

2134

Sentencia núm. 1.749, de 6 de septiembre de 2016

Materia: Conflicto colectivo: Tutela de los derechos fundamentales y libertades.

Proceso de negociación firma nuevo convenio colectivo de empresa. No asistencia asesores sindicales a las reuniones. Vulneración de derechos.

Juzgado: Desestima la demanda declarando no infringido el derecho de libertad sindical. No existe vulneración del derecho reclamado por la parte demandante.

Sala: Desestima el recurso del actor. El recurrente no tiene derecho a estar presente en la reunión. La negociación del convenio colectivo se está realizando directamente por el Comité de Empresa. No resulta necesaria en reuniones de negociación colectiva la presencia de asesores a los delegados sindicales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia dictada en la instancia desestima la acción ejercitada de tutela del derecho de Libertad Sindical, al entender que tal derecho no ha sido infringido con la decisión de la Comisión negociadora del Convenio de Empresa, adoptada por unanimidad, de no autorizar la entrada e intervención en su seno del asesor de los delegados sindicales de los respectivos sindicatos presentes en dicha Comisión, en concreto del perteneciente a X. Contra dicho pronunciamiento recurre el delegado sindical Sr D. representado y defendido por la letrada de la Confederación Sindical de X., que lo hace en nombre de dicho delegado y del Sindicato, en suplicación, con el amparo procesal de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Como revisiones fácticas pretende la de los hechos probados primero y noveno, de la manera que sigue:

1.- Para adicionar, en el hecho primero, al final del mismo, la siguiente frase: “Sin embargo, la denuncia del Convenio no fue comunicada al delegado sindical D. A.D.M.”, en base al contenido de los folios 314 a 316, en los que no aparece dicha notificación, y folios 77 a 80 donde consta que el actor tuvo que solicitar dicha comunicación al Servicio Territorial de Trabajo y Economía Social.

2.- Para añadir, en el hecho noveno, también al final del mismo, lo que sigue: “las instrucciones dictadas por el Jefe de Planta, es que únicamente puede acceder al interior del recinto el identificado como A.D.M. en calidad de delegado sindical...”, lo que se desprende del atestado de la Guardia Civil a los folios 41 y 42, lo que acredita que las ordenes de impedir la entrada del asesor procedían de la empresa y no de la Comisión negociadora.

Pero ninguna de tales adiciones procede al no concurrir los requisitos que la jurisprudencia exige para que pueda prosperar una revisión de los hechos declarados probados en la instancia, en concreto, la exigencia de trascendencia de la revisión

propugnada, y que la misma se desprenda de los documentos o pericias señalados en el recurso de manera clara, concreta e indubitada. En la adición solicitada al hecho primero, donde se pretende incluir un hecho negativo, lo que está expresamente vedado por la jurisprudencia, no solo no consta de manera expresa la falta de comunicación señalada, sino que aunque esa comunicación inicial faltara, lo cierto es que la misma se subsanó, no consta que el actor se viera privado del derecho a conocer el inicio de las negociaciones del nuevo Convenio, ni aparece denunciada la trascendencia material de dicha omisión. Por ello, resultaría inútil aceptar una revisión que carece de trascendencia en el terreno sustantivo o procesal. Y en cuanto a la adición al hecho noveno, es obvio que la pretensión del recurrente es imputar directamente a la empresa la negativa a la entrada del asesor del delegado sindical, al constar que la Guardia Civil hizo constar en su atestado que las ordenes que limitaban el acceso al Sr D., vetaban la de su asesor, procedían del Jefe de Planta. Sin embargo, y con independencia de la interpretación que al respecto efectuase la Guardia Civil, al contactar el trabajador del control de accesos con el jefe de planta, consta que en el Acta nº 4 levantada el día 13 de mayo en la citada negociación, de forma expresa, y rubricado por todos los miembros del Comité de empresa, incluida la parte social, lo que la sentencia declara probado en su hecho noveno y es que “antes de empezar la reunión se recibe llamada desde la entrada de la empresa en la que se indica que están fuera de las instalaciones el Sr D., delegado sindical de la empresa y el asesor de X. V.O. El Sr E.L. sale y se encuentra con la Guardia Civil ante la cual manifiesta que los miembros de la comisión reiteran su postura de que no comparezcan en las reuniones, asesores del sindicato. Manifestando el Sr D., en presencia de la Guardia Civil y del trabajador encargado del control de entrada, Sr V.M., que él sí puede comparecer, a lo que el Sr D. se niega expresamente”. Por tanto, la documental citada no resulta adecuada a los efectos pretendidos, al venir contradicha por otra, que procede directamente de la fuente de la orden, y cuyo valor no se ha cuestionado.

SEGUNDO.- Entrando en el terreno del examen de las infracciones de normas sustantivas o jurisprudencia, señala en primer lugar el recurrente que se ha producido la violación por inaplicación, de los arts. 49.13ª y 50 del propio convenio colectivo de aplicación, que obra a los folios 256 a 310 de los autos que señalan, respectivamente, que “al comité de empresa o delegados de personal podrán estar asesorados por técnicos o representantes legales de los sindicatos...en las reuniones...por motivos de aplicación del Convenio...”, y en cuanto a la representación sindical que: “...el citado delegado sindical poseerá las mismas garantías y derechos que los miembros del comité o delegados de personal...”. En relación con ello, se señala igualmente la infracción de los arts 2.1 d) y 2.2.d) y art 9.1 c) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, al constar que se negó, por parte de la empresa, el derecho del delegado sindical Sr D. acudir a las negociaciones del nuevo convenio asistido de un asesor del Sindicato X., pues en dichos preceptos se recoge el derecho a la negociación colectiva, y, en concreto, en el art 9 citado, el derecho de los cargos electivos “ ...a la asistencia y acceso a los centros de trabajo para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores...”. Entiende el recurrente que la empresa ha denegado el derecho del actor a servirse de un asesor del sindicato X., al impedir a éste el acceso a sus instalaciones, con independencia de que la comisión negociadora hubiera negado previamente su participación, lo que no consta de forma clara, dado

que las ordenes venían directamente de la empresa, tal y como se desprende del atestado de la Guardia Civil. Señala, igualmente que el asesor que se pretendía intervenir, lo era para asistir al delegado sindical de X., el actor, pues aunque los miembros de la comisión pueden renunciar a estar asistidos por asesores de los sindicatos, ello no puede enervar el derecho de otros, como el delegado sindical a servirse de su asesor. Cita en su apoyo la sentencia del TSJ de Baleares de 23.3.93, rec. 430/92.

Para resolver sobre tales infracciones parece oportuno señalar que los preceptos citados del Convenio, en concreto el art 49.13^a si bien es cierto que recoge el derecho potestativo de los delegados de personal, así como del comité de empresa, de “estar asesorados por técnicos o representantes legales de los sindicatos a que pertenezcan”, tal posibilidad se contempla para los supuestos de reuniones “por motivos de aplicación del convenio o legislación vigente”, es decir, en aquellos supuestos en los que sea necesaria una interpretación sobre el contenido de un texto convencional o legal. En el caso que nos ocupa dicho precepto resulta inaplicable dado que la asesoría se pretendía hacer valer en reuniones de negociación colectiva y no de interpretación aplicativa. Lo mismo cabe decir del art.50 dado que no se discute la condición de delegado sindical del recurrente.

Por tanto, el marco normativo del derecho solicitado a través del ejercicio de la acción de tutela, debe analizarse dentro del establecido en el Título III De la negociación colectiva y de los Convenios Colectivos del Estatuto de los Trabajadores vigente a la fecha de los hechos, en cuyo artículo 87 se establece la legitimación para negociar los convenios de empresa, que se atribuye al comité de empresa o a los delegados de personal o en su caso, a las secciones sindicales, y el art. 88 que regula la negociación por la Comisión negociadora, que es el caso que analizamos, donde se señala de forma expresa, en su apartado 3º, que “la designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, quienes de mutuo acuerdo **“podrán”** designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores que intervendrán, igual que el presidente, con voz pero sin voto”. La concreción fáctica de tales extremos se efectuó en la primera de las Actas levantada el día 16 de febrero del 2015, en el que se constituyó la comisión negociadora, y en la que el Sr D., al que se denegó formar parte de la misma, se le concedió el derecho a acudir como compareciente por X., al igual que un delegado de XX, con voz pero sin voto. Esa facultad potestativa fue objeto de renuncia por la citada Comisión negociadora en reunión producida el 25 de marzo siguiente, donde tras reunirse con los asesores sindicales (4 en total), toma la decisión de seguir con el proceso de negociación, sin la presencia de asesores sindicales, al considerar que están lo suficientemente informados y cualificados para llevar a cabo las negociaciones del convenio. Tal decisión es reiterada en el Acta levantada en fecha 30 de marzo, donde la Comisión negociadora “por unanimidad manifiesta que no quiere que estén presentes los asesores sindicales de ambos sindicatos”, si bien entiende que los delegados sindicales (uno de ellos el Sr D.), pueden permanecer, Tales Actas, al igual que la ya señalada de 13 de mayo, evidencian la voluntad de la Comisión negociadora de prescindir de asesores sindicales.

TERCERO.- Lo que la parte recurrente pretende es que como delegado sindical de X. el mismo tenía derecho a contar con un asesor para intervenir en la negociación del nuevo convenio colectivo, al ostentar los mismos derechos y facultades que la comisión negociadora, pero en el caso concreto y a la vista de los preceptos antes citados, es obvio que el citado delegado carecía de dicha potestad al estar efectuándose la negociación colectiva, directamente, por el Comité de empresa. Ello evidencia que los únicos facultados para decidir sobre la posibilidad de contar o no con asesores eran los miembros del Comité de empresa, de la que el actor fue expresamente excluido. Dicha voluntad fue expresada de forma unánime y reiterada, en el sentido de prescindir de la presencia de asesores sindicales, permitiendo no obstante, la presencia de los delegados sindicales de XX y X. Pretender que dicha presencia, con voz pero sin voto, implique el derecho de los mismos a contar con sus propios asesores, implica un razonamiento que carece de sustento legal.

Por último, y en cuanto a la pretendida actuación ilegal de la empresa que el actor, ahora recurrente, fundamenta en la alegada violación del art. 9.1 c) de la LISOS, que regula el derecho de los cargos electivos a acceder a los centros de trabajo, para participar en actividades propias de su sindicato o del conjunto de los trabajadores, previa comunicación al empresario, no consta que se impidiera dicha entrada al citado delegado, pues la negativa, que no fue de la empresa, sino de la Comisión negociadora en su totalidad, se refería a la entrada en las condiciones que dicho delegado pretendía imponer, es decir, acompañado de un asesor, compañía que no podía ser impuesta tras lo acordado en la reunión de 25 de marzo, de la comisión citada, de seguir el proceso de negociación sin la presencia de asesores sindicales, siendo la Comisión, la única legitimada para decidir sobre tal cuestión.

Lo mencionado anteriormente nos lleva, de forma irremediable, a dictar sentencia desestimatoria del recurso que confirme la sentencia de instancia, cuyos razonamientos se reiteran en lo no dicho en esta de forma expresa.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita, 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 CONFEDERACIÓN SINDICAL X. y de DON A.D.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. UNO de los de CASTELLON, de fecha 11 de Abril del 2016; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2135

Sentencia núm. 1.791, de 9 de septiembre de 2016

Materia: Pensión de orfandad. Solicitud de prestación. La actora presenta limitaciones funcionales y estados de ansiedad. Cumplimiento requisitos en el momento del fallecimiento del causante de la prestación. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda y absuelve a la demandada de las pretensiones formuladas de contrario. La actora no se encuentra a fecha de fallecimiento del causante en situación de incapacidad y ha superado el límite de edad para acceder a esta prestación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se dan las infracciones imputadas en el objeto del recurso; además del requisito de edad, las lesiones no son susceptibles de declaración de incapacidad permanente absoluta.

Ponente: Ilma. Sra. D^a Ascensión Olmeda Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda de pensión de orfandad, al entender, como había hecho el INSS, que superaba el límite de edad y no estaba incapacitada para el trabajo.

Articula el recurso, que no ha sido impugnado, a través de dos motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, el segundo, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica. Con el escrito de recurso acompaña dos documentos, consistentes en fotocopia de un informe de vida laboral de 7-5-15 y de un contrato de arrendamiento de vivienda y muebles de 10-4-13 en que la actora figura como arrendataria, que no pueden aceptarse a efectos probatorios porque no se dan los requisitos del artículo 233 de la Ley de la Jurisdicción Social para que puedan admitirse por la Sala, dado que, además de ser fotocopias, el primero, aunque lleva fecha de 7-5-15 pudo haberse solicitado y obtenido antes de la celebración del juicio, que tuvo lugar el 23-3-15, para su aportación al mismo y el segundo, de fecha muy anterior, también pudo aportarse al juicio. No se acordará, sin embargo, devolución al tratarse de fotocopias, quedando unidas a los solos efectos de constancia.

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados se solicita: La modificación de hecho probado que pretendo que se modifique es el recogido el hecho declarado probado 5º) y en el FD Segundo que reza “las dolencias que padece le limitan para actividades necesariamente bimanuales que exijan amplia movilidad o garra de mano derecha, “ya que no se ha tenido en cuenta que la actora presenta dolores en la mano y en el brazo derecho debido al accidente y a las más de 20 intervenciones quirúrgicas en la mano, dolores debido a la implantación de los dedos 1º, 4º y 5º, reconstrucción de los tendones flexores e injertos nerviosos que le inmovilizan físicamente todo el,

(informes médicos aportados junto con la demanda) no pudiendo hacer uso de la otra mano para realizar cualquier trabajo y además que no se recogen las otras dolencias que padece. Mi representada no ha trabajado desde que sufrió este accidente, ya que no ha pasado el periodo de prueba en ningún otro trabajo no pudiendo formalizar una relación laboral lo que es demostrable con la vida laboral que aporto como documento N° 1.

Además mi representada sufre de "HIPOTIROIDISMO" (aportado como informes médicos 16, 17 y 18 de la demanda) que le provoca los siguientes:

Efectos que le provoca en el sistema muscular: Cansancio, debilidad muscular, agotamiento, dolores musculares profundos, intensos dolores articulares sin inflamación contracturas, calambres musculares, falta de flexibilidad articular, entumecimiento, síndrome del túnel carpiano.

Síntomas en el sistema nervioso: Depresión - ansiedad, menor rendimiento intelectual menor creatividad de iniciativa, apatía - desinterés fallos o lagunas en la memoria, pérdida evidente de la memoria, somnolencia o insomnio, irritabilidad

Síntomas en el sistema cardio-vascular: Hipertensión, cardiopatía sin lesión valvular, colesterol elevado.

Efectos en la salud mental: Demencia, que puede confundirse con otros tipos de Demencia Senil o Alzheimer.

Efectos que le provoca en el metabolismo: dificultad para perder peso, sobrepeso de causa injustificada pérdida de apetito, estreñimiento.

Además mi representada padece "CEFALEAS" (aportado como informe médico 17 y 18 de la demanda) que le provoca alteraciones visuales (manchas negras, luces brillante, distorsión visual) alteraciones de la sensibilidad (hormigueos), de fuerza (debilidad) y del lenguaje, en la coordinación, equilibrio y visión doble, con dolores de cabeza continuos e intermitentes por lo que tiene que estar en casa a oscuras en una habitación sin poder salir a la calle, lo que es incompatible con cualquier trabajo realizado fuera o dentro del hogar ya que se encuentra indispuesta casi la mayor parte de los días.

Hemos de partir de cuáles son los requisitos del error en la apreciación de la prueba, que sintetiza la STS de 18-1-11 (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11-10-07 y 5-11-08) diciendo: " Respecto del error en la apreciación de la prueba..., para que la denuncia del error pueda ser apreciada 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 y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, 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”.

Esta doctrina es igualmente aplicable tras la nueva LJS, ya que el tenor del artículo 193, b) de ésta es idéntico al del 191, b) de la anterior LPL y el 196.3 de la LJS, ahora exige que “habrán de 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 que se aduzca y añade “e indicando la formulación alternativa que se pretenda” (con lo que expresamente incorpora exigencias jurisprudenciales) y también en su nº2 mantiene la exigencia de “suficiente precisión y claridad” en la expresión del motivo o motivos en que se ampare (lo que alcanza al de revisión de hechos probados) y de que “en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos” (alcanzando igualmente al de revisión de hechos probados).

Pues bien, trasladando esa doctrina al caso de autos, nos encontramos con que no se formula el motivo con suficiente precisión y claridad, ya que no indica exactamente en qué ha de consistir la revisión, si en supresión y sustitución o si en adición (no se dice dónde) y tampoco se ofrece texto concreto al no decirse exactamente cuál es ni cerrarse comillas, con lo que no se cumple el requisito señalado como c). Aun considerando que pretende se incluyan (según dice en el último párrafo) y entendiéndolo como una adición, al no indicarse supresión y sustitución y, aun prescindiendo de que no dice dónde ni como, lo que podría suplirse con la adición en hecho probado quinto o en un nuevo hecho probado y, aun entendiendo que el texto sería desde “ya que no se ha tenido en cuenta.....” hasta “... casi la mayor parte de días”, pues el último párrafo parece argumentación, tampoco procedería porque la primera parte se apoya en “informes médicos aportados junto con la demanda” lo que no cumple el requisito de señalar el concreto documento; el informe de vida laboral ya se ha dicho no es aceptable como prueba, sin perjuicio de señalar que de él no resulta el motivo que alega de no haber pasado el periodo de prueba en ningún otro trabajo y, por último, de los documentos que acompañó con su demanda números 16,17 y 18 si resulta el hipotiroidismo y las cefaleas, pero ninguno de los efectos que dice le provocan, estando por lo demás ya recogida en la versión judicial la ansiedad.

En consecuencia, no se accede a la revisión fáctica.

TERCERO.- En el examen del derecho, se alega vulneración por la sentencia del artículo 175 de la LGSS y del 16 de la OM de 13-2-67, así como de la doctrina de las sentencias del TS que cita: la de 4-11-97 (recurso 335/1997) sobre que la apreciación de la incapacidad para el trabajo puede y debe hacerse en el propio expediente que decida sobre la orfandad no estando condiciona a una previa declaración administrativa o judicial que, a modo de cuestión prejudicial, declare la invalidez absoluta y la de 27-4-99 sobre que la incapacidad para la orfandad es la total para todo trabajo o absoluta que, según dice la recurrente, se caracteriza por la presencia de defectos, físicos o psíquicos que inhabilitan a cualquier persona para toda profesión u oficio, lo que entiende concurre en su caso y, por eso, al no reconocérsele la orfandad, se vulneró los dos preceptos citados.

Ninguna de tales infracciones se ha producido en la sentencia recurrida que, precisamente aplicando la doctrina de las SSTs invocadas por la recurrente, entra plenamente a examinar y resolver sobre si se da o no la incapacidad absoluta y, partiendo de los hechos probados no modificados, el supuesto es el siguiente: La demandante, nacida el 15-2-72, solicita el 29-7-13 pensión de orfandad por fallecimiento de su padre el 21-11-11 (HP1). Tiene amputación traumática de 2º y 3º dedo mano derecha en AT de 20-2-2001 con anquilosis articulaciones resto dedos, sin función de garra, presentando limitación para la manipulación con la mano derecha de carácter moderado (por ello es beneficiaria de IPT x AT para aprendiz pastelería desde 22-6-2002, según HP2 y afirmación fáctica en final Fundamento Segundo) y trastorno adaptativo con ansiedad generalizada (HP5). Lo primero, como indica el Fundamento Segundo con valor fáctico, le limita para actividades necesariamente bimanuales que exijan amplia movilidad o garra de la mano derecha. No constan probados otros efectos o manifestaciones del trastorno adaptativo que el de la ansiedad generalizada. Y del conjunto, no resulta, como aprecia la sentencia, que las limitaciones acreditadas conformen el grado de absoluta.

En efecto, el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción actual señala los grados de la Incapacidad Permanente incluyendo entre ellos el de Absoluta que es definido en el mismo precepto pero es su redacción anterior a la Ley 24/97 (que pervive por lo señalado en la Disposición Transitoria Quinta bis de la LGSS, hasta que se proceda al desarrollo reglamentario) diciendo en el nº 5, que “se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”, para lo que ha de partirse del cuadro de padecimientos y, en especial, de las limitaciones orgánicas y funcionales probadas para ver si tiene la entidad suficiente de privar al trabajador de toda capacidad laboral (teniendo en cuenta que ha de ser valorada aquella inhabilitación atendiendo, no exclusivamente a la imposibilidad física, sino también a la aptitud para realizar el trabajo con un mínimo de capacidad o eficacia y con su rendimiento económico aprovechable y teniendo igualmente en cuenta que el examen ha de ser individualizado, esto es, atendiendo a las circunstancias particulares de limitaciones de la persona de que se trate). Y, en nuestro caso, vistas las limitaciones probadas, el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción actual señala los grados de la Incapacidad Permanente incluyendo entre ellos el de Absoluta y el de Total para la profesión habitual, que son definidos en el mismo precepto pero es su redacción anterior a la Ley 24/97 (que pervive por lo señalado en la Disposición Transitoria Quinta bis de la LGSS, hasta que se proceda al desarrollo reglamentario) diciendo en el nº 5, que “se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”, para lo que ha de partirse del cuadro de padecimientos y, en especial, de las limitaciones orgánicas y funcionales probadas para ver si tiene la entidad suficiente de privar al trabajador de toda capacidad laboral (teniendo en cuenta que ha de ser valorada aquella inhabilitación atendiendo, no exclusivamente a la imposibilidad física, sino también a la aptitud para realizar el trabajo con un mínimo de capacidad o eficacia y con su rendimiento económico aprovechable y teniendo igualmente en cuenta que el examen ha de ser individualizado, esto es, atendiendo a las circunstancias particulares de limitaciones de la persona de que se trate) y, en

nuestro caso, la demandante, partiendo de lo acreditado, conserva capacidad suficiente para realizar con aprovechamiento trabajos que no le exijan amplia movilidad o garra de la mano derecha, siendo, por lo demás, la ansiedad susceptible de tratamiento y sin que sea cierto, como también aduce en el recurso, que tenga reconocido un grado de minusvalía del 71%, sino, según hecho probado 2, del 69%, pero del que 11 puntos son por factores sociales complementarios (lo que no es valorable para el grado de absoluta) y el resto de 58% de discapacidad global (trastorno mental por trastorno de ansiedad generalizada de etiología traumática y limitación funcional de mano derecha por fractura-secuelas- de etiología traumática).

En consecuencia, no dándose las infracciones imputadas, procede la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia y, dado que la actora no ha designado nuevo Letrado, a fin de que no sufra indefensión, se le advierte que precisa Letrado para recurrir en casación, debiendo designar nuevo Letrado o hacer solicitud de Abogado de oficio y de reconocimiento de Justicia Gratuita e interar, en este caso, a la Sala suspensión para recurrir acreditando a la Sala la presentación de tales solicitudes.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por D^a A.F.C. contra la Sentencia de fecha 31 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Valencia, en autos 1321/13 sobre SEGURIDAD SOCIAL (ORFANDAD), siendo parte recurrida el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmamos la referida Sentencia.

2136

Sentencia núm. 1.813, de 13 de septiembre de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que ha prestado sus servicios en entidad bancaria. Movilidad geográfica de la trabajadora tras aplicación de ERE. La actora solicita baja incentivada al ofrecérsele un puesto de trabajo a más de 50 km de su centro de trabajo habitual. Reclamación de cantidades establecidas en su momento por acuerdo de empresa.

Juzgado: Estima la demanda, condenando a las empresas demandadas a abonar a la actora conjunta y solidariamente determinada cantidad. Aplicación del acuerdo que prevé una indemnización de 45 días de salario por año de servicio, más una cantidad adicional por años efectivos de servicios.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La sentencia de instancia no ha incurrido en la infracción denunciada por las empresas recurrentes. A la rescisión indemnizada de la actora aceptada por la empresa, le es aplicable las cantidades establecidas en la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada de las demandadas BANCO C. S.A. y L. S.A., se recurre la sentencia de instancia, que estimó la demanda de la actora y condenó a la parte demandada al pago de la cantidad de 25.870,49 € en concepto de diferencias de la indemnización derivada de su baja voluntaria de fecha 25 de agosto de 2013. En el único motivo del recurso, formulado con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia por la recurrente infracción de lo dispuesto en el artículo 40. 1, 3º del ET, en relación con el acuerdo alcanzado en el SIMA el 25 de junio de 2013 entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Ante ello se impone indicar que la cuestión jurídica suscitada fue resuelta por esta Sala en las sentencias de 15/07/2014, 13/03/2015, dictadas respectivamente en los recursos 130/2014 y 2421/2014 y posteriormente en sentido contrario por la sentencia fechada el 9/2/2016, en el recurso 1130/2015. En la sentencia de Pleno Jurisdiccional celebrado el día 8 de marzo de 2016 y dictada en el recurso 1295/2015, se unificaron criterios y se fijó la posición única de la Sala frente al debate jurídico suscitado, por lo que debemos resolver el presente recurso en los términos de esta última sentencia cuyo contenido pasamos a reproducir.

En la referida sentencia se recoge que: *“Sostiene el recurrente que la medida de traslado de la actora se adoptó conforme al Acuerdo de fecha 25-6-2013 y al art. 40 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no procede la aplicación del Acuerdo anterior, de fecha 3-1-2011, que obedeció a causa distinta y que fijaba una indemnización de 45 días por año de servicio, con tope de 42 mensualidades, más una cantidad adicional por años efectivos de servicios, pues tal reestructuración terminó en febrero de 2012, no aceptándose más bajas incentivadas; que el Acuerdo de 2013 se debió a la situación financiera y no contempla medida adicional de baja incentivada, por lo que la actora*

no tiene derecho a la baja indemnizada ya que no fue afectada por la movilidad geográfica del ERE con Acuerdo de 3-1-2011, único al que se refiere la Comisión de Seguimiento en su Acuerdo de agosto-2011. Subsidiariamente, de considerarse aplicable el Acuerdo de 3-1-2011, sostiene que tampoco procedería la indemnización solicitada pues la baja indemnizada requiere de la aceptación de la empresa lo que no es trasladable a la comunicación de traslado realizada al amparo del Acuerdo de 25-6-2013, con cita de la sentencia de esta Sala de 15-7-2014.

2. La citada sentencia de esta Sala nº 1852/14 de fecha 15-7-2014 (rec. 1466/14), se dicta en recurso de suplicación contra sentencia de instancia en cuyo relato fáctico no constaba ni que se hubiese interpuesto demanda frente al Acuerdo de 25-6-2013 ni que la Audiencia Nacional lo hubiese declarado nulo en Sentencia de 14-11-2013 (procedimiento 320/2013), ni siquiera consta que tales circunstancias fuesen alegadas por las partes en el recurso, y se dicta en procedimiento donde la empresa no admitió la baja indemnizada del trabajador y la cuestión debatida era si la empresa venía obligada a aceptar la extinción indemnizada del contrato con derecho a las indemnizaciones contempladas en el punto B.3 del Acuerdo Laboral de 2011, a lo que se dio respuesta negativa. Mientras que en el presente procedimiento se solicitan diferencias en el importe de la indemnización abonada a la actora por una extinción que se produjo en el mes de julio de 2013, por lo que se trata de acciones distintas.

3. Consta en el relato de hechos probados que en el Acuerdo de 3-enero-2011 se hizo constar que la reestructuración del personal necesaria se realizaría de modo gradual hasta el 31-diciembre-2013, y en el mismo se preveía tanto la movilidad geográfica (Capítulo I-apartado B-punto 2) como las bajas indemnizadas (Capítulo 1-apartado B-punto 3). En fecha 10-8-2011 el Acta de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de 3-1-2011, establece que, cuando el trabajador afectado por la medida de movilidad geográfica regulada en el Acuerdo de 3-1-2011 solicite su acogimiento a las medidas de baja indemnizada, la entidad se compromete a aceptar tal acogimiento y a materializar la medida antes de la efectiva incorporación del trabajador al nuevo destino al que se le haya comunicado el traslado, siempre que hayan solicitado el acogimiento con 7 días de antelación, al menos, a la fecha de efectividad del mismo. Pues bien, las medidas adoptadas en el posterior Acuerdo de 25-junio-2013 no incluyen pacto alguno sobre bajas indemnizadas cuando el trabajador sea objeto de movilidad geográfica, y además estas no tienen nada que ver con la compensación por traslado a que se refiere el Acuerdo de 25-6-13, que en cualquier caso ha sido declarado nulo en Sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo de fecha 22-7-2015 (rec. 130/14). Lo expuesto lleva a concluir que, a la rescisión indemnizada de la actora aceptada por la empresa en julio de 2013 le es aplicable lo dispuesto en el Acuerdo de 3-1-2011, interpretado en el Acta de la Comisión de Seguimiento de 10-8-2011, y con vigencia prevista inicialmente hasta el 31-12-2013, y ahora prorrogada hasta el 30-6-2017, ya que en el Acuerdo de 27-12-2013 se acuerda mantener la vigencia de lo dispuesto en el Capítulo I apartado B.2 del Acuerdo Colectivo de 3-1-2011 (movilidad geográfica) hasta el 30-6-2017, y aunque este Acuerdo de 27-12-2013 es posterior a la extinción del contrato de la actora, elimina cualquier duda interpretativa respecto de la vigencia de lo pactado en la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Laboral de 3-1-2011 en reunión de 10-8-2011, a la fecha de extinción indemnizada del

contrato de la actora (entender lo contrario implicaría dejar sin derecho al acogimiento a la baja indemnizada a los trabajadores objeto de movilidad geográfica en el periodo entre julio-2013 y diciembre-2013). En consecuencia la decisión empresarial aquí impugnada supuso un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que no se aprecia que la sentencia de instancia haya incurrido en la infracción denunciada, ya que en la misma se condena a las demandadas a indemnizar a la actora en la cuantía resultante de la diferencia entre la indemnización abonada por baja indemnizada y la cuantía que hubiese debido abonar de aplicar el Capítulo-apartado-B.3 del Acuerdo del año 2001, con la responsabilidad prevista en el art. 1101 del Código Civil, dado el derecho de la actora a acogerse a tal medida, el cumplimiento por su parte de todos los requisitos y el evidente perjuicio que le supuso el traslado de que fue objeto y que le llevo a aceptar la alternativa dada por la empresa de extinguir su contrato de trabajo y percibir una indemnización, con cuya cuantía no estuvo conforme; lo que determina la desestimación del recurso.”

La aplicación de la doctrina contenida en la mencionada sentencia supone, en fin, la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución adoptada en la instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de BANCO DE C. SA y L. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia de 30 de abril de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de doña L.M.B., y en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 200 euros.

2137

Sentencia núm. 1.848, de 15 de septiembre de 2016

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador que presta sus servicios como gerente en empresa demandada. El actor es despedido por pérdidas en la unidad de negocio. Amortización de su puesto de trabajo en la estructura de la empresa. Imprudencia de la extinción de la relación laboral. Razonabilidad decisión extintiva.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda y declara improcedente el despido, condenando a la empresa demandada a la readmisión del trabajador o al abono de la indemnización correspondiente. Se absuelve al Fondo de Garantía Salarial sin perjuicio de sus futuras responsabilidades legales.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara procedente la extinción de la relación laboral por parte de la empresa demandada en la instancia, al constatare pérdidas económicas durante los últimos ejercicios. Aplicación conforme a art. 51.1 del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO– 1. Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda iniciadora de las presentes actuaciones interpone recurso la empleadora. El citado recurso se estructura en dos motivos, en el primero de ellos (apartados primero a quinto) y conforme a las previsiones procesales del artículo 193b de la LRJS, la parte solicita la modificación de los hechos probados.

Propone en cinco apartados la modificación y revocación de aquellos hechos que sean incompatibles con los distintos textos cuya adición se solicita y en los que con remisión a los documentos obrantes en los folios 13, 113, 202, 211, 220, 229, 238 y 419, 373 -422, 257-281, 199 a 235 y 146 a 158 pretende incorporar al relato fáctico una serie de circunstancias cuyo contenido literal damos por reproducido y que se refieren tanto a los datos reflejados en los resultados de las cuentas de pérdidas y ganancias de los ejercicios 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014 en las cuantías consignadas en la carta de despido, como al resto de causas objetivas alegadas en la misma y que la sentencia declara expresamente que no han quedado acreditadas.

En primer lugar, debemos precisar que tal y como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada entre otras en la sentencia de 11/06/2013 dictada en el recurso 3093/2012 es doctrina jurisprudencial consolidada contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que sostiene de forma unánime que el recurso de suplicación es un recurso extraordinario que solo puede prosperar por los motivos enumerados taxativamente en la norma procesal laboral (artículos 193 a 196 de la LRJS). De acuerdo con la citada doctrina la Sala de suplicación puede revisar los hechos declarados probados únicamente en virtud de error manifiesto de valoración de prueba documental o pericial, quedando vinculada con carácter general y fuera de la excepción señalada a la declaración de hechos probados que efectúe la instancia. En este sentido cabe recordar que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se

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

2. A la vista de lo expuesto resulta que la propuesta no puede tener acogida, al menos, en los términos literales en los que se ha formulado. Sin embargo y a la vista del debate jurídico planteado, debemos matizar la afirmación anterior en relación a la modificación propuesta en el apartado primero donde se remite a los folios 202, 211, 220, 229 y 238 ya que con independencia del valor que se le pueda asignar al medio de prueba propuesto, en aras a demostrar o no la realidad de las causas invocadas por la empresa para proceder a la extinción, lo cierto es que la cuenta de resultados obrante en los mismos refleja precisamente el contenido que pretende adicionar como parte del hecho probado la empresa recurrente, siendo este un dato objetivo relevante que no se ha incluido en el relato fáctico y que resulta necesario para resolver la cuestión suscitada. Así pues, procede estimar parcialmente el motivo y acceder a esa modificación en el bien entendido que, en todo caso, lo que refleja esa adición es la existencia de una cuenta de pérdidas y ganancias con esos datos, sin prejuzgar la veracidad de los mismos ni, en consecuencia, cuál pueda ser su trascendencia y relevancia para justificar el despido. Por lo tanto se adiciona el siguiente texto al relato de hechos probados que se integra con un nuevo hecho con el ordinal Segundo III:

“Las cuentas de pérdidas y ganancia de los ejercicios 2010 a 2014 arrojan un resultado negativo de 293.706€ en el 2010, 306.132€ en el 2011, 158.463 en el 2012, 180.145€ en el 2013 y 100.227 en el 2014”

SEGUNDO. - 1. En el segundo motivo y con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS el recurrente denuncia, en primer lugar, la infracción de lo dispuesto en los artículos 51 y 52. del ET , en relación al artículo 257 de la Ley de Sociedades de Capital, con aplicación errónea de lo dispuesto en el artículo 4.2 del RD 1483/2012 y 122 de la LRJS, reivindicando la eficacia de la prueba practicada y en consecuencia la concurrencia de causa extintiva.

Respecto a esta primera cuestión ya hemos sostenido entre otras en nuestra ST 6/10/2015, recurso 2413/2015, citado por la propia recurrente que no existe norma alguna que imponga un modo “específico” de acreditar las causas alegadas para llevar a cabo un despido objetivo por la vía del art. 52.c) ET, esto es, basándose en causas económicas, técnicas, organizativas o de la producción. Así, a diferencia de lo que sucede en el terreno de los despidos colectivos, donde el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión del contrato y de reducción de jornada, especifica de manera detallada la documentación que debe presentarse, no existe una norma análoga en el terreno de los despidos por “causas empresariales” de carácter individual o plural. Así pues, la empresa cuenta con un amplio margen de libertad a la hora de seleccionar las pruebas que va a aportar para acreditar su

situación. En efecto, tal y como tiene declarado esta Sala *“El legislador en los supuestos de extinción por causas objetivas se ha limitado a establecer la causa económica identificándola con una situación económica negativa de la empresa que pueda afectar a su viabilidad o a su capacidad para mantener el volumen de empleo y, a tales efectos, a exigir que la empresa tenga que acreditar los resultados alegados y justificar que de los mismos se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para preservar o favorecer su posición competitiva en el mercado (artículo 51.1ET, en la redacción vigente al tiempo del despido, al que expresamente se remite el artículo 52c ET). Ahora bien, para efectuar dicha acreditación, la ley no impone unos medios o instrumentos determinados, antes al contrario, rige el principio de libertad en la aportación probatoria, de suerte que la empresa demandada podrá valerse de cuantos medios de prueba se encuentren regulados por la ley (artículo 90.1LPL), pudiendo utilizar los que tenga por conveniente”* (STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2012, rec. 833/2012). Pues bien, dentro de este amplio margen, la jurisprudencia ha otorgado a las cuentas de pérdidas y ganancias de la empresa un lugar privilegiado a estos efectos. Así, el Tribunal Supremo ha señalado que *“... que para apreciar la concurrencia de las causas económicas (en sentido estricto) del despido objetivo basta en principio con la prueba de pérdidas en las cuentas y balances de la sociedad titular de la empresa”* (STS de 11 de junio de 2008, rec. 730/2007). En la misma línea, esta Sala ha manifestado que *“... los elementos probatorios descritos (cuentas de pérdidas y ganancias y declaraciones del impuesto de sociedades) constituyen los medios comunes que vienen siendo utilizados para la acreditación de la concurrencia de causa económica”* (STSJ de la Comunidad Valenciana de 8 de mayo de 2012, rec. 833/2012). Pues bien, la empresa recurrente, siguiendo la señalada línea jurisprudencial, optó por tratar de acreditar su situación económica mediante la presentación de las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil, donde consta la reducción en el volumen de negocios, así como las pérdidas experimentadas. La sentencia de instancia les niega el valor probatorio pretendido por no estar sometidos a control o supervisión por parte de los organismos oficiales ante quienes se presentan. La solución resulta llamativa, no sólo por apartarse de los criterios jurisprudenciales anteriormente señalados, sino también por otras razones. En este sentido, de entrada, conviene tener en cuenta que no consta siquiera que estemos ante una empresa obligada a someterse a una auditoría de cuentas, por lo que podría formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados (art. 257 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en la redacción vigente al tiempo de producirse la extinción) y, en consecuencia, está exenta de la obligación de someterse a auditoría externa (art. 263 TRLSC, en el texto vigente al tiempo de adoptarse la extinción). Por lo demás, la impugnación de la autenticidad de la documental presentada no ha ido acompañada de ningún tipo de informe, pericial o documento que desvirtúe lo que las cuentas presentadas reflejan. A partir de ahí, una vez aceptada la realidad de los datos aportados por la empresa, debe afrontarse el análisis de la segunda cuestión, esto es, la relativa a si las causas invocadas en la carta de despido justifican la extinción. En este caso, el punto de partida que debe tomarse es la afirmación efectuada por el Tribunal Supremo según la cual *“Si estas pérdidas son continuadas y cuantiosas se presume en principio, salvo prueba en contrario, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala, que la amortización de los puestos de trabajo sobrantes es una medida que coopera a la superación de dicha situación económica*

negativa", pues, "la amortización de puestos sobrantes comporta una disminución automática de la partida de costes de personal, que contribuye directamente a aliviar la cuenta de resultados" (STS de 11 de junio de 2008, rec. 730/2007). Este es el criterio que ha seguido la Sala en diferentes pronunciamientos (entre otras, SsTSJ de la Comunidad Valenciana de 14 de febrero de 2014, rec. 2601/2013 o de 11 de marzo de 2014, rec. 318/2014). En el supuesto que da lugar a este recurso, los datos que constan en las cuentas presentadas reflejan la existencia de unas pérdidas relevantes desde el año 2010 hasta el 2014, todo ello conforma la causa económica que se invoca en la comunicación extintiva ajustándose perfectamente a los términos en los que la misma se encuentra descrita en el art. 51.1 E.T; una vez apreciada la concurrencia de la misma es obvio que la reducción de los costes de personal que supone la amortización del puesto de trabajo del actor es una medida que contribuye a superar la situación económica negativa. Por todo ello, la censura jurídica formulada por la empresa debe prosperar, sin que sea necesario analizar el segundo de los motivos formulados en relación a la eficacia liberatoria del finiquito.

Todo lo expuesto conduce a la estimación del recurso y a la revocación de la sentencia de instancia en este punto, desestimando la demanda deducida por la actora y calificando el despido como procedente, con las consecuencias que se determinarán en el fallo.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa A.D.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche de fecha 28 de octubre de 2015 en virtud de demanda presentada a instancia de D. P.L.R.R. 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.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.870, de 20 de septiembre de 2016

Materia: Prestación a favor de familiares. Prestación de supervivencia. La demandante, a fecha de fallecimiento de la madre, estaba casada legalmente aunque en el convenio regulador de separación figuraba separación de hecho desde 2011. La actora solicita la prestación al carecer de ingresos económicos.

Juzgado: Desestima la demanda de la actora frente al instituto demandado, absolviéndolo de las pretensiones de la misma y confirmando la resolución recurrida. No procede pensión de supervivencia al no estar la demandante separada legalmente.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. En la fecha del hecho causante, la actora no reúne los requisitos previstos en el art. 176.2 de la vigente LGSS para lucrar la prestación demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- El único motivo del recurso que se denomina primero se formula al amparo del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) pese a que en la fecha en que se dicta la sentencia de instancia ya estaba en vigor la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) por lo que debió de articularse por el cauce del apartado b del art. 193 de la LJS, si bien dicho defecto no puede impedir entrar en el conocimiento del motivo al ser idéntico el contenido de ambos preceptos, por lo que no se causa indefensión alguna la contraparte.

En dicho motivo, que no ha sido impugnado de contrario, muestra la defensa de la recurrente su disconformidad con la valoración de la prueba que efectúa la resolución recurrida e incide en la testifical del Sr. E., exmarido de la actora y en el contenido del convenio regulador, del que dice se desprende que la demandante y su marido llevaban años separados cuando se produjo el fallecimiento de la madre de la actora, por lo que entiende que acreditada la separación conyugal desde el año 2011 y careciendo la demandante de ingresos económicos debió otorgársele la prestación social interesada, pues, ese es el espíritu de la Ley de Seguridad Social (art. 2 de la LGSS).

La deficiente técnica jurídica con la que se formula el recurso lo aboca al fracaso. Conviene recordar, conforme ha señalado esta Sala entre otras, en la sentencia de 5 de febrero de 2013, recurso de suplicación nº 2342/2012, que “tanto la doctrina Constitucional como la ordinaria (por todas STCo nº 230/2001 de 26 de noviembre, 16/92, 40/92 o nº 71 de 8 de abril de 2002 o STS 4-5-84 , 21-12-89 , 13-2-90 o 11-12-03) interpretando los arts. 191 y 194 de la Ley de Procedimiento Laboral, - hoy 193 y 196 de la nueva Ley procesal- vienen manteniendo que el recurso de suplicación es extraordinario y no es una segunda instancia, lo que impide el estudio del fondo de la cuestión debatida con la amplitud de una apelación. De este modo se

deben cumplir rigurosamente los requisitos legales que condicionan el éxito de este extraordinario recurso, y en especial la concreción de motivos expuestos de forma separada que respalden la pretensión que en el recurso se ejercita. Como ha indicado esta Sala, “el artículo 194 –hoy 196- de la Ley de Procedimiento Laboral exige, ciertamente, que en el escrito de interposición del recurso se expresen, con suficiente claridad y precisión, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidos. Precepto que es acorde con el art. 24.1 de la Constitución en cuanto persigue que el contenido del recurso –la pretensión o pretensiones formuladas en éste y su fundamentación- sea conocido por la otra parte, que pueda así debidamente defenderse, y por el órgano judicial, que ha de tener pleno conocimiento del “thema decidendi”, para resolver congruentemente”, de tal manera que tales exigencias vienen a constituir un límite mínimo para obviar que “el recurso sea construido por el Tribunal en beneficio de una de las partes –la recurrente- y con infracción del principio de igualdad” (sentencias, entre otras, de 21-11-2006 y 28- 2- 2008).

Por ello, en concordancia con tales criterios hermenéuticos, es de observar que si se articula la revisión de los hechos declarados probados con fundamento en el apartado b) del citado art. 191 –hoy 193-, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, de las que son expresión las de 3-3-1998 y 11-12-2003 (recurso 63/2003), “la revisión de hechos –de singular importancia en cuanto la resultancia fáctica constituye la base indispensable para el examen del derecho aplicable- exige los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba pericial o documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara...pues el error que se imputa debe derivarse inequívocamente de pruebas singulares y tasadas. y 4º) Que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquel”.

Y siempre teniendo presente que la revisión fáctica no tiene un fin en sí misma, sino que se proyecta, con carácter necesario, hacia la pertinente consideración o modificación de la tesis jurídica sostenida en la sentencia, por lo que la actuación del motivo requiere ineludiblemente que vaya acompañada del adecuado motivo dedicado al análisis de la censura jurídica correspondiente.

Y, por último, si el motivo se apoya en el apartado c) del indicado art. 191 –hoy 193- por dedicarse al examen del derecho aplicado, se impone que se determine la concreta norma sustantiva o jurisprudencia infringida, fundamentado su pertinencia; esto es, se ha de indicar el artículo o artículos de la normativa que el recurrente entiende vulnerados con exposición de los argumentos jurídicos en virtud de los que debe llegarse a la conclusión de su aplicación indebida.”

En el caso que nos ocupa y como ya se ha dicho, no se concreta cuál es la modificación, supresión o adición que se solicita respecto al relato de hechos probados, pero es que además se entremezclan cuestiones fácticas y jurídicas intentando que prevalezca la valoración de la prueba que propugna el recurrente

respecto a la del Magistrado de instancia y que no puede prosperar por las razones expuestas, por lo que atendiendo al inalterado relato narrativo de la sentencia de instancia y habida cuenta que en la fecha en que se produce el fallecimiento de la madre de la demandante, esto es, en la fecha de 27-6-2012, la actora se encontraba casada con D. F.E.B., habiéndose dictado sentencia de separación de dichos cónyuges el 22-7-2013, siendo el convenio regulador de fecha 20-6-2013, no cabe sino concluir, como efectúa la sentencia recurrida, que la actora en la fecha del hecho causante no reunía el requisito establecido en el art. 176 nº 2 de la vigente Ley General de la Seguridad Social para lucrar la prestación a favor de familiares, lo que conlleva la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a J.D.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Elche, de fecha 15 de junio de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2139

Sentencia núm. 1.895, de 20 de septiembre de 2016

Materia: Extinción de la relación laboral. Sanción. Despido disciplinario. El demandante no ha comunicado al encargado ni al jefe de servicio de la empresa en la que presta sus servicios, como oficial de tercera, la incidencia grave ocurrida mientras se hallaba de guardia. Proporcionalidad de la sanción. La empresa adeuda al trabajador determinadas cantidades en concepto de salarios.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, declarando la improcedencia del despido. La conducta del trabajador no es merecedora de la sanción impuesta por la empresa. Sanción desproporcionada. El actor intenta contactar con sus superiores antes de tomar una decisión. Estima la demanda del trabajador respecto a las cantidades adeudadas en concepto de impago de salarios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Social número 4 de Castellón, por la que se declaraba procedente el despido del demandante D. F.G.L. operado por la empresa demandada Sociedad de Fomento X., recurre en suplicación el trabajador, impugnando el recurso la empleadora.

SEGUNDO.- A través de un primer motivo de recurso, se persigue la revisión del relato de hechos declarados probados que se consigna en la sentencia de instancia, proponiendo las siguientes modificaciones:

1^a.- Se solicita la revisión del ordinal quinto, proponiendo como redacción alternativa la siguiente: “Con fecha 28-6-15 a las 23,15 horas la vivienda sita en la calle San Andrés nº X de X. comenzó a inundarse de agua. D^a P.D.G. informó de tales hechos al centro de control de X., acudiendo al aviso D. F.G.L., quien era el operario de guardia en ese momento, quien intentó contactar con su jefe de forma infructuosa, por lo que ante la gravedad de la inundación tuvo que cerrar el agua y comunicó la incidencia al Centro de Control a las 00:20 horas del día 29, apenas una hora después de acudir al aviso, todo ello por causas de fuerza mayor”. Todo ello conforme a los documentos obrantes en autos a los folios 21 a 24 y 28 a 30 de las actuaciones.

La revisión no puede prosperar, pues lo que se intenta a través de dicho texto alternativo es introducir valoraciones de parte, a través de las cuales se incide en la gravedad del hecho y su carácter de fuerza mayor para justificar la actuación del recurrente, cuando dichas consideraciones no se desprenden de la documental indicada, reflejando la redacción fáctica del Juez a quo con suficiente claridad, el modo en que ocurrieron los hechos.

2ª.- En segundo término, se propone una nueva redacción del hecho probado séptimo, en el siguiente sentido: “El corte de servicio de agua afectó a un número indeterminado de viviendas de la zona, dentro de un área muy delimitada”. Tampoco se accede a esta revisión, por constituir una conclusión de parte, que no tiene cabida en el relato fáctico y no indicarse documento alguno del que derive la misma.

3ª.- En tercer y último lugar, se interesa se adicione un hecho probado décimo, del siguiente tenor literal: “Que la empresa demandada adeuda a D. F.G.L. la cantidad neta de 1.788,52 €, comprensiva de la nómina de agosto de 2015 (3 días), paga de marzo de 2016 (4/12), paga de octubre 2015 (9/12) y paga de diciembre de 2016 (1/6); todo ello según lo especificado en el hecho cuarto de la demanda y aceptado por el trabajador en la cuantía neta antes citada”.

Debe incorporarse al relato fáctico el primer párrafo del hecho expuesto, pues resultó un hecho no controvertido que la empresa adeuda dichas cantidades al trabajador, al aceptarse por demandante y demandada en el acto de juicio, por lo que se accede a lo solicitado.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se interesa sea examinada por la Sala la infracción de normas sustantivas que se ha producido en la instancia, en concreto del art. 54.2 b) y d) ET, por entender que la conducta desplegada el día 28-6-15 no constituye en modo alguno ni desobediencia ni transgresión de la buena fe contractual, al no revestir la necesaria gravedad para ser merecedor de la máxima sanción que prevé el ordenamiento laboral ante infracciones cometidas por el trabajador.

Hemos de traer a colación, por ser determinante a efectos de resolver el recurso, cuáles han sido los hechos que motivaron el despido del trabajador, oficial de tercera de la empresa demandada.

En concreto, los hechos ocurrieron el día 28-6-2015 cuando el actor acudió sobre las 23:15 horas a una vivienda de la localidad de X. que se estaba inundando, al ser el operario que estaba de guardia. A pesar de que trató de solucionar la incidencia, llamando en diversas ocasiones a su encargado, éste no respondió a sus llamadas, de manera que a las 00:20 horas del día siguiente, comunicó al centro de control de la empresa las actuaciones que iba a realizar, en concreto: “se cierra el agua desde la calle y deja de entrarle el agua. Se cierra el agua a las calles San Francisco, San Agustín, San Benito y Montserrat. Mañana se reparará”. El corte de agua llevado a cabo por el actor afectó a un centenar de viviendas.

El protocolo de actuación de la empresa establece que siempre que se produzca una incidencia grave en relación al abastecimiento de agua, el personal de guardia debe de avisar de forma inmediata a su jefe de servicio, que es la única persona que puede tomar la decisión de posponer una reparación y dejar cerrada el agua o bien ordenar a la brigada de urgencia que realice una reparación. El operario no es competente por sí mismo para adoptar la decisión de posponer una reparación y dejar cerrada el agua.

El actor conocía que debía avisar a su encargado caso de producirse una incidencia grave, al recordárselo la empresa por escrito de 28-7-14 y que no podía abandonar el servicio hasta que se deje solucionada la incidencia.

Conforme a reiterada doctrina, “la sanción de despido, por constituir manifestación extrema de la potestad disciplinaria que corresponde al empresario, requiere que el incumplimiento contractual en que ha de fundarse presente los caracteres de gravedad y culpabilidad que exige el art. 54.1 ET” (STS 05/07/1988) y que “las infracciones que tipifica el art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, para erigirse en causa que justifiquen una sanción de despido, han de alcanzar cotas de culpabilidad y gravedad suficiente, lo que excluye su aplicación bajo meros criterios objetivos, exigiéndose por el contrario, análisis individualizado de cada conducta, tomando en consideración las circunstancias que configuran el hecho, así como las de su autor, pues sólo desde tal perspectiva cabe apreciar la proporcionalidad de la sanción, ya que tales infracciones, las que tipifica el mencionado art. 54.2, si bien manifiestan incumplimiento contractual, no denotan abstractamente la conjunta concurrencia de culpabilidad y gravedad suficiente. La teoría gradualista que ha consolidado añeja y consolidada jurisprudencia, tiene su fundamento, precisamente, en las expuestas consideraciones (STS 02-04/1992, Rec. 1635/1991, y 16-05-1991).

En cuanto a las indisciplina o desobediencia como causa de despido, es reiterada la jurisprudencia que exige que “debe reunir los requisitos de gravedad, reiteración, trascendencia y voluntariedad manifiesta de enfrentarse con el empresario (STS 23-09-1986) y ello porque “en la medida en que una simple desobediencia que no encierre una actitud abiertamente indisciplinada, que no se traduzca en un perjuicio para la empresa o en la que concurra una causa incompleta de justificación no puede ser sancionada con la extinción del contrato de trabajo (STS 19-12-1988). Y además, la “indisciplina o desobediencia en el trabajo debe ser clara, abierta, y grave sin motivo ni fundamento alguno que objetivamente se evidencia como tal (STS 21-12-1987).

En cuanto a la transgresión de la buena fe contractual, para poder encuadrar una conducta en el apartado d) del art. 54 es preciso que se produzca una violación de los deberes de fidelidad hacia la empresa, y que el trabajador actúe con conocimiento de su conducta vulneradora, aunque no se exija la concurrencia de dolo (SSTS 24-2-1984, 11-09-1986 y 21-07-1988, entre otras).

En el supuesto ahora analizado, discrepamos de la conclusión alcanzada por el Juez a quo, pues entendemos que la conducta desplegada por el actor no puede encuadrarse en ninguno de los incumplimientos descritos. Cierto es que tomó el actor una decisión para la que no estaba facultado, como era cortar el suministro de agua y dejar la reparación para el día siguiente. Pero no podemos obviar los hechos que anteceden a dicha decisión, y que no son otros que intentó contactar con su supervisor, de forma inmediata y en varias ocasiones, sin obtener respuesta alguna. De tal comportamiento no puede desprenderse, como así se ha imputado por la empresa, una desobediencia a las órdenes o instrucciones de la misma, pues el trabajador como le era preceptivo, trató de comunicar la incidencia a sus superiores, sin conseguirlo. Ante dicha falta de respuesta, adoptó la decisión de comunicar al centro de control la solución tomada respecto a la avería, dado la gravedad de la misma.

Se ha de recordar que una vivienda particular se estaba inundando y había que tomar una decisión urgente para solucionar el problema. No puede ahora imputarse al trabajador una desobediencia cuando el protocolo que se comunicó al mismo simplemente ordenaba la puesta en comunicación a los superiores de las incidencias graves, sin prever en ningún caso qué hacer caso que no obtenerse respuesta. Por otro lado, el actor comunicó su decisión en un escaso lapso temporal al

centro de control, sin que por este último se llevara a cabo actuación alguna pese a que dentro de sus funciones está el coordinar los equipos de trabajo, entre ellos, el del servicio de guardia.

Imputar al trabajador la responsabilidad del corte de suministro de 100 viviendas cuando era más que urgente tomar una decisión que atajara el problema surgido, y aún más, derivar de tales actos una sanción como es la de despido, resulta desproporcionada, sin que haya resultado acreditado que la conducta descrita se haya producido en anteriores ocasiones o que el demandante haya sido sancionado previamente por hechos similares. Por todo ello, la Sala revoca la sentencia de instancia, declarando el despido improcedente, con las consecuencias legales inherentes a dicha declaración.

Y habida cuenta que el actor reclamaba en su demanda cantidades correspondientes a salarios adeudados, en cuantía que se fijó en el acto de juicio en 1.788,52 euros, siendo dicha deuda no controvertida por la demandada, en uso de las facultades que a esta Sala otorga el art. 202.3 LRJS, estimamos la reclamación de cantidad, condenando a la empresa a abonar al actor la cuantía antedicha.

Por todo ello, con revocación de la sentencia de instancia, y estimación de la demanda interpuesta, procede declarar improcedente el despido del actor, condenando a la empresa demandada a que a su elección en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente, readmita al trabajador en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir o en su defecto le indemnice en la cantidad de 43.875,32 euros, conforme a los parámetros de antigüedad (08-04-1999), fecha de efectos del despido (03-08-2015) y salario regulador (1.915,38 €/mes) fijados en la sentencia de instancia. Asimismo, la empresa abonará al actor la cantidad de 1.788,52 euros en concepto de salarios debidos.

CUARTO.- No ha lugar a la imposición de costas, al no existir parte vencida en el recurso.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. F.G.L. frente a la Sentencia dictada el 27 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Social número 4 de Castellón, en autos número 672/2015; y con revocación de la precitada resolución, y estimación de la demanda en la instancia, declaramos improcedente el despido del actor, condenando a la empresa demandada Sociedad de Fomento X S.A a que en el plazo de cinco días, opte por readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios de tramitación dejados de percibir o le indemnice en la cantidad de 43.875,32 euros. Asimismo, procede condenar a la empresa a que abone al trabajador la cantidad de 1.788,52 euros, en concepto de salarios adeudados. Sin imposición de costas.

2140

Sentencia núm. 1.939, de 27 de septiembre de 2016

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajadora con contrato de trabajo a tiempo completo, que viene prestando sus servicios como estenotipista para administración autonómica. La actora solicita permiso no retribuido por asuntos propios por un periodo de seis meses tras periodo vacacional. Denegación de la licencia por necesidades del servicio. La actora no se presenta a su puesto de trabajo tras periodo vacacional. La demandante reclama administrativamente la concesión del permiso y en caso de denegación solicita excedencia voluntaria por interés particular. Informe favorable a la excedencia voluntaria. Reconocimiento de derecho por vía judicial.

Juzgado: Apreciando de oficio la excepción de falta de acción, desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos deducidos en la misma.

Sala: Desestima el recurso y confirma la resolución impugnada. Ante la inexistencia de conflicto entre la administración y la actora con motivo de la excedencia voluntaria, y ante la situación devenida por el ulterior despido de la trabajadora, queda sin contenido ni objeto la pretensión de la actora de que dicho derecho sea concedido por vía judicial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia aprecia de oficio la excepción de falta de acción de la demandante, por lo que desestima su demanda, razonando que la ejecución de la Resolución de fecha 2 de diciembre del 2013 dictada por el Director General de Justicia, por la que se concede a la actora el derecho a la excedencia voluntaria por seis meses constituye una pretensión meramente declarativa dado que dicha decisión no ha sido expresamente revisada, por la propia administración por lo que no resulta controvertida, rechazando por tanto, también, la pretensión de que dicho derecho sea concedido por vía judicial, por los mismos motivos.

Frente a dicho pronunciamiento recurre la parte actora en suplicación a través de un motivo único, y con el amparo procesal del apartado a) del artículo 193 de la LPL, solicitando se dicte sentencia estimatoria de su pretensión, por considerar que en la instancia se han infringido los artículos 17.1 de la Ley de Procedimiento Laboral (derogada en el año 2011 por la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) en relación con el art 24.1 de la Constitución Española, por cuanto se alega que la trabajadora es titular de un interés legítimo y actual, tiene legitimación activa y no puede verse privada de la tutela judicial efectiva. Con independencia de que la única cita del apartado a) del precepto citado, supondría, no entrar en el fondo de la pretensión sino la nulidad de la sentencia para su devolución y nuevo análisis y resolución en la instancia, lo cierto es que el precepto que se cita, que se limita a señalar que para estar legitimado para ejercitar acciones en la jurisdicción social hay

que ser titular de un derecho subjetivo o un interés legítimo, lo único que exige para su aplicación es, precisamente, la constatación de dicho interés como legítimo, pues el derecho subjetivo a la excedencia ha sido concedido por la resolución que se pretende ejecutar por vía judicial sin haberse denegado expresamente por vía administrativa.

Es cierto que en la situación planteada por la trabajadora actora, a la que por cierto se aplica en reiteradas ocasiones normas que tienen como sujetos a los funcionarios, en lugar del Convenio que le resulta de aplicación al tratarse de personal laboral contratado, se han sucedido avatares que llegan al absurdo, por parte de la propia administración, sin que conste que se haya declarado que la decisión que se pretende ejecutar haya sido realizada por órgano incompetente o fuera de la esfera de las normas laborales de aplicación al caso. Lo cierto es que consta Resolución de fecha 2 de diciembre de 2013 que le concede el derecho a la excedencia voluntaria, con efectos del 26 de agosto del mismo año, por lo que la probable vuelta de la actora a la prestación efectiva de sus servicios debería haberse producido el 26 de febrero del 2014. Según parece, éste reintegro al servicio no se produjo al haberse abierto expediente disciplinario por abandono del puesto de trabajo, y posterior resolución denegatoria a nueva solicitud de excedencia fecha 24 de enero del 2014, que no dejó sin efecto la concesión anterior. El posterior despido por abandono del puesto de trabajo, en lugar de por ausencias injustificadas, impide, al desconocerse cuál ha sido el resultado de su impugnación, siquiera si ésta se ha producido, entrar a conocer del derecho a la excedencia, que como se ha señalado ya en la instancia, fue reconocido en su momento y no expresamente revisado. No obstante, la declaración judicial del despido de la actora como improcedente obligaría a adoptar las consecuencias convencionales ligadas a tal decisión que concedió la excedencia, lo que aquí no se discute.

Por ello, la Sala se ve obligada a mantener la resolución de la instancia, pues aunque tal y como sostiene el Tribunal Constitucional en sus sentencias números 20/93 y 39/84 pueden ser ejercitables acciones declarativas cuando responden a la tutela de un interés real, y ello es doctrina constante iniciada por la sentencia del Tribunal Constitucional número 39/84, y reitera el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de mayo de 1992 y 31 de mayo de 1999, señala que las acciones declarativas son admisibles cuando existe un interés jurídico susceptible de protección que legitime dicho ejercicio, tal posibilidad exige la existencia de un conflicto, es decir, hubiera exigido que la administración hubiera revisado de forma expresa la decisión de 2 de diciembre, o por el contrario negado expresamente la petición de reingreso, lo que no consta. Por ello, y ante la inexistencia de conflicto, y ante la situación devenida por el ulterior despido, cuya calificación judicial no consta a la Sala, queda sin contenido ni objeto la presente pretensión, al no existir el conflicto actual entre la administración y la actora, por razón de la excedencia concedida en fecha 2 de diciembre.

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, 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 DOÑA R.O.T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. CUATRO de los de VALENCIA, de fecha 15 de Junio 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2141

Sentencia núm. 1.971, de 27 de septiembre de 2016

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RETA que presta sus servicios como camarero y que solicita una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común. Lesiones invalidantes en rodilla izquierda que impiden bipedestación prolongada y mantenimiento de determinadas posiciones. El actor ejerce funciones de gerencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual, condenando al organismo demandado al abono de una pensión mensual en cuantía del 55% de su base reguladora, con los incrementos legales correspondientes desde el cese del trabajador en el Régimen Especial en que se encuentra afiliado.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Dada la condición de autónomo del trabajador y la posibilidad de flexibilizar su actividad, además de desempeñar funciones de gerente, las lesiones que padece no le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual, por lo que no procede la declaración de invalidez concedida en primera instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó la pretensión de la demanda sobre declaración de la parte actora en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, interpone la entidad gestora INSS recurso de suplicación, que ha sido impugnado, al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, en el que se denuncia la infracción de los arts. 137.1.b) y 137.4 de la LGSS. Alega la recurrente en sustancia, que la limitación que padece el actor, atendiendo a las conclusiones del médico forense, no le inhabilita para todas o las más fundamentales tareas de su profesión habitual, subrayando que nos encontramos ante un gerente camarero autónomo, por lo que en sus funciones combina la gestión con las tareas propias de un camarero, y cuenta con la capacidad para adaptar sus limitaciones.

Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte, el artículo 137.4 del mismo texto legal señala que, "se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta".

SEGUNDO.- Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la

sentencia de instancia, y de los recogidos con el mismo valor fáctico en su fundamentación jurídica, ya desde ahora se adelanta que el recurso merece prosperar. En efecto, al hecho probado 4º, consta, que el actor aqueja el cuadro de dolencias residuales siguiente, de acuerdo con el Informe Médico de Síntesis: “gonalgia izquierda difusa de predominio infrarrotuliano y a nivel herida QG. No secreción actual herida. BA limitación por algias 90/-5º con claudicación leve y amiotrofia cuadricepital moderada de 3cm aproximadamente. Limitación actual para requerimientos elevados de rodilla izquierda, cargas y cuclillas.

De acuerdo con el Informe del médico forense D. F.R.LL., existe una incapacidad permanente para todo trabajo que requiera flexo-extensión de la rodilla izquierda y/o deambulación o bipedestación prolongada y/o el mantenimiento de posición de cuclillas. Limitación importante para actividades de ocio que impliquen movilidad continuada de rodilla izquierda.”

Hemos de tener presente que el actor tiene la profesión de gerente camarero, encuadrado en el RETA (autónomo), profesión que si bien en lo relativo a la actividad de camarero es de carácter físico, dada su condición de autónomo podrá flexibilizarla y adaptarla en cuanto a requerimientos profesionales, máxime cuando la limitación actual que padece el recurrente es para requerimientos elevados de rodilla izquierda, cargas y cuclillas (INSS) y para la deambulación o bipedestación prolongada y/o el mantenimiento de posición de cuclillas. Pero además, en este caso nos encontramos ante una persona que también es gerente, lo que significa que una parte de su jornada laboral la va a dedicar a labores de gestión u oficina. Esa combinación de tareas sumada a la capacidad de adaptar su situación clínica a los requerimientos funcionales de su trabajo, por ser el actor autónomo, hace que concluyamos que el demandante no está inhabilitado para las fundamentales tareas de su profesión habitual, por lo que debemos revocar la sentencia de instancia.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 5 de los de ALICANTE, de fecha 9 de diciembre de 2014, revocamos la citada resolución; y, en consecuencia, desestimamos la demanda y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas.

2142

Sentencia núm. 2.012, de 29 de septiembre de 2016

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajador que presta sus servicios como locutor-comentarista en Ente de comunicación. Derecho a reingreso en puesto de trabajo tras estar en situación de excedencia voluntaria. Denegación en un primer momento por falta de vacantes. Tras nueva solicitud de reincorporación, años más tarde, la empresa le comunica vacante remitiendo oficio de presentación a acto único que es devuelto por desconocido. Al no presentarse al acto, la empresa considera extinguida la relación laboral al haber decaído su derecho a permanecer en situación de excedencia voluntaria por no aceptar la plaza ofertada de su categoría. Reconocimiento del derecho a reingreso.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa niega la existencia de relación laboral al decaer el derecho del actor a la situación de excedencia voluntaria. La acción a ejercitar por el demandante debería haber sido la de despido y no la de reconocimiento de derecho.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario se estructura en tres motivos. En el primero se denuncia “infracción de los artículos 29.1.D) y 52.D) del XVI Convenio Colectivo de RTVE”. Dichos preceptos establecen lo siguiente: “Artículo 29. Causas de extinción del contrato. 1. La relación laboral se extingue por alguna de las siguientes causas: d) En los casos de excedencia, por no solicitar la incorporación en los plazos previstos en el presente Convenio o no reincorporarse el trabajador a su puesto de trabajo, en el caso de haber solicitado el reingreso, dentro del período reglamentario Artículo 52 1. Podrán solicitar excedencia voluntaria los trabajadores con antigüedad al menos de un año, de acuerdo con las normas siguientes: d) Si solicitando el reingreso dentro del plazo no hubiera vacante en la localidad de origen, RTVE podrá ofrecer al peticionario reingresar en la plaza vacante de otra localidad. De no ocupar esta por su voluntad, decaerá definitivamente su derecho al reingreso”. Argumenta en síntesis que para que hubiera decaído el derecho al reingreso debió haber concurrido la voluntad del trabajador, sin que proceda transformar una hipotética “renuncia tácita” en un “despido” criticando lo indicado en el fundamento de derecho tercero de la sentencia de instancia, cuando señala que “la empresa por tanto con su escrito de fecha 29-10-13, lo que hace es comunicarle el escrito donde se acordaba la extinción de la relación laboral, por ello el actor en el momento que recibió la carta de 29-10-13, era conocedor de que no en ese momento, sino desde abril de 2008, se le había extinguido su relación laboral; lo que ello suponía, que no se pudiera atender por la empresa su petición, por la decisión en su momento adoptada de extinguir la relación laboral. Por tanto, constándole al

trabajador la extinción de su contrato de trabajo, en aplicación de la doctrina que recoge la citada sentencia, debió de accionar por despido y no por reconocimiento de derechos, lo que da lugar a que se deba de estimar la excepción invocada por la parte demandada, con la consiguiente desestimación de la demanda”, incidiendo en el contenido de los documentos obrantes a los folios 15 y 16, señalando que nada permitía deducir del material probatorio que existió una decisión empresarial unilateral de extinción del contrato de trabajo y que siendo el objeto del debate si el derecho al reingreso del actor había decaído o no, a esto correspondía la acción de reconocimiento de derecho y no la de despido, trayendo a colación la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2001 y de 10 de diciembre de 1990, acerca de que la dimisión o voluntad unilateral del trabajador de extinguir el vínculo contractual puede manifestarse de forma expresa o de manera tácita, pero en este caso ha de manifestarse por hechos concluyentes, que no dejen margen alguno para la duda razonable sobre su intención y alcance.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007 (R.2364/2006) reiterando doctrina sobre las “situaciones de excedencia voluntaria y consiguiente reingreso del trabajador en la empresa” desde la perspectiva de lo dispuesto en los artículos 46.1.5, 54 y 55 del Estatuto de los Trabajadores, “distingue, claramente, entre las situaciones de negativa rotunda e irrevocable de la empresa al reingreso solicitado por el trabajador, lo que viene suponer la voluntad de ruptura del vínculo jurídico-laboral que mantiene con el mismo y las de simple omisión de respuesta a la solicitud de reingreso o de aplazamiento de este último para el momento en que se produzca vacante adecuada para la categoría y puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador excedente. Para el primer supuesto, se entiende por la Sala, que la acción a ejercitar es la de despido, en tanto que para el segundo de los supuestos expuestos se considera que la acción a ejercitar es la del reconocimiento del derecho al reingreso”.

3. Del inalterado e incombato relato histórico de la sentencia de instancia, destacamos: A) En fecha 21-3-1990 el demandante solicitó la excedencia voluntaria por un periodo mínimo de 2 años y un máximo de 5, que fue reconocido por la empresa RNE en fecha 28-3-1990. B) Que en fecha 3-11-94, el demandante solicitó el reingreso, siendo denegado por la empresa en escrito de fecha 15-11-94, constando en la comunicación que en caso de producirse una vacante de su categoría profesional, se procedería a atender su solicitud de reincorporación al servicio activo, sin que hasta ese momento decayera en su derecho al mismo. Dicha contestación se remite al domicilio sito en Burjasot. C) El demandante en fecha 19-9-13 remitió escrito a la empresa, solicitando nuevamente la reincorporación al servicio activo. En la carta hizo constar el domicilio en Valencia, Avda C.V., nº X. D) El demandante manifiesta que en fecha 29-10-13 recibió carta de la misma fecha que le remitió la demandada, donde se indicaba que en relación con su solicitud de reincorporación al servicio activo (petición 19-9-13), se acompañaban escritos de la directora de recursos humanos de RTVE de fechas 28-12-07 y 3-4-08, enviados al último domicilio que constaba en su expediente personal “Avda S. nº X. de T.”. En la carta de 28-12-07 se le indicaba que atendiendo a su solicitud de reincorporación al servicio activo, se le citaba a un acto único el 10-1-08, y se hacía constar que en el caso de que no asistiera al acto, se entendería que

declinaba ocupar la posible plaza que le hubiera podido corresponder. Y la resolución de fecha 3-4-08 dictada por RTVE en la que se indica que se le envió un escrito para acudir al acto único el 10-1-08 y que el acuse de recibo no fue entregado por resultar desconocido, por lo que en aplicación del art 52 y 29 1 d) del convenio colectivo, se daba por extinguida la relación laboral al haber decaído su derecho a permanecer en situación de excedencia por no aceptación de la plaza ofertada de su categoría”.

4. Con independencia de que el actor conociera o no las comunicaciones de 28-12-07 y 3-4-08, de que se hizo mérito en el apartado anterior, lo cierto es que la demandada en fecha 29-10-13 le comunicó dichos escritos, en el último de los cuales se daba por extinguida la relación laboral al haber decaído su derecho a permanecer en situación de excedencia por no aceptación de la plaza ofertada de su categoría. Es decir, la empresa negaba la existencia de la relación laboral; por lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial indicada en el apartado 2 de este fundamento jurídico la acción a ejercitar era la de despido.

5. A lo indicado en el apartado anterior no se opone la regulación contenida en los artículos 29.1.D) y 52.D) del XVI Convenio Colectivo de RTVE”, que establecen: “Artículo 29. Causas de extinción del contrato. 1. La relación laboral se extingue por alguna de las siguientes causas: d) En los casos de excedencia, por no solicitar la incorporación en los plazos previstos en el presente Convenio o no reincorporarse el trabajador a su puesto de trabajo, en el caso de haber solicitado el reingreso, dentro del período reglamentario Artículo 52 1. Podrán solicitar excedencia voluntaria los trabajadores con antigüedad al menos de un año, de acuerdo con las normas siguientes: d) Si solicitando el reingreso dentro del plazo no hubiera vacante en la localidad de origen, RTVE podrá ofrecer al peticionario reingresar en la plaza vacante de otra localidad. De no ocupar esta por su voluntad, decaerá definitivamente su derecho al reingreso”.

6. Esa regulación no implica como el recurrente pretende que para que hubiera decaído el derecho al reingreso debió haber concurrido su voluntad, sin que procediera transformar una hipotética “renuncia tácita” en un “despido”, sino que en armonía con lo dispuesto en el artículo 46.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, a cuyo tenor “el trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”, es el trabajador excedente quien en su caso debe solicitar el reingreso que se producirá si existen vacantes, decayendo definitivamente el derecho al reingreso si el trabajador no ocupa la plaza vacante ofrecida por su voluntad. De esa regulación en absoluto se deduce que el empleador no pueda proceder a un despido (decisión extintiva del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empleador) con motivo de la solicitud de reingreso, tal y como señala la doctrina jurisprudencial expresada en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2007, de que antes se hizo mérito. En consecuencia este motivo se desestima.

SEGUNDO.1. En el siguiente y correlativo motivo de recurso bajo la rúbrica “infracción de la jurisprudencia”, incide en que de acuerdo con la propia jurisprudencia recogida en la sentencia recurrida, para entender que la negativa al reingreso se

considera extinción que “atendiendo a las circunstancias concretas, la empresa lo exprese al trabajador, expresa o tácitamente, y de manera “rotunda e inequívoca” que se ha extinguido la relación laboral”, y que “la comunicación recibida el día 29/10/13 nunca supuso la negación rotunda e inequívoca de la relación laboral, sino que simplemente se limitó a constatar que al no acudir a la mencionada convocatoria de plaza, renunciaba a la relación laboral”.

2. Para desestimar también este motivo, basta reiterar lo ya indicado al examinar el anterior, al respecto de que con independencia de que el actor conociera o no las comunicaciones de 28-12-07 y 3-4-08, de que se hizo mérito en el apartado anterior, lo cierto es que la demandada en fecha 29-10-13 le comunicó dichos escritos, en el último de los cuales se daba por extinguida la relación laboral al haber decaído su derecho a permanecer en situación de excedencia por no aceptación de la plaza ofertada de su categoría. Es decir, la empresa negaba la existencia de la relación laboral; por lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial indicada en el apartado 2 de este fundamento jurídico la acción a ejercitar era la de despido. No se trata de examinar la legalidad de lo decidido por la empresa en relación con el domicilio del actor y las comunicaciones dirigidas, sino que únicamente se está dilucidando la existencia o no de un despido, cuestión que se debe resolver en sentido positivo a su existencia por las razones ya indicadas.

TERCERO.1. En el siguiente y último motivo de recurso “bajo la rúbrica “conclusiones”, y sin cita del precepto procesal en que se ampara, se limita a indicar que la empresa comunicó al actor “atendiendo positivamente su solicitud de reincorporación y citándole a un acto único para que tomara posesión de la plaza ofertada. Esta comunicación, por mor de la cual la empresa consideró renunciada la plaza ofrecida al trabajador, se realizó a domicilio distinto al de mi patrocinado y por tanto debe considerarse un acto nulo de pleno derecho conforme al art 40 del CC en relación con el 6.3 del mismo cuerpo legal. A mayor abundamiento nos hallamos ante figuras jurídicas totalmente distintas e incompatibles –Excedencia vs despido- tanto sustantiva como procesalmente. Máxime si además incorporamos al presente caso las consecuencias derivadas de lo preceptuado en el art.3.1 del C.C. (Las normas se interpretarán en relación con el contexto y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas.). De este modo, el hecho de que la Juzgadora “a quo” acogiera la excepción que formuló la Abogacía del Estado en representación del ente público RTVE hace que deba estimarse el presente recurso, con las consecuencias que en Derecho se derivan”.

2. Para desestimar también este motivo basta considerar que en el mismo se incumplen los requisitos prevenidos en los artículos 193 y 196.2 y 3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no se indica el objeto del recurso, ni se expresa con suficiente precisión y claridad el mismo, limitándose a expresar lo que denomina “conclusiones”. Además, como hemos venido indicando en los motivos anteriores y reiteramos ahora “con independencia de que el actor conociera o no las comunicaciones de 28-12-07 y 3-4-08, de que se hizo mérito en el apartado anterior, lo cierto es que la demandada en fecha 29-10-13 le comunicó dichos escritos, en el

último de los cuales se daba por extinguida la relación laboral al haber decaído su derecho a permanecer en situación de excedencia por no aceptación de la plaza ofertada de su categoría. Es decir, la empresa negaba la existencia de la relación laboral; por lo que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial indicada en el apartado 2 de este fundamento jurídico la acción a ejercitar era la de despido. No se trata de examinar la legalidad de lo decidido por la empresa en relación con el domicilio del actor y las comunicaciones dirigidas, sino que únicamente se está dilucidando la existencia o no de un despido, cuestión que se debe resolver en sentido positivo a su existencia por las razones ya indicadas”.

CUARTO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia impugnada. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 235.1 de la LJS y 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, 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 don M.B.M.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 11 de los de Valencia el día treinta de abril de dos mil quince en proceso sobre RECONOCIMIENTO DE DERECHO seguido a su instancia contra RADIO TELEVISIÓN ESPAÑOLA (RTVE) y confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2143

Sentencia núm. 2.025, de 4 de octubre de 2016

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Vulneración de los derechos fundamentales. Personal facultativo al que se le cesa como jefe de área comunicándole su continuidad como facultativo especialista. Tras un periodo de baja por cuadro depresivo, el actor presenta cese voluntario en la empresa. Indemnización por daños y perjuicios. Diferencias cuantía indemnizatoria.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando la nulidad de la modificación efectuada, debiendo abonar al demandante determinada cantidad en concepto de indemnización por daños y perjuicios.

Sala: Desestima el recurso del actor y estima parcialmente el recurso de la empresa demandada, declarando injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución impugnada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del juzgado que estima parcialmente la demanda y declara la nulidad de la modificación sustancial efectuada en fecha 29/2/2012, condenando a M.S. S.A. a abonar al demandante en concepto de indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 30.000 euros, recurren en suplicación ambas partes, habiéndose impugnado dichos recursos, respectivamente, por la contraparte, como se expuso en los antecedentes de hecho. Alegadas por ambas partes la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el contrario, la Sala ha de pronunciarse al respecto por ser además una cuestión de orden público y, por lo tanto, de derecho necesario que ha de examinarse de oficio, al estar sustraída a la disponibilidad de las partes.

La empresa demandada aduce la inadmisibilidad del recurso interpuesto por el demandante por “incumplimiento de los requisitos formales del recurso de suplicación,” entendiéndolo como tal la defectuosa técnica procesal seguida al redactar los motivos de aquél, lo que en modo alguno puede constituir causa de inadmisión del recurso, sino de desestimación del mismo, lo que en todo caso exige entrar en el examen de los motivos del indicado recurso.

A su vez, la parte actora se opone a que se entre a conocer de la calificación de nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que efectúa la sentencia de instancia por cuanto que dicha materia no tiene acceso a la suplicación y aduce al respecto lo establecido en los artículos 138.6 y 191 letra a) de la LJS, por lo que entiende que tan solo cabe el recurso de suplicación respecto a la acción de daños y perjuicios por exceder la reclamación de los mismos de los 3.000 euros. Tampoco esta tesis puede prosperar por cuanto que al alegarse vulneración de derechos fundamentales en la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la acción

ejercitada tiene acceso a la suplicación, tal y como se desprende, entre otras, de la STS de 22 de junio de 2016, Recurso: 399/2015, en la que se reproducen las razones recogidas por la sentencia de 3 de noviembre de 2015 (rcud. 2753/2014) y que son las siguientes:

“Primero: El tenor literal del artículo 191.3 f) de la LRJS, que con toda contundencia proclama: "Procederá en todo caso la suplicación:...g) Contra las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas". La expresión "en todo caso" únicamente puede significar que, en cualquier proceso en el que se interese la tutela de derechos fundamentales y libertades públicas procede la suplicación, aunque en el mismo se ejercite una acción que está excluida de la suplicación. De entenderse de otra manera, la citada expresión sería superflua, pues hubiera sido suficiente con que el legislador hiciera constar que "Procede recurso de suplicación contra..." En los apartados 1 y 4 del precepto no utiliza la expresión "En todo caso", lo que dota de un especial énfasis su utilización en el apartado 3.

Segundo: La finalidad de la norma que, al conceder recurso de suplicación, obedece a la preeminencia que la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas tiene en nuestro ordenamiento jurídico, manifestada en la regulación contenida en el artículo 53 de la Constitución , que en su apartado 2 prevé que la tutela de tales derechos y libertades puede recabarse ante los Tribunales ordinarios a través de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Tercero: La imposibilidad de acudir a la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, si se reclama conjuntamente con tal pretensión el derecho a la fijación del periodo de disfrute de vacaciones, a tenor de lo establecido en el artículo 184 LRJS, por lo que resultaría restrictivo de derechos el que al accionante por vacaciones y tutela de derechos fundamentales se le impidiera el acceso al recurso y, por el contrario, este se concediera si se ejercitaba únicamente la acción de tutela de derechos fundamentales.

Cuarto: La tutela otorgada por el artículo 178.2 de la LRJS a las acciones que se ejerciten por la vía del artículo 184 de la LRJS, a las que se aplicarán, en cuanto a las pretensiones de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las reglas y garantías previstas en el Capítulo X de la LRJS, dedicado a la regulación de la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas. Es cierto que en dicho Capítulo no se establece que contra la sentencia dictada en dicha modalidad procesal, procede recurso de suplicación, sin embargo, resulta forzoso concluir que procede tal recurso dado que, si a las acciones que se ejerciten por la vía del artículo 184 de la LRJS, se aplican todas las reglas y garantías del proceso de tutela, habrá de aplicárseles también, por identidad de razón, la regla que establece la recurribilidad de la sentencia recaída en el proceso de tutela.

Quinto: La procedencia del recurso de suplicación no se establece contra las sentencias dictadas en la modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas, sino respecto a las sentencias dictadas en materia de tutela de derechos fundamentales, es decir que, a tenor de lo establecido en el artículo 191.3 f) d la LRJS , procede el recurso de suplicación siempre que el objeto del pleito verse sobre tutela de derechos fundamentales, con independencia de la modalidad procesal que se haya seguido.

Sexto: La interpretación que esta Sala ha efectuado, si bien referida a la regulación contenida en el artículo 189.1 f) de la LPL -en este extremo sustancialmente idéntica a la del 191.3 f) de la LRJS- de la recurribilidad de las sentencias en las que se resuelve sobre una pretensión no recurrible a la que se acumula una reclamación de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas.

Así la sentencia de 10 de diciembre de 1999, recurso 517/1999 contiene el siguiente razonamiento: "El recurso ha de prosperar necesariamente, si se tiene en cuenta que la sentencia a la que se negó la posibilidad de ser recurrida en suplicación se dictó en un proceso de tutela de un derecho fundamental cual es el de no discriminación reconocido en el art. 14 de la Constitución. A partir de tal consideración el art. 189 no admite otra interpretación que la que literalmente se desprende de sus previsiones en las que, al lado de supuestos en los que prevé que no quepa el recurso de suplicación, y otros en los que cabrá o no según la cuantía, dispone expresamente en su apartado 1.f) que "procederá en todo caso la suplicación: f) contra las sentencias dictadas en materia de conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, impugnación de los estatutos de los sindicatos, y tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales y libertades públicas".

La aplicación de la doctrina reseñada conduce, pues, a la admisibilidad del recurso no solo respecto a la valoración de los daños y perjuicios sino también en cuanto a la calificación de nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por vulneración de derechos fundamentales que efectúa la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- Por razones técnico procesales se analizará en primer lugar el primero de los motivos del recurso entablado por la empresa demandada habida cuenta que se formula por el cauce del apartado a del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social para que se repongan las actuaciones al momento de dictar sentencia a fin de que se estime la excepción de falta de acción y se desestime la demanda de daños y perjuicios o se estime dicha demanda parcialmente condenando a la demandada a una cantidad ajustada a derecho según se expone en el motivo cuarto de dicha parte.

El indicado motivo se subdivide en dos submotivos. En el primero de ellos que se titula como "Falta de acción por cuanto la relación laboral estaba extinguida antes de concretar los daños y perjuicios de la demanda". En este submotivo aduce la defensa de la empresa la infracción del art. 22 de la LEC por entender que al haberse extinguido el contrato de trabajo del actor debió de apreciarse la pérdida sobrevenida del objeto del proceso, haciendo hincapié en que la indemnización de daños y perjuicios se solicitó y concretó cuando ya se había producido la dimisión del trabajador.

El segundo submotivo que se titula "El fallo judicial vulnera lo fijado por el artículo 138.7 de la LRJS" se formula con carácter subsidiario al anterior y en él se aduce que la consecuencia legal de la declaración de nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es dejar sin efecto la medida adoptada, sin que pueda añadirse daños y perjuicios por mor del art. 41.3 ET.

Ninguno de los submotivos puede prosperar ya que el cese en la relación laboral por dimisión del trabajador no supone la pérdida sobrevenida del objeto, sobre todo, si se tiene en cuenta que el demandante aduce la vulneración de derechos fundamentales (hecho probado séptimo de la demanda), por lo que en cualquier caso subsiste el interés legítimo del demandante en obtener una declaración sobre la referida vulneración aun cuando haya cesado su relación laboral y lo mismo cabe decir respecto a la reclamación de daños y perjuicios derivados de dicha modificación sustancial de las condiciones de trabajo que el demandante solicita asimismo en la demanda aunque los cuantifique posteriormente.

TERCERO.- A continuación se examinarán las diversas revisiones fácticas que ambas partes formulan por el cauce del apartado b del art. 193 de la LJS y que se exponen, respectivamente, en el primer motivo del recurso del demandante y en el segundo motivo del recurso de la empresa demandada.

Antes de entrar en el examen de las mismas conviene recordar, como señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de junio de 2006, recurso nº 189/2004, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), que “para que la denuncia del error pueda ser apreciada en este recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas y sin recurrir a la alegación de prueba negativa, consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Y d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91-; 31/03/93 -rec. 2178/91-; 26/09/95 -rec. 372/95-; 04/10/95 -rec. 45/95-; 04/11/95 -rec. 680/95-; 21/12/98 -rec. 1133/98-; 24/05/00 -rec. 3223/99-; 03/05/01 -rec. 2080/00-; 19/02/02 -rec. 881/01-; 12/03/02 -rec. 379/01-; 07/03/03 -rec. 96/02-; 15/07/03 -rec. 7/03-; 27/01/04 -rec. 65/02-; 06/07/04 -rec. 169/03-; 12/07/04 -rec. 166/03-; 17/09/04 -rec. 108/2003-; 29/12/04 -rec. 54/04-; 18/04/05 -rec. 3/04-; 18/05/05 -rec. 140/02-; 15/06/05 -rec. 191/04-; 27/07/05 -rec. 13/04-; 22/09/05 -rec. 193/04-; 10/10/05 -rec. 180/04 -).”

La primera de las revisiones fácticas propugnadas por el demandante afecta al hecho probado tercero para que se adicione al mismo que la prorrata de las pagas extras no incluidas es de 1.010,47 euros, porque “Así obra en el contrato de trabajo y nóminas incorporadas como documental a autos.

La adición solicitada no puede prosperar habida cuenta de la ineficacia de la referencia genérica de la documental en la que se sustenta ya que la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas", siendo

precisamente esto último lo que la recurrente hace al señalar un cúmulo de documentos y de los que ni siquiera indicada su ubicación o numeración, pese a la abundante prueba documental aportada a autos.

La segunda modificación solicitada por el demandante concierne al hecho probado sexto para el que se propone el siguiente tenor: "El demandante inició un proceso de incapacidad temporal el día 5 de marzo de 2012 con el pronóstico de "trastorno distímico" siendo alta el día 6/7/2012 por mejoría que permite realizar trabajo habitual siendo que este daño a su salud psíquica vino a provocar efectos negativos y perjudiciales en la salud de la persona del trabajador que sufre el mencionado padecimiento psíquico (**CUADRO DE ANSIEDAD CON MANIFESTACIONES INTENSAS QUE LE IMPIDE REALIZAR SU VIDA DIARIA TANTO A NIVEL LABORAL COMO PERSONAL INTERFIRIENDO EN TODAS SU RESPONSABILIDADES, ACOMPAÑÁNDOSE DE INSOMNIO, PALPITACIONES, INQUIETUD, MEDIO, INESTABILIDAD, SENSACIÓN DE INCERTIDUMBRE, ANGUSTIA VIAL, AISLAMIENTO EN LA ESFERA SOCIAL Y FAMILIAR, ETC**) requiriendo asistencia médica especializada, terapia y tratamiento farmacológico específico por parte de Especialista Psiquiatría (Doctor C.S./Hospital Francesc de Borja-Gandía) al que fue derivado por parte de la Médico de Cabecera, Psiquiatra que emite diagnóstico acerca de la patología del trabajador como de **"TRASTORNO DE ADAPTACIÓN CON ANSIEDAD"**, **relacionando tal situación clínica como "referida a estar sufriendo (el trabajador) en su ámbito laboral un trato incomprensible por su parte con observaciones inadecuadas y actitudes que no entendía, sin ningún tipo de explicación aparente.**

La prestación por IT fue calculada conforme a la base de cotización del demandante del mes anterior a la baja".

La redacción solicitada se apoya en los informes médicos obrantes como documentos nº 36, 43 y 42 y no puede ser acogida por cuanto que el hecho controvertido ya recoge la situación de incapacidad temporal que sufrió el demandante así como el diagnóstico de la misma, que son los datos objetivos a fin de dilucidar la existencia de perjuicios derivados de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor.

La tercera revisión que insta el actor afecta al hecho probado decimocuarto para que se recoja la ampliación de la papeleta de conciliación administrativa y la celebración del acto de conciliación ante el SMAC, lo que fundamenta en los folios 28-31 y 39-40 y al ser por completo irrelevante para modificar el sentido del fallo, no ha lugar a su estimación.

La última de las modificaciones postuladas por el demandante se refiere al hecho probado undécimo para que se haga constar que por la empresa con carácter previo a la remoción del demandante de su cargo de jefatura se publicaron sendos mensajes de Facebook, lo que tampoco puede prosperar por cuanto que la remisión a los indicados mensajes permite a la Sala el examen íntegro de los mismos; recogiéndose además en el hecho probado noveno las noticias que se publicaron en el diario El País sobre el cese del demandante en su puesto de Jefe de Área.

CUARTO.- Procede examinar ahora las revisiones fácticas que propone la empresa demandada.

Con la primera de ellas que atañe al hecho probado tercero se quiere dejar constancia de que los conceptos salariales fueron pactados específicamente en el anexo al Contrato de trabajo de 26 de enero de 2009 así como que “El puesto de Jefe de Área Clínica (JAC) de Pediatría y Neonatología es calificada como de “especial responsabilidad” tal y como reza la cláusula quinta de anexo al contrato de trabajo, percibiendo por ello “un complemento de Jefatura” cesando en el mismo cuando deja de producirse la causa que lo originó y de “plena dedicación.”

La nueva redacción se apoya en el contrato de trabajo del actor y en el anexo del mismo suscrito por las partes (folios 60 y 62 y folios 1175 a 1177 y no puede ser acogida por cuanto que la referencia al contrato de trabajo contenida en el hecho cuestionado, permite que la Sala pueda examinar íntegramente el mismo, pero es que además la referencia al complemento de Jefatura y al complemento de plena dedicación ya se plasma también en la redacción original del hecho tercero, sin que proceda la inclusión de valoraciones jurídicas como las que pretende la empresa recurrente con la nueva redacción.

A continuación se insta la modificación del hecho probado undécimo para que se suprima del mismo la referencia al contenido de los mensajes de Facebook obrantes a los documentos 13 y 16 y que se adicione determinados extremos de los mismos, lo que tampoco puede prosperar ya que no se aprecia ningún error en la remisión al contenido de los mensajes de Facebook que hace el tenor original.

QUINTO.- En el motivo tercero se combate por la empresa recurrente la calificación de nulidad de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que efectúa la resolución recurrida ya que entiende que no se ha producido una modificación sustancial e imputa a la sentencia de instancia la infracción por aplicación indebida del art. 20 y 39 del ET, en relación con la interpretación de la jurisprudencia que los aplica e interpreta.

Aduce la defensa de la empresa demandada que el cese del demandante como Jefe de Área Clínica no constituye una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo ya que se trata de un puesto de especial confianza y responsabilidad por lo que su nombramiento y su cese es de carácter discrecional, habiéndose ofrecido además una justificación de dicho cese aunque no era necesario, estando encuadrado dicho cese en el “ius variandi” empresarial, sin que el hecho de dejar de percibir los complementos concretos que se abonaban por dicha mayor responsabilidad constituya tampoco una modificación sustancial ya que van ligados al desempeño del puesto y, por lo tanto, al cesar en el mismo ya no se devengan, habiéndose respetado en todo caso el grupo profesional del actor que es el de facultativo por lo que no es necesaria la existencia de causas objetivas para llevarlo a cabo. También se niega que se haya menoscabado el prestigio profesional del demandante con el indicado cese ya que sigue realizando las funciones propias de su grupo profesional.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 2014, Recurso: 89/2013, “Respecto al carácter sustancial de las modificaciones de trabajo, esta Sala tiene declarado, entre otras en sentencia de 8 de noviembre de 2011, recurso

885/2011 , lo siguiente : "la « modificación sustancial» es un concepto jurídico indeterminado, cuyos difusos contornos han llevado a destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de la misma y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo (entre tantas otras, anteriores y posteriores, SSTS 22/09/03 - rec. 122/02 -; 10/10/05 - rec. 183/04 -; y 26/04/06 -rec. 2076/05 -), pero en cuya delimitación son útiles los siguientes criterios: (1º) «hay que acudir a una interpretación racional y entender por tal aquella que no es baladí y que implica para los trabajadores una mayor onerosidad con un perjuicio comprobable»; (2º).- por modificación sustancial de las condiciones de trabajo hay que entender aquéllas de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas en la lista «ad exemplum» del art. 41.2 pasando a ser otras distintas, de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del «ius variandi» empresarial»; y (3º) hay que atender al contexto convencional e individual, a la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que supone para los afectados (con cita de sus precedentes, SSTS 22/09/03 - rco 122/02 -; 10/10/05 -rco 183/04 -; 28/02/07 -rco 184/05 -; 28/01/09 -rco 60/07 -). O más sintéticamente, modificaciones sustanciales son aquellas de tal naturaleza que alteran y transforman los aspectos fundamentales de la relación laboral, en términos tales que pasan a ser otros de modo notorio (SSTS 21/03/06 -rco 194/04 -; y 28/01/09 -rco 60/07 -).

De acuerdo con la doctrina expuesta y atendiendo a la declaración de hechos probados se habrá de dilucidar si el cese del demandante como Jefe de Área Clínica constituye o no una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo.

En cuanto al relato fáctico de la sentencia de instancia es de destacar que el demandante con fecha 26-1-2009 comenzó a prestar servicios para M.S., S.A. en el Hospital gestionado por dicha empresa en virtud de contrato indefinido como Jefe de Área Clínica de Pediatría y Neonatología, con grupo profesional "facultativo" y un salario mensual de 6.062,82 euros integrado por los siguientes conceptos salariales: Salario base: 1.408 euros, complemento personal:1.826,86 euros, complemento ad personam: 1.327,10 euros, complemento plena dedicación: 930,53 euros, complemento de jefatura: 570,33 euros.

Las funciones de Área Clínica de pediatría y neonatología incluyen:

- La planificación de las necesidades asistenciales para el Departamento en su área Clínica y organización de los recursos humanos y materiales en función de las mismas.
- Coordinación de los medios humanos y materiales asignados al Área, garantizando el correcto funcionamiento de la misma.
- Desarrollo de funciones de asistencia en su ámbito de especialidad. Optimizar y garantizar la atención sanitaria en la cartera de servicios, tanto para la atención programada como urgente.
- Estrecha colaboración con los médicos de otras áreas, utilizando múltiples disciplinas para gestionar los problemas pediátricos.
- Evaluación de la introducción de nuevas tecnologías según criterios de coste-efectividad y calidad de la atención al paciente.

- Impulso al desarrollo de programas asistenciales en coordinación con Atención Primaria.
- Identificación de necesidades de formación de su equipo de profesionales.
- Análisis de incidencias y resolución de las mismas.
- Propuesta y coordinación de la Calidad de la asistencia.
- Redacción de informes de gestión e información para la Dirección de Servicios - Quirúrgicos y Materno Infantiles.
- Elaboración de protocolos y actualización de los existentes en el Área de Pediatría.
- Participación en la definición y gestión del presupuesto del Área Clínica pediátrica.
- Seguimiento del presupuesto y corrección de desviaciones en caso de ser necesario.
- Control de los gastos de su Área Clínica.
- Participación en la política de optimización de costes de su Área.

Como consecuencia de la incorporación del demandante en la empresa demandada se declaró al actor que es personal estatutario médico propietario especialista en Pediatría, en situación administrativa de servicios bajo otro régimen jurídico, suponiendo el cese del mismo como jefe de servicio del Hospital Marina Alta.

En fecha 29-2-2012, la dirección de la empresa entregó al demandante carta sobre su cese en el mismo día como Jefe del Área Clínica, comunicándole la continuación del mismo como facultativo especialista, aduciéndose en la carta que se le había cesado al perder la confianza depositada en él, por motivos exclusivamente de gestión y de organización como Jefe de Área Clínica, debido al reiterado incumplimiento de los objetivos marcados por la dirección y que ello no obstaba a reconocerle su profesionalidad como pediatra, por lo que deseaban que permaneciese como tal en esa organización en calidad de Facultativo Especialista. El demandante inició un proceso de incapacidad temporal el día 5 de marzo de 2012 con el diagnóstico de “trastorno distímico”, siendo alta el día 6-7-2012 por mejoría que permite realizar trabajo habitual. La prestación de IT fue calculada conforme a la base de cotización del demandante del mes anterior a la baja. Durante el período de IT el demandante percibió por subsidio de IT 1.680 euros brutos por los días de baja del mes de marzo, 2.446,88 euros brutos por el mes de abril, 2.528,44 euros por el mes de mayo, 2.446,88 euros por el mes de junio y 489,38 euros por los días del mes de julio.

El demandante remitió en fecha 5/7/2012 buro fax a la empresa en el que le comunicaba su baja voluntaria en la misma. Con efectos de 10-7-2012 el demandante fue nombrado personal estatutario temporal para cubrir guardias médicas en el Hospital Virgen de los Lirios de Alcoy, percibiendo ingresos que varían en función de los meses. En el diario El País se publicaron diversas noticias referentes al cese del demandante en su puesto de Jefe de Área. Por la empresa tras la remoción del demandante de su cargo de jefatura, se publicaron sendos mensajes en Facebook explicando el motivo del cese en dicha jefatura, dando respuesta a las preguntas sobre tal extremo que en dicha red se efectuaron. La empresa se estructura conforme al organigrama aportado por la misma de la siguiente forma: dirección gerencia, por debajo, dirección asistencial, por debajo, dirección médica del hospital, por debajo dirección de cuidados y servicios y dirección médica red asistencial, por debajo jefatura de área clínica/servicios/unidades, direcciones de centro de salud, coordinadores y

supervisores de cuidados y servicios; por debajo de éstos facultativos especialistas, enfermería, técnicos, trabajadores sociales, auxiliares de apoyo, etc.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial antes referenciada a los datos fácticos que se acaban de exponer lleva a esta Sala a compartir la conclusión alcanzada por la sentencia de instancia en el sentido de que el cese del actor como Jefe de Área Clínica constituye una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo ya que a raíz de dicho cese deja de desempeñar las funciones directivas que conforman su puesto de trabajo y, aun cuando siga realizando las funciones de pediatra en su condición de facultativo especialista, desaparece una parte muy importante del contenido de su trabajo que sin duda fue además la que le impulso a aceptar la oferta de empleo ofrecida por la demandada y a abandonar su puesto de trabajo en la sanidad pública, siendo de destacar que el demandante fue contratado precisamente por la demandada no como un mero facultativo especialista sino para desempeñar el puesto de Jefe de Área Clínica de Pediatría y Neonatología, siendo evidente que su cese en el indicado puesto ha repercutido negativamente tanto en su prestigio profesional como en sus retribuciones, sin que se haya justificado, por lo demás, que se pactasen unos objetivos para permanecer en el desempeño del indicado puesto, ni que la duración en el desempeño del mismo estuviese sujeta a la discrecionalidad de la empresa, pues nada de ello se refleja en el contrato de trabajo del actor ni en el anexo al mismo.

Ahora bien, el hecho de que se considere el cese del actor como Jefe de Área Clínica una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo y aun admitiendo la repercusión negativa que a nivel profesional, social y retributivo supone para el actor dicho cese, no se constata que el mismo se haya producido con la vulneración de derechos fundamentales que alega el actor, es más la sentencia de instancia tampoco aprecia dicha vulneración, sino que dice que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor se ha de declarar nula por no reunir los requisitos formales legalmente dispuestos y por afectar al prestigio profesional del trabajador, ahora bien el prestigio profesional no es un derecho fundamental, y el cambio de funciones del actor no atenta contra la dignidad del mismo, por lo que la calificación que merece dicha modificación sustancial es la de injustificada y no la de nula que declara la sentencia recurrida, por lo que procede la estimación parcial del motivo ahora examinado.

La exclusión de la vulneración de derechos fundamentales denunciada por el demandante no implica que no quepa apreciar la existencia de daños y perjuicios derivados de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor que, conforme ya se ha dicho, no cabe entender incluida en el “ius variandi” empresarial al suponer su cese como Jefe de Área Clínica una alteración fundamental de sus funciones aunque tras dicho cese siga desempeñando las propias de su condición de facultativo especialista, viéndose modificado también su régimen jurídico ya que como reconoce la demandada al personal directivo no le es de aplicación el Convenio Colectivo de empresa sino que se rige por las condiciones de su contrato de trabajo, el cual también se ha visto modificado al dejar de percibir el actor tras el referido cese, el complemento de jefatura (570,33 €) y el complemento de plena dedicación (930,53 €)

pactados en el mismo, por lo que procede dilucidar cuál es la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados al actor por su cese, lo que enlaza con el segundo motivo del recurso de suplicación interpuesto por el demandante y con el cuarto motivo del recurso de suplicación interpuesto por la empresa demandada.

SEXTO.- En el cuarto motivo del recurso de la demandada que se formula al amparo del apartado c del art. 193 de la LJS, se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 138.7 de la LJS así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de abono de indemnización por daños y perjuicios.

Razona la defensa de la empresa demandada que no procede la indemnización que se fija a favor del actor en la sentencia de instancia ya que la misma rechaza el hostigamiento denunciado por el demandante sin que el cese del mismo como Jefe de Área Clínica haya supuesto ningún demérito para el actor, y subsidiariamente se solicita que en el caso de que se estimase la existencia de algún perjuicio para el demandante derivado del indicado cese se repongan las actuaciones al momento de dictar sentencia para que el juzgador determine si concurre el meritado perjuicio y cuantifique en consecuencia los daños y perjuicios.

La censura jurídica expuesta no puede prosperar porque como ya se ha dicho, sí que han quedado acreditados los daños y perjuicios sufridos por el demandante por su cese como Jefe de Área Clínica que le impuso la demandada ya que ello se tradujo en desprestigio profesional y social, en una regresión en su promoción profesional y en la merma de sus retribuciones, que son los parámetros que se tienen en cuenta por la Magistrada de instancia, junto con la duración de la relación laboral, para fijar la indemnización, tal y como se recoge en el último párrafo del quinto fundamento de derecho de la resolución recurrida, sin que se acierte a entender porque solicita la demandada con carácter subsidiario que se repongan las actuaciones y que se dicte una nueva sentencia por la Juez “a quo” si se entiende que el actor ha sufrido un perjuicio con su cese y que se cuantifique el mismo, cuando es evidente que sobre dichos extremos ya se ha pronunciado la sentencia de instancia, lo que lleva a rechazar también dicha solicitud.

A su vez la parte actora en el segundo motivo de su recurso que se incardina también en el apartado c del art. 193 de la LJS denuncia la infracción de los arts. 208, 209.3, 218.1 y 2 de la LEC en íntima conexión con los arts. 120.3, 24.1 C (motivación de las sentencias, tutela judicial efectiva, derecho a obtener una resolución fundada en derecho sobre las pretensiones oportunamente deducidas en el pleito) en concordancia con el principio de reparación integral de los daños y perjuicios sufridos y la doctrina jurisprudencial que cita a lo largo del recurso.

En este motivo la defensa del demandante dice que la sentencia de instancia adolece de la motivación necesaria sobre la forma en que ha calculado el importe de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor y que se cifra en 30.000 euros “atendiendo a la duración de la relación laboral entre las partes, las retribuciones que venía percibiendo el trabajador, así como el descrédito ocasionado al mismo en su ámbito social y

profesional” . A continuación propone el demandante una cuantificación de la indemnización que comprende diversos parámetros:

- 6.253,58 euros por las diferencias retributivas entre las ganancias que obtenía como JAC de pediatría y neonatología y las que se dejaron de percibir con ocasión de la decisión empresarial de degradar al trabajador en sus funciones y dejarle como facultativo.
- 11.193,73 euros por el proceso de baja que sufrió como consecuencia de la conducta empresarial, calculada conforme al baremo de tráfico.
- 5.502,48 euros por las ganancias dejadas de percibir en concepto de atención continuada P.F.D y P.F.F con ocasión de verse el trabajador en proceso de IT.
- 85.260 euros por el trastorno psiquiátrico en el que cayó el trabajador con ocasión de la grave actitud de la empresa con el trabajador.
- 85.597,7 euros por la merma retributiva que se le ha producido al verse forzado a cesar en la empresa para la que trabajaba desde 2009 llegando a aceptar para salir de ese ambiente toxico que le estaba perjudicando enormemente un puesto en la Agencia Valenciana de salud como facultativo especialista en pediatría para la cobertura de guardias siendo que los ingresos percibidos por dicho trabajo son sustancialmente menores.
- 50.000 euros por daño moral y retractación por parte de la empresa en iguales medios públicos utilizados en su día para el descrédito, humillación y daño a la imagen pública.
- Indemnización igual al despido improcedente conforme al art. 50 ET (27.282,69 euros) o subsidiariamente la dispuesta en el art. 41.3 Et (12.125,64 euros).

Subsidiariamente, se solicita que de estimarse procedente una cantidad global para el resarcimiento de los daños, se fije en 50.000 € como reparación adecuada a la vulneración al honor y en aplicación de lo establecido en el art. 40.1 b de la LISOS que sanciona las faltas muy graves con una multa que va de los 25.001 € a los 100.005 €, en su grado medio.

La sentencia de instancia desecha la cuantificación de la indemnización que reclama la defensa de la parte actora al considerar que no se ha acreditado el hostigamiento aducido por el demandante y al que el mismo vinculaba su baja laboral iniciada el 5-3-12, por lo que no acoge ninguna de las pretensiones resarcitorias que derivan de dicha baja laboral y en concreto desestima la indemnización por el salario dejado de percibir durante la misma, las guardias no realizadas, la indemnización conforme al baremo de tráfico de los días improductivos, así como el daño moral causado por la dolencia psicológica que causa la baja, destacando que existe una notoria redundancia en los conceptos por los que el mismo pretende ser indemnizado. También rechaza las pretensiones referentes a las diferencias salariales entre lo que el demandante percibía como Jefe de Área y el salario que percibe en el Servicio Valenciano de Salud, no solamente porque el pretendido hostigamiento que le llevó a aceptar precipitadamente el nuevo puesto de trabajo no se ha declarado probado sino porque la pérdida de su antiguo puesto de trabajo en la sanidad pública y la posibilidad de cese de su relación laboral posterior en el ámbito de la empresa privada era un riesgo que el trabajador debió ponderar a la hora del cambio de trabajo sin que tal riesgo sea trasladable a la empresa y en cuanto a la indemnización conforme al art. 50 ET

recuerda la falta de acción respecto a la misma al haber dimitido el demandante en fecha 6-7-2012. Es decir, la sentencia de instancia sí que explica razonadamente por qué no acepta las pretensiones resarcitorias deducidas por el demandante, razonamientos que son compartidos por esta Sala ya que como se dijo antes no cabe apreciar la vulneración de derechos fundamentales en el cese del actor como Jefe de Área de Clínica.

Por otra parte es cierto que cuando la Magistrada de instancia cifra la indemnización global de 30.000 € no especifica como la ha obtenido, pero hasta cierto punto es lógico porque lo que está valorando primordialmente es el desprestigio profesional y social sufrido por el trabajador y la cuantificación del resarcimiento del daño moral tan solo se puede realizar de forma global y tras una valoración ponderada de las circunstancias concurrentes que es lo que ha hecho la “Juez a quo”, siendo de destacar que los escasos cuatro días transcurridos desde el cese del demandante como Jefe de Área y el inicio de su baja médica, explican que no se haya realizado por parte de la Magistrada de instancia un desglose de las diferencias generadas en dichos días entre las retribuciones del actor como Jefe de Área y las que percibió como facultativo especialista, entendiéndose englobado el resarcimiento de dichas diferencias en el importe de los 30.000 € que como indemnización se fija por la resolución recurrida, por lo que no cabe apreciar las infracciones jurídicas que se imputan a la misma respecto a la cuantificación de la indemnización de los daños y perjuicios derivados del cese del actor como Jefe de Área Clínica, lo que conlleva la desestimación del recurso de la parte actora.

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

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto por D. J.M.P.T. y estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa M.S., S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Uno de los de Benidorm, de fecha 17 de febrero de 2016, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal y revocamos la sentencia recurrida en el sentido de declarar injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo del actor, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución impugnada.

Sin costas.

2144

Sentencia núm. 2034, de 4 de octubre de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Diferencias en el cálculo de la indemnización por extinción de relación laboral. Trabajador que ha prestado servicios en una empresa y que posteriormente es absorbida por la hoy demandada. El actor ve extinguida su relación laboral como consecuencia de un ERE. La empresa transfiere al actor determinada cantidad en concepto de finiquito, habiendo firmado en el recibí de la comunicación su no conformidad. Reconocimiento de antigüedad en empresas anteriores.

Juzgado: Declara excepción de inadecuación del procedimiento y desestima la demanda.

Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo al actor el derecho a determinada cantidad por diferencias en el cálculo de indemnización. Se reconoce distinta antigüedad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la graduada social designada por don R.S.B., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.8 de Valencia que acogió la excepción de inadecuación de procedimiento opuesta por las sociedades demandadas, por entender que el Sr. S. debió entablar un proceso de despido para reclamar la diferencia entre la indemnización abonada por H.H., S.A. —en lo sucesivo H.— como consecuencia de la extinción de su contrato de trabajo y la que se reclama en este procedimiento.

2. El recurso se sustenta en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Se denuncia en él la infracción del art. 18.2 del Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, en relación con los artículos 108.1 de la LRJS y 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET). A juicio del recurrente, el proceso ordinario es el adecuado para ventilar la cuestión que se suscita en este procedimiento, toda vez que H. era concedora de su antigüedad en M. como consecuencia del proceso de absorción y que, por tanto, debió respetar la antigüedad que tenía el trabajador en esta última empresa que se remonta al 18 de enero de 1996.

SEGUNDO.- 1. Una cuestión semejante a la planteada ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en sentencia firme de 8 de marzo de 2016 (rs.1759/2015), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley nos lleva a seguir el criterio expuesto en ella.

2. Se argumenta en la citada sentencia lo siguiente: *“La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto que como bien indica la defensa del recurrente en la fecha en que se produjo la extinción de su contrato de trabajo como consecuencia del despido colectivo en el que se alcanzó acuerdo entre la empresa H. y los representantes de los trabajadores, estaba en vigor el Real Decreto Ley 801/2011, de*

10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, en cuyo artículo 18 se decía: “Indemnizaciones y plan de acompañamiento social.

1. El empresario, simultáneamente a la adopción de la decisión extintiva a que le autorice la resolución administrativa, deberá abonar a los trabajadores afectados la indemnización que se establece en el artículo 51.8 del Estatuto de los Trabajadores salvo que, en virtud de pacto individual o colectivo, se haya fijado una cuantía superior.

Asimismo, el empresario deberá cumplir con las medidas incluidas en el plan de acompañamiento social o, en su caso, las medidas consideradas en el artículo 51.4 del Estatuto de los Trabajadores o cualesquiera otras que se pudieran contener en su solicitud final a que se refiere el artículo 11.4.

2. En el caso de que el empresario no abonara la referida indemnización o existiese disconformidad respecto de su cuantía, o no cumplierse con el resto de las medidas señaladas en el apartado anterior, el trabajador podrá, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2, g) del Estatuto de los Trabajadores, demandar ante el Juzgado de lo Social competente el pago de la misma o, en su caso, el abono de las diferencias que a su juicio pudieran existir, o el cumplimiento del resto de las medidas señaladas en el apartado anterior.”

Del tenor del indicado precepto se desprende que el procedimiento adecuado para reclamar las diferencias económicas de la indemnización derivada de la extinción contractual acordada por la empresa, haciendo uso de la autorización administrativa obtenida en expediente de regulación de empleo es el procedimiento ordinario de reclamación de cantidad ante el Juzgado de lo Social, así se ha venido entendiendo tradicionalmente, (véase STS de 17 de octubre de 2012, Recurso: 4216/2011), siendo de destacar que el indicado precepto no habla de impugnar la extinción del contrato sino de reclamar el abono de la indemnización o de las diferencias que pudieran haber entre la indemnización abonada por la empresa como consecuencia de dicha extinción y la que realmente corresponde al trabajador de acuerdo con sus circunstancias profesionales.

En el caso que ahora se plantea las extinciones contractuales colectivas acordadas por la empresa H., entre las que se encuentra la del actor, se producen en virtud del acuerdo alcanzado entre la indicada empresa y la representación legal de los trabajadores, conforme a la nueva regulación establecida para los despidos colectivos en el art. 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, pero dicha norma no derogó el Real Decreto Ley 801/2011, que se mantuvo en vigor hasta el Real Decreto 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, dando cumplimiento a lo establecido en la Disposición final novena, apartado 2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, procedente del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, del mismo nombre. La pervivencia del Real Decreto Ley 801/2011 en la fecha en que se extinguió el contrato de trabajo del actor como consecuencia del despido colectivo llevado a cabo por H., conduce a afirmar que el procedimiento adecuado para reclamar el abono de las diferencias de indemnización derivada de dicha extinción siga siendo el procedimiento ordinario y no el de despido, cuya calificación además no se impugna.

A la conclusión expuesta no obsta la doctrina establecida por nuestro Alto Tribunal, entre otras, en las sentencias de 29 de septiembre de 2008 y 4 de mayo de 2012, Recurso: 2645/2011, según la cual el procedimiento por despido es el que se ha de seguir cuando la indemnización no es pacífica, ya que en dichas resoluciones no se trataba de la extinción de un contrato de trabajo como consecuencia de un despido colectivo ni era de aplicación lo establecido en el art. 18 del RD 801/2011.

En el presente caso el demandante reconoce que la extinción de su contrato de trabajo como consecuencia del despido colectivo llevado a cabo por H.E., S.A., es procedente, pero discrepa de la indemnización al considerar que la misma se debió de calcular a partir de una mayor fecha de antigüedad en la prestación de servicios, en concreto, a partir del inicio del primer contrato de trabajo suscrito con M. y para hacer valer dicha mayor antigüedad la acción que ha de ejercitar es la de reclamación de cantidad y no la de despido y ello de conformidad con lo previsto en el art. 18 del indicado Real Decreto Ley y en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia.

3. Las razones expuestas nos llevan a revocar el pronunciamiento de la sentencia recurrida que apreció la excepción de inadecuación de procedimiento, y a resolver la pretensión deducida en la demanda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 202.2 de la LRJS. Los datos expuestos evidencian que la antigüedad del actor en la empresa H.H.es S.A. se ha de remontar al primer contrato de trabajo con M. ya que desde entonces ha trabajado sin solución de continuidad para las distintas empresas que se han ido sucediendo unas a otras hasta llegar a H. que ha absorbido las empresas precedentes en las que el actor prestó servicios. Conclusión que además es acorde con lo recogido en el punto séptimo del acuerdo sobre despido colectivo firmado el 4-7-2012, entre H. y los representantes de los trabajadores referente al cómputo de antigüedades y según el cual: *Los trabajadores provenientes de la empresa M. posteriormente absorbida por T.I. S.A. y finalmente por H.H., S.A. tienen un período de antigüedad pendiente de reconocimiento formal por la empresa M. De producirse ese reconocimiento judicial H.H. procederá al abono de las diferencias resultantes de la misma, con independencia de las acciones que contra la empresa M. deba emprender H.H.* El objeto de dicho acuerdo solo se alcanza a entender si se interpreta en el sentido de que los trabajadores que no tengan reconocida la prestación de sus servicios en M. y que hayan vistos extinguidos sus contratos de trabajo al resultar afectados por el despido colectivo llevado a cabo por H. pueden obtener el abono de las diferencias de indemnización derivadas de su mayor antigüedad una vez se les haya reconocido judicialmente la referida antigüedad, sin necesidad, por consiguiente de accionar por despido. Por consiguiente, habiéndose acreditado que el actor inició su prestación de servicios para M. y que dicha prestación se prolongó sin solución de continuidad a través de diversas empresas sucesoras unas de otras hasta H.H., se ha de concluir que el demandante ha devengado la indemnización que resulta de computar como fecha de antigüedad la que se remonta al inicio del primer contrato de trabajo con M., lo que determina la condena de H.H.SA a que abone al actor la cantidad de 10.554,55 euros a la que asciende las diferencias reclamadas, que han sido calculadas teniendo en cuenta la antigüedad en M. de 18 de enero de 1996 –tal como aparece en las nóminas y se indica por el propio recurrente en el folio 6 de su recurso-, la fecha de extinción del contrato, 15 de febrero de 2012 -hecho probado tercero- y los treinta días por año de servicios que se pactaron. A lo que hay que añadir el interés legal del

dinero generado por el indicado importe, de conformidad con lo establecido en el art. 1,108 del Código Civil, sin que proceda el abono del 10% de interés por mora al no ser aplicable lo establecido en el art. 29.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por no tener naturaleza salarial las diferencias reclamadas.

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

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON R.S.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.8 de los de Valencia de fecha 16 de enero de 2015; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y condenamos a la sociedad H.H. S.A. a que abone al actor la cantidad de 10.554,55 euros más los intereses legales.

Sin costas.

2145

Sentencia núm. 2.054, de 4 de octubre de 2016

Materia: Pensión de orfandad. Demandante al que se le ha concedido pensión de orfandad por fallecimiento de padre. Extinción de la prestación por cumplimiento de la edad reglamentaria. El actor solicita nuevamente prestación de orfandad durante varios periodos posteriores por ampliación de la edad reglamentaria. Aplicación reforma legal Ley 27/2011. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, no siendo aplicable la modificación de la normativa, pues en el momento de su entrada en vigor el actor ya había cumplido la edad

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El beneficiario cumple la edad con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva norma. No retroactividad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada del demandante se formula recurso frente la sentencia recaída en la instancia, que desestimó la demanda donde se reclamaba el derecho a percibir la pensión de orfandad durante el periodo acotado en dicho escrito.

El único motivo del recurso, apoyado en el artículo 193 “c” de la LRJS, censura a la sentencia la infracción del artículo 178 de la LGSS, en relación con la Disposición Transitoria sexta bis conforme la redacción dada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, respecto el apartado 2 del artículo 175 de dicho texto legal, así como la vulneración de la jurisprudencia, reseñando la sentencia del TSJ de Cataluña de 15 de octubre de 2013, pero que no tiene dicho carácter.

La resolución objeto de recurso desestima la demanda al considerar que cuando el beneficiario de dicha pensión cumple los 22 años de edad el día 2 de marzo de 2011, aún no estaba en vigor la Ley 27 / 2011, de 1 de agosto, que dio nueva redacción al artículo 175 de la LGSS, al entrar la citada reforma en vigor al día siguiente, 2 de agosto, de modo que no procede la rehabilitación de la pensión aludida, que se pide con efectos de esa fecha hasta el 1 de noviembre de 2014, esto es, hasta el mes inmediatamente posterior al inicio del curso académico 2014-15, al hallarse aquél cursando estudios universitarios.

Para decidir el recurso se debe partir del hecho no controvertido de la edad del recurrente, que nació el 2 de marzo de 1989, de manera que el 2 de marzo de 2011 cumplió 22 años y conforme la legalidad entonces vigente se le extinguió el abono de dicha prestación, al sobrevivir su madre. La entrada en vigor de la norma legal citada precedentemente supuso que se extendiera hasta los 25 años de edad, con las condiciones que se fijan allí, el pago de la prestación aludida, señalándose una suerte de aplicación paulatina o progresiva de la misma, de modo que hasta alcanzar el 1 de

enero de 2014, el límite de edad será, durante 2012, de 23 años, y durante el siguiente año, de 24. Así las cosas, y como acertadamente refleja la sentencia recurrida, respecto las personas que cumplen la edad de 22 años, como es el caso, antes de la entrada en vigor de la reforma reseñada no existe previsión alguna, de manera que el silencio de lo que se debe regular respecto el año 2011, al cumplirse la edad de 22 años el 2 de marzo de dicha anualidad, se debe interpretar en el sentido que establece la resolución del INSS denegatoria, a lo que se alega en el recurso la imprescriptibilidad de las prestaciones y la resurrección de las pensiones de orfandad cuando, habiéndose extinguido por cumplimiento de la edad máxima legal posteriormente se aumenta la edad límite, de modo que atendida la DT 6ªbis de la LGSS, la oscuridad de esta no puede perjudicar al recurrente y dar respuesta al fenómeno social de la prolongación de la formación académica de los jóvenes.

La parte recurrente señala, en beneficio de lo que se aduce, que la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2015 aborda un caso semejante al enjuiciado en la instancia, pero esta resolución, dictada en unificación de doctrina, lo que viene a decidir es la aplicación de la reforma legal aludida a las personas que, como ocurría en el supuesto allí contemplado, cursando estudios académicos cumplieran los 22 años de edad, pero con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 27/2011 y hasta el 1 de enero de 2012, pues en dicho supuesto por resolución de 10 de agosto de 2011 el INSS extinguió la pensión citada al haber cumplido la beneficiaria el 7 de agosto de esa anualidad la edad de 22 años. En cambio, en el caso enjuiciado aquí en la instancia, y como se ha dicho, el recurrente cumple dicha edad el día 2 de marzo de 2011, en definitiva, antes de la vigencia de la modificación legislativa apuntada, que tiene lugar el siguiente 2 de agosto.

Por tanto, y desde esta perspectiva temporal, entendemos que la decisión recurrida acierta al desestimar la demanda. En efecto, e insistiendo en el enrevesado diseño del beneficio recogido en la DT 6ª bis de la LGSS, dictada a raíz de la entrada en vigor de la Ley 27/2011, y por mandato de la DA 1ª de esta última, lo que se está resolviendo en la sentencia del TS de 4 de marzo de 2015 es el supuesto concreto arriba citado, es decir, en qué situación quedan aquellas personas a las que se le extingue la pensión de orfandad tras la entrada en vigor de la Ley 27/11, por cumplir 22 años tras el 2 de agosto de 2011 y antes del 1 de enero del siguiente año, ya que la citada norma intertemporal prevé el límite de 23 años durante 2012 y el límite de 24 durante 2013, con la finalidad de resolver esa situación concreta ante la nueva normativa, derogatoria de la precedente.

Pero como se ha dicho repetidas veces, en el caso examinado aquí la fecha de cumplimiento de los 22 años tiene lugar el 2 de marzo, esto es, durante el curso académico 2010/2011, de modo que no es posible extender la doctrina afirmada en esa sentencia al supuesto citado. La propia decisión aquí recurrida desenvuelve con argumentos similares el tema enjuiciado, a partir de otra sentencia del TS, la de 18 de septiembre de 2014, en donde asimismo el beneficiario cumplió los 22 años tras la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, norma que no establece ninguna disposición retroactiva a situaciones producidas durante la vigencia de la norma precedente, que como es sabido, disponía la extinción de la pensión de orfandad al

cumplirse los 22 años de edad.

Por tanto, en suma, se considera que la sentencia de instancia decide acertadamente la cuestión litigiosa y no infringe las normas citadas en el recurso, lo que supone su desestimación y la confirmación de dicha sentencia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. P.S.M contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, de fecha 8 de julio de 2015 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2146

Sentencia núm. 2.065, de 4 de octubre de 2016

Materia: Prestación de asistencia sanitaria. La actora tiene permiso de trabajo legal y cuenta con la correspondiente tarjeta sanitaria, expedida en una Comunidad Autónoma. Al trasladarse a otra Comunidad y solicitar asistencia sanitaria ante el INSS, le es denegada la prestación por no encontrarse en alta en el RETA.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del demandante a la prestación de asistencia sanitaria con cargo a los fondos públicos, condenando al organismo demandado a estar y pasar por esta declaración.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La demandante tiene derecho a la prestación. La conducta de la Entidad Gestora negando la asistencia sanitaria a la actora infringe la doctrina de los actos propios, al no argumentar en modo alguno el cambio de conducta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social tres de Castellón que estima la demanda y reconoce a la actora su derecho a la prestación sanitaria con cargo al sistema nacional de salud, recurre en suplicación el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, articulando un solo motivo que se formula al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y que ha sido impugnado de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

2. En el único motivo se imputa a la sentencia de instancia la infracción del art. 1 del Real Decreto 3325/1981, de 29 de diciembre, sobre la inclusión de los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, en relación con el art. 44 de la Ley 66/2007, de 20 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que vino a modificar el número 1 del art. 7 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Así como el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Argumenta la entidad gestora que conforme el art. 1 del Real Decreto 3325/1981, quedan comprendidos con carácter obligatorio en el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social (RETA), regulado por el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, los religiosos y religiosas de la Iglesia Católica que sean españoles mayores de dieciocho años y miembros de Monasterios, Órdenes, Congregaciones, Institutos y Sociedades de Vida Común, de derecho pontificio, inscritos en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia y que residan y desarrollen normalmente su actividad en el territorio nacional, exclusivamente bajo las órdenes de sus superiores respectivos y para la Comunidad Religiosa a la que pertenezcan. A posteriori, el art. 44 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, vino a equiparar a los nacionales con los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España. De los indicados preceptos resultaría obligatoria la inclusión en el RETA de los religiosos en los que concurren los requisitos del art. 1 del Real Decreto 3325/1981 y encontrándose la

actora entre ellos, su condición de beneficiaria vendría determinada por su condición de afiliada y en alta en el RETA, sin que proceda la aplicación del reconocimiento de la condición de beneficiaria en base al apartado relativo a la insuficiencia de rentas, conforme efectúa la sentencia de instancia, por cuanto que dicho apartado es de aplicación supletoria sólo para los casos en que no se pueda acceder por otra vía.

3. Conforme se desprende de la fundamentación jurídica de la sentencia del juzgado la misma reconoce a la actora su derecho a la asistencia sanitaria a cargo del sistema nacional de salud, siguiendo el argumento jurídico mantenido por el Juzgado número 1 de Castellón y aludiendo a la teoría de los actos propios de la administración.

4. Esta sala resolvió la cuestión ahora planteada en ST1/3/2016, recurso 1521/2015 en la que se resolvía idéntica situación. En el supuesto enjuiciado la sentencia de instancia consideraba que la actora (religiosa, perteneciente a la misma orden que la actora) reunía la condición de asegurada, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, según el cual "1. A efectos de lo dispuesto en este real decreto, son personas que ostentan la condición de aseguradas las siguientes: a) Las que se encuentren comprendidas en alguno de los supuestos previstos en el artículo 3.2 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que son los siguientes: 1º Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta. 2º Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social. 3º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza. 4º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y encontrarse en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a las personas a las que se refiere el artículo 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo. b) Las no comprendidas en el apartado anterior ni en el artículo 3 de este real decreto que, no teniendo ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, se encuentren en alguno de los siguientes supuestos: 1º Tener nacionalidad española y residir en territorio español. 2º Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros. 3º Ser nacionales de un país distinto de los mencionados en los apartados anteriores, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras ésta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica. (...)"

En concreto la sentencia entendió que la actora que al igual que en este caso era de nacionalidad guatemalteca y legalmente residente en territorio español, sin que conste la cuantía de sus ingresos es encuadrable en el art. 2.b.3º del citado Real Decreto.

SEGUNDO.- 1. Siguiendo la posición mantenida en nuestra sentencia precedente, damos por reproducida la argumentación allí expuesta y ello por motivos de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la norma. *“Para resolver la cuestión controvertida se ha de tener en cuenta, que aun cuando no fuera de aplicación al presente caso lo establecido en el art. 2.b.3º del citado Real Decreto, resulta apreciable la vulneración de la doctrina de los actos propios que denuncia la defensa de la demandante tanto en el acto del juicio como en el escrito de impugnación y que aparece contenida en la jurisprudencia que refiere. En efecto según la representación letrada de la recurrente se ha visto vulnerada dicha doctrina por la Resolución del INSS, en cuanto que la recurrente llevaba seis años ininterrumpidos en que se le proporcionaba sin problema alguno la prestación de la asistencia sanitaria, siendo por un cambio de convento dentro de España, que ahora se le niega, tal y como queda constatado del relato fáctico según el cual la demandante dispone de tarjeta sanitaria expedida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social en la provincia de Albacete. Así mismo aduce que el Instituto Nacional de la Seguridad Social ha prestado asistencia sanitaria a las Esclavas del Santísimo Sacramento y de la Inmaculada en general, desde 1981 durante treinta y dos años, sin que las mismas estuvieran dadas de alta en el RETA, por lo que resulta inexplicable la denegación a la actora de la prestación interesada. A continuación alude la actora en su escrito de impugnación a la infracción del derecho a la igualdad contenido en el art. 14 CE y de la doctrina constitucional que al efecto invoca, si bien insistiendo y reiterando los mismos argumentos que le sirven para defender la pretendida infracción por parte de la Administración demandada de la doctrina de los actos propios y así afirma que en el supuesto de esta Litis se dan todos los requisitos necesarios para estimar la desigualdad invocada, dado que en situaciones idénticas, ha sido tratada (la recurrente) de forma desigual por la Administración demandada, sin que exista justificación o razonabilidad alguna en esa diferencia de trato, lo que añade, convierte en arbitraria, como opuesta a lo proporcionado o razonable, la actuación de la Administración demandada al negar en Castellón lo que permite en Salamanca o Gerona.*

Sobre dicha cuestión se ha pronunciado en un caso similar por no decir idéntico la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, de 28 de enero de 2015, Recurso: 2360/2014 en la que se dice que “siendo argumento nuclear de tales infracciones en consecuencia, la vulneración con su actuación por parte de la Administración demandada, de la doctrina de los actos propios. La misma, como recuerda STS Sala 4º 25.7.2013 por citar alguna de las más recientes y haciéndose eco de la sentencia de 24 de enero de 2003 (recurso de casación 22/2012), se construye sobre la base de la buena fe y del art. 7 CC e implica “proclamar la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y a la imposibilidad de adoptar después un comportamiento que contradiga aquélla; conducta vinculante que ha de expresarse en actos concluyentes e indubitados que causen estado -definiendo inalterablemente la situación jurídica- por su carácter trascendental, por constituir convención o por ir encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, de manera que el principio de que nadie puede ir válidamente contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se

oponga a los actos que previamente hubiesen creado una relación o situación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla"

Doctrina que es aplicable a la demandada pese a su condición de Administración, en cuanto que como recuerda STS Sala 3º de 6.3.2014 "... De esa doctrina se obtiene que, como todo sujeto de derecho, la Administración puede quedar obligada a observar hacia el futuro la conducta que ha seguido en actos anteriores, inequívocos y definitivos, creando, definiendo, estableciendo, fijando, modificando o extinguiendo una determinada relación jurídica. Esos actos pueden ser expresos, mediante los que la voluntad se manifiesta explícitamente, presuntos, cuando funciona la ficción del silencio en los casos previstos por el legislador, o tácitos, en los que la declaración de voluntad se encuentra implícita en la actuación administrativa de que se trate.

El dato decisivo radica en que, cualquiera que fuere el modo en que se exteriorice, la voluntad aparezca inequívoca y definitiva, de manera que, dada la seguridad que debe presidir el tráfico jurídico (artículo 9.3 de la Constitución) y en aras del principio de buena fe, enderezado a proteger a quienes actuaron creyendo que tal era el criterio de la Administración, esta última queda constreñida a desenvolver la conducta que aquellos actos anteriores hacían prever, no pudiendo realizar otros que los contradigan, desmientan o rectifiquen.

Ese principio, el de buena fe, junto con el de protección de la confianza legítima, constituyen pautas de comportamiento a las que, al servicio de la seguridad jurídica, las Administraciones públicas, todas sin excepción, deben ajustar su actuación (véase el artículo 3.1, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (BOE de 27 de noviembre)), sin que después puedan alterarla de manera arbitraria, según reza el apartado II de la exposición de motivos de la Ley 4/1999, de 13 de enero (BOE de 14 de enero), por la que se añadió ese segundo párrafo a la redacción inicial del precepto..."

2. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso en el que la demandante disfrutaba en Cuenca de la tarjeta sanitaria, al igual que otras religiosas de la misma Orden naturales de otros países, sin haber tenido ningún problema para adquirir dicha tarjeta que ahora se le deniega, lleva a concluir que con tal conducta la Entidad Gestora demandada ha infringido la doctrina de los actos propios, al no haber desplegado el más mínimo argumento en orden a justificar su cambio de conducta anterior, de la que se deduce de forma expresa el reconocimiento de la prestación de asistencia sanitaria con cargo al sistema nacional de salud, al haber concedido a la demandante la Tarjeta Sanitaria que ahora se le deniega sin haber concurrido desde entonces dato o circunstancia alguna que justifique dicho cambio, "vulnerando con ello en consecuencia al decir de la doctrina expuesta, el principio de buena fe que junto con el de protección de la confianza legítima, constituyen pautas de comportamiento a las que, al servicio de la seguridad jurídica, las Administraciones públicas, todas sin excepción, deben ajustar su actuación" tal y como manifiesta la

meritada sentencia del TSJ de Andalucía. Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia si bien por razones distintas a las en ella contempladas.

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

FALLO

Desestimamos 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 tres de los de C. y su provincia, de fecha 15 de mayo de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de G.T.K. contra la Entidad Gestora y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2147

Sentencia núm. 2.095, de 13 de octubre de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que presta servicios como docente becaria en varios centros educativos dependientes del organismo demandado. Acta de Infracción de la Inspección de Trabajo. Carácter laboral de la relación laboral. Prestación de servicios laborales ordinarios. Derecho al cobro de diferencias retributivas.

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

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de la actora a percibir la cantidad reclamada en concepto de salarios devengados menos el importe de la beca, condenado al organismo demandado a abonar además un 10% en concepto de mora.

Ponente: Ilma. Sra. D^a María Isabel Saiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. M.LL.LL.G. formuló demanda contra la CONSELLERIA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTES de la GENERALITAT VALENCIANA ejercitando acción en reclamación de cantidad por las diferencias salariales que resultan tras descontar al salario que correspondería a un funcionario del Grupo A2 la suma mensual percibida por la actora por el concepto de beca.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza la demandante interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo, el dictado de una nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se acuerde estimar la demanda condenando a la parte demandada a abonarle la suma de 6.819,28 euros.

SEGUNDO.- Para ello en primer término la parte recurrente formula un primer motivo al amparo del artículo 193 b) LRJS solicitando la revisión de hechos probados, en concreto del hecho probado tercero de la Sentencia. La redacción que se propone es la que se indica a continuación resaltada en negrita: ***“TERCERO.- Que la Inspección provincial de trabajo levantó Acta de Infracción (y de liquidación) frente a la CONSELLERIA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA GENERALITAT VALENCIANA, por no cursar el alta de una serie de trabajadores, entre ellos la demandante en el Régimen General de la Seguridad Social, ni cotizar por cuenta de su prestación de servicios que entendía como “laborales ordinarios”. Ello como Maestro de Lengua extranjera (inglés) durante el periodo de 1/10/12 a 31/05/2013. Al objeto de determinar la base de cotización se tenía en cuenta la cantidad que tendría derecho a percibir como “Maestro de lengua extranjera: Inglés”, según lo expuesto. A estos efectos las actas levantadas, incorporadas en formato digital en el ramo de la demandada, se tienen por reproducidas a estos efectos.”***

Tal como señala reiterada jurisprudencia los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimirse o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias:

a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;

b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas;

c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;

d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;

e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

Se funda la parte recurrente en el acta de liquidación de cuotas levantada por la Inspección de Trabajo (documento 10 de la parte demandante), concretando además el recurrente el folio en el que se expresan tales menciones por el Inspector, así el 32/73 en cuanto a la mención a la actora y su prestación de servicios, folio 37/78 en cuanto a las funciones que desempeñaba de Maestro de Lengua extranjera: Inglés y el dorso de dicho folio en cuanto a la determinación de la base de cotización con arreglo a la cual se levantan las actas de liquidación. Además, se apoya el recurrente en la Sentencia firme dictada por el Juzgado de lo Social 8 de Valencia que se menciona en los hechos probados de la Sentencia y en el documento 4 de la demandada, así el informe respuesta del Inspector de trabajo a las alegaciones de la demandada. Tales documentos acreditan la realidad del contenido del Acta de la Inspección y las precisiones que quiere hacer constar la parte actora y dado que en tal acta se fija la base de cotización con arreglo a la cual debió cotizar la demandada, y se hace mencionar a la categoría y puesto de trabajo en la que se funda la fijación de tal base de cotización, dado que se trata de determinar en este procedimiento, sí se han devengado o no diferencias salariales a favor de la actora a la vista del contenido de tal acta de infracción y liquidación que considera que es de carácter laboral la prestación de servicios de la actora para la demandada, se estima tiene trascendencia la revisión pretendida para resolver el recurso formulado y se admite.

TERCERO.- Como segundo motivo y al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social se denuncia por la recurrente la infracción por no aplicación del artículo 4-2 f) E.T. en relación con el artículo 26-3 E.T. así como con el artículo 109 LGSS y con el artículo 27 de la Ley 10/2011 de Presupuestos de la Generalitat y el artículo 28 de la Ley 11/2012 de Presupuestos de la Generalitat, en cuanto al salario que habría de corresponder a la actora en virtud de su prestación de servicios laboral para la demandada.

Para resolver la cuestión planteada hay que partir del hecho de que la actora prestó servicios para la demandada en virtud de una beca convocada por la demandada en virtud de la cual percibía la suma de 1.000 euros brutos al mes, y que en virtud de acta de liquidación y de infracción levantada por la Inspección de trabajo se declaró que la prestación de servicios de la actora y otros beneficiarios de tales becas, era de naturaleza laboral obligando por ello a la demandada dar de alta a la actora en el periodo reflejado en el acta. Además, se le obliga a cotizar con arreglo a la base de cotización que fija el acta y que según indica la misma parte de considerar la retribución que habría percibido la actora de haber prestado servicios como funcionario o trabajador laboral, desglosando así los conceptos que habría percibido y que son en concreto los mismos que ahora reclama la demandante por el concepto de diferencias retributivas en relación con los 1.000 euros brutos mensuales que percibió. Tal acta de infracción y liquidación fue confirmada al menos en lo referente a la naturaleza laboral de la relación laboral de la actora por Sentencia firme dictada por el Juzgado de lo social 8 de Valencia ya firme. En cuanto a la base de cotización, el acta de liquidación no consta impugnada en tal extremo y aparece fundamentada la misma al señalar que ésa sería la retribución que percibiría un maestro de lengua extranjera, Inglés, si hubiera sido contratado por la demandada como laboral o funcionario. Dado que la naturaleza de la prestación de servicios de la actora no puede dudarse fue laboral, por tal prestación de servicios la recurrente tiene derecho a percibir la retribución que le hubiera correspondido si en lugar de enmascarar tal prestación de servicios laboral en el marco de una relación de beca, la demandada la hubiera dado de alta en la Seguridad Social y hubiera cotizado por ella en el RGSS. El hecho de si la demandante tenía o no la titulación para desempeñar el puesto de Maestro de Lengua extranjera, extremo en el que incide la Sentencia de instancia, podría tener repercusión en el caso de encontrarnos ante un proceso de clasificación pero no desde luego en este procedimiento en el que se reclaman diferencias retributivas por la prestación de servicios laboral como maestro de lengua extranjera. Por tal prestación de servicios le corresponde desde luego la misma remuneración que percibiría un trabajador laboral contratado por la demandada, pues así se declara debió ser contratada la actora y derivado de ello y conforme a lo recogido en el acta de infracción y liquidación, tiene derecho la actora a que se le abonen las diferencias entre la retribución mensual que debió percibir y la que percibió de 1.000 euros al mes conforme a los cálculos expuestos en la demanda que no han sido discutidos.

Se indica en la Sentencia de instancia, que no consta el cometido funcional de la actora cuando sin embargo en el acta de infracción y liquidación cuya presunción de veracidad no puede dudarse y que además viene a ser ratificada por la Sentencia del juzgado de lo Social 8 de Valencia, se refleja qué tipo de servicios habría desarrollado la actora, así como maestra de lengua extranjera. Las cantidades a percibir por el personal laboral o funcionario de la demandada que desempeñara su prestación de servicios como maestro de lengua extranjera, serían las que se reflejan en las Leyes de Presupuestos de la Generalitat, para los ejercicios 2012 y 2013, si bien aminoradas en el caso de la actora en función de la jornada a tiempo parcial que venía realizando de 30 horas semanales. Es conforme a tales leyes como la Inspección de Trabajo calcula la base de cotización de la trabajadora que no debe olvidarse incluye una parte que se abona por la empresa en nombre y por cuenta del trabajador que debe cumplir con

sus obligaciones fiscales y al que por tanto la empresa en sus nóminas le descuenta ese importe a su cargo por tales cargas sociales. Si ello es así y la demandada ha tenido que cotizar precisamente por las sumas que la actora ahora reclama, cuando sin embargo la actora sólo ha percibido la suma de 1.000 euros al mes y no la suma que corresponde a la base de cotización fijada, no existiría una correspondencia entre tales cargas sociales y su retribución y ello en perjuicio de la trabajadora que se ve privada de percibir la retribución que corresponde a la base de cotización conforme a la cual se procede por la demandada a darle de alta en la Seguridad Social.

Se estima por ello que se han producido las infracciones denunciadas y que tiene derecho la demandante a percibir las diferencias retributivas reclamadas conforme al desglose de su demanda, sin que las Sentencias de esta Sala citadas en la Sentencia de instancia, puedan desvirtuar tal conclusión pues en el supuesto examinado en las mismas no existe acta levantada por la Inspección de trabajo que refleja la naturaleza laboral de los servicios y la base de cotización por la que la empresa tuvo que cotizar, no pudiendo por ello aplicar la solución dada en las mismas a este supuesto. Señalar además que como indica el recurrente la Sentencia se funda para denegar a la actora las diferencias, en una resolución de 12-6-15 por la que se dictan Instrucciones para la reorganización y funcionamiento en las escuelas de Educación infantil durante el curso 2015-2016 que no consta estuvieran vigentes cuando la actora prestó servicios de manera que no puede considerarse de aplicación a la relación laboral de la actora que se concreta como se ha indicado en el acta de la Inspección de trabajo, en el trabajo realizado como maestro en lengua extranjera que es conforme al cual se fija la retribución que se le debió abonar. Se estima por ello que tiene derecho la actora a las diferencias reclamadas, se estima el recurso formulado con revocación de la Sentencia de instancia y con condena de la demandada a abonar las diferencias reclamadas, más el recargo del 10% en concepto de mora en el pago de conformidad con lo previsto en el artículo 29 E.T.

CUARTO.- En aplicación de lo dispuesto en el Art. 235.1 LRJS (36/11) (RECL 2011, 1.845), no procede condena en costas, toda vez que la estimación, total o parcial, del recurso de suplicación implica que no haya parte vencida en el mismo, a efectos de imponer el pago de las costas generadas en el mismo a alguno de los litigantes (STS 14/02/07 (RJ 2007. 2.177); 21/01/09 (RJ 2009, 1.051).

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a. M.LL.LL.G. contra la sentencia de fecha veintiocho de Septiembre del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social Número 15 de Valencia, en autos número 372/2014 seguidos a instancia de la recurrente frente a la ENTIDAD CONSELLERIA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA GENERALITAT VALENCIANA

por RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, debemos revocar dicha Sentencia y en su lugar estimar la demanda iniciadora de este procedimiento, condenando a la Entidad demandada a abonar a la actora la suma de 6.819,28 euros más el recargo del 10% en concepto de mora en el pago.

Sin costas.

2148

Sentencia núm. 2.106, de 13 de octubre de 2016

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad: Reincorporación al puesto de trabajo tras excedencia. Trabajadora con contrato de trabajo indefinido a tiempo completo que ejerce su actividad en empresa dedicada a la actividad de comercio textil. La empresa comunica a la demandante la imposibilidad de reincorporación por inexistencia de igual o similar categoría. Queda probado que la empresa ha realizado dos contrataciones a tiempo parcial, en localidad distinta al centro de trabajo de la actora, con posterioridad la solicitud de reingreso en la empresa.

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

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de la actora a reincorporarse a la empresa demandada, con derecho a cobrar los salarios dejados de percibir desde determinada fecha hasta la fecha de su incorporación al puesto de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la demanda y absuelve a la empresa demandada, frente a ello la parte actora interpone recurso de suplicación que es impugnado por la empresa demandada y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sentada en las sentencias de 12 de febrero de 2015 y 17 de octubre de 1984, alegando, en síntesis, que los hechos declarados probados reflejan la existencia de vacante en puesto de trabajo igual al que venía desarrollando la actora, como dependiente, que se llevaron a cabo contrataciones temporales por la empresa en el periodo próximo a la solicitud de reingreso, mediante la contratación de dos personas hasta ese momento no vinculadas a la empresa, que las contrataciones se producen una vez que la empresa tiene conocimiento de la voluntad de reingresar de la trabajadora.

Como resulta de los hechos declarados probados la empresa demandada desde el año 2012 ha cerrado cuatro tiendas y ha habido reducciones de jornada pactadas por la situación de la empresa, llegándose a acuerdo con los trabajadores, siendo las vacaciones rotativas y se cubren por el mismo personal de la empresa. También las campañas puntuales de ropa de niño (rebajas, Navidad) se cubren con el mismo personal de la plantilla; también ha reducido la empresa los horarios de apertura de las tiendas y existe una bolsa de horas para asumir tiempos en que se sustituye a otras personas o se realizan campañas estacionales. No obstante, la precedente situación de la empresa, y para el punto de venta (centro de trabajo) de la localidad de Requena, que estaba regido por un franquiciado que decidió cerrar, la empresa demandada

asumió el punto de venta y contrató a dos trabajadoras a media jornada descartando la movilidad geográfica de personal de la provincia de Valencia y escogió para ello a personal de Requena, y realizó dos contrataciones de 20 horas semanales, una persona en turno de mañana y otra en turno de tarde, siendo alta las trabajadoras en la empresa desde el 4 y 17 de octubre de 2013, respectivamente, hasta el 30 de septiembre de 2014, mediante contratos de trabajo de duración determinada.

La trabajadora actora que venía prestando sus servicios en el centro de trabajo de R. en régimen de jornada continuada, pasó a la tienda de C. en régimen de jornada partida, pero mostró su disconformidad con el cambio de centro de trabajo por residir en A. y solicitó reducción de jornada, primero de 30 horas y después de 24 horas. La empresa demandada alega en su escrito de recurso que a la vista de la voluntad expresamente manifestada por la actora de que en situación precedente había mostrado su disconformidad e incluso había reducido la jornada a un traslado a un centro de trabajo que apenas distaba 18 km de su lugar de residencia, desechó la posibilidad de ejercer una indebida presión no solo sobre la actora, sino sobre cualquier trabajador de la empresa, al que dicha movilidad le hubiera supuesto una carga injusta.

Para resolver adecuadamente la presente controversia debe tenerse en cuenta que la actora pidió la excedencia voluntaria en 28 de septiembre de 2012 y le fue reconocida por la empresa demandada por un periodo comprendido entre el 7 de octubre de 2012 y el 6 de octubre de 2013 (un año), y solicitó la reincorporación a su puesto de trabajo mediante escrito de fecha 5 de septiembre de 2013 y la empresa demandada contestó mediante burofax a la actora que no existía vacante de igual o similar categoría que la que desempeñaba la actora antes de la situación de excedencia. Pero siendo así que la demandante tenía la categoría profesional de dependiente especialista y que la empresa asumió el centro de trabajo de R. para el que realizó dos contrataciones de 20 horas semanales, una persona en turno de mañana y la otra en turno de tarde, ajenas a la empresa, siendo alta las trabajadoras en 4 y 17 de octubre de 2013, es evidente que a la fecha en que se debía haber incorporado la actora sí que existía plaza vacante de la misma categoría que la de la trabajadora demandante, máxime si tenemos en cuenta en relación con el artículo 46.5 del Estatuto de los Trabajadores que la Ley 3/2012 parte de que la clasificación profesional se ha de hacer por grupos profesionales por lo que ha eliminado la referencia a las categorías profesionales. Y si bien es cierto que la actora ostenta la condición de trabajadora indefinida y los contratos que se realizaron con las trabajadoras para el centro de R. eran de naturaleza temporal, ello no excluye el derecho preferente del trabajador excedente voluntario al reingreso en la vacante de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjera, por cuanto lo determinante del precepto es la igualdad de categoría, pero para nada se alude a la condición de indefinido o temporal del contrato, la norma no distingue al respecto y donde la ley no distingue no debemos distinguir, y porque tal rechazo, si la vacante existe realmente facilitaría el fraude y haría ilusorio el derecho del trabajador, impidiendo la empresa la reincorporación de la trabajadora modificando la forma de contratación. Sin olvidar que si bien el empresario no está obligado a ofrecer una vacante en la misma localidad en la que prestaba servicios con anterioridad el

trabajador excedente voluntario (STS 18 de octubre de 1999), ello no excluye que deba ofrecer la vacante existente en otra localidad, en este caso en R., con independencia de la actitud que respecto al cambio de centro hubiera mostrado la trabajadora excedente con anterioridad.

Por lo que dado que a la trabajadora se le negó indebidamente el reingreso tiene derecho a percibir las cantidades correspondientes a los salarios que dejó de percibir (STS de 21 de enero de 1997). Debiéndose fijar el salario a percibir por la trabajadora en la situación que presentaba antes de la excedencia y encontrándose en situación de reducción de jornada y no a tiempo completo percibiendo un salario de 732 euros brutos, incluida la parte proporcional de pagas extra, ese constituye el salario que debe abonarse por el periodo comprendido entre el 7 de octubre de 2013 y la fecha en que se produzca la incorporación al puesto de trabajo. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora Doña V.P.B., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 17 de los de Valencia, de fecha 3 de julio de 2015 a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con estimación parcial de la demanda debemos declarar y declaramos el derecho de la actora al reingreso efectivo en la empresa demandada C. S.A., con efectos desde el día 7 de octubre de 2013, así como al abono a la actora del importe de los salarios dejados de percibir por la actora desde el 7 de octubre de 2013 hasta la fecha en que se produzca la incorporación al puesto de trabajo, a razón de 24,4 euros diarios. Condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta declaración y al abono de los salarios dejados de percibir.

2149

Sentencia núm. 2.116, de 18 de octubre de 2016

Materia: Pensión de viudedad. Derecho a prestación por fallecimiento del causante. Acreditación de los requisitos para la percepción. Cómputos de días de convivencia y porcentajes. Proporción en cuanto al tiempo de convivencia de hecho de ambas esposas. La actora solicita reconocimiento de un mayor porcentaje de la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las demandadas de las pretensiones formuladas por la actora. No procede conceder mayor porcentaje de pensión a la actora.

Sala: Estima parcialmente el recurso reconociendo a la demandante el derecho a cobrar la pensión de viudedad en el porcentaje del 42% del 52% de la base reguladora de la misma. A efectos de cálculo, el porcentaje que corresponde a la recurrente computa desde la fecha del certificado de empadronamiento con el causante. La convivencia con la primera esposa abarca desde la fecha del matrimonio hasta el día anterior al certificado de empadronamiento con la nueva pareja.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De dos motivos consta el recurso de suplicación interpuesto por la representación técnica de la parte actora frente a la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre reconocimiento de un mayor porcentaje de la pensión de viudedad, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, como se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tiene como objeto la revisión de los hechos declarados probados de la resolución recurrida. En concreto se insta la modificación del hecho probado tercero para que se le dé esta redacción: "En las actuaciones consta unido un certificado de empadronamiento en el mismo domicilio entre D. J.T.M. y la demandante D.^ª A.M.A.. Dicho documento acredita la convivencia entre ambas personas en el mismo domicilio desde el día 05/02/2004 y hasta el fallecimiento del Sr. M. el día 18/12/2013. Dicho período de convivencia es el que debe tenerse en cuenta a los efectos del cómputo de días de convivencia y porcentajes."

La redacción postulada se apoya en el folio 118 que refleja el certificado de empadronamiento del Ayuntamiento de B., según el cual D.^ª A.M.A. y D. J.T.M. convivían en el domicilio en la Calle x de Mayor n^º x desde el día 5/2/2004.

La redacción solicitada solo puede ser acogida en cuanto que se añada al hecho tercero la referencia al certificado de empadronamiento, por desprenderse del indicado documento y ser relevante para determinar el tiempo de convivencia del causante y la parte actora sin que pueda ser acogida en cuanto al resto por comprender valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico, además no procede

eliminar el tenor original del hecho controvertido en el que se refleja el reconocimiento inicial a la demandante, con carácter provisional, de la pensión de viudedad y la cuantía de la misma así como su posterior reducción al haber solicitado también la primera esposa del causante pensión de viudedad, por no evidenciarse error alguno en su contenido.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso que se formula por el apartado c del art. 193 de la LJS se contiene la censura jurídica de la sentencia del juzgado a la que se imputa la infracción del art. 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social y de la Disposición Transitoria Decimoctava del indicado texto legal. Aduce la representación de la parte actora que no es de aplicación a la codemandada D.^a M.O.T.S. dicha Disposición Transitoria Decimoctava por cuanto que esta solo es de aplicación al solicitante de pensión de viudedad que no tenga derecho a percibir la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil y cuando no hubiera tenido tampoco la obligación de pagarla el ex cónyuge, sin embargo D.^a M.O. sí percibía dicha pensión compensatoria, si bien renunció a ella y cita al efecto las SSTS de 21 de diciembre de 2010, 26 de enero de 2011 y 18 y 19 de julio de 2012.

La denuncia jurídica no puede prosperar por cuanto que del tenor literal de la Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, que es aplicable a los supuestos de separación y divorcio anteriores al 1-1-2008 se desprende que el reconocimiento de la pensión de viudedad no se condiciona a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria, cuando 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 periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concurra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o
- b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

Al no cuestionarse la existencia de dichos requisitos en la codemandada D.^a M.O.T., resulta irrelevante la causa por la que la misma no perciba pensión compensatoria pues la concurrencia de los indicados requisitos hace innecesaria la condición de ser acreedora de la indicada pensión, sin que los supuestos contemplados en las sentencias del Tribunal Supremo que cita la representación de la recurrente guarden similitud con el ahora examinado.

También aduce la representación de la recurrente que a la pensión de viudedad reconocida a D.^a M.O.T. debería minorarse en la parte que excediese de la pensión compensatoria que tenía reconocida, pero como ya se ha dicho la Sra. T. no tenía pensión compensatoria reconocida en la fecha del fallecimiento del causante por lo que ningún descuento se puede efectuar a su pensión de viudedad.

Por último se alega la infracción del artículo 174.2 de la LGSS, en su penúltimo párrafo, porque para calcular el porcentaje de la pensión de viudedad que

corresponde a la demandante no se ha computado el tiempo de convivencia de la misma con el causante antes del matrimonio y que ha quedado acreditado con el certificado de empadronamiento, por lo que entiende que el porcentaje correcto de la pensión de viudedad de la actora debe fijarse en el 51,22% ya que asciende a 3.604 los días de convivencia de la actora con el causante, computando los mismos desde el 5-2-2004 hasta el 18-12-2013, mientras que los días de convivencia de D.^a M.O.T. con el causante ascienden a 3.432 días computados desde la celebración del matrimonio (22-6-1990) y hasta la fecha de 16-11-1999 en que ya no convivían, lo que apoya en el documento 132.

Al haber prosperado parcialmente la revisión fáctica propugnada por la recurrente, los días de convivencia de la demandante con el causante se han de fijar en 3.604 días habida cuenta que el certificado de empadronamiento constata dicha convivencia notoria y estable como se desprende del art. 174.3 párrafo 4 de la Ley General de la Seguridad Social, sobre todo, si tenemos en cuenta que no hay ninguna prueba que desvirtúe dicha convivencia, por lo que el certificado de empadronamiento es por sí solo suficiente para acreditar la referida convivencia, en contra de lo resuelto por la resolución recurrida. Ahora bien como del relato de hechos probados no consta que la convivencia de D.^a M.O.T. con el causante cesase antes de la fecha que se refleja en el indicado certificado de empadronamiento, no habiéndose intentado siquiera introducir una fecha anterior mediante la revisión fáctica correspondiente, los días de convivencia de la referida codemandada y el causante se han de cifrar en 4.975 que son los transcurridos desde la celebración del matrimonio (22-6-1990) y la fecha del 4-2-2004 que es el día anterior a que se iniciase la convivencia del causante con la actora, por lo que el porcentaje de la pensión de viudedad de la demandante se ha de fijar en el 42% del 52% aplicable a la base reguladora, procediendo la estimación parcial del recurso y la revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar parcialmente la pretensión subsidiaria en el sentido expuesto.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^a A.M.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Elche, de fecha 28 de abril de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y D.^a M.O.T.S, revocamos la indicada sentencia y estimando parcialmente la pretensión subsidiaria de la demanda, reconocemos a la demandante el derecho a percibir la pensión de viudedad en el porcentaje del 42% del 52% de la base reguladora de dicha pensión, condenando a las codemandadas a estar y pasar por esta declaración y a la Entidad Gestora al abono de la prestación de viudedad de la demandante con el porcentaje ahora reconocido.

2150

Sentencia núm. 2.141, de 18 de octubre de 2016

Materia: Tutela de los derechos fundamentales. Lesión de los derechos a la indemnidad y a la libertad sindical. Trabajadores socios trabajadores de sociedad cooperativa de trabajo asociado. Los trabajadores prestan servicio en la sección lavadero de cajas. Se comunica traslado a otro puesto de trabajo en otra provincia por rescisión de servicio. En caso de no optar por la movilidad geográfica, se les ofrece determinada cantidad en concepto de finalización de relación socio laboral. Los trabajadores se encuentran afiliados a un sindicato. Ante las presiones del mismo la empresa demandada decide no incorporarlos al nuevo puesto y los mantiene en expectativa de servicio. La empresa ha contratado a otras trabajadoras. La empresa toma la decisión de cese definitivo de los trabajadores. Los trabajadores han sido sancionados por disminución en el rendimiento de su actividad. Los actores han presentada demanda contra la sanción y solicitan la nulidad de la decisión empresarial.

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

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de la decisión empresarial por la que se suspendía la prestación de servicios de los demandantes. Se condena a la cooperativa a abonar a los demandantes cantidad equivalente a lo que hubiesen percibido hasta baja definitiva en la cooperativa más determinada cantidad por daños morales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el graduado social designado por don J.A.S., doña E.M. y don A.L., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón que desestimó sus demandas acumuladas en materia de tutela de derechos fundamentales por lesión de los derechos a la indemnidad y a la libertad sindical interpuestas frente a la sociedad Cooperativa S.

2. El recurso está estructurado en dos motivos redactados, respectivamente, al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

SEGUNDO.- En el motivo primero del recurso –apartados A) a F)- se solicita una amplia revisión de los hechos que la sentencia declara probados. Antes de examinar cada una de las peticiones que se formulan, creemos conveniente puntualizar que la remisión que se hace en la sentencia a determinados documentos, permite a la Sala examinarlos en su integridad sin que sea precisa su reproducción literal, pese a que en la resolución de instancia se hayan podido transcribir algunos de sus pasajes. A partir de este criterio, pasamos a analizar cada una de las peticiones revisorias.

1º) De acuerdo con lo que terminamos de exponer, se rechazan, por innecesarias, las modificaciones que se proponen en los apartados A), B) y C) de este primer motivo, toda vez que tienen por objeto la reproducción literal de documentos a los que ya hace referencia la sentencia en los ordinales séptimo, noveno y decimosexto. Por tanto, tales documentos se entienden incorporados en su integridad al relato de hechos probados por remisión.

2º) En el apartado D) se pretende la adición de los textos contenidos en la página web de la cooperativa S., que se dan íntegramente por reproducidos. Accedemos a esta petición pues su contenido no es ajeno al objeto del proceso en el que, como hemos dicho, se denuncia una actuación antisindical por parte de S. contra los tres demandantes como afiliados al sindicato X.. Se trata de textos cuyo contenido ha sido certificado y que, además, no han sido cuestionados por la defensa de la cooperativa en el escrito de impugnación.

3º) La adición que se propone en el apartado E) referida a que los trabajadores solicitaron el 27 de febrero de 2016 la inclusión de cinco propuestas en el orden del día de la siguiente asamblea general, no puede ser estimada pues a diferencia de la anterior es irrelevante para la resolución del presente recurso, toda vez que se trata de hechos posteriores a la decisión que se impugna en este procedimiento que se adoptó en el mes de noviembre de 2015; sin que, además, se comprenda qué relación tiene con los hechos enjuiciados en este procedimiento.

4º) Finalmente, se solicita que se rectifique el importe del anticipo societario de doña E.M. que la sentencia fija en 817,61 euros, para que quede establecido en 1.244,37 euros, que es la media de los percibido entre los meses de junio y octubre de 2015. La empresa impugnante se muestra de acuerdo en que para el cálculo del anticipo no se debe computar el periodo en que la Sra. M. permaneció en incapacidad temporal, esto es del 19-12-2013 al 21-5-2015, pero contabiliza en el cálculo lo percibido en el mes de noviembre de 2015, pero dado que en ese mes ya comenzó a hacerse efectiva la suspensión, se considera más correcto hallar el promedio de lo percibido entre los meses de junio y octubre de 2015, por lo que se acepta la cantidad propuesta en el apartado F) de 1.244,37 euros.

TERCERO.- 1. El motivo segundo del recurso está estructurado en dos apartados que se pueden examinar conjuntamente. Lo que se denuncia en ellos es la infracción de los artículos 24 y 28 de la Constitución Española (CE), en relación con el artículo 96.1 de la LRJS y con los artículos 33 de los estatutos de la cooperativa demandada, 13 del Reglamento de Cooperativas y 134 de la Ley 12/2015, de 9 de julio Cooperativa de Cataluña. Lo que en definitiva se sostiene por los recurrentes, es que la decisión de la Cooperativa que se impugna en este procedimiento, esto es, la suspensión de la prestación de servicios –o “situación de expectativa”, como se calificó por el Consejo Rector- en aplicación del artículo 33 de los estatutos de la cooperativa, supuso una represalia por su pertenencia al sindicato CNT, y por su actividad reivindicativa manifestada en la presentación de denuncias ante la Inspección de Trabajo y de reclamaciones judiciales.

2. La sentencia que ahora se recurre en suplicación rechazó la pretensión de los demandantes en base, esencialmente, a que no habían quedado acreditados los indicios de vulneración de la libertad sindical invocada por en sus demandas. Se argumenta a tal fin, que en la empresa había otros socios-trabajadores afiliados al sindicato CNT que no han sufrido ningún tipo de ataque como consecuencia de su afiliación sindical; que la decisión empresarial de cambiarlos de sección estaba justificada en los tres casos, así como el traslado de todos ellos a Orense; y que las reclamaciones contra la cooperativa presentadas por los demandante no están vinculadas con las decisiones adoptadas por la empresa.

3. Como ha señalado esta Sala en sentencias anteriores, aunque de forma generalizada se viene denominando el supuesto que deriva de los efectos previstos por el art. 181.2 LRSJ como inversión del onus probandi, en realidad, no nos encontramos, estrictamente, ante un supuesto de inversión de la carga de la prueba, puesto que de la mera alegación de la violación no se produce la consecuencia de que sea trasladada automáticamente al demandado la obligación de probar la inexistencia de tal conducta lesiva. La evidente dificultad probatoria del móvil antisindical o discriminatorio en una conducta empresarial, ha sido tenida en cuenta por el legislador no para producir, de entrada, una inversión de la carga de la prueba, sino para provocar una alteración de la misma a través de la exigencia, para el actor, de aportar únicamente indicios racionales De suyo, la necesidad de acreditar la existencia de indicios no supone la exigencia de prueba plena; sin embargo, tampoco equivale a un relevo de la prueba como se ha encargado de recordar el Tribunal Constitucional al señalar que *“para imponer al empresario la carga probatoria descrita, es razonable la posición del Tribunal Supremo que rechaza que sea suficiente para ello la mera afirmación de la existencia de un despido discriminatorio o lesivo de otro derecho fundamental, sino que tal afirmación ha de reflejarse en unos hechos de los que resulte una presunción o apariencia de aquella discriminación o lesión”* (STC 21/1992, de 14 de Febrero; en idéntico sentido STC 180/94, de 20 de junio) y es que *“el demandante es el principal gestor de su propio derecho, de ahí que siempre le sea exigible la diligencia suficiente, también en el terreno probatorio, incluso cuando alega la existencia de una discriminación. Esta actividad probatoria ha de recaer sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato y, por lo menos, sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que esa desigualdad está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación”* (STC 38/1986, de 21 de marzo. En idéntico sentido STC 34/84, de 9 de marzo).

Los indicios entendidos como fenómenos que permiten inferir la existencia de otros no percibidos, exigen que se genere una razonable sospecha o presunción en favor del alegato de discriminación o lesión del derecho fundamental, lo que determina que el trabajador aporte un principio de prueba que razonablemente permita considerar que la empresa ha actuado guiada por intereses ilícitos contra derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Se debe distinguir, por tanto, entre la aportación de elementos probatorios suficientes para ser tenidos como prueba del indicio exigido para cuestionar la legitimidad constitucional del móvil de la actuación empresarial, y las que simplemente suponen meras sospechas y conjeturas sin base suficiente para dar lugar a tan importante efecto jurídico como es el de

invertir la carga de la prueba. La no aportación de indicios, la no aportación de elementos que lleven al juzgador a percibir la apariencia de la presunta violación, determinará la inaplicación de la consecuencia prevista en el artículo 181.2 LRJS, es decir, la no exigencia al demandado de la aportación de la justificación de la objetiva razonabilidad y proporcionalidad de la medida combatida. En definitiva, como señala la STS de 3 de noviembre de 2008 (rec.2637/2007), para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio (STC 266/1993, de 20 de septiembre), sino que ha de acreditar la existencia de indicio que *«debe permitir deducir la posibilidad de que la vulneración constitucional se haya producido»* (SSTC 114/1989, de 22/Junio 85/1995, de 6/Junio SSTC 144/2005, de 6 de Junio; 171/2005, de 20/Junio), que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte un «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (por todas, STC 308/2000, de 18 de diciembre).

CUARTO.- 1. A la luz de la doctrina que se termina de exponer, discrepamos de la conclusión alcanzada por el magistrado de instancia cuando afirma, en la fundamentación jurídica de su sentencia, que del relato de hechos probados “no puede desprenderse, sin más, la existencia de indicios de vulneración de la libertad sindical o de la garantía de indemnidad”. Y ello por las razones que pasamos a exponer:

2. En primer lugar, resulta, muy ilustrativa y relevante, la aversión que siente el Consejo Rector de la cooperativa demandada hacia los sindicatos y la acción sindical en general, y hacia el sindicato X. en particular. Así, en el texto de la página web de la cooperativa -que ha accedido al relato de hechos probados de la sentencia a instancia de los demandantes-, se hacen afirmaciones de esta índole: *LA X. CONTRA S. 1.- Dicen que quieren ayudarnos y lo único que hacen es poner en riesgo nuestros trabajos. Infórmate aquí. Seguimos sin entender por qué a veces los sindicatos ponen en riesgo los puestos de trabajo que hemos conseguido ... No hay problema en que los socios/as que quieran afiliarse lo puedan hacer. El problema viene cuando el socio es utilizado para llevar a cabo en el trabajo las estrategias del sindicato. Desde el principio esos afiliados utilizados han acabado perdiendo el trabajo ... Sin embargo cuando esas estrategias las realiza un trabajador de S. estará dañando la producción y por lo tanto poniendo en riesgo el puesto de trabajo propio y el del resto de compañeros ... ¿Cómo es posible que el sindicato quiera hacer daño a una cooperativa que es la empresa básica de la economía social ... No te dejes manipular con mentiras o verdades a medias porque lo único que conseguirán es poner en peligro tu puesto de trabajo.*

3. Como se observa, la circular no va dirigida a apoyar una determinada medida empresarial o a rebatir con argumentos los empleados por el sindicato ante cualquier decisión controvertida, sino simple y llanamente a desprestigiar la acción sindical del sindicato al que están afiliados los tres demandantes. Pero no solo eso, sino que, además, lo que se desprende de los propios comunicados es que la empresa pretendía ejemplificar en los tres demandantes lo que le podía ocurrir a cualquier socio-

trabajador que quiera vincularse a algún sindicato. Así, en la circular de 16 de enero de 2016, muy anterior, por tanto, a que se cursara la baja de los tres actores el 18 de abril de 2016, se advierte al resto de socios *“que los sindicatos que han utilizado a algún socio para hacer demandas lo único que han conseguido es que esos socios pierdan su trabajo. Ahora X. ya ha perdido varios juicios y tenemos pendiente un juicio con 3 socios que al final se quedarán sin trabajo y sin dinero...”*. Esta comunicación es particularmente relevante porque viene a demostrar cómo cuatro meses antes de que se formalizara la baja de los demandantes en la cooperativa, el Consejo Rector ya había tomado la decisión de expulsarles, y no por imperativo del artículo 33 de los estatutos de la cooperativa, sino por consecuencia de su acción sindical como miembros del sindicato X.. Esta conclusión queda ratificada con la lectura de las notificaciones que se cursaron a los demandantes en las que se les comunica la decisión del Consejo Rector de anular la movilidad geográfica y de proponerles la aceptación de una baja *“voluntaria”* indemnizada so pena de aplicarles la medida del artículo 33 de los estatutos, como así ocurrió. Es especialmente esclarecedora la notificación a don J.A.S. al que se reprocha su *“actitud de captación y consignas en el trabajo ... por lo que S. tomó la decisión de pasarte a otra sección donde los socios trabajadores eran poco y por lo tanto la incidencia negativa de tu actitud fuera más reducida”*

4. Llegados a este punto conviene recordar que el tan mencionado artículo 33 de los estatutos de la cooperativa demandada dispone lo siguiente: *“los socios que por causa ajena a la voluntad o Gestión del Consejo Rector, se quedaran sin su habitual puesto de trabajo, por suspensión de pagos, quiebra, reestructuración de plantilla, etc., de algún puesto de trabajo en el que estuvieran adscritos por haber contratado con la Cooperativa una prestación de servicios, quedarán en expectativa mientras perdure dicha situación y en tanto los órganos sociales de la Cooperativa no le procuren un nuevo puesto de trabajo, que deberán aceptar con independencia de su especialidad, periodicidad, horario, remuneración o ubicación del mismo. En ningún caso pretenderán su inclusión en un equipo o centro laboral si a juicio del Consejo Rector, ello representa una evidente distorsión productiva en la plantilla o en el centro de que se tratare”*. Pues bien, el relato de hechos revelan una serie de *“coincidencias”* temporales que a falta de una explicación razonable vendrían a revelar que la intención de la cooperativa no era otra que la de deshacerse de los tres socios-trabajadores que dada su afiliación sindical y antecedentes resultaban *“incómodos”*. Así, resulta lo siguiente: A) que los tres demandantes fueron cambiados de puesto de trabajo y de sección en el mes de octubre de 2015 -en concreto los días 16, 22 y 30 de octubre- y pasaron a desempeñar su trabajo en la sección de lavadero de cajas sin que conste que la decisión empresarial estuviera basada en ninguna causa organizativa, y coincidiendo con la reunión que el día 20 de ese mismo mes celebraron los diecisiete afiliados a X. con su servicio jurídico para reclamar el cumplimiento de la legislación laboral,. B) En esas mismas fechas P.F. comunicó a S. la cancelación del servicio de limpieza de cajas y palets al que se habían incorporados los demandantes. C) Y también en esas mismas fechas -el 3 de noviembre- y tras conocer formalmente la existencia de esa reunión sindical, la empresa entregó una nota a todos los trabajadores en la que prevenía sobre las consecuencias que se podían derivar de actos semejantes. La nota decía lo siguiente: *“...la existencia de alguna reunión fuera*

del trabajo que está llevando algunos de nuestros socios/as a actitudes de laborales propias del Estatuto de los Trabajadores y debo informaros de que las cooperativas tienen su propia Ley de Cooperativas...”, para acto seguido hacer mención al contrato suscrito con la empresa P.F. y la necesaria flexibilidad en la prestación de servicios, y añadía “... Pongo en aviso a todos/as para que recordéis cómo es el funcionamiento de la cooperativa ya que es precisamente ese funcionamiento el que nos permite conseguir un puesto de trabajo digno como bien final que de ninguna otra forma hemos podido conseguir. No os quepa la menor duda que este tema acabará como en todos los sitios que han entrado los sindicatos a “ayudar”. Acabará con algún juicio donde los protagonistas perderán el trabajo. Así ha acabado siempre, no sin antes poner en riesgo al resto de compañeros...”.

5. También es ilustrativo reseñar a los efectos del presente recurso, que cuando P.F. decide rescindir el servicio de lavadero, de los seis socios-trabajadores que estaban empleados en esa sección, solo a los tres demandantes se les notifica su traslado a un nuevo centro de trabajo en Orense, esto es, a muchos cientos de kilómetros de Almazora donde hasta entonces habían estado trabajado. Se añade a ello, que no consta que no pudieran ser recolocados en otra sección de la misma empresa. Antes al contrario, lo que se declara probado en el ordinal décimo, es que a mediados de 2016, por tanto, cuando los tres demandantes ya tenían suspendida su relación, se incorporaron al centro de trabajo cuatro nuevas socias-trabajadoras para atender las tareas de elaboración de mini-brochetas que P.F. había contratado con S.. Lo que indica bien a las claras que la causa alegada por la cooperativa para proceder a la baja de los tres demandantes, *la imposibilidad material de efectiva recolocación en cualquier otro puesto-* resultó mendaz. Por último, tampoco se puede pasar por alto el historial de reclamaciones que los tres actores habían formulado contra la sociedad demandada, ya tuvieran carácter prejudicial o administrativo -como las presentadas ante la Inspección de Trabajo-, ya fueran netamente judiciales -como las se describen con detalle en los hechos probados decimosegundo a decimocuarto de la sentencia recurrida, a los que nos remitimos-.

6. De lo expuesto hasta ahora se deduce, sin mayor esfuerzo interpretativo, no solo la existencia de unos hechos de lo que resulta una presunción o apariencia de lesión de los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la tutela judicial efectiva de los tres demandantes, sino también que la cooperativa demandada no ha conseguido destruir la presunción aportada por aquellos, probando la existencia de una causa justificadora suficiente de su actuación, de modo que pudiera estimarse que, aun puesta entre paréntesis la pertenencia sindical de los demandantes y sus reclamaciones, la suspensión de su relación hubiera tenido lugar verosímilmente, en todo caso, por existir causas suficientes, reales y serias para entender como razonable la decisión empresarial (SSTCO.114/89, 38/1981 y 104/1987). Por lo que procede estimar el recurso y declarar la nulidad de la decisión notificada el día 30 de noviembre de 2015.

QUINTO.- 1. Se solicita por los recurrentes una indemnización consistente en el abono de los salarios dejados de percibir, así como el pago de 7.000 euros de conformidad con el artículo 40.1 de la del texto refundido de la Ley sobre Infracciones

y Sanciones en el Orden Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto (en adelante, LISOS).

2. Dispone el artículo 183.1 LRJS lo siguiente *Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como a los daños y perjuicios adicionales derivados.*

3. En el presente caso, la indemnización tiene dos componentes que deben ser valorados por separados:

a) Por lucro cesante condenamos a la cooperativa al abono a cada uno de los demandantes de una cantidad equivalente a la que hubieren percibido hasta su baja definitiva en ella, al no estar justificada la suspensión del trabajo que les fue comunicada.

b) Por lo que respecta al daño moral, la jurisprudencia viene admitiendo como criterio orientativo que se acuda a las LISOS. El artículo 8.12 de la citada ley califica como falta muy grave *las decisiones unilaterales de la empresa que impliquen discriminaciones directas o indirectas desfavorables por razón ... adhesión o no a sindicatos y a sus acuerdos;* y el artículo 40.1 c) prevé para las faltas muy graves una sanción, en su grado mínimo, de multa de 6.251 a 25.000 euros. Por tanto, se considera ajustada la cantidad de 7.000 euros que se solicita en la demanda para cada uno de los actores para compensar el daño moral ocasionado por la decisión de la cooperativa.

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

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON J.A.S.M., DOÑA E.M. Y DON A.L.E.Y. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.3 de Castellón de fecha 11 de mayo de 2016; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y:

1º) Declaramos la nulidad de la decisión empresarial notificada el 30 de noviembre de 2015 por la que se suspendía la prestación de servicios de los demandantes.

2º) Condenamos a la cooperativa S. a estar y pasar por esa declaración y a abonar a cada uno de los demandantes una cantidad equivalente a la que hubieren percibido hasta su baja definitiva en la cooperativa, más 7.000 euros a cada uno de ellos por daños morales.

Sin costas.

2151

Sentencia núm. 2.150, de 18 de octubre de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Diferencias en el cálculo de las cuantías indemnizatorias. Trabajadora al servicio de entidad bancaria que es trasladada a otra oficina situada a más de 800 km de su puesto actual. La actora opta por la baja incentivada en virtud de aplicación de acuerdo colectivo de fecha 3/1/2011. La empresa alega que la indemnización que corresponde se deriva de lo establecido en el art. 40.1 del ET, como consecuencia de un proceso de reestructuración y ahorro aplicado por la entidad bancaria. Reconocimiento a la actora de la indemnización por daños y perjuicios en virtud de la aplicación del acuerdo.

Juzgado: Estima la demanda condenando a las entidades codemandadas a abonar a la actora determinada cuantía indemnizatoria por aplicación del acuerdo colectivo.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la parte demandada la sentencia que estimó la demanda de la actora y la condenó al pago de las cantidades reclamadas en concepto de indemnización por daños y perjuicios. En el primero y único motivo del recurso, formulado con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS se denuncia por la recurrente infracción de lo dispuesto en el artículo 40 del ET.

La cuestión jurídica suscitada, fue resuelta por esta Sala en las sentencias de 15/07/2014, 13/03/2015, dictadas respectivamente en los recursos 130/2014 y 2421/2014 y posteriormente en sentido contrario por la ST de 9/2/2016, recurso 1130/2015. En la sentencia de pleno Jurisdiccional celebrado el día 8 de marzo de 2016 y dictada en el recurso 1295/2015 se unificaron criterios y se fijó la posición única de la Sala, por lo que en los términos de esta última sentencia cuyo contenido pasamos a reproducir debemos resolver el presente recurso.

"Sostiene el recurrente que la medida de traslado de la actora se adoptó conforme al Acuerdo de fecha 25-6-2013 y al art. 40 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que no procede la aplicación del Acuerdo anterior, de fecha 3-1-2011, que obedeció a causa distinta y que fijaba una indemnización de 45 días por año de servicio, con tope de 42 mensualidades, más una cantidad adicional por años efectivos de servicios, pues tal reestructuración terminó en febrero de 2012, no aceptándose más bajas incentivadas; que el Acuerdo de 2013 se debió a la situación financiera y no contempla medida adicional de baja incentivada, por lo que la actora no tiene derecho a la baja indemnizada ya que no fue afectada por la movilidad geográfica del ERE con Acuerdo de 3-1-2011, único al que se refiere la Comisión de Seguimiento en su Acuerdo de agosto-2011. Subsidiariamente, de considerarse aplicable el Acuerdo de 3-1-2011, sostiene que tampoco procedería la indemnización solicitada pues la baja indemnizada

requiere de la aceptación de la empresa lo que no es trasladable a la comunicación de traslado realizada al amparo del Acuerdo de 25-6-2013, con cita de la sentencia de esta Sala de 15-7-2014. 2. La citada sentencia de esta Sala nº 1852/14 de fecha 15-7-2014 (rec. 1466/14), se dicta en recurso de suplicación contra sentencia de instancia en cuyo relato fáctico no constaba ni que se hubiese interpuesto demanda frente al Acuerdo de 25-6-2013 ni que la Audiencia Nacional lo hubiese declarado nulo en Sentencia de 14-11-2013 (procedimiento 320/2013), ni siquiera consta que tales circunstancias fuesen alegadas por las partes en el recurso, y se dicta en procedimiento donde la empresa no admitió la baja indemnizada del trabajador y la cuestión debatida era si la empresa venía obligada a aceptar la extinción indemnizada del contrato con derecho a las indemnizaciones contempladas en el punto B.3 del Acuerdo Laboral de 2011, a lo que se dio respuesta negativa. Mientras que en el presente procedimiento se solicitan diferencias en el importe de la indemnización abonada a la actora por una extinción que se produjo en el mes de julio de 2013, por lo que se trata de acciones distintas. 3. Consta en el relato de hechos probados que en el Acuerdo de 3-enero-2011 se hizo constar que la reestructuración del personal necesaria se realizaría de modo gradual hasta el 31-diciembre-2013, y en el mismo se preveía tanto la movilidad geográfica (Capítulo I-apartado B-punto 2) como las bajas indemnizadas (Capítulo 1-apartado B-punto 3). En fecha 10-8-2011 el Acta de la Comisión de Seguimiento del Acuerdo de 3-1-2011, establece que, cuando el trabajador afectado por la medida de movilidad geográfica regulada en el Acuerdo de 3-1-2011 solicite su acogimiento a las medidas de baja indemnizada, la entidad se compromete a aceptar tal acogimiento y a materializar la medida antes de la efectiva incorporación del trabajador al nuevo destino al que se le haya comunicado el traslado, siempre que hayan solicitado el acogimiento con 7 días de antelación, al menos, a la fecha de efectividad del mismo. Pues bien, las medidas adoptadas en el posterior Acuerdo de 25-junio-2013 no incluyen pacto alguno sobre bajas indemnizadas cuando el trabajador sea objeto de movilidad geográfica, y además estas no tienen nada que ver con la compensación por traslado a que se refiere el Acuerdo de 25-6-13, que en cualquier caso ha sido declarado nulo en Sentencia de la Audiencia Nacional, confirmada por el Tribunal Supremo de fecha 22-7-2015 (rec. 130/14). Lo expuesto lleva a concluir que, a la rescisión indemnizada de la actora aceptada por la empresa en julio de 2013 le es aplicable lo dispuesto en el Acuerdo de 3-1-2011, interpretado en el Acta de la Comisión de Seguimiento de 10-8-2011, y con vigencia prevista inicialmente hasta el 31-12-2013, y ahora prorrogada hasta el 30-6-2017, ya que en el Acuerdo de 27-12-2013 se acuerda mantener la vigencia de lo dispuesto en el Capítulo I apartado B.2 del Acuerdo Colectivo de 3-1-2011 (movilidad geográfica) hasta el 30-6-2017, y aunque este Acuerdo de 27-12-2013 es posterior a la extinción del contrato de la actora, elimina cualquier duda interpretativa respecto de la vigencia de lo pactado en la Comisión de Seguimiento del Acuerdo Laboral de 3-1-2011 en reunión de 10-8-2011, a la fecha de extinción indemnizada del contrato de la actora (entender lo contrario implicaría dejar sin derecho al acogimiento a la baja indemnizada a los trabajadores objeto de movilidad geográfica en el periodo entre julio-2013 y diciembre-2013). En consecuencia, la decisión empresarial aquí impugnada supuso un incumplimiento de sus obligaciones contractuales, por lo que no se aprecia que la sentencia de instancia haya incurrido en la infracción denunciada, ya

que en la misma se condena a las demandadas a indemnizar a la actora en la cuantía resultante de la diferencia entre la indemnización abonada por baja indemnizada y la cuantía que hubiese debido abonar de aplicar el Capítulo-apartado-B.3 del Acuerdo del año 2001, con la responsabilidad prevista en el art. 1101 del Código Civil, dado el derecho de la actora a acogerse a tal medida, el cumplimiento por su parte de todos los requisitos y el evidente perjuicio que le supuso el traslado de que fue objeto y que le llevo a aceptar la alternativa dada por la empresa de extinguir su contrato de trabajo y percibir una indemnización, con cuya cuantía no estuvo conforme;

La aplicación de la posición mayoritaria de esta Sala a la resolución del presente recurso de suplicación determina la desestimación del mismo.

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

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de BANCO X y X. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de ELCHE, de fecha 04/06/2015, en virtud de demanda presentada a instancia de M.D.B.A.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2152

Sentencia núm. 2.175, de 18 de octubre de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta servicio en empresa dedicada a la construcción. La empresa despide al demandante, declarándose improcedente la extinción de la relación laboral. La empresa opta por la extinción. El actor solicita el abono de los salarios de tramitación e indemnización. Diferencias en el cálculo de los salarios de tramitación. Límite responsabilidad subsidiaria y cobertura y protección a dispensar por el organismo demandado a los trabajadores en cuanto a pago de indemnización adeudada por empresa insolvente o declarada en concurso.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando al organismo demandado a abonar al actor determinada cantidad en concepto de diferencias de indemnización por despido y salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso del organismo demandado en la instancia en tanto en cuanto se ha reconocido al trabajador una indemnización superior al límite legalmente previsto. Deja sin efecto la condena al organismo por las diferencias de indemnización por despido, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

Ponente: Ilmo. Antonio Vicente Cots Díaz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda en reclamación de cantidad contra el Fondo de Garantía Salarial y la empresa C.G. S.L., condenó al Fondo de Garantía Salarial a abonar al actor la cantidad de 2.893,85 euros de diferencias por la indemnización por despido y 380,00 euros de diferencias de salarios de tramitación, absolviendo al Fondo de Garantía Salarial del resto de las pretensiones deducidas en su contra y a la empresa C.G. S.L., de todas las pretensiones deducidas en su contra, interpone recurso de suplicación el Fondo de Garantía Salarial, que es impugnado por la parte actora, y en el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende una nueva redacción para el hecho probado sexto con el texto que indica en su escrito de recurso, relativo a que se adicione que el Fondo tiene limitada por ley su responsabilidad y solo responde de 160 días de indemnización, resultando según la antigüedad del actor y a 30 días por año y multiplicado por el triple del salario mínimo interprofesional de 74,68 euros la cantidad de 11.948,80 que han sido abonados por el Fondo en el expediente impugnado. Modificación fáctica que no puede alcanzar éxito, por cuanto se ampara en documento de cuyo contenido no resulta directamente sin necesidad de conjeturas el texto que se pretende introducir, y porque el referido texto constituye una valoración jurídica predeterminante del fallo.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y del artículo 2 del Real Decreto 505/1985, de 6 de marzo de Organización y Funcionamiento del Fondo de Garantía Salarial, alegando que la sentencia impugnada infringe el art. 33.2 del E.T., en su anterior redacción, modificada por Real Decreto-Ley 20/12, de 13 de julio en relación al límite de la responsabilidad subsidiaria y cobertura y protección que debe dispensar el Fondo a los trabajadores en cuanto al pago de la indemnización adeudada por la empresa insolvente o declarada en concurso.

En efecto, la sentencia de instancia objeto del presente recurso reconoce al trabajador una cantidad en concepto de indemnización superior a los límites legalmente establecidos en el art. 33 del E.T. en su anterior redacción al establecer como diferencia a favor del trabajador y a cargo del Fondo la cantidad de 2.893,85 euros, además de los inicialmente reconocidos, lo que supone una indemnización correspondiente a 198,75 días, lo que supone 14.842,65 euros, mientras que de conformidad con lo establecido en el artículo 33 del E.T., el Fondo de Garantía Salarial tiene como límite una anualidad sin que pueda exceder del triple del salario mínimo interprofesional, incluyendo la parte proporcional de pagas extraordinarias y se calcula sobre la base de treinta días por año de servicio con el límite de una anualidad, por lo que atendida la antigüedad del actor en la empresa le corresponden con esta fórmula de cálculo 160 días que multiplicados por 74,68 euros, resulta la cantidad de 11.948,80 euros que le ha abonado el Fondo de Garantía Salarial y por lo tanto debe revocarse en este apartado el fallo de la sentencia de instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma, por lo que debe prosperar el recurso de suplicación que se examina.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Fondo de Garantía Salarial frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Doce de los de Valencia, de fecha 4 de marzo de 2015, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y dejamos sin efecto la condena al Fondo de la cantidad de 2.893,85 euros por diferencias de indemnización por despido, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

2153

Sentencia núm. 2.181, de 18 de octubre de 2016

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales y reclamación de cantidad. Trabajadora con relación laboral de carácter indefinido que goza de reducción de jornada por cuidado de hijo. Declaración de despido disciplinario por trasgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. Improcedencia del despido. Solicitud nulidad de despido por vulneración derecho fundamental.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente el despido de la actora, reconociéndole igualmente el abono de determinada cantidad por diferencia en el abono de la nómina.

Sala: Estima el recurso de declarando la nulidad del despido y confirma la sentencia en cuanto al pronunciamiento condenatorio sobre la reclamación de cantidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia de instancia, aclarada por posterior auto, estima parcialmente la demanda interpuesta por la actora contra la empresa demanda R.F.V. S.A., y declara improcedente el despido de la actora de 29-12-2014, condenando a la empresa demandada a las consecuencias legales derivadas de tal declaración, frente a ello la parte actora interpone recurso de suplicación que es impugnado por la empresa demandada y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción por no aplicación del artículo 55.5 b) del E.T., en relación con el artículo 37.5 del ET, del artículo 14 de la C.E. y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que cita, alegando, en síntesis, que la trabajadora actora disfrutaba desde el año 2010 de una reducción de jornada de 20 horas semanales, por guarda legal de hijo menor de edad, obtenida por el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, y en esa situación es despedida disciplinariamente por los motivos que se reflejan en la carta de despido, sin que finalmente estos motivos hayan quedado acreditados, sin que exista causa de despido, por lo que la consecuencia necesaria es estimar la petición principal de la demanda y declarar la nulidad del despido, que tiene un efecto tutelar superior al del despido improcedente e impide dejar vacía de contenido la protección que otorgan los preceptos y la jurisprudencia a la que se alude. Añadiendo que es extrapolable la doctrina constitucional sobre el despido de la mujer embarazada al supuesto de la guarda legal del menor. Por lo que interesa que se revoque la sentencia de instancia y se dicte otra más ajustada a Derecho por la que se declare la nulidad del despido de la actora.

Resultando de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia que la trabajadora actora gozaba de una reducción de jornada por cuidado de hijo menor desde 2010 a razón de 20 horas semanales, y que la demandante fue despedida

por la empresa por causa disciplinaria sin que haya quedado suficientemente justificado el despido de la trabajadora como señala la sentencia impugnada, y aunque en la misma se indica que no procede declarar la nulidad del despido por cuanto los indicios de vulneración de derechos fundamentales han quedado desvirtuados, y aunque la sentencia de instancia establezca que el despido no se trata de una medida arbitraria sino razonable a la vista de los elementos de juicio de que disponía la empresa en ese momento, aunque no se haya acreditado en el juicio la autoría de unos hechos que se produjeron y que son merecedores de sanción, debe tenerse en cuenta que nos encontramos ante un supuesto en el que la trabajadora despedida se encontraba en situación de guarda legal de menor y del mismo modo que las trabajadoras embarazadas constituye una institución directamente vinculada con el derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14 de la Constitución Española), procurando la norma respecto de la mujer embarazada (en este caso guarda legal de menor) una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándole de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental, lo que hay que considerar como una nulidad objetiva. Por lo que el despido debe ser declarado nulo con las consecuencias legales. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar en parte la sentencia de instancia. Confirmar la sentencia de instancia.

F A L L O

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora Doña A.M.L. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Diez de los de Valencia, de fecha 22 de marzo de 2016, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar con estimación de la demanda debemos declarar y declaramos nulo el despido de la actora de 29-12-2014 y se condena a la empresa demandada R.F.V. S.A., a la inmediata readmisión de la actora en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir, a razón de 36,11 euros diarios, manteniéndose la sentencia recurrida en lo relativo al pronunciamiento condenatorio sobre la reclamación de cantidad en los términos que se reflejan en la parte dispositiva del Auto de 5-05-2016 aclaratorio de la sentencia de instancia.

2154

Sentencia núm. 2.196, de 21 de octubre de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la estiba. La empresa es absorbida por otra, pasando a depender jurídicamente de la absorbente. Aplicación convenio colectivo provincial para el sector de empresas consignatarias de buques, empresas estibadoras, transitarios y agentes de aduanas. Los demandantes han causado baja voluntaria en la empresa. Los actores reclaman pluses retributivos pactados hasta el cese de su actividad.

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

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de los trabajadores a percibir la parte proporcional del plus del salario hasta el cese de cada uno en la empresa.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ascensión Olmeda Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se recurre por los demandantes, que solicitaban la parte proporcional del plus salario máximo de 9.000 euros a percibir correspondiente al año 2012 hasta el cese de cada demandante en la empresa P.C. S.A., concretamente 6.350 euros para D. J.V.M., 7.500 euros a favor de D. J.C.T.B. y 6.350 euros para D. Á.M.S., plus que se ha venido percibiendo en la nómina del mes de febrero del año posterior a su devengo, bajo la denominación “dif.pact.año anter.”, y es fruto del acuerdo con la empresa P.C. S.A. (antes T.G.C. S.A.) y los estibadores fijos de plantilla contratados por ella, la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda porque, según dice ninguna prueba se ha practicado acerca del devengo de la cantidad reclamada, por cumplimiento de los requisitos que comprende el pacto alegado y no negado con respecto al año 2012.

Articulan el recurso, que ha sido impugnado por la empresa, a través de un motivo único, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, en el que solicitan la adición en el Hecho Probado Quinto de un nuevo párrafo del siguiente tenor: “El trabajador de P.C., SA con categoría “901 Med me” D. F.B.D. percibió la suma de 9000 euros en los documentos de saldo y finiquito y en la nómina correspondiente al mes de enero de 2013, bajo el concepto “dif. Pact.año anter”. F.B.G. causa baja voluntaria en P.c., SA en fecha 31 de enero de 2013”, lo que se acepta porque resulta claramente de los documentos invocados de los folios 85 y 86, consistentes en documento de finiquito y nómina de enero 13 del referido Sr. aportados a autos por la empresa a requerimiento de los demandante y es relevante, como se verá, a efectos de variar el sentido del fallo.

En el cuerpo del motivo se razona sobre la si aplicabilidad a sus casos del Pacto en razón de lo probado, con lo que aunque no se haga motivo separado al amparo del apartado c), debe entenderse cumplido el requisito de citar la norma infringida (en

este caso, el referido pacto por no aplicación), como así lo ha entendido la empresa en su escrito de impugnación en el que razona sobre la correcta inaplicación del pacto por la sentencia.

Según cabe destacar de los hechos probados de la sentencia con la adición aceptada: los demandantes, D. J.V.M., D. A.M.S. y D. J.C.T.B. han venido prestando servicios por cuenta y orden de la empresa P.C. S.A., con antigüedad reconocida respectiva de 1-1-2006, 1-3-2002 y 1-5-1983, categoría profesional respectiva de “901 M mecánico”, “901 estibador fijo” y “900 capataz” y salario también respectivo de 5.772,28; 4.427,55 y 4.973,67 euros brutos al mes, con prorrata de pagas extraordinarias (HP1º) y cesaron por baja voluntaria el 14-9-12 los dos primeros y el 15-10-12 el tercero (HP4º). La empresa P.C. S.A. sucedió por absorción a T.G.C., S.A. y se subrogó con efectos de 12-8-11 respecto de todos los trabajadores de ésta provenientes de S., con todos los derechos vigentes en esos momentos (HP2º). El 21-2-2007 la empresa T.G.C., S.A. y sus estibadores portuarios de la T.G. del Puerto de Castellón acordaron lo siguiente *“Año 2006: - percibir la cantidad de 10.000 euros en concepto de diferencias habidas con los estibadores de S. en el año 2006. – Regularizar lo correspondiente al año 2006 durante el mes en curso. Año 2007: - Para el año 2007 un incremento salarial de 238 euros + IPC/mes. – Dejar la cantidad de 9.000 euros como diferencia máxima a percibir, en relación a la media de los tres estibadores más remunerados en S. – El IPC se aplicará en todos los conceptos. – Percibir, en el caso que las hubiere, cualquier subida salarial en S. en todos los conceptos.”* (HP3º) y, por último, el Hecho Probado Quinto recoge detalle de pagos por el concepto de “dif.pact.año anterior” en febrero 2008, 2009 y 2012 por importes de 9000 euros, que en 2010 no se cobró dicho concepto y que en febrero 2011 se cobraron por el concepto cantidades inferiores, detallando importe por trabajadores y, con la adición aceptada, tenemos también que “El trabajador de P.C, SA con categoría “901 Med me” D. F.B.D. percibió la suma de 9000 euros en los documentos de saldo y finiquito y en la nómina correspondiente al mes de enero de 2013, bajo el concepto “dif. Pact.año anter”. F.B.G. causa baja voluntaria en P.C., SA en fecha 31 de enero de 2013”.

De la adición se desprende que en el año 2012 si se produjeron las condiciones del pacto y la cantidad a abonar por el concepto que nos ocupa era el de 9000 euros, de modo que si se probaron las premisas.

La única cuestión que resta por resolver es la de si era absolutamente preciso trabajar todo el año 2012 para percibir esa cantidad, como ocurrió en el caso del Sr. B. que cesó en enero 2013 o si es posible, como pretenden los actores, abonarles la cantidad proporcional de ella en atención al tiempo del 2012 trabajado por cada uno de ellos hasta su cese. Al respecto, creemos que la sentencia y el impugnante confunden el que no se pueda saber hasta finalizar el año si va a proceder o no el abono y en que importe con que una vez acabado el año y acreditada la procedencia y el importe, no se les pueda abonar a los demandantes en la parte proporcional del año por ellos trabajada, lo que entendemos si debe ser así, aunque el Acuerdo no contemple o haga mención a esa posibilidad, que, sin embargo, debe entenderse implícita por no derivarse de él razón alguna para su exclusión y tratamiento diferente entre los que trabajaran todo el año y los que sólo trabajaron parte, porque el origen o

la causa del plus está en la media anual de los tres estibadores más remunerados de los que provenían de S. con el máximo de 9000 euros, aplicación del IPC en todos los conceptos y percibir cualquier subida salarial en S. en todos los conceptos y no tiene nada que ver para el devengo cuanto hayan trabajado los actores durante ese año, por lo que se les debe aplicar la cantidad que proporcionalmente les corresponda por el tiempo trabajado una vez acreditado que si procedía por 2012 y que su importe completo era el de 9000 euros a pagar en febrero 2013. En consecuencia y, dado que no se cuestionan las concretas cantidades interesadas, procede la revocación de la sentencia y la estimación de la demanda, con los intereses del artículo 29.3 del ET al tratarse de salarios, pero con efecto de los mismos desde febrero 13, en que ya se sabía la procedencia y el importe.

Todo ello sin costas por estimarse el recurso la demanda y no apreciarse razón para la aplicación del nº 3 del artículo 235 de la LJS.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por los demandantes D. J.V.M., D. J.C.T.B. y D. A.M.S. contra la Sentencia de fecha 14 de mayo de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Castellón, en autos 616/13 sobre CANTIDAD, siendo parte recurrida P.C. S.A., revocamos la referida Sentencia y, estimando la demanda, condenamos a la demandada P.C. S.A., a abonar 6.350 euros a D. J.V.M.; 7.500 euros a D. J.C.T.B. y 6.350 euros D. A.M.S., por el concepto reclamado como principal, más los intereses del 29.3 del ET a contar desde febrero 2013.

Sin costas.

2155

Sentencia núm. 2.214, de 25 de octubre de 2016

Materia: Declaración de invalidez: Invalidez permanente absoluta para el ejercicio de cualquier actividad. El actor ha sido declarado en situación de invalidez permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Revisión por agravación del grado de invalidez reconocido. Estado paranoide y trastorno de la personalidad del actor.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones en su contra deducidas en la misma. No procede la revisión del grado solicitado.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda constatada que el trastorno de personalidad y los rasgos psicóticos que padece el actor le impidan permanentemente para realizar cualquier actividad laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada designada por don V.S.S.G., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que pretendía que se le reconociera una incapacidad permanente absoluta, como consecuencia de la agravación en su estado de salud desde en que en el año 2009 le fue reconocida la incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual de operador de grúas, conductor de camiones.

2. El recurso se interpone al amparo de un solo motivo redactado por el cauce establecido en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 137 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). Se argumenta por el recurrente, que desde que en el año 2009 le fue reconocida la incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual por síndrome de ansiedad, su estado de salud ha sufrido una considerable agravación derivando en un estado paranoide y trastorno de la personalidad; y que lo que se debe comparar a efectos del presente procedimiento, es el cuadro de dolencias actual con el que tenía en el año 2009 y no con el que presentaba cuando solicitó la anterior revisión por agravación.

SEGUNDO.- 1. Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte, el artículo

137.5 del mismo texto legal señala que, "se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio".

2. A la vista de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia recurrida el recurso no puede ser estimado. Como hemos señalado, estamos ante un procedimiento en el que se solicita la revisión por agravación del grado de incapacidad permanente que el Sr. S.S. tenía reconocido desde el año 2009. Pues bien, el artículo 143.2 de la LGSS, y el Real Decreto 1.300/1995 que lo desarrolla, contemplan la posibilidad de que se pueda proceder a la revisión de la incapacidad permanente declarada por agravación o mejoría del estado invalidante. En cuanto a la solicitud de revisión por agravación, la doctrina judicial viene exigiendo la concurrencia de dos requisitos básicos: a) que tal agravación se haya producido, "independientemente del acierto en la calificación del grado de invalidez efectuado la primera vez"; y b) que la misma sea de entidad suficiente para subsumir las lesiones o dolencias que padece el solicitante en el nuevo grado invalidante postulado.

3. En el presente caso, es cierto que el estado de salud del demandante ha experimentado una agravación respecto del diagnóstico que tenía en el año 2009, pues lo que era un trastorno de ansiedad relacionado con el consumo habitual de alcohol, ha derivado posteriormente en un trastorno de la personalidad de tipo paranoide no especificado. Pero como hemos señalado, el hecho de la agravación del diagnóstico se configura por nuestra legislación como un requisito necesario pero no suficiente para el reconocimiento de un grado de incapacidad superior al inicialmente reconocido, pues esa agravación debe acompañarse, en este caso en el que se solicita una incapacidad absoluta, de la prueba de que el conjunto de dolencias y limitaciones que padece le incapacitan para realizar cualquier profesión u oficio. Y en el presente caso este requisito no se desprende del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, pues la limitación más importante que se describe se refiere al mantenimiento de actitudes querulantes que le llevan a remitir escritos a numerosos organismo públicos de defensa del ciudadano. Es decir, no existe constancia de que el trastorno de personalidad que padece el Sr. S. y sus rasgos psicóticos sean de tal intensidad que le impidan de modo permanente realizar cualquier actividad laboral, incluso aquellas que no comporten una particular exigencia mental o que no requieran de una especial concentración y atención, como eran las de su profesión habitual de conductor de camiones. Es por ello que procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON V.S.S.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 15 de Valencia de

fecha 22 de octubre de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2156

Sentencia núm. 2.247, de 26 de octubre de 2016

Materia: Pensión de invalidez: Incapacidad permanente. Trabajador afiliado al RGSS que desarrolla su actividad laboral como oficial de la construcción. El actor sufre trastorno depresivo ansioso, crónico y fluctuante, lumbalgia crónica y cefaleas tensionales. En el ejercicio de su actividad el actor realiza trabajos en altura requiriendo ciertos esfuerzos físicos. El actor solicita declaración de invalidez permanente total o subsidiariamente parcial para el ejercicio de su profesión habitual.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de todos los pedimentos formulados en su contra. Las lesiones que padece el actor no le hacen merecedor de la declaración de invalidez.

Sala: Estima en parte el recurso. Declara al actor afecto de una incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Isabel Sáiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. R.M.R. interpone en su día demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la TGSS solicitando que se le declare afecto de una incapacidad permanente Total o subsidiariamente parcial para su profesión habitual de albañil. La sentencia de instancia desestima la demanda en cuanto a la petición principal de incapacidad permanente Total y también respecto de la subsidiaria de incapacidad permanente en grado de parcial, pronunciamiento frente al que se alza el demandante recurriéndolo en suplicación y solicitando que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra por la que se estime la petición principal o al menos la subsidiaria contenida en la demanda, no impugnando la Entidad Gestora el recurso formulado.

SEGUNDO.- Para ello, y sin instar la modificación del relato fáctico de la sentencia, construye su recurso con amparo procesal en el artículo 193.c) de la LRJS, alegando que se ha producido infracción del artículo 137.3 y 4 de la Ley General de Seguridad Social de 1994 en relación con los artículos 136 y 139-1 y 2 de ese mismo cuerpo legal y de la doctrina Jurisprudencial existente en la materia. Se alega así que es esencial y determinante para calificar la situación invalidante la profesión del interesado y que tanto su patología física como psíquica le impide el desarrollo de las tareas fundamentales de su profesión y que en todo caso dichas tareas se desarrollan con una mayor penosidad y dificultad influyendo en su capacidad de rendimiento de manera que su estado sería al menos constitutivo de una incapacidad permanente en grado de parcial.

De conformidad con lo previsto en el artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, es invalidez permanente la situación del trabajador que presenta

reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitiva que disminuyan o anulen su capacidad laboral, alcanzando el grado de incapacidad permanente total, cuando el trabajador quede inhabilitado para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, siempre que pueda dedicarse a otra distinta (artículo 137 LGSS). Con arreglo a la Jurisprudencia, a la hora de calificar la situación del trabajador, lo que interesa es la valoración de la capacidad laboral residual que las dolencias tenidas por definitivas, permite al afectado, entendido ello como la posibilidad real de poder desarrollar su actividad profesional en unas condiciones normales de habitualidad, con el rendimiento suficiente y esfuerzo normal, sin exigencia de un esfuerzo superior o especial, prestada la actividad con la necesaria profesionalidad y conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia exigibles en todo trabajo. En cuanto a la profesión habitual tal y como viene señalando la Jurisprudencia, no cabe entender las concretas tareas que se pudieran llevar a cabo cuando se actualiza el hecho causante de la incapacidad permanente, sino que se ha de partir del oficio que define el convenio colectivo, o lo que es igual, la profesión habitual no es coincidente con la labor que se realice en un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle en movilidad funcional.

Por su parte, el artículo 137.1 a) incluye entre los grados de la incapacidad permanente el de la incapacidad permanente parcial para la profesión habitual, que es definido en el artículo 137.3 diciendo que «Se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma». En consecuencia, puesto que se trata de un grado de incapacidad profesional, para su declaración es preciso realizar un riguroso análisis comparativo de dos términos fácticos: el de las limitaciones funcionales y orgánicas que producen al trabajador las lesiones que padece y el de los requerimientos físico-psíquicos de su profesión habitual.

De este modo en el ámbito de la evaluación y declaración de los grados de incapacidad permanente total y parcial, las tareas fundamentales de una profesión deben determinarse con criterio cualitativo más que con criterio cuantitativo, de manera que las tareas que resulten impedidas (incapacidad permanente total), o dificultada en su realización en el treinta y tres por ciento o más de su rendimiento (incapacidad permanente parcial), sean las más relevantes, no tanto desde el punto de vista de su duración a lo largo de la jornada, sino por constituir la esencia o núcleo de su prestación laboral. También viene señalando la Jurisprudencia que la incapacidad permanente total y la parcial se predicen de la profesión habitual y no del puesto de trabajo concreto que se desempeñe en una empresa.

Pues bien, en el caso de autos el actor presenta el cuadro clínico objetivado y recogido en los hechos probados de la Sentencia, no combatidos en el recurso, en el que se viene a reflejar el contenido del informe médico de síntesis, tanto la exploración realizada por el médico evaluador como las limitaciones orgánicas y

funcionales reflejadas en el mismo a las que debe estarse para determinar si el recurrente se encuentra en la situación de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual interesada en su demanda. El Juzgador a quo que es el que preside el acto de juicio oral y que en virtud del principio de inmediación tiene a su cargo la valoración de la prueba practicada, ha considerado más fiable y objetivo el informe emitido por el médico evaluador, como así lo recoge en la fundamentación jurídica, no pudiendo sustituirse tal valoración por la más subjetiva e interesada de la parte recurrente que incluso pretende que se reflejen otras dolencias como un síndrome subacromial cuando la misma no se recoge en los hechos probados. En este sentido el Juzgador se ha limitado a realizar una elección, la de fijar las limitaciones funcionales del demandante ahora recurrente, tomando como referencia la exploración y conclusiones del médico evaluador, reflejando en la fundamentación la razón por la que considera tal informe frente al pericial de parte, valorando ambos informes con arreglo a las reglas de la sana crítica. En tal elección que no es más que la aplicación de una máxima de experiencia no se detecta vulneración de las reglas de la sana crítica, entendiéndose tales reglas respetadas cuando la conclusión judicial tiene soporte en el dictamen médico oficial del EVI, fiable y eficaz dentro del conjunto probatorio practicado en cuanto informe específico a los efectos de la incapacidad permanente y emitido como tal en el oportuno expediente administrativo; y también respecto o frente a los informes invocados por la parte recurrente. El informe pericial de la parte recurrente se valora igualmente en la Sentencia de instancia con arreglo a las reglas de la sana crítica, no apreciándose error evidente en tal valoración que lleva al Juzgador a dar prevalencia al dictamen oficial.

Partiendo de las dolencias y limitaciones reflejadas en tal informe emitido por el médico evaluador, advirtiéndose que el trabajador presenta una patología psíquica crónica y una lumbalgia que también se denomina crónica indicándose en las conclusiones del médico evaluador que presenta discapacidad para tareas con requerimientos físicos y psíquicos elevados y poniendo en relación tales dolencias y limitaciones con las tareas propias de su profesión habitual que según la Sentencia de instancia es la de Oficial de la construcción y no la de peón albañil que indica el actor, se estima que si bien como lo indica la sentencia de instancia no se aprecia que tales dolencias le impidan el desarrollo de las tareas fundamentales o la mayor parte de las tareas propias de su profesión habitual, pues lo único que consta es una lumbalgia crónica sin reflejarse la presencia de radiculopatía, ni una especial intensidad de tal lumbalgia que pudiera justificar incluso el tratamiento en la unidad del dolor y además sí es cierto que la profesión de oficial de la construcción exige unos requerimientos físicos que no son tan elevados como los de un albañil. Si bien ello es así es claro que también exige tales requerimientos físicos y en ciertas ocasiones elevados y ello justifica al menos que se estime la petición subsidiaria de la demanda de incapacidad permanente parcial, pues al menos su dolencia física le supone una mayor penosidad y sufrimiento en la realización de su trabajo y una dificultad en su adecuado desarrollo que implica una disminución en su rendimiento habitual superior al 33%, provocando también esa disminución en el rendimiento su dolencia psíquica. De hecho el dictamen del EVI refleja una discapacidad para tales tareas de elevados requerimientos físicos y psíquicos y si bien la profesión de oficial de la construcción no exige elevados requerimientos psíquicos y por ello no se justifica la petición de incapacidad

permanente total interesada con carácter principal, teniendo en cuenta que es un trabajo que muchas veces se desarrolla en altura, con un equipo y utilizando determinada maquinaria, su dolencia psíquica por la que precisa medicación, le produce al menos una lentitud en su desarrollo y provoca una disminución en su rendimiento habitual que justifica también dicha petición subsidiaria formulada.

Se declara por ello al demandante recurrente en situación de incapacidad permanente en grado de parcial para su profesión habitual con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado equivalente a 24 mensualidades de la base reguladora que le corresponda legalmente, condenando a la Entidad Gestora al abono de tal prestación.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por D.R.M.R. contra la sentencia de fecha veintisiete de Julio del Dos Mil Quince, dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de los de Castellón en autos 172/2014 seguidos a instancias del recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TGSS sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, debemos de revocar dicha Sentencia y en su lugar acordamos estimar la petición subsidiaria contenida en la demanda declarando al demandante en situación de incapacidad permanente en grado de parcial para su profesión habitual derivada de enfermedad común y con derecho a percibir una indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades de la base reguladora que legalmente corresponda, condenando a la Entidad Gestora al abono de tal prestación. Sin Costas.

2157

Sentencia núm. 2.277, de 31 de octubre de 2016

Materia: Pensión de jubilación. Trabajador afiliado al RGSS que ha cotizado también en el RETA. Periodos cotizados en España y Alemania. Solicitud prestación de jubilación. La pensión se solicita desde una situación de afiliación al RGSS. Carencia específica para acceder a la prestación. Denegación de pensión por no reunir al menos dos años cotizados en los quince anteriores al hecho causante. Reconocimiento para el cómputo del periodo de carencia, los periodos cotizados mientras al actor fue perceptor de subsidio por desempleo para mayores de 52 años.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Se incumple el requisito de carencia para poder acceder a la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 13 de julio de 2015 por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D. V.B.G. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, recurre en suplicación el demandante, sin que su recurso haya sido impugnado por el Organismo demandado.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se formula el primer motivo de recurso en el que, a través de un apartado a) se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 146 LRJS, DA 25^a LGSS y arts. 102, 103 y 105 de la Ley 30/1992. Sostiene el recurrente que el Juzgador parte de un error, al considerar que la resolución que se impugna es la de 27-9-13, cuando lo cierto y verdad es que se impugna la dictada el 15-11-13 que anula la anterior. Y que al dictarse esta última, se ha prescindido del procedimiento legalmente establecido, pues siendo la resolución de fecha 27-9-13 declarativa de un derecho, no puede ahora la Administración, amparándose en el art. 146 LRJS, dictar una nueva denegando la prestación, por motivos distintos y perjudiciales al administrado. De manera que no tratándose de un error material, debe revocarse la sentencia de instancia, anulando la resolución de 15-11-13, reconociendo el derecho reclamado al aquí demandante.

Hemos de partir de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, que no han sido combatidos para determinar cuál ha sido el iter de los acontecimientos, que han de ser tomados en consideración por esta Sala para resolver el presente motivo de recurso.

El actor, afiliado al RGSS, solicitó pensión de jubilación el día 24-4-13, dictándose resolución por el INSS el 27-9-13 por la que se deniega la prestación al acreditarse 61 días de cuotas impagadas al RETA, invitando al pago de las mismas. Este

pago ya lo había efectuado el demandante con anterioridad a dicha resolución, concretamente el día 18-9-13.

La resolución de 27-9-13 fue anulada por otra, dictada por el INSS el día 15-11-2013 en la que se le deniega la pensión, por no reunir al menos dos años cotizados en los quince anteriores al hecho causante.

Partiendo de estos hechos, el motivo de recurso debe ser desestimado. Ciertamente es que el Juzgador manifiesta en su fundamento de derecho tercero que el actor impugna la resolución de fecha 27-9-13, pero a continuación, desarrolla su argumentación abordando aquellos aspectos por los que entiende que la resolución de 15-11-2013 no es nula, por lo que, no puede imputarse a aquél el error que se nos dice en el recurso.

Dicho lo anterior, hemos de confirmar la solución alcanzada en la instancia. En nuestro caso, el INSS invitó al pago para cubrir las cuotas descubiertas en el RETA, sin percatarse de que el abono de dichos descubiertos ya había sido efectuado con anterioridad por el actor. Pero de ello no se infiere que la resolución dictada el 27-9-13 fuera declarativa del reconocimiento de la prestación, una vez se efectuara el pago. Hemos de indicar que, es doctrina reiterada de la Sala Cuarta que “las prestaciones, inicialmente, se causan por el régimen en el que el trabajador se encuentre de alta al tiempo de causarse la prestación protegida, la incapacidad permanente en el presente caso, siempre que el beneficiario reúna en él todos los requisitos necesarios para causarla, incluido el periodo de carencia exigible, sin que se acuda al cómputo de otras cotizaciones y a normas aplicables en otros regímenes más que cuando sea preciso para cubrir el periodo de carencia o incrementar el porcentaje aplicable a la base reguladora para determinar el importe de la pensión” (STS 24 de enero de 2012, reproducida en STS de 27-4-2016, Rjud. 1084/2014).

En nuestro caso, el hecho de que el Organismo demandado invitara erróneamente al pago al no percatarse del abono previo efectuado por el actor, no implica que se le estuviera reconociendo implícitamente la prestación, si atendía los descubiertos. El reconocimiento del derecho a obtener la pensión de jubilación, debe sujetarse al cumplimiento de los requisitos exigidos para su devengo, entre ellos la carencia, que al parecer no se cumplía en el caso ahora analizado. De otro modo no se entiende la invitación al pago efectuada, por descubiertos en el RETA, cuando la pensión se solicita desde una situación de afiliación al Régimen General, por los motivos antes indicados en Sentencia de la Sala Cuarta.

Y entendemos igualmente que con el dictado de la resolución de 15-11-2013, se reparaba un error, que consideramos material, de proceder a una invitación al pago carente de sentido, pues en ningún caso podría surtir los efectos pretendidos, al haberse ya cumplimentado, sin que se haya producido un uso indebido o desviado del art. 146 LRJS. Tampoco pueden entenderse infringidos los arts. 102 y ss. de la LRJPAC mencionados en el recurso, pues como bien advierte el Juzgador, los mismos no resultan aplicables a la revisión de oficio de prestaciones de Seguridad Social, en virtud de lo dispuesto en la DA 6ª de la citada disposición. Por todo lo anterior, el primer apartado del primer motivo de recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- En un apartado b), también del motivo primero, se dice vulnerado el art. 161.1.b) LGSS, entendiéndose que para el cómputo del periodo de

carencia, han de tomarse en cuenta los periodos cotizados mientras al actor fue perceptor de subsidio por desempleo para mayores de 52 años, en contra del criterio del Juez a quo que no los tomó en consideración. En apoyo de su tesis, cita dos sentencias dictadas por dos Tribunales Superiores de Justicia, cuyas resoluciones no constituyen jurisprudencia a efectos de suplicación, ex art. 1.6 CC.

El argumento no puede prosperar, pues conforme a STS de 15 de marzo de 2016, Rcu. 3249/2014, “De los preceptos cuya infracción se denuncia goza de especial relieve el artículo 218. 2 de la L.G.S S pues en él se impone a la entidad gestora la obligación de cotizar por la contingencia de jubilación durante la percepción del subsidio de desempleo para los trabajadores mayores de 52 años, estableciendo distintos periodos en función de la edad del perceptor inferior o superior a cincuenta y cinco años. En cuanto a la Disposición Adicional 28ª de la L.G.S.S. su tenor literal es el siguiente: "Las cotizaciones efectuadas por la Entidad Gestora por la contingencia de jubilación, conforme a lo previsto en el apartado 2 del artículo 218 de esta Ley, tendrán efecto para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y porcentaje aplicable a aquélla. En ningún caso dichas cotizaciones tendrán validez y eficacia jurídica para acreditar el período mínimo de cotización exigido en el artículo 161.1.b) de esta Ley, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 215.1.3 ha debido quedar acreditado en el momento de la solicitud del subsidio por desempleo para mayores de cincuenta y dos años."

A la luz de la citada Disposición en modo alguno cabe llevar al cómputo del periodo de carencia lo cotizado durante el periodo de subsidio al que nos hemos venido refiriendo, sin perjuicio de su eficacia en el cálculo de la base reguladora y del porcentaje. En consecuencia, si estamos obligados a prescindir del periodo que la Sala de suplicación tuvo en cuenta para reconocer la prestación tan solo cabe acudir al cómputo recíproco de cotizaciones en el R.E.T.A. atendiendo a aquellos periodos que no se superpongan con los del Régimen General”.

Y acreditado que en los quince años anteriores a solicitarse la pensión de jubilación el actor ha cotizado únicamente un total de 671 días, no desvirtuándose este hecho por el recurrente, se incumple el requisito de la carencia específica para acceder a la prestación, de lo que se deriva la desestimación del motivo analizado y con él, del recurso interpuesto.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no ha lugar a la imposición de costas al recurrente, al gozar del beneficio de justicia gratuita.

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. V.B.G. frente a la Sentencia dictada el 13 de julio de 2015 por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia, en autos número 125/2014 seguidos a instancia del precitado recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

2158

Sentencia núm. 2.284, de 31 de octubre de 2016.

Materia: Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Aplicación art. 123 LGSS. Trabajador que sufre accidente laboral mientras se encuentra realizando una de sus tareas habituales. Máquina desprovista de disco de seguridad. Deber de vigilancia en relación con el cumplimiento de las medias de seguridad. Falta de formación práctica en materia de prevención. La empresa impugna el recargo de alegando responsabilidad del trabajador al no llevar puestos guantes de protección.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa no ha tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente. No hay conducta temeraria por parte del trabajador que excluya de recargo a la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada de la empresa T.M. S.L., la sentencia de instancia que desestimó su demanda impugnatoria del recargo del 30% sobre las prestaciones de Seguridad Social reconocidas a don J.A.A. a consecuencia del accidente trabajo que sufrió el 29 de julio de 2013, que le fue impuesto por resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 17 de enero de 2014.

El recurso se estructura en dos motivos que son impugnados por el trabajador. En el primer motivo, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS se solicita la modificación del relato probado con la revisión de algunos pasajes que se relatan en el hecho probado quinto y sexto de la sentencia. Se pretenden, en concreto, las siguientes modificaciones:

a) Que se añada al hecho quinto el siguiente párrafo “Pese a que la máquina tenía alguna carencia en seguridad, el accidente no se produce por este hecho, sino por la imprudencia y mala praxis del trabajador”, para lo que se apoya en el folio 101 (último párrafo del informe emitido por la perito).

b) Que se adicione al mismo hecho, a continuación de que el Sr. A. no llevaba puestos los guantes de protección en el momento del accidente, que “a pesar de que al trabajador se le entregaron los guantes de protección junto con otro material, mascarilla, protección auditiva etc.” Señalando el folio 114 documento firmado por el trabajador de entrega de dicho material con fecha 13-2-2013.

c) El añadido de un nuevo párrafo al hecho quinto que diga: “Con la máquina actual, que cumple los requisitos de la CE, si el trabajador no regula correctamente la altura del disco o no pudiera el adecuado, estaría expuesto a un posible accidente”, apoyándose en el folio 97 informe del técnico de prevención de riesgos laborales.

d) Que se suprima del hecho quinto “...siendo necesario hacer presión”, porque lo correcto hubiera sido apagar la máquina y empezar a cortar de nuevo ese último listón con otro tablero.

e) Que se suprima el último párrafo del hecho sexto, sin señalar prueba, porque la fecha del informe del INVASSAT, 23 de septiembre de 2013 es dos meses posterior al accidente.

f) La adición al hecho sexto de un nuevo párrafo que diga: “El trabajador sí ha recibido cursos de formación para el manejo de las máquinas, le explicaron las funciones de cada disco y que tenía que utilizar guantes”, lo que deduce de la declaración del trabajador en el Juzgado de Instrucción nº 1 de Elda (folio 81)

Para resolver este primer motivo conviene recordar que de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que se expone, entre otras muchas, en las recientes SSTS de 5 de junio de 2011 (rco.158/2010), 14 de mayo de 2013 (rco.285/2011) y 16 de septiembre de 2014 (rco.251/2013) -y que es perfectamente trasladable al recurso de suplicación-: *"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- únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo"), 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-). E insistiendo en la segunda de las exigencias se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida*

revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 -rco 79/05; y 20/06/06 -rco 189/04)".

La aplicación de estos criterios nos conduce a desestimar todas las revisiones que se proponen en este primer motivo del recurso porque, o no se apoyan en prueba alguna, o señalan prueba que por sí sola no acredita el error del Juez que la ha valorado junto con el resto de las pruebas practicadas, siendo que además en otro caso no se trata de hechos sino de conclusiones subjetivas de parte, o se trata de datos que ya figuran en la sentencia y por lo tanto reiterativos como el dato de que al trabajador le fueron entregados los guantes de protección.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso se denuncia, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, la aplicación incorrecta de la Jurisprudencia del TSJCE: sentencia núm. C-217/2006 de 14 de junio de 2007, la aplicación incorrecta de las sentencias de esta Sala que relaciona, así como la aplicación incorrecta de los arts 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley 31/1995 de 8 de noviembre y del art. 12.16 b) de la LISOS. En síntesis se mantiene por la empresa recurrente, que el accidente se produjo por un cúmulo de imprudencias del trabajador, sin que la carcasa de protección del disco hubiera evitado el accidente, habiendo recibido el trabajador la formación adecuada, y en todo caso negando la relación de causalidad de estos incumplimientos con el daño ocasionado al trabajador.

Dispone el artículo 123 de la LGSS lo siguiente: Recargo de las prestaciones económicas en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.

1. Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional se aumentarán, según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador. 2. La responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla. 3. La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción."

Como hemos señalado en sentencias anteriores de esta misma Sala de lo Social, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la materia, expresada, entre otras, en las SSTS de 2 de octubre de 2000 (rcud 2393/1999) y 12 de julio de 2007

(rcud 938/2006), los presupuestos de aplicación del artículo 123 de la LGSS se concretan en los siguientes: “a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999); b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado”....subrayando además que “...del juego de los preceptos contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales “...el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”. Esta doctrina ha sido refrendada por sentencias posteriores como la STS de 30 de junio de 2010 (rcud.4123/2008) en la que se insiste en que “El punto de partida no puede ser otro que recordar que el Estatuto de los Trabajadores genéricamente consagra la deuda de seguridad como una de las obligaciones del empresario, al establecer el derecho del trabajador “a su integridad física” (art. 4.2. d)) y a “una protección eficaz en materia de seguridad e higiene” (art. 19.1). Obligación que más específicamente -y con mayor rigor de exigencia- desarrolla la LPRL (Ley 31/1995, de 8 noviembre), cuyos rotundos mandatos -muy particularmente los contenidos en los arts. 14.2, 15.4 y 17.1 LPRL- determinaron que se afirmase “que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado” y que “deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran” (STS 08/10/01 -rcud 4403/00-, ya citada) (...) La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá -incluso- de las exigencias reglamentarias (...) el empresario no incurre en responsabilidad alguna cuando el resultado lesivo se hubiese producido por fuerza mayor o caso fortuito, por negligencia exclusiva no previsible del propio trabajador o por culpa exclusiva de terceros no evitable por el empresario (argumentando los arts. 1.105 CC y 15.4 LPRL), pero en todos estos casos es al empresario a quien le corresponde acreditar la concurrencia de esa posible causa de exoneración, en tanto que él es el titular de la deuda de seguridad y habida cuenta de los términos cuasiobjetivos en que la misma está concebida legalmente (...) Mal puede entenderse observada la obligación de “garantizar la seguridad y la salud” del trabajador (art. 14.2 LPRL) y el derecho a su “integridad física” (art. 4.2.d) ET) y a una “protección eficaz” (art. 19.1 ET), si el mismo carecía de adecuada formación”.

La sentencia de instancia al confirmar la resolución administrativa que impuso a la empresa el recargo sobre las prestaciones de Seguridad Social previsto en el

artículo 123 de la LGSS ha realizado una correcta aplicación de los criterios jurisprudenciales expuestos, pues partiendo de la descripción de cómo se produjo el accidente (hecho quinto) razona en relación a los incumplimientos de medidas de seguridad imputados en la vía administrativa (normativa específica de prevención exigida en el artículo 12. 16 b) de la LISOS; como las normas genéricas de los artículos 14 y 15 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en especial, una falta de actividad formativa e informativa adecuada los trabajadores) que “ha quedado acreditado que en el momento del accidente la máquina carecía de una adecuada carcasa de protección del disco de corte, de modo que este quedaba demasiado accesible. Cierto es, como explicó el declarante y posteriormente la perito que depuso en el acto de la vista, que el disco nunca puede quedar protegido al 100%, por cuanto es necesario dejar un acceso al disco para que este pueda cortar los listones de madera. Ahora bien, cuanto mayor es la carcasa de protección, menor es el riesgo de que el disco de corte pueda causar daño al usuario de la máquina. La carcasa que tenía la máquina en el momento del siniestro ofrecía una protección insuficiente, como lo demuestra el hecho de que la empresa tenía previsto sustituirla por otra de tamaño mayor, de hecho fue reemplazada al día siguiente del accidente. Siguiendo con la máquina, debe añadirse que la misma carecía de declaración de conformidad del fabricante y de marcado “CE”, tal y como consta en el acta de infracción (la cual goza de presunción de veracidad respecto de los hechos que por su objetividad son susceptibles de percepción directa por el funcionario de la Inspección o a los inmediatamente deducibles de aquéllos o acreditados por medios de prueba consignados en la propia acta), y así fue corroborado por la perito. Por último, el acta recoge la inexistencia de procedimientos o manuales de trabajo o de instrucciones técnicas en los que se detallan las condiciones y forma de correcta utilización de la máquina para cada uno de los diversos modos de funcionamiento de la misma (cuestión que también se recoge en el informe del INVASSAT de 23/09/2013, en el que se recomienda que dicha información sea suministrada a los trabajadores). Por otro lado, a pesar de que la empresa tenía efectuada la evaluación de riesgos, la actividad preventiva se encontraba sin cumplimentar ni implantar. Al trabajador se le entregó documentación en materia de prevención, pero no consta que recibiera formación práctica en este sentido. “

En definitiva, la empresa no tenía implantado un procedimiento de trabajo específico para la operación que estaba realizando el Sr. A., ni este había recibido una formación específica. Pero además de estas claras deficiencias, también resulta relevante señalar que el accidente se produjo en el centro de trabajo, donde del deber de vigilancia en relación con el cumplimiento de las medidas de seguridad que incumbe al empresario es especialmente exigible. En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 LPRL es el empresario quien debe asegurar “la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de las mismas”. Es decir que la obligación empresarial en materia de prevención riesgos laborales no se agota con la mera formalidad de elaborar un plan de prevención, sino que exige una actitud positiva de constante vigilancia y control sobre la efectividad y cumplimiento de las medidas preventivas propuestas. Y es evidente que tal obligación se incumple en supuestos como el presente, en el que en el seno de la empresa se toleran conductas que ponen

claramente en riesgo la salud y seguridad de los trabajadores que prestan servicios en ella. De modo que una vez ocurrido el siniestro, la responsabilidad no recae sobre el trabajador que ha sufrido el accidente, salvo supuestos extremos de imprudencia temeraria, sino sobre el empresario en cuanto sujeto obligado por la ley a llevar a cabo una efectiva protección de los riesgos laborales que genera su actividad empresarial.

Por último, y en relación con las sentencias de esta Sala de lo Social que se citan en el escrito de recurso, hemos de señalar en ellas se contemplan imprudencias temerarias del trabajador que excluyen el recargo o expresan doctrina superada, ya que como hemos manifestado en reiteradas sentencias dictadas posteriormente –por ejemplo, en las de 31 de octubre de 2007, 6 y 27 de noviembre de 2007 (recursos 3874 y 3873/2007) ó 7 de marzo de 2008 (recurso 1103/2007)- el criterio que manteníamos debía abandonarse a la luz de la doctrina jurisprudencial sobre la materia y, en concreto, de la expresada en la STS 12 de julio de 2007 (rcud. 938/2006) que revoca sentencia de esta Sala de lo Social.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LRJS, se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa T.M. S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Alicante de fecha 4 de marzo de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la parte recurrente a que abone a la Letrada impugnante la cantidad de 500 euros.

2159

Sentencia núm. 2.304, de 31 de octubre de 2016

Materia: Minusvalía: Revisión grado de discapacidad. La demandante padece trastorno de la afectividad por trastorno de etiología idiopática. Además, padece trastornos físicos que no han quedado constatados documentalmente. Solicita incremento grado minusvalía.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de la petición frente a la misma. Concede a la actora un grado de discapacidad del 15%.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Las dolencias de la actora han quedado correctamente valoradas como discapacidad leve, siendo ajustada a derecho la valoración del 15% de discapacidad. No consta diagnóstico de los trastornos físicos, al no estar documentados en la fecha de solicitud del reconocimiento de grado de discapacidad. No es posible sumar factores sociales complementarios al no llegar al 25%.

Ponente: Ilma. Sra. D^a María Isabel Sáiz Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a M.N.T.G. interpone en su día demanda contra la CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA GENERALITAT VALENCIANA, solicitando se le reconozca un grado de discapacidad del 56%, frente al 15% reconocido por la Entidad demandada. La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza la actora recurriéndolo en suplicación y solicitando que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra por la que se estime su demanda y se la declare afecta de un grado de discapacidad del 56%, con efectos del 26-6-13, no formulándose escrito de impugnación por la Conselleria de Bienestar Social.

SEGUNDO.- Para ello, la parte recurrente articula un primer motivo al amparo del apartado a) del artículo 193 LRJS denunciando la infracción del artículo 97-2 LRJS pues según indica el ordinal tercero de los hechos probados contiene tan solo una transcripción del cuadro clínico y las valoraciones contenidas en el expediente administrativo, cuando lo que debe recoger es la personal convicción del Juez, por lo que considera que tal narración adolece de una imprecisión que le produce indefensión y que priva también a la Sala de contar con los elementos fácticos precisos para resolver sobre la pretensión formulada.

En este sentido cabe señalar que la nulidad de actuaciones o de la sentencia solicitada en un motivo de Suplicación cobijado en el artículo 193, a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para que pueda prosperar, requiere, en síntesis, cuatro exigencias:

1) Realizar la parte recurrente la indicación, precisa y expresa, de qué precepto procesal ordinario (de la LEC o de la LOPJ), o específicamente social (de la LRJS), es el que se considera infringido en el procedimiento o por parte de la resolución judicial de la que se pretende su anulación y razonando adecuadamente sobre ello.

2) Detallar, de modo claro, cual haya sido la indefensión, que además ha de ser material y no meramente formal, que dicha infracción procesal le ha causado a quien realiza la solicitud de nulidad, razonando suficientemente sobre la existencia de esa presunta indefensión.

3) Asimismo, es también preciso que no exista otro remedio que sea procesalmente menos traumático que la nulidad, en aras del principio de conservación de los actos procesales, coherente con la celeridad resolutoria, que es también valor de preeminencia constitucional (artículo 24,1 del texto constitucional) y desarrollo ordinario (artículo 74,1 LRJS), siempre que ello no comporte indefensión a ninguna parte, igualmente proscrita constitucionalmente (de nuevo, artículo 24,1 CE).

4) Finalmente, que debe de haberse realizado la pertinente denuncia de la infracción, desde el momento en que la misma se produce o desde que se haya tenido conocimiento de ello, y en su caso, con la correspondiente constancia de tal denuncia en el acta del juicio, pues en otro caso, se estaría convalidando con la actitud omisiva, permisiva o indolente de la parte, esa infracción, que no puede luego ser denunciada con posterioridad, una vez que el resultado judicial le ha sido adverso.

En este caso la parte recurrente lo que alega es la infracción del artículo 97 LRJS y ello en lo referente al relato fáctico de la Sentencia. Señala así que tal relato refleja las valoraciones del expediente administrativo pero no detalla con precisión las dolencias de la actora y que ello le produce indefensión. Del contenido del relato fáctico se desprende que el Juzgador a quo hace suyo el dictamen del EVO y exploración realizada por tal equipo frente a la prueba pericial aportada por la parte actora, y considera que la actora presenta las lesiones y deficiencias que se detallan en tal informe. El hecho de que el Magistrado de instancia haya acogido tal dictamen frente al pericial de parte no implica que se haya producido la infracción del artículo 97-2 LRJS alegada por el recurrente sino que al valorar la prueba se ha dado más preeminencia a tal informe frente a otros aportados por el recurrente. Debe tenerse en cuenta además que pese a lo escueto del relato fáctico acerca de las lesiones del actor, en los fundamentos de derecho y con valor fáctico se releja la sintomatología y repercusión de las dolencias de la actora en las actividades de la vida diaria indicando el fundamento de derecho cuarto que está compensada con la medicación, que ha mantenido vida laboral hasta que factores externos la han hecho abandonar, que no tiene síntomas psicóticos y que mantiene la actividad de cuidado de la familia y casa. Por ello no se advierte la infracción alegada, no se aprecia se haya producido indefensión a la demandante y debe desestimarse ese primer motivo del recurso.

TERCERO.- Solicita por otro lado la recurrente la revisión de los hechos probados al amparo del artículo 193 b) LRJS, articulando para ello varios motivos.

Así en primer término interesa la revisión del que dice por error que es el motivo vigésimo, cuando debe entenderse que se refiere al hecho probado cuarto dada la redacción que tiene en la Sentencia el hecho que se trata de revisar. La redacción alternativa que pretende para tal hecho es la siguiente:

“Durante la tramitación del expediente administrativo, el demandante alegó que además de las afecciones apreciadas en el informe del EVO, padecía artrosis de rodillas bilateral y protrusiones cervicales y lumbares, sin que ni en el dictamen del

EVO ni en la resolución del expediente aparezca pronunciamiento alguno sobre las mismas.”

Para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes exige la Jurisprudencia que concurren los siguientes requisitos:

A) Ha de devenir trascendente a efectos de la solución del litigio, con propuesta de texto alternativo o nueva redacción que al hecho probado tildado de erróneo pudiera corresponder y basada en documento auténtico o prueba pericial que, debidamente identificado y obrante en autos, patentice, de manera clara, evidente y directa, de forma contundente e incuestionable, sin necesidad de acudir a hipótesis, conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales o razonables, el error en que hubiera podido incurrir el juzgador, cuya facultad de apreciación conjunta y según las reglas de la sana crítica, (artículo 97.2 [LRJS](#)) no puede verse afectada por valoraciones o conclusiones distintas efectuadas por parte interesada. Es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción -concepto más amplio que el de medios de prueba- para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica, la prueba práctica.

B) La revisión pretendida sólo puede basarse en las pruebas documentales o periciales sin que sea admisible su invocación genérica, y sin que las declaraciones de las partes o de testigos sea hábiles para alcanzar la revisión fáctica en el extraordinario recurso de suplicación.

C) El Juzgador ha de abstenerse de consignar en la relación de hechos probados cualquier anticipación de conceptos de derecho, que tienen su lugar reservado en la fundamentación jurídica.

D) La alegación de carencia de elementos probatorios eficaces, denominada por la doctrina "obstrucción negativa", resulta completamente inoperante para la revisión de los hechos probados en suplicación ante la facultad otorgada al Magistrado de apreciar los elementos de convicción.

E) La revisión pretendida debe ser trascendente para el sentido del fallo, esto es, influir en la variación de la parte dispositiva de la sentencia, y no puede fundarse en hechos nuevos no tratados ante el Juzgado de lo Social.

De los términos de la redacción fáctica solicitada ha de quedar excluido:

a). Todo lo que no sea un dato en sí, como los preceptos de normas reglamentarias de carácter interno o del convenio colectivo aplicable, y, en definitiva cualquier concepto jurídico.

b). Los hechos notorios y los conformes.

c). Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.

d). Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.

e) Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos.

La revisión pretendida por la parte recurrente se apoya en el escrito de reclamación previa de la demandante así como en el dictamen del EVO obrante al folio 30 y si bien de tales documentos se desprende que efectivamente la actora mencionó tales dolencias que no fueron reflejadas en el dictamen del EVO estamos ante meras alegaciones de parte realizadas en el expediente administrativo pero que no justifican la realidad de tales dolencias, no pudiendo tales alegaciones y manifestaciones de parte servir para alterar el signo del fallo y reflejar la realidad de esas otras dolencias. Lo que indica la Sentencia de instancia es que esas nuevas dolencias alegadas deberían haber sido diagnosticadas con carácter previo al inicio del expediente administrativo y nada de ello acreditan los documentos referidos por la parte actora. Además, del contenido del hecho probado cuarto se desprende que efectivamente la actora alegó tales dolencias de artrosis de rodillas, protusiones cervicales y lumbares y que las mismas no se reflejaron en el dictamen del EVO, añadiendo que tal equipo no ha podido certificar la concurrencia de las mismas ni el tratamiento, por lo que la redacción que pretende la parte recurrente aparece ya contenida en el hecho probado cuarto y no se apoya la actora en documento alguno para pretender la supresión de las menciones de la Sentencia a la imposibilidad del EVO de certificar tales dolencias y su tratamiento. No puede por ello admitirse la revisión pretendida.

En segundo lugar se propone la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente tenor literal: *“5. La demandante padece en la actualidad un cuadro patológico con unas secuelas y unas limitaciones consistentes en: 1. Trastorno mental por trastorno bipolar. Trastorno depresión crónica. Trastorno de Ansiedad de etiología psicógena. Se trata de un trastorno mental que cursa con una restricción moderada en las actividades de la vida cotidiana (la cual incluye contactos sociales), que precisa tratamiento por psiquiatría con tratamiento médico diario y terapéutico continuado. 2. Limitación funcional a nivel del aparato locomotor de etiología degenerativa por las secuelas dolorosas y funcionales resultantes de las distintas lesiones en la columna y rodillas.”*

La revisión propuesta se apoya únicamente en el informe pericial aportado por la parte ocurrente y emitido por el Dr. D. J.R.S.H.. Pretende así la parte recurrente una nueva valoración de la prueba practicada frente a la que ha realizado el Magistrado de instancia considerando el dictamen del EVO, la exploración psicológica realizada por el mismo y las conclusiones que sobre la calificación de las dolencias de la actora recoge tal dictamen. La nueva valoración pretendida no es posible dada la especial naturaleza del recurso de suplicación, siendo éste extraordinario, y casi de naturaleza casacional, que exige que en la revisión fáctica no sólo se detecte error cometido por el juzgador de instancia sino que el mismo se aprecie de forma evidente de los documentos o pericial practicada en autos. En este caso teniendo en cuenta los hechos declarados probados no se detecta error patente y evidente del Juzgador de instancia y que además sea trascendente para modificar el fallo de la Sentencia, limitándose el Juzgador a efectuar una elección, la de fijar las dolencias y limitaciones de la demandante ahora recurrente, tomando como referencia la exploración realizada por el médico evaluador, y tal elección no es más que la aplicación de una máxima de

experiencia con arreglo a las reglas de la sana crítica. Las reglas de la sana crítica se entienden respetadas cuando la conclusión judicial tiene soporte en el dictamen médico oficial fiable y eficaz dentro del conjunto probatorio practicado en cuanto informe específico a los efectos del reconocimiento de la discapacidad y emitido como tal en el oportuno expediente administrativo; y también respecto o frente a los informes invocados por la parte recurrente. Y es que tales informes, ya han sido valorados en la instancia por el juzgador en forma oportuna según imparcial criterio, postergándolos (en este concreto punto) ante la fiabilidad del dictamen oficial antes referido y sin que por su propia naturaleza y características estén revestidos de la especial fiabilidad y eficacia probatoria precisas en términos del art. 193 b) de la LRJS. Sobre todo en este caso debe tenerse en cuenta que el perito de la actora es especialista en Medicina del trabajo y en valoración del daño corporal pero ni consta que sea psiquiatra o psicólogo a fin de poder valorar y diagnosticar la dolencia psíquica de la actora ni tampoco desde luego especialista en traumatología. Por ello, el que frente a tal informe la Sentencia de instancia conceda un mayor valor al dictamen oficial en el que se refleja un informe psicológico habiendo sido valorada la demandante por un psicólogo, no implica desde luego error alguno en la valoración de la prueba como pretende la parte recurrente. Por otro lado, en cuanto a las dolencias físicas, en el escrito de reclamación previa se mencionaban las mismas sin que conste que se aportara documento alguno que determinara un diagnóstico sobre tales patologías y en el informe pericial aportado se limita el perito a reflejar tales dolencias sin referirse ni constar que haya examinado informe médico alguno, de manera que sería el perito el que sin que conste que le haya realizado prueba objetiva alguna o que haya examinado algún informe médico, estaría dictaminando las secuelas que presenta en tal aparato locomotor, por lo que es ajustado a las reglas de la sana crítica que la Sentencia opte por el dictamen emitido por el EVO. Si se entiende que el perito tuvo a la vista los informes que aporta con su ramo de prueba la parte actora, pese a que la misma en el escrito de recurso no los menciona, tales informes y así en concreto el informe aportado como documento 4 por la parte actora es de fecha 15-7-13, y así de fecha posterior a la solicitud de reconocimiento de discapacidad y a la emisión del dictamen del EVO y de la resolución concediéndole el 15% de discapacidad. Por ello, y dado que a los efectos de determinar el grado de discapacidad debe estarse a las dolencias definitivas tras el oportuno tratamiento y determinadas objetivamente y de forma documentada, y tal diagnóstico, tratamiento y determinación objetiva no consta que se hubiera realizado al menos cuando se emite el dictamen por el EVO, sin perjuicio de que la parte recurrente pueda instar un expediente de revisión por agravación, no puede entrar a valorarse con ocasión de la resolución dictada en Junio del 2013, las referidas dolencias. No puede por ello admitirse la revisión pretendida.

Finalmente se propone la adición de un nuevo hecho probado, con el número 6, con el siguiente tenor literal: “ *Según el dictamen social obrante en el expediente administrativo, la puntuación que le corresponde por el baremo de factores sociales complementarios es de 8,5 puntos (Factor familiar 2, Factor laboral, 2,5 y Factor cultural 4)*”. Se apoya la parte recurrente para tal revisión en el contenido del dictamen social obrante en el expediente administrativo y dado que efectivamente así se desprende tal valoración por factores sociales complementarios del examen del

expediente administrativo y en concreto de los folios alegados, se estima adecuada la adición de tal hecho probado.

CUARTO.- Finalmente se denuncia en el escrito de recurso y al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, la infracción del artículo 5 del RD 1971/99 así como del baremo para determinar el grado de discapacidad anexo al mismo. Tal infracción parte de que se admite la revisión de los hechos probados propuesta, y así de las secuelas y lesiones que recoge el informe pericial aportado y dado que no se ha accedido a la revisión del hecho probado cuarto, y no se ha adicionado tampoco el hecho probado 5 pretendido, con las dolencias que refleja la Sentencia, de tipo psíquico, y con la sintomatología que se indica en los fundamentos de derecho de la Sentencia en concreto en el cuarto, recogiendo que está compensada con medicación, que ha mantenido vida laboral hasta que factores externos le han hecho abandonar, que no tiene síntomas psicóticos y que mantiene la actividad de cuidado de la familia y casa, se estima como recoge la Sentencia de instancia que la capacidad de la recurrente estaría conservada o levemente disminuida, puede mantener una actividad laboral normalizada salvo en los periodos de descompensación o de importante aumento de estrés psicosocial y no existen síntomas que excedan de tales criterios, por lo que con arreglo a tal valoración la inclusión de la patología de la actora en la Clase II, como discapacidad leve, es ajustada a derecho como lo es también la valoración ofrecida del 15% de discapacidad.

En cuanto a los trastornos físicos como señala la Sentencia de instancia no consta un diagnóstico de los mismos, que además estuviera documentado, en la fecha de la solicitud del reconocimiento de grado de discapacidad y por ello no han sido valorados, sin perjuicio de que lo puedan ser en el futuro, y por ello al entenderse correctamente valoradas las dolencias de la actora y no poderse sumar los factores sociales complementarios al no alcanzar un porcentaje del 25% de discapacidad en sus dolencias, es correcto el razonamiento y conclusiones de la Sentencia de instancia y debe desestimarse el recurso formulado confirmando la Sentencia de instancia.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS en relación con el artículo 2 b) Ley 1/96 de 10 de Enero de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar la parte actora del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por D^a. M.N.T.G contra la sentencia de fecha seis de Abril del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Alicante en autos 980/2013 seguidos a instancias de la recurrente frente a la CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL DE LA GENERALITAT VALENCIANA debemos confirmar la Sentencia de instancia. Sin costas.

2160

Sentencia núm. 2.311, de 3 de noviembre de 2016

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como vigilante de seguridad en determinada empresa de seguridad. Subrogación de la trabajadora en nueva empresa. Reducción de jornada. La actora ha dejado de trabajar un determinado número de horas al no asumir la nueva empresa las mismas. La actora entiende que ha habido una decisión extintiva y plantea demanda de despido.

Juzgado: Estima la excepción de inadecuación de procedimiento y desestima la demanda en materia de despido. Sin entrar en el fondo del asunto absuelve a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima la excepción de inadecuación del procedimiento y considera que se ha producido una decisión extintiva por parte de la empresa subrogada. Declara improcedente la extinción de la relación laboral.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. María Isabel Sáez Areses.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a A.P.B. interpone su día demanda contra las empresas G.S. S.A., M.S. S.A. y FOGASA en ejercicio de acción de despido solicitando que se declare la nulidad o la improcedencia del despido de fecha 31-7-14 con las consecuencias previstas en el artículo 56 E.T. a las que solicitaba se condenara de forma solidaria a las empresas.

La sentencia de instancia desestima la demanda tras apreciar la excepción de inadecuación de procedimiento, considerando que no ha existido despido sino que estamos ante una reducción de jornada operada por la nueva adjudicataria del servicio. Frente a tal pronunciamiento se alza la parte demandante interponiendo recurso de suplicación y solicitando previa estimación del mismo el dictado de un nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se acuerde desestimar la excepción de inadecuación de procedimiento y por consiguiente se estime la demanda o bien sean repuestos los autos al momento anterior a dictarse Sentencia.

SEGUNDO.- Para ello en primer lugar interesa la parte actora la revisión de los hechos probados al amparo del artículo 193 b) LRJS.

1. En primer lugar propone la revisión del hecho probado primero en lo que se refiere al porcentaje de parcialidad de la jornada reflejado en el mismo, alegando que en lugar de fijarse un porcentaje del 73,3%, se debió consignar el del 75,3% que se desprende de las vidas laborales de la actora emitidas por la TGSS y obrantes a los folios 52 y 54 de los autos. Dado que tal porcentaje de parcialidad del 75,3% es el que se desprende de tales vidas laborales, debe accederse a esa primera revisión postulada.

2. Se interesa además una nueva revisión de tal hecho probado primero a fin de que se suprima el siguiente texto: “...en el centro de trabajo del SERVEF de Alicante sito en Calle X...”, por el siguiente texto: “realizando 100 horas mensuales en el centro SERVEF y las otras 22 horas mensuales estaba a disposición de la empresa”. Para ello se apoya en los documentos obrantes a los folios 119, 120 y 121 del procedimiento, que en realidad son los folios 119 a 121 del ramo de prueba que figura como de la parte actora, que son los correos que se cruzan las empresa demandadas en relación a la nueva adjudicación y a la subrogación de los trabajadores. A la vista de tales correos y como indica la parte actora recurrente, la empresa G. comunica a la empresa entrante los trabajadores a subrogar con ocasión de la adjudicación del servicio a la empresa M.S., señalando en relación a la actora como jornada subrogable 100 horas mensuales. A la vista de ello y puesto que en el resto de la documentación se refleja una jornada mensual de la actora de 122 horas, la empresa entrante solicita aclaración a la saliente y ésta le dice que pese a las horas contratadas con su empresa, la jornada a subrogar por el servicio del SERVEF es la que se recogía como jornada subrogable, y así 100 horas. Por ello de tal documental se desprende que las horas contratadas por la actora con G. eran 122 horas pero no empleaba todas ellas en la contrata adjudicada a M.S. sino que en la contrata del SERVEF sólo prestaba 100 horas. Por ello debe accederse a la revisión propuesta.

3. Finalmente solicita la parte recurrente se añada un nuevo hecho probado, el CUARTO BIS, con el siguiente redactado: “Con fecha 31 de Julio de 2014 G.S. S.A. procedió a cursar la baja en Seguridad Social por la totalidad de la jornada contratada.” Funda la parte recurrente tal adición en la vida laboral de la trabajadora obrante al folio 54 y en la que se desprende que la actora fue dada de baja por la empresa saliente por toda la jornada que tenía contratada, en fecha 31-7-14, y al tratarse de un documento hábil para apoyar tal revisión y en el que se aprecia sin acudir a argumentaciones ni conjeturas el redactado pretendido, debemos acceder a tal revisión.

TERCERO.- Al amparo del artículo 193 c) LRJS alega la parte recurrente la infracción de la Sentencia por interpretación errónea del artículo 14 del Convenio colectivo Estatal de empresas de Seguridad privada en relación con el artículo 56 E.T., citando igualmente la Jurisprudencia del Tribunal Supremo dictada en relación al artículo 14 del Convenio colectivo de empresas de Seguridad privada, así la STS de 18-9-00, y también la STSJ de Galicia de 22-12-10 y considerando que la baja en la Seguridad Social que cursó la empresa G.S. por las 22 horas semanales que no eran subrogables para la nueva adjudicataria M.S., debe considerarse como un despido, de manera que sí sería adecuado el procedimiento de despido instado por la actora y entiendo debió entrarse a resolver sobre tal acción de despido ejercitada.

Nos encontramos en este caso con una trabajadora que venía prestando servicios para la empresa G. en jornada de 122 horas mensuales, de las cuales según la propia comunicación remitida por tal empresa a la nueva empresa adjudicataria M.S. sólo eran horas a subrogar, 100 horas mensuales, pese a reconocer la empresa saliente que con su empresas estaba contratada con más horas. Dado que la única jornada que se comunica por la empresa saliente a la entrante que procedía fuera subrogada en

relación a la trabajadora demandante, era la de 100 horas mensuales, en tal sentido procedió la empresa entrante y al amparo del artículo 14 del Convenio colectivo de empresas de seguridad privada, a subrogar a la trabajadora, así en una jornada de 100 horas mensuales. Por su parte la empresa saliente G. comunica a la trabajadora que deberá pasar subrogada a la empresa entrante, sin hacer mención alguna a que debería serlo en una jornada de 100 horas mensuales y además procede a dar de baja a la actora en la Seguridad Social con efectos del 31-7-14. De este modo, extingue la relación laboral que mantenía con la trabajadora, no sólo por las 100 horas en las que se subroga la empresa entrante sino por el total de la jornada que venía prestando en la misma. De ello se deriva que en cuanto a las 22 horas de jornada que también realizaba la trabajadora pues formaba parte de su contrato con G., la empresa saliente extingue la prestación de servicios por esas 22 horas restantes y ello no puede sino considerarse una decisión extintiva que debe impugnarse por la vía de la acción de despido tal y como lo ha hecho la parte actora. Por ello, estimamos que el procedimiento de despido instado es el adecuado para resolver las controversias surgidas en relación a las 22 horas que la trabajadora deja de realizar y que no debió apreciarse la excepción de inadecuación de procedimiento como así lo hace la Sentencia de instancia, sino que debió entrar la Sentencia a conocer de la acción de despido ejercitada. Pese a absolver la Sentencia de instancia sin entrar a conocer del fondo, ello no conlleva la nulidad de actuaciones pudiendo esta Sala resolver lo que corresponda de conformidad con el artículo 202 LRJS al no apreciar insuficiencia en el relato de hechos probado, ya que señala tal precepto que la Sala resolverá lo que corresponda, con preferencia de la resolución de fondo del litigio, dentro de los términos en que aparezca planteado el debate, incluso sobre extremos no resueltos en su momento en la sentencia recurrida por haber apreciado alguna circunstancia obstativa, así como, en su caso, sobre las alegaciones deducidas en los escritos de impugnación, siempre y cuando el relato de hechos probados y demás antecedentes no cuestionados obrantes en autos resultaran suficientes.

Señala la Sentencia de instancia, entrando así a conocer sobre la cuestión relativa a la acción de despido ejercitada, y así sobre si hubo o no el despido que denuncia la parte actora, que en este caso no hay manifestación expresa o tácita del empleador de extinguir la relación laboral y que el vínculo laboral sigue vivo aunque modificado, considerando que estamos ante una reducción de jornada operada por la empresa entrante. Viene a entender así más bien la Sentencia de instancia que la trabajadora carece de acción para ejercitar la acción de despido instada.

Sin embargo con la revisión de los hechos probados propuesta se advierte como la empresa entrante se subroga en la jornada de trabajo que la empresa saliente le comunica que venía realizando la trabajadora en el servicio contratado, SERVEF, así en 100 horas, y ello pese a que la demandante prestara servicios en jornada de 22 horas que la propia empresa saliente considera no subrogables. Si pese a que considera tales 22 horas como no subrogables no mantiene el vínculo laboral con la trabajadora por esas 22 horas mensuales que le restaban hasta completar lo que tenía contratado con la misma, tal actitud no puede sino considerarse una manifestación tácita de su voluntad de cesar en la relación laboral con la trabajadora y extinguir el vínculo laboral con la misma. La empresa entrante no subroga a la trabajadora y luego

le reduce la jornada de trabajo sino que subroga a la trabajadora en la jornada que se le indica por la saliente y por ello no podría considerarse que ha procedido a modificar sus condiciones de trabajo a través de la reducción de su jornada, habiéndose producido en este caso la decisión de la saliente de extinguir el vínculo laboral con la trabajadora aprovechando la nueva adjudicación del servicio que venía prestando en el SERVEF, decisión que sólo puede combatirse a través de la acción de despido ejercitada.

En este sentido cabe citar lo que se razona en la [STS de 15 de octubre de 2013 \(RJ 2013, 8106\)](#) de rec. 3.098/2012 . Se dice en ella: "*[En supuestos similares la Sala ha declarado desde antiguo (STS 7-4-2000 (RJ 2000, 3287) (R. 1746/1999) y 20 de noviembre de 2000 (RJ 2000, 10294) (Rcud. 1417/2000) "la figura del despido exige de una decisión del empresario, expresa o tácita, de dar por concluida la relación de trabajo, que se configura entre aquél y el trabajador como única (arts. 1 , 4 y 5 del Estatuto de Los Trabajadores (RCL 1995, 997)) aunque susceptible de sufrir alteraciones por decisión unilateral del empresario, que cuando afectan a la jornada, pueden ser modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo y dar lugar a que operen los mecanismos previstos en el artículo 41 de la norma antes citada . En el caso examinado, la decisión de la empresa de reducir la jornada de la recurrente en doce horas semanales, pudo constituir, como se ha dicho, una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, pero en modo alguno un despido al no producirse manifestación expresa o tácita del empleador en tal sentido y, por el contrario, mantenerse viva, aunque modificada, la relación de trabajo existente entre la trabajadora y la empresa"*. En este caso contrariamente al supuesto del que parte la citada Sentencia, sí se produce la manifestación tácita de la empresa saliente de la extinción del vínculo laboral que mantenía con la trabajadora y ello pese a considerar sólo subrogables 100 horas de las 122 horas mensuales que realizaba, de manera que en relación a las 22 horas que considera no se pueden subrogar sí se habría producido un despido que sólo cabe impugnar por la vía del ejercicio de la acción de despido y no de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

La STS que se cita en el recurso de fecha de [18 de septiembre de 2000 \(RJ 2000, 8299\)](#) , establece que ésa "*...es la interpretación que cabe del artículo 14 del Convenio Colectivo, que extiende la obligación de subrogación a todos los operarios que de modo efectivo presten sus servicios en las dependencias o centro en el momento de la contrata, con independencia de que una parte mínima de la jornada se preste en centro de trabajo de otra empresa. Dicha tesis es correcta; una interpretación finalista del art. 14 del Convenio Colectivo, nos lleva a dicha conclusión pues, si en dicho artículo se dice que la nueva empresa adjudicataria, está en todo caso, obligada a subrogarse en los contratos de los trabajadores adscritos a dicho contrato y lugar de trabajo, cualquiera que sea la modalidad de contratación de los mismos, como razona la sentencia recurrida, el hecho de que una parte mínima de la jornada laboral se desarrolle en un centro de trabajo no objeto de la nueva contrata, no impide, con la limitación contenida en dicha sentencia, que se lleve a cabo la subrogación del contrato discutido;bastando con que el trabajador preste sus servicios de modo efectivo en las dependencias o centro objeto de la contrata en el momento en que concluyó"*. La aplicación de tal doctrina al presente caso conlleva que la nueva adjudicataria deba

subrogarse en la parte de la jornada que venía realizando en tal contrata y que como indica la empresa cesante y no discute la parte actora en su escrito de recurso, era de 100 horas al mes, y que el resto de la jornada que desarrollaba para la empresa saliente G. deba continuar realizándola la actora para dicha empresa saliente. De este modo una relación laboral que era única se ha desdoblado en dos al producirse la subrogación parcial conforme a lo previsto en el convenio colectivo de aplicación en lo referente a la jornada de 100 horas al mes y en cuanto al resto de la jornada 22 horas mensuales, su supresión por G. al dar de baja a la actora en la Seguridad Social debe considerarse como un despido que ante la ausencia de requisitos y justificación de la concurrencia de causas que motiven tal decisión extintiva, conforme prevé el artículo 54 E.T. en relación con el artículo 105 LRJS, debe calificarse como improcedente con opción de readmisión o bien de indemnización y siendo la única responsable de tal declaración la empresa saliente que es la que debió haber mantenido a la actora tal jornada de 22 horas al mes o bien en su caso extinguir la misma por causas objetivas, pero no proceder al cese de la trabajadora de forma unilateral y por toda la jornada que realizaba. Siendo el salario correspondiente a tal jornada de 22 horas mensuales de 191 euros partiendo del salario que por 122 horas mensuales fija la Sentencia de instancia, y la antigüedad de la actora en la empresa saliente del 12-9-98, la indemnización que corresponde a la trabajadora para el supuesto de ser esa la opción de la empresa asciende a la suma de 4.309,27 euros conforme a la DT 5ª RDL 20/12, pues le corresponde la suma de 3.791,22 euros hasta el 11-2-12, a razón de 45 días por año de servicio y la suma de 518,05 euros desde el 12-2-12 y hasta la fecha del despido de 31-7-14.

Habiendo infringido la sentencia recurrida los artículos denunciados estimamos el recurso formulado, revocamos la Sentencia y entrando a conocer de la acción de despido ejercitada al considerarse la misma adecuada para resolver la pretensión del actor, declaramos la improcedencia del despido de fecha 31-7-14 condenando a la empresa G. por la jornada de 22 horas mensuales respecto de la cual se considera se ha producido la decisión extintiva, a readmitir al actor en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido o bien a optar en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución y con la advertencia de que en el caso de no indicar nada se entendería que opta por la readmisión, por indemnizarle en la suma de 4.309,27 euros teniendo en cuenta el salario referido a tal jornada de 22 horas mensuales, condenando a tal empresa al abono de los salarios de tramitación devengados para el supuesto de optar por la readmisión. Asimismo, absolvemos a la empresa codemandada M.S. S.A. de los pedimentos de la demanda.

CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS habiéndose estimado el recurso formulado por la parte actora, no procede la imposición de costas al recurrente que en todo caso goza del beneficio de Asistencia jurídica gratuita.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D^a. A.P.B. contra la sentencia de fecha ocho de febrero del 2016 dictada por Juzgado de lo Social Número 3 de Alicante, en autos número 720/2014 seguidos a instancias de la recurrente contra las empresas G.S. S.A. y su administrador concursal, M.S. S.A. y FOGASA sobre DESPIDO, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia y desestimando la excepción de inadecuación de procedimiento, debemos declarar la improcedencia del despido de fecha 31 de Julio del 2014, condenando a la empresa G.S S.A. por la jornada de 22 horas mensuales respecto de la cual se considera se ha producido la decisión extintiva, a readmitir a la actora en las mismas condiciones existentes con anterioridad al despido o bien a optar en el plazo de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución y con la advertencia de que en el caso de no indicar nada se entendería que opta por la readmisión, por indemnizarle en la suma de 4.309,27 euros teniendo en cuenta el salario referido a tal jornada de 22 horas mensuales, condenando a tal empresa al abono de los salarios de tramitación devengados para el supuesto de optar por la readmisión. Asimismo absolvemos a la empresa codemandada M.S S.A. de los pedimentos de la demanda.

Sin costas.

2161

Sentencia núm. 2.319, de 3 de noviembre de 2016

Materia: Reintegro de prestaciones. Pensión de viudedad. Error a la hora de aplicar el cálculo del porcentaje correspondiente a cada una de las viudas en relación con el tiempo de convivencia con el causante. Devolución cantidades indebidamente percibidas por una de las viudas. La suma de los porcentajes de ambas supera el 100%. Revisión del acto declarativo de derecho. Prescripción de la acción.

Juzgado: Estima la demanda presentada por el organismo demandante, declarando nula su resolución en la que reconocía a una de las codemandadas un porcentaje de pensión erróneo, aplicando un nuevo porcentaje y obligando al reintegro de las cuantías indebidamente percibidas. Absuelve a la otra codemandada de las pretensiones de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No existe plazo alguno de prescripción o caducidad para ejecutar la acción de nulidad del acto. No puede estimarse la reducción de pretensión de reintegro a los tres últimos meses ya que la resolución cuya nulidad se insta es posterior a la reforma legal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la pretensión de la parte actora, INSS, dirigida a declarar nula y sin efecto la resolución de dicho organismo de 16-9-2008, se alza en suplicación la parte codemandada Sra. V., en un escrito con tres motivos de recurso, formulados el primero de ellos al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 apartado b) y los otros tres en base al apartado c) de la LRJS.

La parte recurrente plantea, en primer lugar, la supresión del hecho probado 5º por entender que el mismo se limita a poner de manifiesto las alegaciones del INSS, lo que no puede ser tenido por hecho probado. Sin embargo, y siendo cierto que tal hecho refleja una postura de la entidad gestora, no lo suprimimos por su claridad y porque la supresión interesada resultaría irrelevante para alterar el sesgo del fallo. La técnica procesal empleada no es la más correcta, pero en ningún momento el hecho 5º va más allá de un relato de circunstancias históricas, de los porcentajes que el INSS considera aplicables a las dos codemandadas, de la petición de anulación de la resolución de 16-9-2008 y del reconocimiento de la prorrata del 18,72% interesada para la Sra. V. y la condena al reintegro de los últimos cuatro años.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 93 de la LRJS se denuncia el fundamento de derecho 3º de la sentencia de instancia (lo que no es correcto pues los recursos van contra el fallo) y la infracción por interpretación errónea de los arts. 62.1.f), 63 y 102 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre y art. 146.3 de la Ley 36/2011,

LRJS. En esencia, alega la recurrente que la sentencia de instancia no aplica correctamente el instituto de la prescripción, al tratarse de un acto anulable y no nulo de pleno derecho, por aplicación del art. 146.3 de la LRJS, tanto si se aplica la Ley de 17 de julio de 1958 de Procedimiento Administrativo, como si se aplica la 30/92 de la Ley de RJAPAC. Aduce asimismo que no es posible anular o declarar nula la resolución de 19-8-2008 (que es la tercera de las dictadas; la primera que es la originaria es la de 19-05-92 y la segunda es de fecha 12-12-2006), sin que se declare nula la primera de las citadas resoluciones. También alega que existió una nulidad de pleno derecho del expediente de 2006, por existir prescripción del mismo, siendo nula la resolución de 12-12-2006, que es la que reconoce a la recurrente un porcentaje del 18,72%, que es el que la sentencia de instancia considera correcto.

Pues bien, centrándonos en que lo que se pide por el INSS es la nulidad de la resolución de 19-8-2008, por la que se le reconoció a la Sra. V. un porcentaje del 90'53%, destacaremos como datos obrantes en el relato fáctico y a tener en cuenta los siguientes: "A).- D^a I.V.G., solicitó en Abril de 1992 pensión de viudedad, alegando que contrajo matrimonio con el causante D. S.U.A. el día 31.8.1963 y que convivió con el mismo hasta el año 1968. Mediante Resolución del INSS de 19.5.1992 y efectos de 1.4.1992 se le reconoció su derecho al percibo de pensión de viudedad, con un porcentaje de pensión del 45% y una base reguladora de 56.136 pesetas mensuales. B).- D^a J.A.R., contrajo matrimonio con D. S.U.A. en fecha 6.9.1991. Al fallecimiento de éste, que se produjo el día 8.3.1992, solicitó del INSS pensión de viudedad, haciendo constar su condición de viuda del finado y que convivió con él desde el 19.3.1972 hasta el fallecimiento. Mediante Resolución del INSS de fecha 21.3.1992 se le reconoció su derecho al percibo de pensión de viudedad, con un porcentaje de pensión del 45% y una base reguladora de 56.136 pesetas mensuales. C).- se detectó la concesión al 100% de 2 pensiones de viudedad del causante D. S.U.A., sin tener en cuenta los periodos de convivencia. D).-Consecuencia de lo anterior, el INSS inició expediente de revisión en Diciembre de 2006 de la pensión de la Sra. A. y se procedió a fijar a su favor una prorrata de pensión del 81,28% en proporción al tiempo de convivencia matrimonial (6.9.91 a 8.3.1992) y se cuantificaron las cantidades indebidamente percibidas que la señora A. se comprometió a devolver en un total de 60 mensualidades. De la misma forma se inició expediente de revisión de la pensión de viudedad de la señora V. en Diciembre de 2006, cuya prorrata quedó fijada en un 18,72% en proporción al tiempo de convivencia (desde 31.8.1963 a 31.12.1968).E).- Posteriormente el INSS procedió nuevamente a revisar el porcentaje de la pensión de viudedad de la señora V. mediante Resolución de 16.9.2008, y consideró que por el período de convivencia le correspondía una prorrata del 90,53% que es la que percibe en la actualidad. F).- El INSS considera que en el dictado de la resolución referida en el ordinal precedente se ha producido un error a la hora de aplicar el cálculo del porcentaje correspondiente a cada una de las viudas en relación con el tiempo de convivencia y entiende que la señora A.R. ostenta el derecho pleno a la pensión de viudedad, de la cual solo debe ser descontado el porcentaje correspondiente al tiempo de convivencia del causante con la señora V. por lo que a ésta le correspondería una prorrata por convivencia del 18,72% y a la señora Agudo una prorrata por convivencia del 81,28%.

En vista de lo anterior, el INSS acude al procedimiento judicial para solicitar la revisión del acto declarativo de derecho consistente en la resolución del citado organismo de 16-9-2008 por la cual se reconoció a la señora V. una prorrata de pensión de viudedad por tiempo de convivencia del 90,53%, demandando se le reconozca a la misma una prorrata correspondiente el tiempo de convivencia con el señor U. en porcentaje del 18,72%, y en consecuencia se la condene al reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de pensión de viudedad durante los últimos cuatro años, que asciende a 24.433,65€.

Y al respecto debe matizarse que las alegaciones de la recurrente relativas a las resoluciones de diciembre de 2006, están fuera de lugar, ya que las mismas, tras tramitación del expediente, fueron consentidas por las partes, revisiones ambas que se efectuaron aplicando lo dispuesto en el art. 174.2 de la LGSS. En cuanto a que no se ha pedido la nulidad de las resoluciones de 1992, téngase en cuenta que en las mismas no solo se contiene el pronunciamiento declarativo de derecho a una pensión de viudedad sino también los de carácter económico, porcentaje y BR. Otra cosa es la prorrata, que no se fijó porque se desconocía la existencia de dos beneficiarias, lo que se corrige en los expedientes de revisión de 2006, que fijaron una prorrata en proporción al tiempo de convivencia, partiendo de un reconocimiento previo de prestación de viudedad, que desarrollan y matizan. Es por ello, que el presente litigio ha de fijarse en la impugnación de la resolución de 16-9-2008, por la cual se reconoció a la señora V. una prorrata de pensión de viudedad por tiempo de convivencia del 90,53% y en si, como alega el recurrente, la sentencia de instancia no ha aplicado correctamente el instituto de la prescripción, al tratarse (siempre según el recurrente) de un acto anulable y no nulo de pleno derecho, por aplicación del art. 146.3 de la LRJS. Cuando el INSS interpuso la demanda el 2-9-2013 había transcurrido el plazo de 4 años que establece el citado art. 146.3 de la LRJS, existiendo una evidente prescripción para la parte recurrente.

TERCERO.-Expuesto lo anterior, debemos entrar a analizar la oposición centrada en la prescripción de la acción de revisión, para lo cual partiremos de lo dispuesto el art. 146 de la LRJS punto 1 y 3:

"1. Las Entidades, órganos u Organismos gestores, o el Fondo de Garantía Salarial no podrán revisar por sí mismos sus actos declarativos de derechos en perjuicio de sus beneficiarios, debiendo, en su caso, solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social competente, mediante la oportuna demanda que se dirigirá contra el beneficiario del derecho reconocido.

(...)

3. La acción de revisión a la que se refiere el apartado uno prescribirá a los cuatro años."

Conviene aclarar que la revisión de oficio de actos administrativos de las Entidades Gestoras no requiere previa declaración de lesividad. La ley 30/1992 distingue entre actos nulos de pleno derecho (art. 62) y anulables (art. 63). Si se trata de un acto favorable para un interesado pero en el que concurre una causa de anulabilidad, puede efectuarse la declaración de lesividad. Pero en aras a la seguridad jurídica se establece un plazo máximo de cuatro años para que pueda efectuarse esta declaración. Y en el ámbito de las prestaciones de la Seguridad Social (que es en el que

nos encontramos y por eso es competente la jurisdicción social) el art. 146 de la LRJS establece un régimen similar, sujeto al mismo plazo cuatrienal, el cual impide que la Administración revise de oficio los actos administrativos en perjuicio de los beneficiarios más allá del plazo de cuatro años desde que se dictó el acto administrativo (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid nº 710/2015, de 22-4 ; 705/2015, de 22-4 y 755/2015, de 30-4, entre otras). De este modo, el INSS no podrá revisar un acto declarativo de derecho en perjuicio del pensionista con base en una causa de anulabilidad cuando haya superado el plazo máximo de cuatro años impuesto por el art. 146.3 de la LRJS. Dicho de otro modo, en aras a la seguridad jurídica se establece un plazo máximo para que la Entidad Gestora pueda corregir sus errores en perjuicio de los beneficiarios, y si se supera dicho plazo, la acción habrá prescrito.

Ahora bien, en el presente caso no nos encontramos ante un acto anulable sino ante un acto, el reconocimiento de unas determinadas condiciones adheridas a la prestación de viudedad, que es nulo de pleno derecho. Ya hemos expuesto anteriormente los sorprendentes avatares acaecidos. El INSS reconoce haber cometido un error y solicita al Juzgado la declaración de anulación y dejación sin efecto (estos términos son están mencionados en estricta y rigurosa técnica jurídica) del acto y el reintegro de las correspondientes cantidades.

Dispone el art. 62.1.f) de la Ley 30/92 de 26 de noviembre que son nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones Públicas contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieran facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. Por su parte, el artículo 63.1 del mismo texto legal viene a establecer que son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. En el supuesto de autos, la Sentencia del TS de 21.3.1995, que parcialmente transcribe la sentencia de instancia, resuelve el problema que aquí se suscita, al establecer que la cuantía de la pensión que corresponde al divorciado es la proporcional al periodo de su convivencia matrimonial con el causante, y teniendo en cuenta que la Sra. V. convivió con aquél desde el 31.8.1963 a 30.6.1968, le correspondería una prorrata por convivencia del 18,72%, y no del 90,53%. Debemos subrayar que las normas de Seguridad Social son de derecho público e imperativo, y que el acceso a las prestaciones se encuentra escrupulosa y técnicamente regulado. La Sra. V. carecía de un requisito imprescindible para ser beneficiaria de la pensión de viudedad en el porcentaje de prorrata que interesa en el motivo tercero (90,53%), no habiendo producido la sentencia de instancia la infracción al art. 160 de la antigua LGSS; ni de la DA 10ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio, así como la no aplicación del art. 174 de la LGSS de 1994. Como establece la STS de 21-3-1995: "(...); el derecho del viudo, salvo en lo expuesto, seguía siendo pleno -como lo es el que le corresponde en materia sucesoria-, sin límite alguno derivado de la duración que hubiera alcanzado su convivencia matrimonial, pues la regla de proporcionalidad que establece la norma 3ª se refiere exclusivamente al divorciado y al separado; no al viudo con matrimonio normal.(...)".

En resumen, no nos hallamos simplemente ante un caso de anulabilidad sino de auténtica nulidad de pleno derecho por carecer la Sra. V. de los requisitos esenciales

para la adquisición de la prestación de viudedad en el porcentaje del 90,53%, al existir una persona con condición de viuda del finado que convivió con él hasta su fallecimiento. Por ello, la acción para reclamar la nulidad del acto, la resolución del INSS de 16-09-2008, no está sujeta a plazo alguno de prescripción ni de caducidad, y los efectos de la declaración de nulidad han de ser “ex tunc”, con efecto retroactivo, ante la nulidad plena del citado acto administrativo.

Ello determina la desestimación del tercer motivo de recurso, incidiendo los razonamientos en la también desestimación del segundo.

CUARTO.-Por último se denuncia el último párrafo del fundamento de derecho (debemos recordar al recurrente que los recursos van contra el fallo y no contra la fundamentación jurídica) por aplicación del art. 56 de la antigua LGSS, vigente al tiempo del fallecimiento y de la concesión de la pensión a la recurrente, así como por no aplicación del art. 45.3 de la LGSS de 1994. Se discrepa de que la sentencia conceda toda la cantidad reclamada por el INSS de 24.433,65€, porque no se ha demostrado que dicha cantidad sea la que ha podido ser indebidamente ingresada por la Sra. V. en los últimos 4 años. Se dice que se desconocen cálculos, fecha, actualizaciones, Y considera la recurrente que no es de aplicación el art. 45.3 de la LGSS de 1994, porque al tiempo del fallecimiento y concesión de la pensión, el art. 45.3 de la LGSS no establecía la precisión de su apartado 3 (introducido por ley 66/1997 de 30 de diciembre) : "La obligación de reintegro del importe de las prestaciones indebidamente percibidas prescribirá a los 4 años, contados a partir de la fecha de su cobro o desde que fue posible ejercitar la acción para exigir su devolución, con independencia de la causa que originó la percepción indebida, incluidos los supuestos de revisión de las prestaciones por error imputable a la Entidad Gestora". Antes de la indicada reforma, el plazo de prescripción de la obligación de reintegro era de 5 años (4 años por art. 24 Ley 55/1999 de 29 de diciembre), si bien se admitía la reducción a 3 meses cuando había habido buena fe del beneficiario y demora prolongada por parte de la gestora (STS 24-9-1996). Y como a juicio de la recurrente se dan ambos requisitos, la Sra. V. solo debe reintegrar las cantidades percibidas en los últimos 3 meses.

La anterior censura jurídica no puede prosperar ya que, la resolución cuya nulidad se insta y que concedió un porcentaje equivocado a la Sra. V. es la de 16-9-2008, por lo que a dicha fecha hay que estar, y como en la misma el reintegro de 4 años hacia atrás, incluye los supuestos de revisión de las prestaciones, incluso por error imputable a la Entidad Gestora (que en este caso es cierto que ha actuado de modo incomprensible para el ciudadano), no puede, pese a las circunstancias aquí concurrentes, estimarse la pretensión de los 3 meses. Por otra parte y en cuanto a las cantidades en sí, la recurrente no introduce modificaciones o adiciones fácticas sobre importes y cuantificaciones, siendo ella la que debe expresar su disconformidad de modo que pueda alcanzar el relato fáctico y luego la consecuencia jurídica.

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 en nombre de D^a I.V.G. contra la sentencia nº 199/2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Castellón, de fecha 17 de junio de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2162

Sentencia núm. 2.323, de 3 de noviembre de 2016

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora al servicio de sindicato demandado. Relación laboral de carácter indefinido. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Despido colectivo entre los que se encuentra la actora. Criterios seguidos para despedir a la actora frente a la codemandada en la instancia. La actora dispone de reducción de jornada por guarda legal. Solicitud declaración de nulidad del despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la procedencia del despido, convalidando la decisión extintiva. Absuelve a la parte demandada de los pedimentos formulados de contrario. Desestima la excepción de modificación sustancial de la demanda.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia que, desestimando la excepción de modificación sustancial de la demanda, estima la excepción de cosa juzgada, y sin entrar en el fondo del asunto respecto de la concurrencia de las causas económicas, desestima la demanda y declara la procedencia del despido de fecha de efectos de 31-3-2014, convalidando la decisión extintiva.

El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando, en primer lugar, la revisión del hecho probado 4º, a fin de que se incluya en su redacción, tras la mención a la situación de la demandante de reducción de jornada por guarda legal, el inciso “al tener a su cuidado directo un hijo menor de 12 años (...)”.

Pero se rechaza lo interesado porque resulta irrelevante, toda vez que ya consta la situación de reducción de jornada por guarda legal, lo que, sin más especificaciones, es suficiente a efectos de la protección que se interesa.

Seguidamente la recurrente solicita la modificación por adición del hecho probado 5º para que se incluya en el mismo que: “Por la empresa demandada, UGT PV, con anterioridad al despido de los 30 trabajadores que se vieron afectados, y dentro del periodo de negociación del ERE, rescindió la relación laboral de 17 trabajadores en febrero de 2014, Acta núm 5 de las negociaciones del ERE, folio 406 que consta en autos y se da por reproducido a efectos probatorios”.

No admitimos el anterior texto, porque entra en contradicción con el resto del hecho probado 5º; porque lo recogido en el mismo debe resultar directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, o acudir a razonamientos suplementarios, lo que no sucede; y porque nos encontramos ante una cuestión nueva introducida extemporáneamente en el proceso.

Se interesa asimismo la revisión del hecho probado 7º, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “La entidad sindical demandada reflejó una situación económica en la documentación que aportó a la Autoridad Laboral y en los informes de Auditoría y Memoria Explicativa de las causas del despido colectivo (hecho probado 4º de la sentencia del TSJ), no obstante, dicha sentencia no se pronuncia sobre la realidad o no de las causas económicas que se alegan –antecedente de hecho 2º de la sentencia del TSJ-Comunidad Valenciana, núm. 2290/2015, de 10 de noviembre de 2015)”.

El hecho probado sexto ya da noticia de la sentencia de esta Sala, por lo que la misma se entiende íntegramente por reproducida, lo que conlleva la desestimación de la revisión postulada.

A renglón seguido se pide la supresión del hecho 17º, en el que entre otros extremos consta que “el 30 de enero de 2015 la empresa UGT PV comunicó el inicio de procedimiento de regulación temporal de empleo, procedimiento que finalizó con acuerdo de 5 de febrero de 2015, (...)”.

No se admite tal supresión por carecer de base y justificación, ya que es función exclusiva del juzgador de instancia la valoración probatoria y la plasmación, en el relato fáctico, de la convicción alcanzada. También se alude a la supresión del hecho 19º sin mayores precisiones, lo que se desestima.

Se interesa a continuación la adición de un hecho que sería el nº 23 con la siguiente redacción: “Por la empresa demandada, UGT PV, en la comunicación de la decisión empresarial final a la Autoridad Laboral, notificó la necesidad de despedir a 12 Especialistas Administrativos, 3 Administrativos, 10 Organizadores Sindicales, 4 técnicos y 1 trabajador de Oficios Varios, no obstante, de la documentación aportada, folios 281 a 284 y 433 a 435, que consta en autos y se da por reproducida a efectos probatorios, se desprende que fueron despedidos 2 Responsables Administrativos, 8 Especialistas Administrativos -categoría de la actora-, 4 Administrativos, 9 Organizadores Sindicales, 5 Técnicos y 1 trabajador de Oficios Varios”.

La sentencia de instancia, en su fundamento de derecho cuarto dice: “En fase de conclusiones, trámite que fue conferido por escrito dado el volumen de la prueba practicada, la parte actora en escrito con fecha de entrada en el Juzgado el 12 de enero de 2016 planteó la afectación por el ERE de más trabajadores que el número de 30 que fue el finalmente decidido por la empresa (páginas 13 y siguientes del escrito de conclusiones del actor), cuestión fáctica nueva introducida en el procedimiento en el último turno de la palabra y sin posibilidad de alegaciones ni práctica de prueba de contrario, lo que ocasiona palmaria indefensión a las restantes partes (...) por lo que ha de tenerse por no introducido en el procedimiento”. En este caso, bien que el número de trabajadores afectados es en ambos momentos temporales de 30 en total, se pone de manifiesto una disparidad entre las categorías y/o grupos afectados, lo que asimismo supondría introducir una cuestión nueva no planteada ni discutida en el juicio (lo fue en conclusiones, lo que excluye de la posibilidad de práctica de prueba al respecto), por lo que la revisión debe desestimarse.

SEGUNDO.- El segundo motivo se redacta al amparo del art. 193-c) de la LRJS, denunciando la infracción del art. 124.13.b) de la LRJS. Sostiene la recurrente que no se ha acreditado la situación económica negativa, sin que a ello obste la sentencia del TSJ sobre despido colectivo, que no entró a valorar las causas económicas.

Expuesto lo anterior debemos indicar que esta Sala, en la sentencia dictada al resolver su Recurso de Suplicación nº 2127/16, ha resuelto un debate sustancialmente igual al que ahora se ha planteado y en relación con otra trabajadora de UGT, bien que de una categoría diferente y con las peculiaridades propias de cada situación personal-laboral. Sin embargo, en las cuestiones generales que se plantean en ambos procesos, razones de igualdad en la aplicación de la ley, uniformidad y coherencia determinan que estemos a lo en dicha sentencia resuelto.

Y en la misma se indica que: “De acuerdo con lo establecido en el art. 124.13 de la LRJS, la sentencia firme dictada en el procedimiento de despido colectivo tiene eficacia de cosa juzgada en el proceso individual de despido, por lo que el objeto del presente proceso queda limitado a cuestiones de carácter individual que no hayan sido objeto de la demanda de despido colectivo. Y, dado que en el presente caso existe sentencia firme recaída en el proceso de despido colectivo, debe concluirse que la cuestión relativa a la situación económica de la empresa no es una cuestión individual. Por otra parte, consta en el hecho probado séptimo (mismo hecho en la sentencia ahora recurrida) que la situación económica es la que consta en el Informe de auditoría y memoria explicativa, por lo que el motivo debe desestimarse.”

TERCERO.- En el tercer motivo, al amparo del art. 193-c) LRJS, se denuncia la infracción de los artículos 124.13 y 120 a 123 de la LRJS, y art. 218 Ley de Enjuiciamiento Civil y de la jurisprudencia aplicable y por infracción de lo establecido en el apartado 3º del art. 13 del RD 1483/2012, alegando, entre otras razones, que el criterio seguido por la empresa de despedir a la actora y no a la Sra. C. no es el acertado, ya que ambas trabajadoras desarrollaban funciones propias similares en el departamento, pero la actora además realizaba tareas administrativas en la Sección de Justificación de programas y apoyaba a otros trabajadores del Departamento de Contabilidad; y mientras la codemandada ha desempeñado las mismas funciones desde que entró en la empresa (14/04/2008) la actora desde 20/02/1995 lo ha hecho en puestos y áreas/departamentos distintos, luego la polivalencia funcional de la actora es mayor. Aunque su formación no es universitaria, estamos ante un grado superior, y al no haber jerarquización de criterios, una valoración conjunta sería favorable a la actora. Se indica asimismo que a lo anterior hay que añadir que la actora se encuentra en una situación de especial protección, por guarda legal, lo que conlleva la nulidad del despido.

Del relato fáctico de la sentencia se desprende que los criterios establecidos fueron que, sin perjuicio de la facultad de decisión y organización de la Dirección del Sindicato en aras a la viabilidad en su funcionamiento, se distribuirá entre las distintas áreas o departamentos los contratos afectados, habiendo una mayor incidencia en aquellos departamentos cuya carga de trabajo se haya visto reducida. En casos concretos en los que el área o departamento afectado no fuera unipersonal, se tendrá

en cuenta principalmente la condición de fijo, la polivalencia funcional, formación reglada y experiencia en el puesto. De lo que se deduce que, con independencia de que donde la carga de trabajo se viese reducida se haría una mayor incidencia, es el sindicato quien distribuye los contratos afectados, en aras de la viabilidad, por lo que una vez decidida la afectación de la actora, deberá establecerse su prioridad o no respecto a la codemandada, en atención a la polivalencia funcional, formación reglada y experiencia en el puesto, dado que ambas son fijas.

Y así, de los hechos probados se constata que la actora desde 2008 hasta el despido, prestaba servicios laborales en el Departamento de Contabilidad; que con anterioridad al año 2008 la actora estuvo destinada en otros departamentos de la empresa: en febrero de 1.995 desempeñó tareas administrativas para los Secretarios de Acción Sindical, Formación e Institucional. En el año 1997 realizó tareas administrativas diversas. En 1.998 se le pasó a Secretaría de Administración, con tareas administrativas. En el año 2002 asumió tareas administrativas diversas hasta el año 2004 en que fue reubicada en la Secretaría de Administración, permaneciendo en dicho puesto hasta el año 2008, en que pasó al Departamento de Contabilidad; que la demandante ostenta titulación de Formación Profesional de Segundo Grado, rama administrativa y comercial, especialidad administrativa, desde 11 de octubre de 1.972. La demandante acredita la realización de dos cursos de administración de empresas y un curso básico de gestión empresarial. Que la demandante se hallaba destinada, al tiempo del despido, en el Área Económica, realizando tareas administrativas y de apoyo en las secciones de Justificación de Programas y de Contabilidad, constando al hecho probado 12 las concretas tareas y al número 13 que La actora se ha encargado de pasar a contabilidad el kilometraje que se comunicaba por las Comarcas; en ocasiones punteaba los teléfonos de las facturas de teléfono; controlaba que hubiera material; llevaba papeles a la firma por los responsables.

Por su parte La Sra. C. es Diplomada en Ciencias empresariales, con título expedido el 1 de febrero de 1995. Acredita la realización de tres cursos (administrativo contable; operador de ordenadores; diseño web y multimedia). La trabajadora Sra. C., como Técnico Medio, ha venido desempeñando funciones de contabilidad de los movimientos que se producen en los Organismos Comarcales, así como la conciliación de los mismos; relación directa con estos Organismos para la correcta plasmación de los datos; puesta en conocimiento de cualquier incidencia al coordinador del Área para poder desarrollar medidas tendentes a su corrección; tomar decisiones en cuanto al procedimiento contable, siguiendo los parámetros y normas marcados por el departamento. Tras el despido de la actora ha asumido algunas de las tareas administrativas que anteriormente realizaba la demandante.

De lo expuesto se desprende que la Sra. C. (Diplomada en Empresariales) tiene una mayor formación que la demandante (Formación profesional de 2º Grado), lo que es un dato de peso e importancia, y sumado a que las tareas realizadas por la actora eran básicamente de carácter administrativo y de apoyo, frente a las desarrolladas por la Sra. C., de naturaleza contable y a un nivel que más allá del puramente administrativo, determina que la preferencia dada a esta última sea correcta, razonable y conforme a los criterios establecidos. La mayor formación de la Sra. C. y su

categoría profesional (Técnico medio) le confieren una superior preparación y aptitud frente a la actora, para la realización de funciones de dos o más categorías o grupos profesionales, ya que no solamente va a poder realizar las tareas propias de un técnico medio sino también las propiamente administrativas, todo lo cual es independiente del coste salarial, que no es un criterio a tener en cuenta.

Se dice además por la recurrente que la actora se encontraba en un estado de especial protección al hallarse en situación de reducción de jornada por guarda legal. Ahora bien, téngase en cuenta que si bien es cierto que por la especial protección objetiva que goza la actora su despido resultaría en principio nulo, ello lo es salvo que se declare la procedencia de la decisión extintiva por motivos no relacionados con el ejercicio del derecho a la reducción de jornada. El art. 122.2 último párrafo de la LRJS, exige que la decisión extintiva esté directamente relacionada con la situación protegida. No existe una prioridad de permanencia para estos casos de ejercicio de derechos de maternidad o conciliación, pues no se puede instaurar por vía judicial un derecho que la legislación no ha querido instaurar. Así no basta la situación de reducción de jornada por cuidado de hijo para entender una preferencia en el mantenimiento de la relación laboral, ni para entender que esta ha sido la causa por la que la empresa ha decidido rescindir su contrato de trabajo, en aplicación del despido colectivo, sino que, además, tiene que aportar indicios de que verdaderamente la decisión de la empresa se ha fundamentado en esta causa, ya que sólo en este caso se produciría la inversión de la carga de la prueba y sería la demandada quien debería haber acreditado las causas objetivas y razonables que han fundamentado su decisión. Criterio por otra parte sancionado por la doctrina del TS que estima la previsión de nulidad del despido en caso de situación de reducción de jornada por cuidado de hijo o embarazo como una nulidad objetiva, y que se aplica en caso de que el cese no sea procedente, sin implicar vulneración de derechos fundamentales per se (STS 31-3-15 17-10-08, 16-1-09, 17-3-09, 6-7-12, 25-1-13, 31-10-13-2013, 20-1-15 y 31-3-15).

Dado que en el caso de autos no se han aportado ni se han detectado indicios de que la selección de la trabajadora obedezca a su situación de reducción de jornada por guarda legal, ni que obedezca a motivo discriminatorio alguno, el razonamiento y conclusión-petición de la recurrente sobre despido nulo no puede prosperar, como tampoco el de una extinción no conforme a derecho, visto todo lo anteriormente declarado.

CUARTO.-En el cuarto motivo, al amparo del art. 193-c) LRJS, denuncia la infracción del art. 24 de la Constitución, art. 218 LEC, y art. 87 y 88 LRJS. Sostiene la recurrente que la sentencia recurrida no entra a valorar respecto de haberse despedido a más trabajadores de los planteados por la empresa demandada como necesarios, al entender que era una cuestión nueva, pero la recurrente conoció los datos de la prueba aportada de contrario, por lo que no causa indefensión; que la empresa informó el 9-2-14 que 17 personas habían dejado de pertenecer a UGT-PV, por lo que se ha rescindido la relación de 47 trabajadores y no de 30, lo que conlleva la nulidad del despido de la actora.

Del relato fáctico de la sentencia, al que esta sala queda vinculada, al no haber

prosperado su revisión, no se desprende que la empresa haya rescindido el contrato de mayor número de trabajadores; al contrario, consta al hecho probado quinto que de los 39 trabajadores afectados al inicio del expediente, la decisión final de la empresa fue de extinción de 30 contratos de trabajo, por lo que el motivo no puede prosperar.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D^a. A.I.G.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 17 de los de Valencia, de fecha 28 de enero de 2016; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.