de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que fue repartida al juzgado de lo social nº 9, autos 1581/112, el cual en fecha 24-4-13 dictó sentencia en la que como hecho probado consta “el actor recibió de la empresa una propuesta de liquidación de incentivos correspondiente al ejercicio 2011 y enviarlos antes del 9 de marzo de 2012. El actor recibió de la empresa una propuesta de liquidación de incentivos correspondientes al ejercicio 2011, sin que en la misma se valorasen los restos personales (el 20% de las expectativa de bonus. El actor mostró extrañeza por este hecho, al habersele valorado en ocasiones anteriores y remitió un burofax a la empresa el 23 de marzo de 2012, sin que conste que la empresa haya comunicado nada al respecto al actor)”.

La modificación solicitada no puede ser acogida ya que si bien es cierto que se desprende del documento 6 de la parte demandada y 156 de la parte actora, la misma se limita a reproducir un hecho probado de la sentencia del Juzgado de lo Social a la que se hace referencia en el hecho controvertido lo que permite el examen íntegro de la misma, además de que el tenor cuya adición se postula ya aparece recogido en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia a la que se hace mención en el hecho probado décimosegundo.

SEGUNDO.- En el motivo destinado al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia se distinguen dos apartados. En el primero de ellos se imputa a la resolución recurrida la infracción de las previsiones del art. 1281 y siguiente del Código Civil y 1258 del mismo texto legal por su inaplicación al caso que nos ocupa, en relación con el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores y jurisprudencia que lo interpreta.

Razona la defensa de la parte actora que del relato fáctico de la sentencia del juzgado así como de las modificaciones propuestas se evidencian un elenco de hechos de los que se desprende la obligación de la empresa demandada de abonar el plus de destino reclamado ya que el devengo del mismo se condiciona a la permanencia del demandante en el destino al que fue trasladado, esto es, a Valencia y mientras permanezca en el mismo, careciendo de relevancia que el actor manifestase su voluntad de seguir prestando sus servicios en dicha localidad, pues su devengo no estaba condicionado ni a plazo alguno ni a la voluntad del actor de querer prestar servicios en Valencia.

La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto que del tenor de los hechos declarados probados se desprende que el plus de desplazamiento que venía cobrando el actor a raíz de su traslado a Valencia fue consecuencia de dicho traslado y su mantenimiento se vinculó a la permanencia en el dicho destino, conforme se desprende de las comunicaciones empresariales de fechas 23.12.99 y 17.5.2007, por lo que con independencia de que el demandante manifestase a la empresa demandada su interés en permanecer en Valencia, lo que por lo demás es lógico tras residir más de diez años en esta localidad, lo decisivo para el devengo del plus no era el interés del actor en seguir en la referida localidad sino la efectiva permanencia en la misma en la que sin duda también tenía interés la empresa demandada al menos hasta el 9-2-2014 en que acuerda el traslado del demandante a la oficina X.. Luego dándose los requisitos necesarios para el devengo del plus de destino por parte del actor en el período al que el mismo ciñe su reclamación no cabe sino estimar su pretensión y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas, al apartarse la interpretación que efectúa respecto de las referidas comunicaciones empresariales del tenor literal de las mismas y de la voluntad empresarial que se plasma en ellas y determinó el establecimiento del indicado plus.

TERCERO.- En el siguiente apartado del motivo destinado a la censura jurídica se denuncia la infracción de las previsiones del art. 1089, 1091, 1256 del Código Civil por su inaplicación al caso que nos ocupa, en relación con el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores y la jurisprudencia que los interpreta.

Aduce la defensa del demandante que si bien el devengo del bonus por objetivos tiene como origen la voluntad empresarial, una vez que se establece constituye una prestación salarial con efectos jurídicos, dentro de las reglas fijadas para las obligaciones, por lo que el trabajador debe conocer en todo momento cuales son los parámetros, módulos o criterios específicos para percibir su retribución, a fin de poder controlar la satisfacción del bonus, teniendo igualmente que cumplir el trabajador los criterios establecidos para su abono. De los hechos probados se

desprende que la empresa ha mantenido una actitud pasiva respecto a la valoración del bonus en lo que respecta a los objetivos cualitativos o valoración subjetiva, pese a los requerimientos del trabajador, no habiendo notificado en ningún momento al mismo valoración alguna sobre los objetivos cualitativos del año 2011, haciendo hincapié además en que el demandante siempre había obtenido una valoración positiva lo que unido a la incertidumbre que respecto al devengo de los mismos ha creado la empresa demandada implica un incumplimiento de sus obligaciones lo que ha de conllevar la condena de la misma al abono de dicho bonus.

Para dilucidar si el demandante tiene o no derecho al abono del bonus cualitativo correspondiente al primer semestre del año 2011 se habrá de estar al relato fáctico de la sentencia de instancia con la modificación que se ha aceptado así como a las afirmaciones de hecho contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia y de los mismos se desprende que la empresa venía abonando anualmente y de forma semestral por el concepto de objetivos, un bonus cuantitativo que corresponde al 80% y un bonus cualitativo que correspondía al 20%, siendo para el 2011 el importe de 44.000 euros, divididos en dos semestres por importe cada uno de 22.000 euros, habiendo abonado la empresa al actor el primer semestre del año 2011 el 80% del objetivo cuantitativo. La empresa emitió circular en fecha 2-3-12 sobre el bonus 2011 y en la que indicaba que a partir de esa fecha estaba disponible la retribución variable 2011 y que los formularios de bonus se tenían que firmar como máximo el 9-3-12. La valoración de cada trabajador se realizaba por su superior jerárquico. En fecha 8-3-12 el Sr. G. responsable del actor en el momento de la confección de la hoja de liquidación del bonus del período reclamado hizo constar en la misma que el bonus del primer semestre asciende al importe de 16.891,52 € (% cumplimiento global 95,28). En dicho formulario que se envía telemáticamente falta la firma del actor, si bien el mismo lo recibió. El sistema no deja cerrar el formulario, si no se valoran todos los apartados.

De los anteriores datos resulta que el demandante sí que fue valorado respecto a los objetivos personales que al no ser alcanzados no determinaron el nacimiento del derecho a percibir el bonus cualitativo y por ello no se hizo mención a cantidad alguna en la hoja de liquidación al bonus cualitativo, sin que obste a dicha conclusión que el demandante entendiese que no había sido valorado en cuanto a los objetivos personales y que la empresa no diese al actor respuesta a su queja de no valoración, ya que lo cierto es que sí que fue valorado, pero no alcanzó el mínimo necesario para devengar el susodicho bonus y al ser esta la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia la misma no ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas, lo que conduce a la desestimación de la censura jurídica deducida por el recurrente.

FALLO

Estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. A.A.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Once de los de Valencia y su provincia, de fecha 28 de octubre de 2014, en virtud de demanda presentada a su instancia contra C.B. S.A. y revocamos la sentencia de instancia en el

sentido de condenar a la empresa demandada a que abone al actor la cantidad de 42.166,66 € en concepto de plus de destino correspondiente al período que va del 1-1-2012 al 9-2-2014, más el 10% de interés anual por mora.

2034

Sentencia núm. 2.206, de 3 de noviembre de 2015

Materia: Prestación de maternidad. Trabajadora que se da de alta en el RETA un mes antes de alumbramiento de hijo. Posteriormente solicita prestación por maternidad. La actividad que llevaba a efecto la actora al darse de alta era la de marketing o publicidad como socia de una entidad. No consta facturación alguna de la citada entidad, ni horas de dedicación de la actora a la actividad como autónoma ni declaración de ingreso. Actuación fraudulenta. Solicitud nulidad de actuaciones por parte de la actora.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida. No procede declarar la nulidad de actuaciones al concurrir defectos formales que impiden que pueda ser examinada. No se aprecia indefensión que pudiera sustentar la nulidad solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso contiene un único motivo, en el que solicita la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías de procedimiento que haya producido indefensión, sin mencionar el cauce del apartado a) del art. 193 de la LRJS, ni precepto procesal infringido, limitándose a señalar que ha sido madre antes de la fecha esperada y que constituyó la sociedad H.G. SL cuando pudo, siendo su objeto el juego "on line" y que está en activo, que solicitó la prestación que le fue denegada por haber actuado fraudulentamente para percibirla; que presentada la demanda en fecha 15-5-2013, se dictó decreto que ordenaba requerir a la entidad gestora para que en el plazo de 10 días remitiera el expediente administrativo, y que finalmente se aportó el día del juicio, 6 de octubre de 2014, por lo que tuvo conocimiento del motivo por el que se le denegaba la prestación en el juicio, sin tiempo para preparar su defensa con los medios de prueba necesarios, que el fraude se apoyaba en el informe del Inspector de Trabajo del que tuvo conocimiento en el juicio, por lo que termina solicitando que se dicte sentencia que declare la nulidad del juicio.

De acuerdo con una constante doctrina judicial, las pautas para analizar la nulidad de actuaciones son las siguientes: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En

este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003) que “la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”; b) ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; f) 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 g) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

En el caso, según consta en los hechos probados de la sentencia se trata de determinar el derecho que pudiera asistir a la actora de percibir la prestación por maternidad denegada en la resolución de 17-12-12 que contestaba a su solicitud formulada el 26 de septiembre de 2012 por haber actuado fraudulentamente para obtenerla según lo dispuesto en el art. 133 quinquies de la LGSS, constando que la actora no está de alta en la seguridad social desde el 11-6-2009 ni ha prestado servicios por cuenta propia o ajena, que el 1-7-2012 en que se da de alta en el RETA, ocurriendo el parto el 31-7-2012. Declara probado la sentencia que “La actividad que llevaba a efecto la actora al ser alta en el RETA era el de marketing o publicidad como socia de una entidad, en concreto la entidad H.G. S.L., entidad creada en 13-6-12, y cuya actividad real no consta acreditada, no constando que la actora fuese administradora de la citada mercantil, no constando facturación alguna de la citada entidad, no constando las horas de dedicación de la actora a la actividad como autónoma ni la declaración de ingreso alguno por la misma. La actora procedió a su baja en seguridad social en fecha 31-10-12, con venta de sus participaciones en el mes de octubre de 2012.”

Con estos datos, la sentencia valiéndose de las presunciones para formar su convicción y mostrando su conformidad con el informe de la Inspección de Trabajo que se emitió antes de resolver en la vía administrativa, deniega la prestación por fraudulenta.

Y entrando a resolver el único motivo de nulidad que se formula en el recurso, desde ahora se anticipa que deberá ser desestimado, en principio por concurrir defectos formales que impiden incluso que pueda ser examinado, tales como la falta de alegación del precepto procesal en que se apoya o la falta de alegación de la norma procesal infringida, así como que no se aprecia indefensión que pudiera sustentar la nulidad interesada, ya que la actora conocía el motivo por el que se le denegó la prestación de maternidad al comunicársele la resolución denegatoria y la falta de aportación del expediente administrativo en los 10 días concedidos por el juzgado no se protestó en el juicio. En definitiva la actora fue al juicio sabiendo el motivo por el que se le denegaba la prestación y pudo acreditar la efectiva prestación de servicios retribuidos, lo que no efectuó en su momento, por lo que no cabe acceder a la dilatoria medida interesada, y se desestimará el recurso.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña F.M.D.S.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Valencia, de fecha 6 de octubre de 2014; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.249, de 5 de noviembre de 2015

Materia: Pensión de viudedad. Reconocimiento. Concurrencia entre dos viudas del mismo causante. Minoración pensión de viudedad de la demandante en favor de la otra viuda. Aplicación errónea de la Disposición Transitoria 18 de la LGSS.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada y organismo codemandado de los contenidos de la misma, confirmándose la resolución del organismo codemandado. Procede la minoración de la pensión de viudedad de la demandante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, dejando sin efecto la resolución del INSS y declarando el derecho de la actora a percibir el importe íntegro de la pensión de viudedad por el fallecimiento de su cónyuge en el porcentaje reconocido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estima correctamente establecida la concurrencia entre dos viudas del mismo causante, recurre la que era su esposa en el momento del fallecimiento alegando la incorrecta aplicación de la Disposición Transitoria Décimo Octava de la LGSS, para lo que solicita como primer motivo del recurso y al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS la revisión del hecho cuarto. Se pretende que conste que antes de la sentencia de divorcio entre el causante y Dña I. se había dictado sentencia de separación de fecha 21.12.1984 por el Juzgado de primera instancia nº 8 de Valencia en autos 599/84, y que consta a los folios 63 a 66 de las actuaciones. Y a la vista de la citada documental debe esta sala a proceder a la adición solicitada al ser trascendente para el resultado del presente recurso.

SEGUNDO.- Con el amparo del apartado c) del ya citado precepto procesal se denuncia la infracción de la Disposición Transitoria 18^a de la LGSS según redacción de la Ley 26/2009, que entro en vigor el 1 de Enero del 2010, que introduce, junto a la necesidad de que el viudo/a separado o divorciado sea acreedor de una pensión compensatoria para tener derecho a la pensión de viudedad, la excepción para aquellas situaciones de separación o divorcio anteriores a la vigencia de la Ley 40/2007, cuando el causante de la pensión haya fallecido durante los diez años siguientes a la separación o divorcio. Señala la recurrente que Dña I. carece de tal derecho pues la separación judicial del causante excedió el plazo legal señalado, al situarse en el año 1984.

Y efectivamente tal cuestión ha sido objeto ya de doctrina unificada del Tribunal Supremo en las sentencias, citadas por la recurrente, de fechas 2.11.2013, rc 3044/12, y de 28.04.2014, rc 1737/13, sobre el alcance e interpretación que haya de darse en casos de aplicación de la Disposición Transitoria 18ª LGSS, en las que se señala, a efectos didácticos primero que: “en la legislación anterior a la Ley 40/2007, que entró en vigor el 1 de enero de 2008, el derecho a la pensión de viudedad en casos de separación o divorcio no se condicionaba al reconocimiento de una pensión compensatoria de quien había sido cónyuge o se estaba separado, con lo que se llegaba a una situación anómala en materia de protección social, al reconocerse una prestación de viudedad a favor de una persona que no había experimentado ninguna disminución patrimonial como consecuencia del fallecimiento del causante. La Ley 40/2007 corrigió esta anomalía estableciendo, en la nueva redacción del art. 174.2 de la LGSS, que en los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad correspondería a quien fuese o hubiese sido cónyuge legítimo, siempre que se cumpliesen los requisitos exigidos, entre ellos, el que las personas divorciadas o separadas judicialmente fuesen acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante”. Pero, sigue diciendo la STS que con la finalidad de moderar tales cambios “en los casos en los que no hubiese reconocimiento previo de la pensión compensatoria en los casos de separación o divorcio, la Ley 26/2009, en su disposición final 3ª, adicionó a la LGSS una nueva disposición transitoria, la decimoctava, en la que se venía a eximir de esa exigencia para las separaciones o divorcios anteriores a 1 de enero de 2008 siempre que se cumpliesen determinados requisitos, entre los que se estableció el de que "entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años".

A la hora de determinar la manera de efectuar dicho cómputo temporal, ya la primera de las sentencias citadas entendió que “el periodo de diez años debe computarse a partir "del divorcio o de la separación judicial", esto es a partir de la situación jurídica que se produzca primero, la separación judicial o el divorcio, porque así lo indica la conjunción "o" que es disyuntiva, de lo que se deriva que el cómputo se hace a partir de la producción del primer hecho (jurídico) que suceda. Esta interpretación literal se ve avalada por la teleológica, porque el fin perseguido por la norma es compensar por el desequilibrio económico que producen la separación judicial o el divorcio, trastorno patrimonial que provoca la primera de esas situaciones que se produce, razón por la que el plazo de diez años se debe computar a partir de ella, a partir del día que se produjo la situación de necesidad que se compensa”.

La aplicación de ésta doctrina, que concluye que, existiendo una previa sentencia de separación, el desequilibrio que compensa no puede volverse a examinar al tiempo del divorcio ni para reconocer la pensión, ni para aumentar su cuantía, por lo que en el presente supuesto y acreditado que la sentencia de separación judicial de Dña I. y el causante se produjo en el año 1984, es obvio que ha transcurrido con creces el periodo fiado en la citada DT 18ª que ha resultado vulnerada en su aplicación tanto

por el INSS como por la sentencia que ahora se recurre, por lo que procede estimar el recurso, y estimar íntegramente la demanda.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.L.M.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. UNO de los de BENIDORM, de fecha 26 de Diciembre del 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la resolución del INSS de 25 de julio del 2011, declarando el derecho de la actora al percibo íntegro de la pensión de viudedad por el fallecimiento de su cónyuge A.R.T. en porcentaje del 52% sobre la base reguladora reconocida y fecha de efectos de 24 de mayo del 2011.

Sin costas.

2036

Sentencia núm. 2.262, de 10 de noviembre de 2015

Materia: Incapacidad temporal. Determinación contingencia. Baja médica. Estrés postraumático y fobia intensa a la luz solar a raíz de atraco en joyería. Solicitud contingencia derivada de accidente de trabajo frente a enfermedad común.

Juzgado: Desestima las excepciones de prescripción y cosa juzgada alegada por la mutua y desestimando la demanda sobre determinación de contingencia de la incapacidad temporal, absuelve a los demandados de los pedimentos formulados en su contra, confirmando el origen común de dicha baja médica.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las patologías psíquicas que afectan a la actora y que determinaron su prolongada baja laboral surgen a raíz del atraco que tuvo lugar en el centro de trabajo en que la actora prestaba servicios. Procede declarar como accidente de trabajo la contingencia de la que deriva la incapacidad temporal de la actora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De dos motivos consta el recurso de suplicación entablado por la representación técnica de la parte actora contra la sentencia de instancia que desestima su demanda sobre determinación de contingencia del proceso de incapacidad temporal iniciado en fecha 15-1-2010, habiendo sido impugnado el recurso por la Mutua codemandada como se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia del juzgado. En concreto se insta la adición al hecho probado segundo del siguiente tenor:

“A la fecha del alta médica la demandante presentaba el siguiente cuadro clínico:

En tratamiento por psiquiatría en USM de Paterna. A tenor del informe de la Psicóloga clínica que la trata de fecha de 21 de enero de 2011 la demandante presenta, A RAÍZ DEL ATRACO SUFRIDO, y derivado del hecho traumático, una FOBIA INTENSA A LA LUZ SOLAR, que le impide salir durante todo el día, o si sale, con un alto nivel de ansiedad. NO presenta dificultades para salir de noche, al caer la tarde la reacción fóbica desaparece. Así como presenta el daño psicológico típico del maltrato con desvalorización personal, sobrevaloración del peligro y los riesgos, y pérdida de confianza en las personas y en el mundo.

En la evolución se aprecia que presenta importante limitación por su trastorno. Multitud de situaciones conllevan la respuesta de ansiedad traumática. La fobia intensa a la luz solar y a la luz elevada de intensidad le repercute gravemente en su funcionamiento y en su autonomía. La paciente está exponiéndose a su temor con buenos resultados pero se desespera porque los avances son lentos. La paciente está limitada para salir de día, para ir a sitios donde es difícil salir. Así mismo sigue representando clínica de rememoraciones, respuesta de hipervigilancia, de distanciamiento emocional. TRASTORNO POR ESTRÉS POSTRAUMÁTICO Y FOBIA INTENSA A LA LUZ SOLAR.

Tratamiento médico: Ansiolíticos y antidepresivos y psicoterapéutico.
Limitaciones orgánicas funcionales: ansiedad y fobia en tratamiento.”

La adición solicitada se sustenta en el informe clínico que aparece recogido en el hecho probado sexto de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 8 de Valencia y ha de ser estimada ya que dicho informe es el que tiene en cuenta la meritada sentencia para revocar el alta médica de la actora cursada por el INSS y pone de manifiesto que la patología de la actora que determinó la revocación de dicha alta y el mantenimiento de su situación de incapacidad temporal es el trastorno por estrés postraumático y la fobia intensa a la luz solar que se desencadenaron a raíz del atraco sufrido en la joyería en la que prestaba servicios la demandante.

SEGUNDO.- El correlativo motivo del recurso que se destina a la censura jurídica de la sentencia de instancia se formula al amparo del apartado c del art. 193 de la LJS y denuncia la infracción del art. 115. 1. 2 f) y 3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Razona la recurrente que el lugar donde se produjo el atraco con violencia e intimidación fue en el centro de trabajo donde prestaba servicios la actora y que las lesiones padecidas por la demandante como consecuencia del atraco se diagnosticaron como “FOBIA INTENSA A LA LUZ Y TRASTORNO POR ESTRÉS POSTRAUMÁTICO” por lo que partiendo de que las lesiones sufridas durante el tiempo y en el lugar de trabajo gozan de una presunción “iuris tantum” para su calificación como accidentes de trabajo, y acreditado que la actora sufrió la lesión en el centro de trabajo, no habiendo padecido con anterioridad fobia intensa a la luz se debió declarar accidente de trabajo la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal iniciado por la demandante en fecha 15-1-2010, sin que obste a dicha conclusión que la actora padeciese con anterioridad de un trastorno de afectividad producto de problemas con el hijo ya que en todo caso dicho cuadro se ha agravado a raíz del atraco y además la fobia intensa a la luz es una nueva patología desencadenada en la actora por el atraco con lo que se acredita el nexo causal con la lesión que determina la baja laboral.

Para la determinación de la contingencia del proceso de incapacidad temporal iniciado por la demandante el 15-1-2010 se ha de acudir al relato fáctico de la sentencia de instancia con la modificación que ha sido acogida y del que interesa destacar que la demandante inició en el indicado día una baja médica con el diagnóstico de stress postraumático a raíz de un atraco en la joyería en la que prestaba

servicios. Por resolución de 25-1-2011 el INSS previo dictamen propuesta del EVI DE 24-1-2011, procedió a emitir el alta médica de la trabajadora, tras el agotamiento de doce meses de incapacidad temporal con fecha de efectos de 31-1-2011. Dicha alta fue impugnada por la demandante en vía judicial, dictándose sentencia de fecha 18-12-2012 el cual estimaba la demanda y dejaba sin efecto el alta médica al considerar que “A la fecha del alta médica la demandante presentaba el siguiente cuadro clínico:

En tratamiento por psiquiatría en USM de Paterna. A tenor del informe de la Psicóloga clínica que la trata de fecha de 21 de enero de 2011 la demandante presenta, A RAÍZ DEL ATRACO SUFRIDO, y derivado del hecho traumático, una FOBIA INTENSA A LA LUZ SOLAR, que le impide salir durante todo el día, o si sale, con un alto nivel de ansiedad. NO presenta dificultades para salir de noche, al caer la tarde la reacción fóbica desaparece. Así como presenta el daño psicológico típico del maltrato con desvalorización personal, sobrevaloración del peligro y los riesgos, y pérdida de confianza en las personas y en el mundo.

En la evolución se aprecia que presenta importante limitación por su trastorno. Multitud de situaciones conllevan la respuesta de ansiedad traumática. La fobia intensa a la luz solar y a la luz elevada de intensidad le repercute gravemente en su funcionamiento y en su autonomía. La paciente está exponiéndose a su temor con buenos resultados pero se desespera porque los avances son lentos. La paciente está limitada para salir de día, para ir a sitios donde es difícil salir. Así mismo sigue representando clínica de rememoraciones, respuesta de hipervigilancia, de distanciamiento emocional. TRASTORNO POR ESTRÉS POSTRAUMÁTICO Y FOBIA INTENSA A LA LUZ SOLAR.

Tratamiento médico: Ansiolíticos y antidepresivos y psicoterapéutico.
Limitaciones orgánicas funcionales: ansiedad y fobia en tratamiento.”

Los datos reseñados indican una evidente conexión causa-efecto entre el atraco en la joyería en la que prestaba servicios la demandante y las patologías síquicas que se le han diagnosticado a raíz del mismo, sin que el hecho de que la actora tenga antecedentes de episodios de depresión mayor desvirtúe el indicado nexo causal, pues, lo cierto es que es a partir del atraco cuando afloran de nuevo las indicadas dolencias con la entidad suficiente para dar origen a la baja de la actora, siendo además alguna de ellas nueva por completo, así la fobia intensa a la luz solar.

El accidente de trabajo se define en el artículo 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social como " toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena". Esto es, para que se pueda calificar una lesión como derivada de contingencia laboral es necesario que ésta se produzca como consecuencia o con ocasión del trabajo, pudiendo obedecer tal siniestro no solo a una conducta empresarial incumplidora de determinadas obligaciones sino derivar de cualquier otra circunstancia ajena a la misma, pero vinculada con la prestación de servicios. En el presente caso resulta indudable que las patologías síquicas que afectan a la actora y que determinaron su prolongada baja laboral surge a raíz del atraco que tuvo lugar en el centro de trabajo en que la actora

prestaba servicios, por lo que viene a ser consecuencia del trabajo llevado a cabo por la demandante o si se prefiere es una secuela de un acontecimiento que perturbó gravemente a la actora y que tuvo lugar en tiempo y lugar de trabajo. Pero es más, el art. 115. 2. corrobora la anterior conclusión ya que establece que “Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:”... “e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo.” En el presente caso no se constata como desencadenante del trastorno por estrés postraumático y fobia intensa a la luz solar que determinó la situación de incapacidad temporal de la actora iniciada el 15-1-2010 otra causa que el atraco sufrido en la joyería en la que trabajaba, por lo que se ha de concluir que la contingencia de la que deriva dicha situación de incapacidad temporal es accidente de trabajo.

Por último señalar que el art. 115.2. f indica que tendrán la consideración de accidente de trabajo ... “f) Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”, por lo que incluso aunque se considerase que la patología psiquiátrica padecida anteriormente por la actora propició el trastorno postraumático y la fobia intensa a la luz solar, lo cierto es que no es sino a raíz del referido atraco cuando afloran aquellos por lo que la calificación de la contingencia del proceso de incapacidad temporal de la demandante iniciado en fecha 15-1-2010 ha de ser la de accidente de trabajo y no la de enfermedad común, por mucho que la demandante no solicitase dicha calificación sino hasta el año 2013, pues, mientras no haya prescrito la acción puede hacerlo, sin que el mayor o menor lapso temporal transcurrido hasta el ejercicio de la misma pueda influir en modo alguno en su resolución.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. M.A.S.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Doce de los de Valencia y su provincia, de fecha 20 de noviembre de 2014, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Mutua FREMAP, y la empresa M.L.A.P.; y revocamos la indicada sentencia, declarando accidente de trabajo la contingencia de la que deriva la situación de incapacidad temporal de la actora iniciada en fecha 15 de enero de 2010, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración con todos los efectos derivados de la misma.

2037

Sentencia núm. 2.309, de 11 de noviembre de 2015

Materia: Reclamación de cantidad: abono de horas extraordinarias. Trabajadora que presta servicios como limpiadora en empresa codemandada, realizando su actividad en centro hospitalario. La actora ha realizado horas extraordinarias que no han sido satisfechas. Reclamación solidaria en el pago. “Concepto de actividad principal”.

Juzgado: Estima la demanda condenando a las demandadas a abonar solidariamente a la actora determinada cantidad, cantidad que devenga el interés por mora del 10%.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, absolviendo al organismo codemandado de la reclamación deducida frente a ella. No forma parte de la actividad propia del centro hospitalario la limpieza ordinaria de sus instalaciones, al tratarse de un servicio complementario y accesorio, que aunque necesario en cualquier actividad empresarial, no interfiere ni se corresponde con la actividad que tiene encomendada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el Abogado de la Generalidad Valenciana la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Alicante que estimando íntegramente la demanda presentada por la actora, condenó solidariamente a T.W. SL (E.L.I. SL), y a la Conselleria de Sanitat a abonarle la cantidad de 2.554.21€, más intereses.

2. El primer motivo del recurso se dice redactado al amparo del art. 191-b) de la Ley de Procedimiento Laboral, -deberá entenderse referido al art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social-, interesando se adicione al hecho probado sexto el siguiente párrafo, “La Conselleria de Sanitat con arreglo a lo establecido en el artículo 1 del Decreto 111/2011, de 2 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y Funcional de la Conselleria de Sanitat es el departamento del Consell encargado de la dirección y ejecución de la política del mismo en materia de sanidad, ejerciendo las competencias en materia de sanidad y salud pública que legalmente tiene atribuidas a estos efectos”.

La revisión no se admite, pues la recurrente no interesa la adición de ningún dato fáctico, ni cita prueba en apoyo de su pretensión, sino que pretende introducir en la declaración de hechos probados el contenido de una norma jurídica, y la apreciación de las mismas no exige su incorporación al relato fáctico.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, al amparo de la letra c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se alega la infracción del artículo 42, apartados 1 y 2, del Estatuto de los Trabajadores (ET), al considerar que no procede la condena de su representada porque los servicios de limpieza contratados no corresponden a la propia actividad de la Conselleria de Sanidad.

2. Sobre la admisibilidad del recurso, visto que la cuantía de lo reclamado no alcanza los 3.000€, nos remitimos a lo ya decidido en nuestra sentencia de 19-11-2014 (rr.ss. acumulados 1735, 1736 y 1757/2014) –seguida por otras posteriores-, en la que se apreció la afectación general dado el gran número de trabajadores que se encuentran en la misma situación que la demandante (art. 191.3 b) LRJS).

3. Dado que el relato de hechos probados no se cuestiona por ninguna de las partes, basta recordar que la demandante prestaba servicios como limpiadora en el Hospital General de X., dependiente de la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana, para la empresa E.L.I. S.L. -actualmente denominada T.W. S.L.- que fue la adjudicataria de ese servicio de limpieza hasta el 31 de enero de 2012; que con efectos del día siguiente, la contrata se adjudicó a K.L.E. S.L. que se subrogó en la relación laboral de los trabajadores; y que a la fecha en que se produjo la subrogación -31 de enero de 2012-, E.L.I., S.L. adeudaba a la demandante las cantidades a las que hemos hecho referencia en el apartado 1 de este fundamento jurídico por los conceptos retributivos que se indica en la sentencia.

4. Siendo estos los hechos, el recurso de la Generalitat Valenciana debe ser estimado de acuerdo con el criterio mantenido por esta Sala en sentencias anteriores como las de 19 de noviembre de 2014 (rs.1694/2014), 12 de mayo de 2015 (rs.2569/2014) y 25 de junio de 2015 (rrss acumulados 251 a 253/2015). Como se razona en las dos últimas, *"el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores dispone que "1.- los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios, correspondientes a la propia actividad de aquéllos deberán comprobar.....2.- El empresario principal.....responderá solidariamente... de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores....durante el año siguiente a la finalización del encargo".*

Sobre el concepto de "propia actividad" es un concepto jurídico indeterminado que ha ido perfilando la jurisprudencia, identificándolo con las funciones que integran el ciclo productivo, excluyendo del mismo las funciones accesorias y complementarias en cuanto resultan necesarias para toda actividad empresarial. Por todas, la STS de 29 de octubre de 2013 (rec. 2558/2012), que resuelve acerca de si el transporte sanitario es actividad propia de un Hospital señala "..., ya esta Sala tiene declarado en sus sentencias de 5-11 y 7-12-12 (rcuds 191/12 y 4272/11) que "para delimitar este concepto de "propia actividad", la doctrina mayoritaria entiende que son las "obras o servicios que pertenecen al ciclo productivo de la misma, esto es, las que forman parte de las actividades principales de la empresa", y que "nos encontraríamos ante una contrata de este tipo cuando de no haberse concertado esta, las obras y servicios deberían realizarse por el propio empresario comitente so pena de perjudicar sensiblemente su actividad empresarial" (SSTS 18/01/95 -rec 150/94 -

14/11/98 -rec 517/98 -, 22/11/02 -rec. 3904/01 - y 11/05/05 -rec 2291/04 -); y que referida a una actividad pública se corresponde con aquellas prestaciones que se hallan necesariamente integradas en la función que tiene encomendada y sin cuya actuación no se entendería cumplida esa función (STS 23/01/08 -rcud 33/07-). Concretamente se consideran tales los supuestos de transporte sanitario tanto de urgencias (SSTS 23/01/08 -rcud 33/07 - y 03/10/08 -rcud 1675/07 -), como el ordinario no urgente, porque el servicio de transporte sanitario es "indispensable para prestar una correcta atención sanitaria" (STS 24/06/08 -rcud 345/07 -).

Aplicando esta doctrina se llega a la conclusión de que no forma parte de la actividad propia del Hospital que no es otra que la "asistencia sanitaria", las de los servicios de la limpieza ordinaria de sus instalaciones, al tratarse de un servicio complementario y accesorio, que aunque necesario en cualquier actividad empresarial, no interfiere ni se corresponde con la actividad que el Hospital tiene encomendada. Es cierto que estos servicios de limpieza pudieran ser realizados por trabajadores contratados de forma directa por la Conselleria, y si eso hubiera acontecido así no cabe ninguna duda que como empresario respondería directamente; pero también lo es que la limpieza no forma parte de la actividad sanitaria a los efectos de la posibilidad de aplicar la responsabilidad solidaria prevista en el art. 42 del Estatuto, ya que admitiendo que el precepto juega cuando el titular del servicio es la Administración y cuando esta utiliza la figura de la concesión administrativa, es necesario que la concesión se refiera a la actividad principal de la empresa, lo que aquí no acontece."

5. Por consiguiente, y siendo esta la única cuestión que se le plantea a este tribunal en sede del presente recurso, procede estimarlo y absolver a la Generalitat Valenciana de la reclamación formulada contra ella por la demandante.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, no ha lugar a imponer condena en costas.

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 Alicante en virtud de la demanda presentada a instancia de DOÑA M.J.V.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de absolver a la Generalitat Valenciana de la reclamación deducida frente a ella.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.367, de 19 de noviembre de 2015

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de empresa sanitaria. Retribución variable de las remuneraciones de los trabajadores. Omisión del trámite de conclusiones y falta de resolución en forma de la excepción procesal planteada.

Juzgado: Estima la demanda decretando la nulidad de la actuación de la empresa relativa a la adopción del nuevo sistema de cálculo de objetivos a partir de determinada fecha, que determinan la parte variable de las remuneraciones.

Sala: estima el recurso de la empresa demandada en la instancia acordando la nulidad de lo actuado, ordenando reponer los autos al momento de finalización de la vista oral para que se evacue el trámite de conclusiones y una vez oídas las partes se vuelva a dictar sentencia en los términos legalmente establecidos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda interpuesta por la representación sindical de los trabajadores interpone recurso de suplicación la empresa demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora. El recurso se estructura en tres motivos que se formulan respectivamente con amparo procesal en los apartados a,b y c del artículo 193 de la LRJS. En el primer motivo del recurso se denuncia con amparo procesal en el artículo 193.a) la infracción de las normas de procedimiento, concretamente la infracción de lo dispuesto en el artículo 87.4 de la LRJS, al no haberse dado a la recurrente trámite de conclusiones, rechazando mediante Auto de 6/5/2015 que confirmaba la providencia recaída el 11/03/2015 la presentación escrita de conclusiones, por lo que entiende vulnerado su derecho de tutela efectiva e insta la nulidad de la sentencia. En el motivo segundo se solicita la integra revisión del relato fáctico (artículo 193.b de la LRJS) y en el motivo tercero se combate el derecho aplicado negando que la decisión tomada por la empresa en el 2012 tuviera carácter de modificación sustancial, apelando a la conformidad de los trabajadores notificados y afectados por la medida y denunciando la incongruencia omisiva de la sentencia que tras desestimar la aplicación del plazo de caducidad previsto para este tipo de acciones no resuelve sobre la concurrencia o no del plazo general de prescripción aplicable a todo tipo de acciones del artículo 59.

SEGUNDO.- 1. Procede en primer lugar analizar las posibles infracciones procesales y su repercusión sobre el derecho de tutela efectiva pues de entender que la sentencia de instancia causa indefensión a la parte y que la infracción de normas procesales no es subsanable por esta Sala procederá acordar la nulidad y reponer los autos al momento anterior.

En la providencia de 20 de marzo de 2015 la Magistrada rechaza el escrito presentado por la ahora recurrente alegando que no se dio traslado a la parte para hacer conclusiones porque no solicitó realizarlas en el acto del juicio oral.

2. La argumentación de la providencia recurrida supone una aplicación de la norma procesal que afecta al derecho de tutela efectiva y puede causar indefensión. Efectivamente tal y como viene manteniendo esta sala 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.

3. En el presente caso aunque no consta protesta de la actora en el momento de la fase de conclusiones nadie discute la omisión del trámite, y la inadmisión del escrito posterior presentado como diligencia final. El artículo 87.4 de la LRJS no condiciona el cumplimiento del trámite a la petición de parte ni a la facultad judicial, siendo la fase de conclusiones al igual que la de alegaciones un trámite esencial del procedimiento en el que debe primar el principio de oralidad y contradicción, la omisión involuntaria del mismo, no debió privar a la ahora recurrente de su derecho a concluir valorando la prueba practicada y concretando a la vista de lo actuado su oposición a la demanda, lo que le sitúa en una posición más débil que el resto de partes litigantes con la consecuente indefensión.

TERCERO Con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se pretende en segundo lugar la modificación de los hechos declarados probados y en concreto la modificación de los cinco hechos probados con cuyos textos pretende la recurrente sustituir el actual relato fáctico en su integridad. La modificación propuesta que por su contenido y extensión supone la total supresión del actual relato fáctico de la sentencia y su sustitución por uno de nueva confección elaborado por la recurrente, por lo que no puede prosperar, y ello no solo porque el alcance que pretende darle la parte excede sin lugar a dudas del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada sino porque la propuesta así formulada no se ajusta al tenor literal de la norma en la que se apoya ni a los criterios jurisprudenciales que vienen informando su aplicación.(STS 11/12/2003, recurso 63/2003).

CUARTO.- 1. Esta Sala constata además, que tal como denuncia la recurrente con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS la

sentencia de instancia no resuelve la excepción procesal planteada, y aunque siguiendo la doctrina de la Sala IV recogida entre otras en la STS 12/11/2014, recurso 13/2014, entiende que estamos ante una acción de impugnación de una MSCT que no fue adoptada con sujeción a los procesos legales establecidos para ello y por lo tanto la misma no queda sujeta a plazo de caducidad especial, no se pronuncia sobre el plazo general de prescripción del artículo 59ET, por lo que omite un pronunciamiento determinante del fallo.

2. El artículo 202 de la LRJS establece que *“cuando la revocación de la resolución de instancia se funde en la infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, de acuerdo con lo dispuesto en la letra a) del artículo 193, la Sala, sin entrar en el fondo de la cuestión, mandará reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción, y si ésta se hubiera producido en el acto del juicio, al momento de su señalamiento”,* añade en el apartado 2 que *“Si la infracción cometida versara sobre las normas reguladoras de la sentencia, la estimación del motivo obligará a la Sala a resolver lo que corresponda, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate. Pero si no pudiera hacerlo, por ser insuficiente el relato de hechos probados de la resolución recurrida y por no poderse completar por el cauce procesal correspondiente, acordará la nulidad en todo o en parte de dicha resolución y de las siguientes actuaciones procesales, concretando en caso de nulidad parcial los extremos de la resolución impugnada que conservan su firmeza, y mandará reponer lo actuado al momento de dictar sentencia, para que se salven las deficiencias advertidas y sigan los autos su curso legal”.*

3. En el presente caso y a la vista del contenido de la resolución recurrida, puede apreciarse que la Juzgadora no solo omitió de forma indebida el trámite de conclusiones de la parte demandada con la correspondiente indefensión de la misma, sino que no resolvió en forma la excepción procesal planteada por esta, sin que los hechos declarados probados en la sentencia resulten suficientes para proceder a la revisión del derecho aplicado en relación tanto al alcance y contenido de la decisión empresarial, cuya nulidad se insta como al cómputo del tiempo transcurrido entre que esta fue notificada en forma a los trabajadores afectados y desplegó sus efectos y el momento en el que se interpuso la correspondiente demanda. De manera que apreciando que en la tramitación del presente procedimiento se omitió de forma indebida el trámite de conclusiones y que la resolución recurrida adolece tanto de una insuficiencia de hechos probados como de una clara incongruencia omisiva en relación a la excepción planteada por la recurrente, no podemos sino estimar el recurso revocar la sentencia y devolver los autos a la Magistrada de instancia para que evacuando el trámite de conclusiones omitido, integrando el relato factico con determinación de la fecha, contenido, efectos y número de trabajadores afectados por la decisión impugnada, se pronuncie de nuevo sobre la excepción planteada y una vez resuelta esta resuelva el resto de cuestiones planteadas por las litigantes.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa M.S. S.A. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social 1 de BENIDORM de 29 de Mayo de 2015 acordamos **LA NULIDAD DE LO ACTUADO** y ordenamos reponer los autos al momento de finalización de la vista oral para que se evacue el trámite de conclusiones y una vez oídas las partes se vuelva a dictar sentencia en los términos legalmente establecidos.

2039

Sentencia núm. 2.378, de 20 de noviembre de 2015

Materia: Jubilación: Jubilación especial. Trabajador afiliado al RGSS. El actor solicita pensión de jubilación anticipada, la cual le es denegada por no acreditar cotizaciones con anterioridad a determinada fecha en mutualidad de trabajadores por cuenta ajena, lo que no le permite causar dicha prestación con una edad inferior a 65 años. Al denegarse la pensión, el actor vuelve a prestar servicios para la empresa hasta que se extingue su relación laboral, percibiendo prestación por desempleo hasta reconocimiento de la pensión de jubilación ordinaria.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a la jubilación especial a la edad de 64 años y según determinada base reguladora y fecha de efectos. Se condena al ente gestor a pasar por esta declaración, con absolución de Tesorería codemandada.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No resulta de aplicación la norma aplicada en la instancia para la concesión de la jubilación anticipada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia, que declara el derecho del actor a causar pensión de jubilación a los 64 años en aplicación de la Disposición Final Duodécima de la Ley 27/2011, recurre el INNS en suplicación, a través de un motivo único y con amparo procesal del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Dicho organismo señala como infringidas la Disposición derogatoria única de la Ley 27/2011, que deroga el RD 1194/1985 de 17 de julio, así como la Disposición Final 12^a de la misma ley, que en su regulación de las pensiones de jubilación vigentes antes de la entrada en vigor de dicha norma, a las que se causen antes del 1 de enero del 2019, delimita las posibilidades en relación a las de anticipo de la edad de jubilación a los 64 años. Entiende el INSS que la sentencia aplica indebidamente el apartado b) de la DF 12^a pues la jubilación no puede aplicarse a una relación ya extinguida, y tampoco referirse a convenios o acuerdos que prevén jubilaciones anticipadas, pues en el caso analizado se prevé solo una posibilidad, siendo necesario, además, que en su caso, los convenios estén inscritos en un registro especial.

Y el recurso del INSS debe prosperar, pues entiende esta Sala que efectivamente no resulta de aplicación el apartado c) de la Disposición Final 12^a de la Ley 27/2011, pues el ahora recurrido no se encontraba en situación de jubilación parcial con anterioridad a la norma, ni se había incorporado a planes de jubilación parcial recogidos en convenios colectivos; pero tampoco le resulta aplicable el

apartado b) de la misma DF, que integra a las *“personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados o suscritos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente ley, con independencia de que la extinción de la relación laboral se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013”*.

Señala el demandante y recoge en este sentido la sentencia de instancia, que el actor debe incluirse en el citado párrafo porque extinguió su relación laboral con la empresa antes de solicitar la jubilación y porque el art 22 del Convenio aplicable así lo preveía. Sin embargo, lo que prevé el Convenio no es la jubilación anticipada pactada convencionalmente, que es a lo que se refiere la norma, sino a la posibilidad de un pacto individual que permita al trabajador jubilarse con anticipación, pacto que no puede considerarse incluido en la previsión legal, pues precisamente la finalidad de la Ley 27/2011, entre otras, fue la de restringir las posibilidades de acceso a la jubilación, antes de la edad ordinaria, limitando las posibilidades de dicha jubilación anticipada a aquellos supuestos de acuerdos o decisiones colectivas, lo que en el presente supuesto no concurre. No obstante, tiene razón el recurrido en cuanto a la inaplicación de la reforma llevada a cabo por el RDL 5/2013 que al entrar en vigor con posterioridad a la fecha en que se solicita la jubilación anticipada sería de inaplicación al caso, lo que, sin embargo, no empece a que la conclusión final sea la misma, es decir, estimatoria del recurso y revocatoria de la sentencia de la instancia.

SEGUNDO.- Sin costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. ONCE de los de VALENCIA, de fecha 7 DE Octubre del 2014, en virtud de demanda presentada a instancia de DON R.S.H.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sentencia núm. 2.396, de 24 de noviembre de 2015

Materia: Reconocimiento de derecho: reincorporación al puesto de trabajo tras excedencia voluntaria. Trabajadora que presta servicios como jefa de recepción en establecimiento hotelero. La actora inicia situación de excedencia voluntaria solicitando posteriormente reingreso en la empresa. La empresa le comunica la imposibilidad de incorporarse al no existir puestos vacantes de igual o similar categoría. Se le ofrece puesto de inferior categoría que es rechazado. La empresa tiene más de 100 trabajadores, ostentando la actora la condición de miembro del comité de empresa al inicio de la situación de excedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones contra ella deducidas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Debe estimarse correctamente el derecho expectante de la actora a su reingreso condicionado a la existencia de vacante, el cual se produce desde el mismo momento de la solicitud de incorporación por cese de la sustituta. La plaza no ha sido ni cubierta ni amortizada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la actora, frente a la sentencia que desestima su demanda en la que ejercita acción declarativa de derecho a reincorporación tras excedencia voluntaria.

1. Los dos primeros motivos del recurso se articulan por el cauce de la letra b) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando, en el primero, la revisión de hecho probado quinto, proponiendo la siguiente redacción, “Las funciones de la trabajadora, durante el tiempo de duración de la excedencia, fueron realizadas por Dña. E.F.S., la cual suscribió un contrato de duración determinada durante el periodo de la excedencia de la demandante (hasta 30 de octubre de 2013), con la categoría profesional de *Jefa de recepción*, desempeñando ésta las funciones de la demandante referentes a la recepción así como gestión de reservas”, en base a la documental obrante a los folios 119, 116.

El folio 116 son los datos informáticos de la empresa de fechas de altas y bajas de la Sra. F., y el folio 119 es el contrato de trabajo suscrito por la Sra. F. en fecha 22-4-13, en el que consta que prestará servicios como Recepcionista de hoteles, hasta la reincorporación de la actora, al objeto de sustituir a la actora, desempeñando el puesto de Jefa de recepción; y siendo que el hecho impugnado ya da noticia del

contrato de trabajo, este se entiende íntegramente por reproducido, lo que hace innecesaria la revisión postulada.

2. En el segundo motivo, interesa que se suprima del hecho probado quinto la siguiente frase: y D. J.M.S., que ya era trabajador de la empresa, que desempeñaba las funciones propias de la Jefatura de recepción”, y que se suprima el contenido del hecho probado sexto, en base a los documentos obrantes a los folios 69, 119, 116, 39, 68, 66, 70, 120, 69, 72.

Los folios 69 y 39 consisten en correos electrónicos ya valorados por la Magistrada de instancia, los folios 66 y 66 son las comunicaciones que ya constan al hecho probado cuarto, el folio 119 es el contrato de trabajo de la Sra. F. de 22-4-13, que como ya se ha indicado, se tiene íntegramente por reproducido, el folio 116 son datos informáticos de la empresa con fechas de altas y bajas de la Sra. F. y el folio 70 las del Sr. M., el folio 120 es un escrito de empresa ya valorado por la Magistrada de instancia; y siendo que ya consta al hecho probado séptimo que la Sra. F. suscribió nuevo contrato de trabajo el 1-11-13, no cabe acceder a la supresión interesada, pues la Magistrada de instancia ha obtenido la convicción plasmada en el relato fáctico de la valoración de la prueba documental y testificales practicadas en el acto del juicio.

SEGUNDO.- En el motivo tercero, al amparo del art. 193-c) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 46 del Estatuto de los Trabajadores y art. 29 del Convenio Colectivo de Industrias de Hostería de la provincia de Alicante (folios 53 a 61). Sostiene la recurrente que la Sra. F. fue contratada como Jefa de recepción el 22-4-13 y fue dada de baja el 31-10-13, con motivo de solicitar la actora el reingreso, que la demandada alegó que el Sr. M. inició prestación de servicios como jefe de recepción el 1-9-13, por lo que de atender tal alegación, hasta esa fecha la Sra. F. actuó como jefa de recepción y habiendo cesado el 31-10-13 la Sra. F., sustituta de la actora, existe vacante y procede el reingreso solicitado.

De la relación de hechos declarados probados, a la que esta Sala queda vinculada, se constata que, con motivo de la excedencia voluntaria de la actora, Jefa de recepción del Hotel M., del 1-2-2013 al 1-11-2013, la empresa contrató a la Sra. F. el 22-4-13, para prestar servicios como Recepcionista de hoteles, hasta la reincorporación de la actora y al objeto de sustituirla, desempeñando el puesto de Jefa de recepción; la actora solicitó el reingreso con efectos 1-11-13, y ese día la Sra. F. suscribió un nuevo contrato de trabajo de duración determinada con categoría profesional de recepcionista. De lo que se deduce que mientras la actora permaneció en situación de excedencia, su puesto de trabajo fue ocupado por una trabajadora contratada expresamente para sustituirla en el puesto de jefa de recepción, y a fecha de efectos de la solicitud de reingreso de la actora, la trabajadora sustituta fue cesada en el puesto de jefa de recepción, pues expiró el término de su contratación y suscribió un nuevo contrato de trabajo ahora con categoría de recepcionista, lo que implica que el puesto de trabajo de la actora quedó vacante, sin que el hecho de que el Sr. M., que ya era trabajador de la empresa y cuya categoría profesional no consta en el relato fáctico, desempeñase algunas de las funciones del puesto de la actora como jefa de recepción, implique que la plaza de la actora haya sido cubierta por dicho trabajador,

ni que se haya producido una amortización de la misma; y en consecuencia, el derecho expectante de la actora a su reingreso condicionado a la existencia de vacante debe estimarse correctamente ejercitado, dado que, a fecha de solicitud del reingreso, su puesto de trabajo estaba vacante pues finalizó el contrato de la trabajadora contratada para sustituirla, y su plaza no fue cubierta por nueva contratación ni fue amortizada, lo que lleva a estimar el recurso.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de E.C.G.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Benidorm, de fecha 15-enero-2015; y, en con revocación de la resolución recurrida, estimamos la demanda y declaramos el derecho de la actora a su reingreso en su puesto de trabajo de Jefa de recepción con efectos 1-noviembre-2013, condenado a la demandada M. SL a estar y pasar por esta declaración.

Sin costas.

2041

Sentencia núm. 2.484, de 1 de diciembre de 2015

Materia: Pensión de viudedad: derecho a la prestación. Denegación de prestación por no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes del fallecimiento del causante. Los actores habían contraído matrimonio por el rito gitano. Se ha concedido pensión de orfandad a varios hijos.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir una pensión de viudedad equivalente al 52% de su base reguladora mensual.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No se reúnen los requisitos legales para lucrar pensión de viudedad solicitada por la demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia y el auto de aclaración de la misma que reconoce a la actora el derecho a la pensión de viudedad recurre en suplicación el Letrado de la Administración de la Seguridad Social por medio de tres motivos. Los dos primeros motivos se fundamentan en el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), mientras que el tercero se formula por el apartado c del mismo precepto legal, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

En el primero de los motivos se insta la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente tenor: “El causante J.S.F. falleció siendo su estado civil soltero.”

La adición postulada se deduce de los folios 15, 63 (certificación literal del Registro Civil) y 18 y 50 (Libro de familia) y ha de ser acogida por desprenderse de los documentos referidos y ser relevante para modificar el sentido del fallo en la medida en que evidencia el estado civil del causante a efectos oficiales.

En el segundo de los motivos se solicita la adición de otro nuevo hecho probado con este contenido: “La demandante M.F.F. ostenta el estado civil de soltera.”

Dicha adición se extrae de los folios 18 y 50 (Libro de Familia) y también ha de prosperar al desprenderse de dichos documentos y ser trascendente para la resolución de la cuestión controvertida en la medida en que constata cuál es el estado civil de la demandante a efectos de las autoridades españolas.

SEGUNDO.- El último motivo del recurso que se destina al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia se imputa a la misma la infracción por inaplicación del art. 174.3 párrafo 4 de la Ley General de la Seguridad Social, así como la

jurisprudencia interpretando el indicado precepto y contenida en las STS de 22.9.2014 rec. 759/2012, 22.9.2014, rec. 1098/2012, 22.9.2012, rec. 1980/2012, 16.7.2013, 26.11.2012. 26.12.2011.

Aduce el Letrado de la Administración de la Seguridad Social que la sentencia considera que la actora unida por el rito gitano con el fallecido y con cinco hijos en común tiene derecho a la pensión de viudedad aplicando la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8.12.2009, recogida en la sentencia nº 518/10, de 3.5.2010 de la Sala de lo Social del TSJ de Baleares, pero en el presente caso no concurren elementos de prueba que pudieran objetivar una situación análoga, con la decidida por el STEDH ya que para éste último, la buena fe de la entonces demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, generó en la interesada la expectativa legítima de ser considerada esposa y formar una pareja casada reconocida, mientras que en el supuesto presente se niega a la reclamante la condición de cónyuge pues no existe un reconocimiento previo de esta cualidad por las autoridades, se ha de tener en cuenta que en el Libro de Familia, el causante y la demandante ostentan el estado civil de solteros, estado civil que también se constata respecto al fallecido en la certificación literal de fallecimiento del Registro Civil y cita diversas sentencias de la Sala de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia en apoyo de su argumentación.

La censura jurídica expuesta ha de ser acogida por cuanto que el supuesto de hecho contemplado en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el que ahora nos ocupa difieren sustancialmente en cuanto a la convicción de los contrayentes por el rito gitano acerca de que el mismo constituía un matrimonio válido a efectos del Estado español y, por consiguiente, acerca de la buena fe de la demandante sobre de la eficacia legal de su unión con el fallecido. Así se ha de tener presente que el TEDH aprecia "la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada con todos los efectos inherentes a este estado, indudablemente fue reforzada por la actitud de las autoridades, que le reconocieron la calidad de esposa con la entrega de varios documentos de la Seguridad Social, por ejemplo el documento de inscripción en el sistema, estableciendo su calidad de esposa y madre de familia numerosa, situación considerada como especialmente digna de ayuda y que exigía, en aplicación de la Ley núm. 25/1971 (RCL 1971, 1201 y 1770), el reconocimiento de la calidad de cónyuge..."; lo que ha generado "en la interesada la expectativa legítima de ser considerada esposa, de formar una pareja casada reconocida..." por lo que "es natural que la demandante haya alimentado la esperanza de que se le reconozca una pensión de viudedad". Razón por la cual "la denegación del reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta calidad por las autoridades..." para concluir -desde "las circunstancias específicas" del caso que analiza- en el sentido de considerar "desproporcionado que el Estado español, que emitió un Libro de Familia para la demandante y su familia, les reconoció el estatus de familia numerosa, les concedió, a la interesada y a sus seis hijos, asistencia sanitaria y percibió las cotizaciones de su marido gitano en la Seguridad Social durante más de diecinueve años, no quiera hoy reconocer los efectos del matrimonio gitano en materia de pensión de viudedad".

La censura jurídica expuesta ha de ser acogida ya que en efecto en el presente caso la demandante y el fallecido figuran como solteros en el libro de familia que se les entregó y en el que figuran inscritos sus cinco hijos, asimismo el causante figura como soltero en el certificado de defunción, pero es más en el testamento que otorgó aquel en fecha 1 de marzo de 2010 ante el Notario de Valencia don R.M.G. se hacía constar que legaba a doña M.F.F. con quien formaba pareja de hecho, el usufructo vitalicio de todos sus bienes y acciones. Es decir, que el propio causante sabía que a efectos legales su unión no constituía un matrimonio sino que era equivalente a la de una pareja de hecho, si bien al no reunir los requisitos establecidos en el art. 174 apartado 3 de la Ley General de la Seguridad Social para poder lucrar la pensión de viudedad no cabe sino desestimar la demanda en contra de lo resuelto por la sentencia de instancia que se ha de revocar.

Vistos los preceptos legales citados, sus concordantes y demás disposiciones de general y pertinente aplicación.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Ocho de los de Valencia y su provincia, de fecha 18 de septiembre de 2014, en virtud de demanda presentada a instancia de D^a. M.F.F. contra la recurrente; y, en consecuencia, revocamos la meritada sentencia, desestimando la demanda y absolviendo a la Entidad Gestora de los pedimentos deducidos en su contra.

Sentencia núm. 2.528, de 1 de diciembre de 2015

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador con relación laboral especial penitenciaria. El actor sufre accidente de trabajo. Declaración de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo. Responsabilidad empresarial. Reclamación de daños y perjuicios por el accidente causado. Indemnización por secuelas según lo previsto en convenio colectivo. Mejora voluntaria complementaria de la acción protectora de la Seguridad Social fijada en convenio colectivo.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas de contrario. No ha lugar a la indemnización solicitada.

Sala: Estima el recurso y condena solidariamente a las demandadas al pago de la indemnización correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Por la representación letrada del demandante se formula recurso frente la sentencia de instancia, que desestimó la demanda donde reclamaba el abono de determinada suma en concepto de indemnización derivada de lo dispuesto en el convenio colectivo aplicable para el caso de que el trabajador fuera declarado en situación de IPT derivada de accidente de trabajo.

En el único motivo de dicho recurso, que se apoya en el artículo 193 “c” de la LRJS, se censura la infracción del artículo 1902 del Código Civil, del artículo 214 de la LEC y de la jurisprudencia que se cita expresamente. La decisión objeto de recurso desestimó la demanda atendiendo a que en la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia el 30 de septiembre de 2014 se condenó solidariamente a las aquí demandadas a satisfacer al ahora recurrente por el accidente laboral sufrido el 24 de mayo de 2012 la cantidad de 131.054,74 euros, más los intereses, como indemnización total, y si bien no cabía apreciar el efecto negativo de cosa juzgada en relación con la pretensión sustentada en la demanda, dicha sentencia constituía un antecedente vinculante pues la indemnización aludida comprendía todos los conceptos, incluido el lucro cesante, de forma que la mejora convencional reclamada en ese segundo proceso quedaba compensada con la suma antes explicitada.

La parte recurrente argumenta que esa solución es irracional y arbitraria, habiéndose incurrido en un palmario error de hecho, puesto que la cantidad a la que se condenó por lucro cesante ascendía a 677,37 euros, y como quiera que la compensación procede entre conceptos homogéneos, solo esa cifra y concepto habrá que deducir del importe total reclamado (29.000 euros), al tratarse lo solicitado de una

mejora voluntaria complementaria de la acción protectora de la Seguridad Social fijada en el convenio colectivo.

Al respecto debe partirse de que, en efecto, se deduce de su lectura que lo previsto en el artículo 27 del convenio aplicable, el de siderometalurgia de la provincia de Salamanca, constituye una mejora voluntaria de la Seguridad Social, y se plantea de nuevo el alcance de la compatibilidad existente entre las prestaciones de seguridad social y la indemnización de daños y perjuicios derivados de un accidente de trabajo, y en su caso, la forma de computar el importe de aquellas en el montante indemnizatorio, habiendo existido una serie de vaivenes en la jurisprudencia al discrepar internamente el propio Tribunal Supremo en esta materia, siendo la sentencia de este órgano de 17 de julio de 2007, dictada en unificación de doctrina y citada en el recurso, la que ha afirmado el alcance de la reparación íntegra del daño causado aplicando la técnica de la acumulación relativa de indemnizaciones frente a la de la acumulación absoluta de estas al margen de la entidad del daño, y conseguir de este modo que la indemnización debida sea la adecuada y suficiente para reparar o compensar plenamente todos los daños y perjuicios, es decir, el daño emergente, el lucro cesante, los daños corporales y los morales causados por el accidente de trabajo, sin que el perjudicado deba enriquecerse indebidamente percibiendo indemnizaciones por encima del límite racional de la compensación plena, lo que es reiterado en su sentencia del 23 de junio de 2014, donde el citado Tribunal reconoce que aquella anterior sentencia no consiguió el objetivo perseguido de clarificar la cuestión dada su profusión argumental y la extrapolación de soluciones desde un campo de pura responsabilidad objetiva, como es el accidente de circulación.

En resumen, en el caso examinado en el recurso no hay duda de que la suma reclamada, al derivar de una obligación plasmada en el convenio aplicable con la naturaleza de mejora voluntaria de la seguridad social, es compatible con la indemnización de daños y perjuicios percibida, pero complementaria a ella, lo que supone que del monto reclamado deba restarse lo que ya se hubiera cobrado de otras fuentes por el mismo concepto, deducción que solo se puede efectuar, como señala el Tribunal Supremo, entre conceptos homogéneos, y siendo uno de estos la partida que compensa el lucro cesante, lo percibido por este concepto (677,37 euros conforme el sexto hecho probado) a raíz de la sentencia de 30 de septiembre de 2014 será lo que se deducirá del total reclamado, en sintonía con lo sostenido en el recurso y denegado en la sentencia objeto del mismo.

Consecuentemente, se estimará el recurso y se revocará la sentencia de instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por M.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia recaída en autos sobre cantidad contra el Organismo Autónomo de Trabajo y Prestaciones Penitenciarias y D.C. SL, y con revocación de la misma y estimación de la demanda, debemos condenar

y condenamos solidariamente a las citadas partes a abonar al recurrente la suma de 28.322,63 euros.

2043

Sentencia núm. 2.532, de 1 de diciembre de 2015

Materia: Incapacidad temporal. Determinación de contingencia. Reconocimiento proceso de incapacidad temporal derivado de contingencias profesionales.

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

Sala: Estima el recurso reconociendo al actor que el proceso de incapacidad temporal deriva del accidente de trabajo sufrido al descargar material. Aplicación art. 115.2 f) de la LGSS.

Ponente: Ilma. Sra. D^a Virginia Villaverde Candelas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de D. M.L.M. se recurre la sentencia de instancia en la que se desestima su demanda de determinación de contingencia de Incapacidad Temporal.

SEGUNDO.- Dicho recurso se redacta al amparo del cauce procesal del artículo 193, apartado c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), considerando que se infringe lo dispuesto en el artículo 115.2 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS) por aplicación indebida.

En este sentido, el recurrente insiste en que el accidente de trabajo ha supuesto una agravación de la antigua dolencia de la espalda, que no se había vuelto a manifestar hasta ahora como consecuencia de los esfuerzos que realizó en el trabajo, y por tanto, existe una continuidad del accidente de trabajo en la baja de 16 de junio de 2012 por contingencias comunes, solicitando que sea declarada como contingencia profesional.

Por la parte de los recurridos, la Mutua X. presenta escrito de impugnación del recurso en base a tres motivos diferenciados.

Pretende, en primer lugar, que dicho recurso no prospere por entender que no reúne las exigencias formales y sustantivas que permiten modificar la sentencia de instancia. Este razonamiento no puede ser estimado por cuanto se identifica con claridad el motivo del recurso y su pretensión (tal y como se explica en el párrafo anterior), así como que se fundamenta en el informe del Inspector del INSS (Folio 65). Prueba de ello es que el propio recurrido, en segundo lugar, entra en la cuestión de fondo y se puede comprobar que comprende perfectamente sobre qué términos versa el recurso y por tanto, no existe contrariedad con el principio de igualdad procesal.

En segundo lugar, se plantea la excepción de caducidad en la instancia. Siguiendo los reiterados pronunciamientos de esta Sala, como por ejemplo STSJ de la Comunidad Valenciana nº 1744/2014 de 21 de julio de 2014 (rs. 382/2014) de la que se hace eco, entre otras (rs. 2808/2013 y rs. 3945/2008), cabe explicar que señala el art. 71 LRJS que será requisito necesario para formular demanda en materia de Seguridad Social que los interesados interpongan reclamación previa ante la Entidad gestora o Tesorería General de la Seguridad Social correspondiente. La reclamación previa deberá interponerse, ante el órgano que dictó la resolución, en el plazo de treinta días desde la notificación de la misma, si es expresa, o desde la fecha en que, conforme a la normativa reguladora del procedimiento de que se trate, deba entenderse producido el silencio administrativo.

El citado precepto se está refiriendo al plazo de caducidad de la instancia, entendido éste como el concedido para llevar a cabo determinado trámite, puede ser de nuevo reabierto, a través de nueva reclamación o posterior solicitud de reapertura. Es decir, entendemos (al igual que otros TSJ) que pese a la presentación extemporánea de una segunda reclamación previa, la consecuencia que se imponía, no debió ser la apreciación de la excepción de caducidad en la instancia como un obstáculo a la existencia de un pronunciamiento sobre el fondo pues la cuestión a decidir en el presente caso es si la reapertura de la instancia administrativa debe partir siempre de un acuerdo o resolución inicial, o puede hacerlo en ocasiones mediante una simple reclamación administrativa previa que tenga en cuenta el acuerdo o resolución inicial de la instancia anterior que transcurrió sin trascendencia. Para resolver dicha cuestión se ha de tener en cuenta que al tratarse del acceso a la jurisdicción, y estando por ello en juego la obtención de una primera decisión judicial, los cánones de control de constitucionalidad se amplían como consecuencia de la proyección del principio pro actione, con el objeto de evitar que determinadas aplicaciones o interpretaciones de los presupuestos procesales eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión a él sometida (SSTC 207/1998, de 26 de octubre, FJ 3 EDJ1998/2493; 63/1999, de 26 de abril, FJ 2 EDJ1999/6887; 172/2002, de 30 de septiembre, FJ 3 EDJ2002/4485; 184/2004, de 2 de noviembre, FJ 3 EDJ2004/156817; 79/2005, de 4 de abril, FJ 2 EDJ2005/37141 ; y 244/2006, de 24 de julio, FJ 2 EDJ2006/112571, entre otras muchas).

TERCERO.- Por último y en referencia al artículo 115.2 f), el recurrente sufrió un accidente de trabajo el 1 de marzo de 2012 como consecuencia de levantar un saco de material que se encontraba en el maletero de su coche y que pretendía dejar en una obra de su empresa. Como consecuencia, inició un periodo de baja por incapacidad temporal por accidente de trabajo con el diagnóstico de “lumbalgia”. El 15 de junio de 2012 se le extiende parte de alta médica por mejoría que permite realizar su trabajo y al día siguiente, el 16 de junio de 2015, inició de nuevo un procedimiento de baja por enfermedad común con el mismo diagnóstico. En este caso, parece que la mejoría que permitía realizar su trabajo no era tal o resulta contradictoria, pues al día siguiente el médico del Servicio Público de Salud le volvió a expedir baja por incapacidad temporal, no llegando a estar ni un solo día de alta, hasta que le fue

concedida en por el Instituto Nacional de la Seguridad Social la Incapacidad Permanente Total para su trabajo habitual el 4 de abril de 2014.

Si bien el recurrente fue operado hace 15 años de hernia discal L5S1, el 20 de enero de 2012, también consta acreditado a su vez que se le practicó una resonancia en el Servicio Público de Salud, por indicación de “dolor en ambos MMII en paciente operado de hernia discal L5S1 hace 15 años”. No obstante, aunque el recurrente manifestara dolor en enero, el mismo no le impedía desarrollar su trabajo, pues no fue hasta la fecha del accidente cuando quedo incapacitado.

De dicho informe se desprende, entre otras conclusiones, severos cambios en las vértebras L5S1, correspondiendo a una hernia recidivada.

El artículo 115.2 f) LGSS, establece que tendrán consideración de accidente de trabajo las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente. Como apunta la Sala en supuestos similares, lo determinante es que los efectos incapacitantes se pongan de manifiesto con ocasión o como consecuencia del trabajo que se venga desarrollando a través de un suceso repentino calificable de accidente de trabajo, y por tanto, tales efectos tienen lugar como consecuencia del accidente al interaccionar con la enfermedad previa, como es este caso. En este sentido las STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de septiembre de 2014 (rs. 802/2014 y el 18 de diciembre de 2013 (rs.732/2013).

Por tanto, lo relevante es que produzca una incapacidad hasta entonces inexistente, pues a pesar de que al recurrente se le había diagnosticado hernia recidivada, continuó trabajando con normalidad hasta la fecha del accidente.

Por todo ello, discrepamos de la solución alcanzada en instancia, entendiendo que la baja de 16 de junio de 2012 es continuación del accidente de trabajo sufrido el 1 de marzo de 2012.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Don M.L.M. frente a la sentencia nº 424/2014 de 19 de diciembre de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social nº 9 de Valencia en procedimiento 400/2013, en virtud de demanda presentada a instancia de M.L.M., revocando la misma y se estima la demanda, declarando que el proceso de incapacidad temporal iniciado el 16 de junio de 2012 deriva de accidente de trabajo, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, con las consecuencias legales que de ellos se deriven respecto a la Mutua demandada. Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

Sentencia núm. 2.653, de 30 de diciembre de 2015

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral. Expediente de regulación temporal de empleo y expediente de regulación de empleo. Reducción de jornada anual del trabajador. Reducción del salario en la misma proporción a la jornada anual. Modificación sustancial de las condiciones de trabajo: reducciones salariales y de jornada. Rescisión de contrato por parte del trabajador. Consideración de despido como improcedente.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido del trabajador, condenando a la mercantil demandada a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o al abono de la indemnización correspondiente.

Sala: Estima el recurso de la empresa demandada en la instancia, sin que proceda la declaración de un despido improcedente. No existe voluntad por parte de la empresa en extinguir la relación laboral. Es el propio trabajador el que quiere llegar a una extinción indemnizada de su contrato.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la empresa demandada T.M.M. SA, la sentencia que ha declarado improcedente el despido de 10 de febrero de 2014 y la ha condenado con las legales consecuencias.

El recurso, se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, se insta la modificación del hecho décimo que estima insuficiente e incompleto, con apoyo en el burofax enviado por el actor a la empresa en fecha 11 de febrero de 2014 (folio 44 de la prueba del actor) y en el escrito dirigido al actor por la empresa el día 13 de febrero de 2014 (folio 47), de donde a juicio de la recurrente se desprendería que el actor dejó de acudir a su puesto de trabajo a partir del 10 de febrero y no solo ese día, lo que no niega la sentencia y se desestima por reiterativo. El magistrado valora esta circunstancia y no es preciso volverla a reiterar en los hechos que considera acreditados la sentencia.

SEGUNDO.- Con amparo en lo dispuesto en la letra c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia en el segundo motivo, la vulneración de lo establecido en los arts. 49.1 d) y 55.4 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 108.1 de la LRJS y la jurisprudencia dictada al efecto. Considera la recurrente que de los hechos probados se desprende la voluntad manifiesta, clara y firme del trabajador de dar por finalizada su relación laboral con la empresa de forma unilateral, dejando de acudir a su puesto de trabajo, lo que en todo caso implicaría su dimisión tácita. Añade que si se le hubiera despedido por faltas injustificadas habría argumentado que con preaviso de 2 meses

de antelación había proporcionado a la empresa la justificación suficiente para sus ausencias; y por último aduce que la interposición de la demanda de extinción por el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, que fue desestimada al no tener causa legal, basada en una supuesta discrepancia en la elaboración de las nóminas después del expediente de reducción de jornada, no autorizaba al trabajador a abandonar su puesto de trabajo, incluso aunque hubiera instado la extinción por el art. 50 del Estatuto de los Trabajadores, lo que se le advirtió por la empresa en contestación a todas sus solicitudes de extinción, siendo que los hechos descritos en la sentencia son conductas que acreditan la voluntad del trabajador de abandonar su puesto de trabajo, y la actuación empresarial lógica y conforme a derecho, alegando en apoyo de su tesis las STS de 16-12-1980, 27-6-1983, 19-12-1988 o 29-3-2001, así como la de 1-10-1990. Sigue argumentando el recurso que ni el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores, ni el Real Decreto 1484/2012 de 29 de octubre, ni la LRJS, contemplan la posibilidad, en el caso, de extinguir unilateralmente el contrato laboral por parte del empleado, ni expresa ni tácitamente, señalando en apoyo de su pretensión distintas sentencias de TSJ.

Para decidir el recurso hay que partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia de los que por su interés destacamos:

1.- El demandante ha venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa T.M.M., S.A., con antigüedad desde el 22 de julio de 2.005, categoría profesional de ingeniero y salario diario de 128,06 euros, con prorrata de pagas extras de 128,06 euros. Las relaciones de trabajo en la empresa se rigen por lo dispuesto en el Convenio colectivo de trabajo del sector de industria del metal de la provincia de Valencia.

2.- La mercantil, dedicada a la actividad de instalaciones y mantenimientos, presentó ante la Autoridad Laboral el día 16 de octubre de 2.013 solicitud de expediente de regulación temporal de empleo consistente en reducción de jornada alegando causas económicas (situación negativa y disminución persistente del nivel de ingresos o ventas) y productivas. El actor participó en el ERE como representante ad hoc de los trabajadores. El 15 de octubre de 2.013 se celebró la primera reunión entre la Dirección y los representantes de los trabajadores, el 23 de octubre la segunda y el 30 de octubre la tercera y última que concluyó con el resultado de "CON ACUERDO", en cuyas cláusulas se establece, la reducción del 43,97 % de la jornada laboral en cómputo anual y la consecuente reducción proporcional de las retribuciones ordinarias. La medida adoptada se comunicó a la Dirección Territorial de Empleo de la Conselleria de Educación, Formación y Empleo el día (registro de entrada) 6 de noviembre de 2.013. En esa misma fecha se notificó a los representantes de los trabajadores. A la comunicación se adjuntaba copia de los días concretos de reducción de jornada individualizados para cada uno de los trabajadores afectados.

3.- De forma paralela a este procedimiento colectivo de reducción de jornada, se tramitó un procedimiento de despido colectivo, celebrándose reuniones entre la Dirección de la empresa y los representantes de los trabajadores, los días 15, 23 y 30

de octubre, 6 y 13 de noviembre. En esta última reunión se llegó a un preacuerdo que fue ratificado en fecha 15 de noviembre de 2.013.

En las cláusulas del preacuerdo se hacían constar, entre otros, los siguientes extremos: Que ambas partes reconocían la realidad de las causas económicas y productivas alegadas por la empresa. Que el número de trabajadores afectados quedaba fijado en 17 empleados (de los 22 inicialmente previstos) quedando diferida la determinación concreta de los mismos al día 14 una vez finalizado el periodo de adscripciones voluntarias. Criterios para la designación de los trabajadores afectados. Medidas de acompañamiento social acordadas. La indemnización se fijó en 28 días por año trabajado con un máximo de 20 mensualidades.

4.- La empresa notificó al actor carta de fecha 7 de noviembre de 2.013 que consta literal en la sentencia comunicándole la reducción de su jornada como consecuencia del expediente tramitado.

5.- En fecha no concretada el actor solicitó su adscripción voluntaria al procedimiento de despido colectivo sustanciado en noviembre de 2013, opción que fue descartada por la empresa.

6.- En la reunión de 23 de octubre la empresa entregó a los trabajadores que podían verse afectados por la medida de reducción, y entre ellos al demandante, una “simulación de nómina”. En la reunión de 30 de octubre la empresa, a petición de la parte social, señaló que la reducción se realizaría en base a brutos y no a netos, comprometiéndose a facilitar en los próximos diez días una simulación de nóminas calculadas a bruto a los empleados.

La empresa entregó al señor L.C. una “estimación brutos T.” el día 8 de noviembre de 2.013.

7.- El actor dirigió un escrito a la empresa fechado el 20 de noviembre con el siguiente contenido: “Recibida mi simulación de nómina por parte de la empresa, tras el acuerdo de expediente de reducción temporal de empleo, se comprueba que la reducción salarial se practica sobre la cuantía del salarió neto. Procede la reducción por ERTE sobre salario bruto. Sin computar los variables puntuales, el salario mensual bruto es de 2.284,17 euros más 441,11 euros de prorrata de pagas extraordinarias. La reducción sería de 43,97% por lo que resultaría un bruto mensual fijo de 1.279,82 euros más 247,15 euros de prorrata de paga extra sin perjuicio de los variables que procedan. Ruego comprobación y verificación”.

8.- El nueve de diciembre de 2.013 el demandante se dirigió por escrito a la mercantil, que obrando incorporado a los autos se da por reproducido, haciendo constar lo siguiente:

“La pasada semana se agotaron por parte del trabajador los diversos intentos verbales y por escrito para la inaplicación de la reducción y estructura salarial modificada en fecha 8 de noviembre de 2.013 por medio de la simulación de su salario

previamente solicitada a la empresa para su aplicación a la nueva jornada reducida establecida por ERE temporal.

Se acepta y no se discute la reducción salarial del 43,97% determinada por ERE al que el trabajador incluso ha prestado expresa conformidad como miembro de la comisión negociadora.

Perjudica al trabajador de forma evidente la adicional reducción y supresión de conceptos salariales mensuales sobre los que no se aplica la reducción establecida en el ERE siendo una reducción salarial y una modificación de conceptos decidida de forma específica e individual, que añade una importante reducción salarial al ya importante 43,97% establecido en el ERE.

En la simulación de nómina entregada a requerimiento del trabajador se reduce correctamente en aplicación del ERE en un 56,03% el salario base, que pasa de 1.741,32 euros a 975,66 euros, así como el plus convenio, que pasa de 113,27 euros mensuales a 63,47 euros, pero se elimina de plano el complemento salarial mensual de 145,68 euros mensuales fijos que el trabajador venía percibiendo, se reduce de 283,90 euros a 16,20 euros mensuales el complemento a líquido que igualmente venía percibiendo el trabajador y se reduce, por último, de 441,11 euros mensuales a 207,28 euros la prorrata de pagas extras.

Por todo ello, por medio del presente escrito comunica a su empresa su opción definitiva por el derecho a la rescisión de su contrato de trabajo en base al artículo 41.3, segundo párrafo, del Estatuto de los Trabajadores, derecho contemplado para las modificaciones sustanciales que causan perjuicio al trabajador señaladas en el punto primero del mismo artículo, y más en concreto, en base al punto 1. d, que comprende las modificaciones sustanciales del sistema de remuneración y de la cuantía salarial, con derecho a situación legal de desempleo y a la indemnización de veinte días de salario por año de servicio con el límite de nueve mensualidades señaladas en el mismo artículo.

El importe de la indemnización devengada deriva del siguiente cálculo 21.983,63 euros.

Los efectos de mi cese se producirán en fecha 9 de febrero de 2.014, respetando así el preaviso estipulado para los técnicos en el convenio de aplicación.

Ruego acusen recibo de la presente”.

9.- La empresa contestó al actor en fecha 10 de diciembre de 2.013 mediante escrito en el que se hacía constar, en síntesis, que la comunicación de 8 de noviembre de 2.013 era una estimación, y manifestando que, pese a existir discrepancias en el modo de hacer los cálculos, se prestaba la conformidad con el escrito de 20 de noviembre de 2.013 y se fijaba un salario mensual bruto de 1.279,82 euros más 247,15 euros de prorrata de pagas extraordinarias.

A continuación se hacía constar que “...la Empresa entiende que no ha lugar, en ningún caso, a la rescisión de su contrato. ... y ello por cuanto que en el caso que nos ocupa no se ha llevado a cabo una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino un Expediente de Regulación Temporal de Empleo, de reducción de jornada, por causas económicas y productivas. A mayor abundamiento cabe señalar que la Empresa, única y exclusivamente, le aportó una mera simulación de nómina, cumpliendo lo dispuesto en el periodo de consultas del Expediente referenciado, para posteriormente, analizar con detalle las situaciones particulares de cada uno de los empleados. En este contexto cabe señalar que Usted es el único afectado que ha manifestado su disconformidad al respecto. Disconformidad que la empresa acepta y admite en la presente comunicación a los efectos legales oportunos”.

10.- El actor dirigió nuevo escrito a la empresa fechado el seis de febrero de 2.013, en el que, entre otras manifestaciones se recogen las siguientes: “Por medio del presente escrito de fecha 10 de diciembre de 2.013, día siguiente al de mi notificación a la empresa de mi opción definitiva por la extinción contractual por modificación sustancial, la empresa accede a la inclusión del complemento salarial mensual de 145,68 euros mensuales fijos que el trabajador venía percibiendo y había sido eliminado, así como a incrementar a 283,90 € desde los 16,20 euros mensuales el complemento a líquido que igualmente venía percibiendo el trabajador y que se había reducido en dicha diferencia, y, por último, a elevar a 441,11 euros mensuales desde 207,28 euros la prorrata de pagas extras igualmente reducida, pero ello una vez que ya había adoptado por la extinción de mi contrato legalmente prevista y sin concreción en ningún momento de las variables por proyectos que venía percibiendo.

El pasado día 31 de enero de 2.014 se devengó la nómina en la que se nos liquidaba a los técnicos en los años anteriores los ingresos variables devengados en el ejercicio, sin que me hayan abonado estos al parecer como al resto de técnicos. En la última reunión de técnicos de este mismo mes de enero de 2.014, celebrada a efectos de determinación de variables, se me impidió asistir.

La aplicación individual en mi caso de las modificaciones de jornada y salario que se inician con el ERTE de diciembre de 2.013, y se completan con la nómina de 31 de enero de 2.014, evidencian un perjuicio por reducción salarial real específica muy elevada, muy superior a la que deriva solo de la pérdida de retribuciones por diferencia entre salario y desempleo de la parte de reducción de jornada que es la propia y derivada de un ERTE, pudiéndose ver que mi salario anual como ingeniero con variables por dirección de proyectos a fecha del ERTE se fijó en 3.895,16 euros mensuales brutos promediados, habiéndose devengado como en años anteriores retribuciones variables como ingeniero, cuando según la nómina de enero de 2.014, mis ingresos en el presente ejercicio se fijarán en 1.527,27 euros brutos mensuales, lo que implica una reducción salarial real del 60,8%, calculada ya tras comunicar la extinción de mi contrato, reducción salarial por tanto muy superior a la pactada del 43,97% decidida de forma específica e individual.

Por todo ello, siendo un derecho legal el que un trabajador pueda optar por la extinción de indemnización específica y limitada ante modificaciones sustanciales y

específicamente ante reducciones salariales y de jornada incluso aunque sean lícitas, licitud que no se reconoce para el impago de retribuciones variables, por medio de la presente ratifico mi opción por la extinción de mi contrato de trabajo en base al artículo 41.3, segundo párrafo del Estatuto de los Trabajadores..

11.-La empresa contestó al actor mediante Burofax de fecha 07/02/2014 en el que la empresa hizo constar al trabajador que, en caso de abandonar su puesto de trabajo con fecha 9 de febrero de 2.014 entendería que “su voluntad era finalizar el contrato y tramitar su baja voluntaria en la empresa”. El 10 de febrero de 2.014 -lunes- el actor no acudió a su puesto de trabajo.

El actor remitió un correo electrónico a la empresa el 11 de febrero de 2.014, que obrando incorporado a los autos se da por reproducido, reiterando su intención de rescindir el contrato en base al art. 41.3, segundo párrafo, del ET.

La empresa le remitió un nuevo Burofax el 13 de febrero, que se, da por reproducido, haciendo constar que no había lugar a lo solicitado y que “teniendo en cuenta que su voluntad última es finalizar la relación laboral en la misma la Empresa le comunica que procederá a formalizar su baja voluntaria en la misma con fecha de efectos 9 de febrero de 2.014”.

La empresa dio de baja al actor en TGSS con efectos del día 10 de febrero de 2.014.

12.- La empresa elaboró un documento de liquidación y finiquito en el que constaba que el actor cesaba en la empresa “por baja voluntaria”. El actor firmó haciendo constar “recibido no conforme”. El señor L.C. recibió un cheque por importe de 6.985,94 euros.

13.- El demandante presta servicios desde el día 03/03/2014 en la empresa “L., S.L.”.

Además, hay que tener en cuenta que el actor interpuso demanda de extinción indemnizada con base en el art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores que fue desestimada en la instancia mediante sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de Valencia de fecha 17 de abril de 2015, luego confirmada por la Sala en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación 2568/2015.

Con estos datos la sentencia recurrida considera que estamos ante un despido con el siguiente argumento “... es cierto, como señala la empresa que el actor quería finalizar su relación laboral con la demandada, ahora bien, también es cierto, como ella misma reconoce, que lo que pretendía era una extinción indemnizada. Así resulta, que intentó, infructuosamente, su adscripción voluntaria al procedimiento de despido colectivo y, al no ser posible articuló la vía de la extinción al amparo del art. 41.3 del ET. Con independencia de las vicisitudes de los ERE y ERTE acontecidos en la empresa y del acierto o no del actor en acudir a la vía del art. 41.3 del ET en el marco de un ERTE que le afectaba, cometió el error de decidir, unilateralmente, no acudir a su puesto de

trabajo y arriesgarse a que la empresa no aceptase tal decisión, que es precisamente lo que sucedió. Consecuencia de ello planteó simultáneamente la demanda para lograr judicialmente esa extinción al amparo del art. 41.3 del ET -con resultado negativo-, así como la demanda por despido que nos ocupa. Sin embargo, dicho error del actor fue seguido de otro más grave por la empresa, puesto que en lugar de acudir a la vía del despido disciplinario por ausencias injustificadas a su puesto de trabajo -que difícilmente habría podido combatir el trabajador-, interpretó su conducta como si de una dimisión se tratase. Y lo cierto es que el actor, en ningún momento manifestó querer dimitir o abandonar, sino que lo que pretendía, se insiste, era una extinción indemnizada y así lo manifestó de forma contundente en sus diferentes comunicaciones a la empresa de fechas 06/02/13 y 11/02/14 (hechos probados 9º y 10º) y también cuando la empresa elaboró un documento de liquidación y finiquito en el que constaba que el señor L.C. cesaba en la empresa “por baja voluntaria” en el que el actor firmó haciendo constar “recibido no conforme”, reaccionando e interponiendo la papeleta de conciliación, lo que revela la falta de voluntad extintiva, como señala la doctrina judicial (en este sentido, STSJ de Castilla-La Mancha de 14/06/00), teniéndose la convicción de haber sido despedido (STSJ de Cantabria de 22/04/96).”

Pues bien, contrariamente a lo decidido en la sentencia recurrida, consideramos que si por los razonados argumentos que contempla la sentencia recurrida, pudiera pensarse, como se expone, que resulta dudosa la existencia de una clara y terminante determinación del trabajador acerca de su voluntad de poner fin a su relación laboral, sin más; en el caso, la baja en la seguridad social que la empresa tramita, no es un despido, sino la constatación administrativa de la decisión adoptada por el trabajador de dejar de acudir a su puesto de trabajo. Y es que en realidad las partes remiten 1ª solución jurídica de la extinción indemnizada a lo que se decida en otro procedimiento, el que se tramitó con el resultado negativo para el trabajador en el Juzgado de lo Social nº 8 de Valencia y que resolvió la demanda de extinción del art. 41.3 del Estatuto de los Trabajadores, extinción que se decidió no le correspondía, lo que cierra el círculo en la decisión que deba adoptarse en este pleito de despido, ya que si compartimos con el Juzgador de instancia la interpretación de que lo que insistentemente pedía el actor era la extinción indemnizada de su contrato, no podemos admitir que la empresa diera de baja al trabajador en la seguridad social, con clara intención de extinguir su contrato sin causa, sino condicionada por la decisión del actor de dejar de acudir al trabajo, y pendiente la contienda sobre el derecho que al mismo pudiera asistir de percibir indemnización por ello, que se insiste debía resolverse en otro pleito.

De cualquier forma, la consecuencia para el trabajador, ya fuera por abandono de su puesto, ya por inexistencia de verdadero despido, no es otra que la de que procedía desestimar la demanda de despido que iniciaba este procedimiento, lo que conduce a que proceda estimar el recurso y revocar la sentencia para desestimar la demanda.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda la devolución de las consignaciones o la cancelación de los aseguramientos prestados y de la cantidad objeto de depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa T.M.M. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de Valencia; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda de don J.L.C. contra la recurrente absolviéndola de las pretensiones contra las mismas formuladas.

Sin costas.

Se acuerda la devolución de las consignaciones o la cancelación de los aseguramientos prestados y de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Sentencia núm. 2.662, de 30 de diciembre de 2015

Materia: Conflicto colectivo. Calendario laboral. Determinación fechas de vacaciones de los trabajadores. La empresa demandada se dedica a la actividad de industria del curtido rigiéndose por el convenio colectivo estatal de curtidos, correas y cueros industriales. El conflicto afecta a 78 de los 83 trabajadores de la empresa demandada.

Juzgado: Desestima la demanda, estableciendo la empresa determinadas fechas para el disfrute de las vacaciones. Se condena a las partes a estar y pasar por esta declaración.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La empresa ha incumplido lo estipulado en convenio colectivo. La Sala fija las vacaciones en función de lo establecido por convenio colectivo.

Ponente. Ilma. Sra. D^a. Virginia Villaverde Candelas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación del Comité de Empresas de Industrias del Curtido S.A. se recurre la sentencia que en su fallo fija las vacaciones colectivas en las mismas fechas propuestas unilateralmente por la empresa, pretendiendo que se fijen desde el 3 hasta el 23 de agosto y del 21 de diciembre al 31 de diciembre de 2015, siendo impugnado el recurso por la representación letrada de I.C. S.A.

SEGUNDO.- Dicho recurso se presenta al amparo del cauce procesal del artículo 193, por el motivo recogidos en el apartado c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), denunciando la infracción del artículo 38.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con el artículo 47 del Convenio Colectivo de Curtidos Correas y Cueros Industriales y Curtición de Pieles para Peletería. Por parte de la recurrida se considera que los fundamentos de derecho empleados por la juzgadora “a quo” son correctos.

El objeto del presente procedimiento es la interpretación del Convenio Colectivo citado con el fin de determinar en qué términos deben acordarse las vacaciones de los trabajadores. En este caso, nos encontramos ante un conflicto colectivo que afecta a 78 trabajadores de 83 en total con los que cuenta la empresa en plantilla.

Según la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, como en Sentencia de 17 de septiembre de 2013 (recurso 92/2012) y Sentencia de 23 de noviembre del 2015 (recurso 369/2014), entre otras, se ha establecido lo siguiente: “conviene recordar la doctrina de esta Sala sobre la interpretación de los Convenios Colectivos y otros acuerdos, doctrina reproducida, entre otras, en nuestras sentencias de 23 de septiembre y 11 de noviembre de 2010 (Rec. 206/2009 y 23/2010) y 22 de enero de

2013 (Rec. 60/2012) diciendo: "Recordábamos en la STS de 15 de abril de 2010 (rec. 52/09) que el primer canon hermenéutico en la exégesis del convenio colectivo es el sentido propio de sus palabras -la literalidad de sus cláusulas- (arts. 3.1 y 1281 del Código Civil).-"

Y continúa diciendo "No obstante, "la interpretación de la normas contenidas en los convenios colectivos ha de combinar los criterios de orden lógico, finalístico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a la intención de los contratantes, pues la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo - en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes" (así, STS de 27 de enero de 2009 - rec. 2407/2007 - que cita sentencias anteriores)".

Reproducimos a continuación el precepto del citado Convenio para resolver la cuestión sometida a la consideración de esta Sala:

"Las vacaciones se establecen en treinta y un días naturales. De estos treinta y un días, veintiún días naturales se efectuarán de forma ininterrumpida, los restantes, que sólo incluirán dos días festivos, se disfrutarán de común acuerdo entre empresas y la representación sindical o, en su defecto, la semana de Navidad o la de Semana Santa. No obstante, las partes podrán pactar un período de disfrute ininterrumpido de hasta veintiocho días naturales. El disfrute de los veintiún días seguidos se iniciará en lunes, salvo que éste fuera festivo, en cuyo caso se empezarán el siguiente día laborable, sin perjuicio de que por necesidades productivas de la empresa se pueda adelantar o atrasar el disfrute en un tanto por ciento reducido de la plantilla, sin que este hecho pueda suponer una disminución de los días laborables de vacaciones. En todo caso, la programación de las vacaciones se efectuará de mutuo acuerdo entre la empresa y los Delegados/as de Personal o Comités de Empresa, con dos meses de antelación a la fecha de disfrute...."

Pues bien, en primer lugar, respecto a las vacaciones fijadas en el mes de agosto, que exceden de los 21 días establecidos, entiende esta Sala que es contrario al Convenio, pues aunque podrían llegar a ser de hasta 28 días ininterrumpidos, para adicionar días que constituyen según el Convenio "los restantes", es necesario que sean acordados mutuamente entre las partes, como pretende el Convenio y del artículo 38.2 ET.

La juzgadora "a quo" considera que la concesión de unos días adicionales en el periodo de agosto de los estipulados en Convenio, obedece a la voluntad empresarial de favorecer a los trabajadores ampliando el mínimo de derecho necesario. Sin embargo, a la vista de la oposición del Comité de empresa y de los procedimientos iniciados, esta medida no reporta en ningún caso un beneficio a los trabajadores, y se aleja de la literalidad y sentido del Convenio.

Por tanto, el periodo correspondiente a las vacaciones estivales debe ser del 3 al 23 (ambos inclusive) de agosto de 2015.

En segundo lugar, y siguiendo la literalidad del Convenio, así como los criterios de orden lógico y finalístico, los restantes días (que sólo incluirán dos festivos) en defecto de acuerdo, se disfrutarán la semana de Navidad o la de Semana Santa. En este caso, se propone la semana de Navidad y dado que los restantes días corresponden a 10 días en total, no podemos entender que la semana de Navidad (o Semana Santa si fuera el caso) es estrictamente de 7 días como interpreta la Juzgadora “a quo” (que a su vez considera los 8 días establecidos por la empresa correctos), pues no se daría el debido cumplimiento al Convenio y por tanto, debemos entender que estamos ante el “periodo” de Navidad o de Semana Santa.

En este sentido, y en atención a que el resto de vacaciones se pretenden fijar en el periodo de Navidad, solo cabe que los 10 días restantes (de los que no se ha alcanzado acuerdo) comiencen el 21 de diciembre hasta el 31 de 2015, pues en fecha posterior al 21, pasarían las vacaciones de 2015 al siguiente ejercicio y podrían encadenar más de dos festivos.

Por ello, la empresa ha infringido de nuevo el Convenio al establecer solo 8 días de vacaciones en el periodo de Navidad, correspondiendo, por los motivos explicados, las vacaciones de Navidad desde el 21 hasta el 31 (ambos inclusive) de diciembre de 2015.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación del Comité de Empresas de I.C. S.A., contra la sentencia nº 299/2015 de fecha 5 de agosto de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia en procedimiento 662/2015, en virtud de la demanda presentada a instancia de Comité de Empresas de I.C. S.A., y en consecuencia revocamos íntegramente la sentencia recurrida, declarando la fijación de las vacaciones en base al Convenio Colectivo en las siguientes:

Del 3 al 23 (ambos inclusive) de agosto de 2015.

Del 21 al 31 (ambos inclusive) de diciembre de 2015.

Sin condena en costas a ninguna de las partes.