

# DOCTRINA JUDICIAL

## SENTENCIAS DE LA SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA COMUNITAT VALENCIANA

1323

SENTENCIA núm. 1.632, de 28 de mayo de 2010

**MATERIA:** Rescisión de contrato. Trabajador con más de 30 años de antigüedad en la empresa al que se le deben varias mensualidades y pagas extraordinarias. La empresa es declarada en concurso de acreedores.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra.

**SALA:** Estima el recurso considerando el no abono de los salarios debidos un incumplimiento contractual grave no justificable por parte del empresario, con independencia de la situación concursal de la empresa. No consta que se hubiese puesto en marcha un ERE judicial que podían haber instado los administradores del concurso, los trabajadores o el empresario deudor. El actor tiene derecho a la rescisión del contrato con abono de una indemnización de 45 días por año trabajado con el tope de 42 mensualidades.

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



### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se dirige a la revisión fáctica a los fines siguientes: A) Se modifique el ordinal 2º del relato histórico del que ofrece esta redacción: “La empresa adeuda al trabajador los salarios de parte del mes de abril de 2009, y el salario completo de las mensualidades de mayo y junio de 2009, una pequeña parte del mes de julio de 2009, así como la paga extraordinaria de verano de 2009 y la paga extraordinaria de diciembre de 2009 (hecho admitido) así como que el mes de Enero de 2009 se pagó en marzo de 2009, el mes de Febrero de 2009 se pagó el 11 de mayo de 2009, el mes de Marzo de 2009 se pagó el 14 de Mayo de 2009 y el mes de Abril de 2009 se paga la mitad el 27 de junio de 2009, una parte de Julio de 2009 se pagó 12 de Agosto de 2009.” B) Se añada un nuevo ordinal al relato fáctico que diga: “El 11 de Mayo de 2009, la empresa tenía un saldo positivo de 170.454,82 euros y el 18 de mayo de 2009 el saldo positivo era de 63.801,11 euros”.

2. Ninguna de las revisiones fácticas propuestas debe prosperar por estas razones: Ambas se fundamentan en la cita genérica de los documentos obrantes a los folios 52, 55, 60, 61, 66 y 68 (la primera) y 55 y 68 la segunda, con olvido de la reiteradísima doctrina jurisprudencial (véanse por ejemplo las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional, así en su sentencia 71/02, de 8 de abril), acerca de que la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas”.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se dedica al examen del derecho aplicado, denunciando “inaplicación del Art.50 1b del ET en relación con el 50 2b”. “inaplicación del art. 49 j del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art 4,1 f, 29 1 y 4,2 a del mismo cuerpo legal”, “aplicación errónea de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de Diciembre de 2008” e “inaplicación de la jurisprudencia del Tribunal Supre-

mo en cuanto a la determinación de la gravedad del incumplimiento”. Argumenta en síntesis que dado el incumplimiento contractual por parte de la empresa debió darse lugar a la pretensión ejercitada de acuerdo con lo declarado por la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, incidiendo en lo declarado en el hecho probado 4º acerca de que a partir de la declaración del concurso, realizan trabajos menores dada la situación de la empresa y falta de trabajo.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, invocada por la parte recurrente después de subrayar que la evolución de la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución del contrato de trabajo por la causa descrita en la letra b) del número primero del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores no ha sido siempre uniforme, citando algunas sentencias que afirmaban que el retraso en el pago de los salarios debe estar motivado en la culpa del empresario, indica que “esta línea jurisprudencial fue rectificada a partir de la sentencia de 24 de marzo de 1992 (recurso 413/1991) que, ya en el marco del recurso de casación para la unificación de doctrina, inicia lo que pudiera denominarse una línea objetiva clara, afirmándose que “la extinción del contrato por la causa del artículo 50 no se produce por el dato de que el incumplimiento empresarial sea culpable, sino que la culpabilidad no es requisito para generarlo”, precisándose que “si el empresario puede amparar sus dificultades económicas, a efectos de la suspensión o de la extinción del contrato de toda o de parte de su plantilla, en el seguimiento del expediente administrativo del artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, no puede eludir el deber principal que le incumbe con base en la difícil situación económica por la que atraviesa”. De ahí se concluye que “es indiferente dentro del artículo 50, que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica empresarial”... en esa jurisprudencia unificada, en la que se fija la línea “objetiva” en el análisis del incumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso, constituya un factor que module esa situación de impago constatada, hasta el punto de entender, como razona la sentencia recurrida, que esa situación priva del requisito de “gravedad” a la conducta empresarial, solución ésta que, en consecuencia, se muestra como no ajustada a derecho...”.

3. Como quiera que del inalterado relato histórico de la sentencia impugnada resulta que la empresa ha dejado de abonar al trabajador los salarios de parte del mes de abril de 2009, y el salario completo de las mensualidades de mayo y junio de 2009, una pequeña parte del mes de julio de 2009, así como la paga extraordinaria de verano de 2009 y la paga extraordinaria de diciembre de 2009 entendemos que la deuda contraída superior a cuatro periodos de devengo de los salarios debidos constituye un incumplimiento contractual grave que no puede justificarse, de acuerdo con la doctrina unificada de referencia por el solo hecho de que la empresa fuera declarada en concurso de acreedores por auto del Juzgado Mercantil de Castellón, autos nº 485/2009, de fecha 22-7-2009, y la circunstancia que a partir de entonces pese a realizar trabajos menores dada la situación de la empresa y falta de trabajo haya recibido puntualmente su salario, quedando por deber los indicados, que siguen el albur del procedimiento concursal, no entendemos reste gravedad al incumplimiento, por lo que procederá estimar en este sentido el motivo que se examina, ya que como en el caso resuelto en la sentencia del Tribunal Supremo referida en el apartado anterior, no consta se hubiera puesto en marcha “el sistema de expediente de regulación de empleo judicial a que se refiere el artículo 64 de la Ley 22/2003, que podían haber instado los administradores del concurso, los trabajadores o el empresario deudor. Y en el supuesto del número 10 del citado precepto de la Ley Concursal, en el caso de resoluciones del contrato de trabajo planteadas por los trabajadores al amparo del artículo 50.1 b) ET, únicamente cuando se superen los umbrales numéricos allí establecidos, las demandas de resolución de contrato planteadas por trabajadores de la empresa después de la declaración del concurso, tendrían la consideración de extinciones susceptibles de ser indemnizadas con 20 días por año de antigüedad (a las que la Ley impropriadamente denomina acciones individuales y a las que se atribuye la condición de extinciones de carácter colectivo). Pero si tales previsiones numéricas no se cumplen, las acciones de extinción del contrato de trabajo instadas al amparo del referido precepto estatutario no obtendrían la condición legal de colectivas y en consecuencia la indemnización sería la prevista en el propio artículo 50.2 ET ...”.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia impugnada, para dar lugar a la pretensión ejercitada, con la consecuencia legal prevista en el ámbito de las indemnizaciones ante ese incumplimiento empresarial que como se indicó en la sentencia del Tribunal Supremo tantas veces citada, no puede ser otra que la específicamente prevista en el número 2 del artículo 50, en relación con el 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, 45 días por año de antigüedad, con el límite previsto en dicho precepto, que partiendo de los datos contenidos en el inalterado ordinal 1º del relato histórico (tiempo de servicios que data de 10-1-80 y salario de 1842,88 euros mensuales, da lugar salvo error u omisión a una indemnización de 77.400,96 euros –tope de 42 mensualidades-, pues si aplicáramos a un tiempo

de servicios de 30 años, el salario día de 61,42 euros por 45, tendríamos una cantidad superior, 82.929,60 euros. Sin costas, dado el signo revocatorio de la presente.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don P.A.F.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Castellón el día 20 de enero de 2010, en proceso sobre extinción del contrato seguido a su instancia contra la empresa A.C. y S. S.L., la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL (DON J.B.C.) y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada declaramos resuelto el contrato de trabajo que unía al mismo con la empresa A.C. y S. S.L. en situación legal de concurso, condenando a la citada empresa y a su ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, en su condición de tal a que indemnicen al demandante con la cantidad de 77.400,96 euros, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda alcanzar, en su caso y en los límites legalmente previstos, al Fondo de Garantía Salarial. Sin costas.

### 1324

**SENTENCIA núm. 1.637, de 1 de junio de 2010**

**MATERIA:.** Prestación de viudedad. Demandante que solicita prestación tras el fallecimiento de su ex marido. En el momento de decretarse la separación matrimonial ninguno de los cónyuges trabajaba ni percibía ingreso alguno, por lo que no se estableció pensión compensatoria.

**JUZGADO:** Desestima la demanda no reconociendo la pensión de viudedad a la actora. Según la normativa actual, al no haber pensión compensatoria no se genera la prestación de viudedad.

**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Al no haber pensión compensatoria no hay prestación. No se produce un desequilibrio patrimonial. No se produce un supuesto de retroactividad de norma restrictiva de derechos individuales contrario al artículo 9.3 de la CE. Tampoco se puede sostener que la norma de aplicación vulnera el principio de igualdad ante la Ley. Jurisprudencia TSJ de otras Comunidades Autónomas.

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la parte actora, la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que reclamaba el reconocimiento de la pensión de viudedad. Se interpone el recurso al amparo de un solo motivo en el que, por el cauce procesal que ofrece el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, se denuncia la infracción del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS-, en sus apartados 1 y 2, en la redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, en relación con los artículos 9.3 y 14 de la Constitución Española. Se argumenta en el motivo que la interpretación que hace la sentencia recurrida del artículo 174 de la LGSS es incorrecta y lejana a la verdadera situación de desequilibrio económico que provocó en la actora su separación del causante y que si al tiempo de la separación no se pactó pensión compensatoria a favor de la actora, fue porque el causante no tenía ningún ingreso. Se entiende, asimismo, que la citada interpretación judicial vulnera el principio constitucional de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales consagrado en el artículo 9.3 de la CE.

2. La cuestión suscitada en el presente recurso, ha sido abordada por esta Sala de lo Social al menos en dos recientes sentencias de fechas 17 de noviembre de 2009 (rs.498/2009) y 9 de febrero de 2010 (recurso 1500/2010), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, aconsejan seguir el criterio expuesto en ellas. Como se dice en la primera de ellas, la nueva redacción dada al art.174 de la LGSS por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, con entrada en vigor en fecha 1 de enero de 2008, dictada en relación a medidas en materia de seguridad social y aplicable pues a la fecha del fallecimiento del causante de la prestación interesada al haber acaecido aquel el día 23 de abril de 2008, establece en su punto 2 que en los casos

de separación o divorcio el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en éste último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o constituido una pareja de hecho según los términos instituidos en dicho artículo. Sigue diciendo el precepto, que el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante. A su vez, este último precepto contempla el derecho a una compensación temporal o por tiempo indefinido o prestación única cuando la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en uno de los cónyuges, compensación que se determinará en el convenio regulador o en la sentencia.

3. Pues bien, en el presente caso, consta que en el proceso de separación legal de los cónyuges tramitado en el año 2000 del que se hace eco expresamente el hecho probado segundo de la sentencia recurrida, no se fijó ni estableció pensión compensatoria a favor de la ahora solicitante de la prestación de viudedad, precisamente porque ninguno de los dos cónyuges trabajaba en ese momento ni percibía ningún ingreso. Siendo ello así, difícilmente se puede sostener que el fallecimiento del causante ocurrido ocho años después de la separación matrimonial, haya podido producir un desequilibrio económico en la solicitante. La literalidad del contenido del precepto vigente es clara y de su lectura sólo puede desprenderse una conclusión en la que, superando situaciones anteriores sobre la asignación de pensión de viudedad en casos de divorcio en relación al tiempo de convivencia entre cónyuges, condiciona la prestación a la previa existencia de una pensión compensatoria que se extingue por el fallecimiento del causante. Si dicha pensión compensatoria, según la valoración de las circunstancias expresamente contempladas en el art. 97 del Código Civil, atendiendo a diversos factores, entre ellos los medios económicos de los cónyuges, no se estableció al no existir presupuestos legales para hacerlo, ya no cabe hablar de derecho a pensión de viudedad en los términos previstos en la nueva regulación, que requiere no sólo de dicho establecimiento sino también de una posterior extinción ante el fallecimiento del causante. Requisitos que no concurren en el caso contemplado por la sentencia combatida.

4. En definitiva, la pensión de viudedad en su regulación actual, viene a compensar la pérdida de rentas o de recursos que provenían del fallecido, asociándose así a una función claramente resarcitoria de daños y perjuicios causados por el fallecimiento del causante, a modo de renta de sustitución, por la merma o disminución en tales recursos, y que con la legislación anterior, aún existiendo separación o divorcio entre cónyuges, venía a compensar el tiempo de convivencia habido entre ambos. La nueva normativa condiciona el derecho a prestación de viudedad en casos de separación o divorcio, a la previa existencia de dicha pensión compensatoria y al efecto de su pérdida por el fallecimiento del pagador, buscándose un equilibrio económico objeto de mantenimiento o protección entre la extinción de la pensión y la posterior prestación de seguridad social. De ahí, que encontrándose ausente la percepción de pensión ya no cabe hablar de desequilibrio patrimonial y derivado de ello decae el derecho a la prestación interesada, sobre la que no existe previsión alguna de incompatibilidad entre pensión compensatoria y prestación de viudedad, sino de una previa condición instituida legalmente fijada en la existencia a favor de la solicitante de la tantas veces aludida pensión compensatoria que se extingue por el fallecimiento del causante. Y aunque es cierto que en la fecha de la separación legal de ambos cónyuges no existía tal condicionamiento y podríamos hablar de la existencia de una expectativa de derecho a percibir la pensión, es claro que la consolidación del mismo tan solo se produce en la fecha del hecho causante con el fallecimiento, por lo que no estamos ante un supuesto de retroactividad de norma restrictiva de derecho individuales contrario al artículo 9.3 de la CE. De igual modo, tampoco se puede sostener que la norma de aplicación vulnera el principio de igualdad ante la Ley, pues, como es bien conocido, la desigualdad de trato entre diversas situaciones puede derivar de un cambio normativo, que no acarrea discriminación alguna, y que no contradice el citado principio de igualdad ante la Ley.

5. Por último debemos señalar que en este mismo sentido ya se han pronunciado diferentes Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia. Así, a título de ejemplo, se pueden reseñar las sentencias dictadas por el TSJ de Asturias de fecha 17/4/2009, Madrid de 13/7/2009, Castilla-León (sede de Valladolid) de 17/7/2009 o País Vasco en sentencia de 24/3/2009. Por lo que procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA P.A.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de los de Valencia de fecha 7 de mayo de 2009; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

**1325**

**SENTENCIA núm. 1.639, de 1 de junio de 2010**

**MATERIA:** Impugnación de alta médica. Trabajador afiliado al RGSS, prestando servicios en favor de la empresa codemandada, como conductor de furgoneta. Se le extiende parte de baja derivada de enfermedad común, con posterior incorporación. Impugnación alta. Nuevamente causa baja por síndrome depresivo y agorafobia.

**JUZGADO:** Desestima la demanda de alta médica indebida y derecho a prestaciones de incapacidad temporal derivadas de enfermedad común.

**SALA:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. En la fecha de alta médica, el actor presentaba los mismos trastornos que le fueron diagnosticados durante su proceso de incapacidad temporal. Además, presentaba situaciones de vértigo que le impedían el desarrollo de su actividad profesional, continuando con tratamiento psiquiátrico.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son dos los motivos en los que se articula el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Alicante que desestima la demanda sobre impugnación de la alta médica dada al actor por el facultativo del INSS en fecha 4-6-08, habiendo sido impugnado el recurso por la Mutua X.

El primer motivo del recurso se introduce por el cauce del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y en el se solicita la modificación del hecho probado segundo para el que propone el siguiente tenor: "En fecha 29 de diciembre de 2.006 al trabajador se le extiende parte de baja por enfermedad común con diagnóstico de dolor de espalda, mareos y vértigo. En el último parte de confirmación expedido en el periodo máximo de doce meses de duración de ese proceso de incapacidad temporal, el número 52, de fecha 12 de noviembre de 2007, se establece que el diagnóstico de la baja del trabajador es el de Agorafobia.

El 18 de enero de 2.008 la médico inspector de la Dirección Provincial de Alicante del INSS emite un informe médico de evaluación de incapacidad temporal en el que se dice que el diagnóstico principal es el de: trastorno de agorafobia, personalidad dependiente, herida inciso contusa dorso mano derecha con sección tendinosa de 2º dedo. En las conclusiones sobre las limitaciones orgánicas y/o funcionales de ese informe, la citada médico aprecia dolor-inflamación mano derecha y que el trabajador está pendiente de revisión por cot. Trastorno de agorafobia, por lo que finalmente propone prorrogar la incapacidad temporal hasta valoración por traumatólogo de intervención quirúrgica mano derecha (proceso interrecurrente durante su IT). En base a ello, el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial de Alicante del INSS dictó una propuesta de resolución posteriormente elevada a definitiva, de fecha 31 de enero de 2008 hasta el próximo reconocimiento médico que podría efectuarse a partir del 26/05/2008.

El 27 de mayo de 2.008 el médico inspector de la Dirección Provincial de Alicante del INSS emite un informe médico de evaluación de incapacidad temporal en el que se vuelve a reconocer que el diagnóstico principal del trabajador es el mismo que constaba en el anterior informe de 18 de enero de 2008. Y en el juicio clínico-laboral de este informe dicho médico inspector concluye que su patología puede dificultar al trabajador a la realización de tareas de alta carga mental o responsabilidad, haciendo constar que el trabajador refiere mareos ocasionales e imposibilidad de conducir vehículos y que la exploración no revela focalidades neurológicas. En base a este segundo informe, el Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial de Alicante del INSS dictó una propuesta de resolución de fecha 4 de junio de 2008, por la que se proponía emitir el alta médica, pro-

puesta que fue elevada a definitiva por la Dirección Provincial de Alicante del INSS, dando de alta médica al trabajador en esa fecha de 4 de junio de 2008.

El 18 de junio de 2008 el psiquiatra del Servicio de Salud Mental de la Conselleria de Sanitat que trataba al trabajador, Dr. R.C.C., emite el siguiente informe:

“El paciente F.L. en tratamiento con pj. De cuadro-ansioso depresivo ha experimentado una notable mejoría clínica. No obstante, persisten síntomas con vértigo timopático que le impiden conducir vehículos que forma parte esencial de su trabajo.”

La redacción postulada se apoya en los informes médicos obrantes a los folios 77, 83, 85, 110 a 115 y 119 a 123 y de los mismos se desprenden los datos cuya introducción solicita el actor por lo que, excepto la referencia a la imposibilidad de conducir vehículos que resulta predeterminante del fallo, ha de prosperar, siendo además relevante constatar la situación clínica del demandante en la fecha en que se le dio de alta médica y respecto a la cual la sentencia de instancia nada refleja, pese a ser imprescindible para dilucidar si en dicha fecha el demandante se encontraba en condiciones de desarrollar su trabajo de conductor de furgoneta.

SEGUNDO.- Por el apartado c del art. 191 de la LPL se formula el segundo y último motivo del recurso y en él se imputa a la sentencia de instancia la infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 128 y 131 bis de la Ley General de la Seguridad Social. Razona la defensa de la parte actora que la sentencia considera que no hay motivo alguno para revocar el alta médica dada el 4 de junio de 2009 pero dicha apreciación es errónea porque con la revisión fáctica solicitada en el anterior motivo se constata la patología del demandante y que ha sido obviada por el Juez “a quo” y de dicha patología se desprende que en la fecha en que se le dio de alta al demandante concurrían los requisitos determinantes de la situación de incapacidad temporal, sin que a ello obste que el demandante tras el alta médica se reincorporase al trabajo, como recoge la sentencia en su fundamento jurídico segundo puesto que el trabajador no tenía otra opción si no quería que la empresa le despidiera de forma procedente.

Para dilucidar si es correcta o no el alta médica que se impugna por el actor hemos de examinar si concurren o no en la fecha de efectos de la misma, los requisitos para apreciar que el demandante se encuentra en situación de incapacidad temporal y estos requisitos, según el art. 128.1 a) de la Ley General de Seguridad Social, son:

1º) Que se produzca alguna de las contingencias reseñadas en el meritado artículo: enfermedad común o profesional o accidente, sea o no de trabajo,

2º) Que el trabajador esté impedido para el trabajo debido a ellas, necesitando asistencia facultativa.

Cuando alguno de estos requisitos falta, no cabe hablar de la situación de incapacidad temporal y por tanto, si ha existido una baja previa, debe desembocar en un alta médica, alta que muchas veces no exige la curación total del enfermo o accidentado, sino que puede otorgarse cuando a efectos laborales, aunque con ciertos tratamientos medicamentosos o rehabilitadores, permitan la incorporación a la prestación de servicios, sin riesgo para la salud o la integridad física del empleado.

Sentadas las anteriores premisas en el presente caso, del relato de hechos probados de la sentencia de instancia con la modificación fáctica postulada en el anterior motivo y que ha sido acogida, se constata que el demandante seguía presentado el trastorno de agorafobia que se le había diagnosticado en el curso de su situación de incapacidad temporal y aunque había mejorado de su cuadro ansioso depresivo, persistían los síntomas con vértigo timopático con la consiguiente distorsión de la percepción espacial y su negativa repercusión en la conducción de vehículos por lo que siendo la profesión habitual del demandante la de conductor de furgoneta se ha de concluir que el mismo no se encontraba en condiciones de desempeñar su trabajo en la fecha en que se le da de alta médica, si a ello unimos que además se encontraba en tratamiento psiquiátrico, resulta obligado afirmar que en la indicada fecha reunía los requisitos determinantes de la situación de incapacidad temporal y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia procede su revocación para estimar la demanda y revocar el alta médica dada al actor en fecha 4 de junio de 2008, condenando a la codemandada a estar y pasar por dicha declaración y a la Mutua X. al abono de la prestación de incapacidad temporal durante el período que va del 5-6-08 al 28-6-08 sobre la base reguladora de 35,78 euros día (hecho probado tercero).

## FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. F.L.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Alicante y su provincia, de fecha 24 de abril de 2009, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la MUTUA X. y la empresa T.S., S.L.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia de instancia y estimando la de-

manda dejamos sin efecto el alta del actor expedida por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL de fecha 4-6-08, condenando a las codemandadas a estar y pasar por dicha declaración y además a la MUTUA X. al abono de la prestación de incapacidad temporal durante el período que va del 5-6-08 al 28-6-08 sobre la base reguladora de 35,78 euros día.

## 1326

**SENTENCIA núm. 1.644, de 1 de junio de 2010**

**MATERIA:** Personal auxiliar sanitario con contrato temporal de interinidad. Reclamación de derecho: Reconocimiento de trienios devengados por razón del tiempo trabajado en otras administraciones públicas, así como el tiempo de excedencia.

**JUZGADO:** Estima la demanda reconociendo el derecho de la actora a percibir los trienios.

**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El convenio colectivo laboral del Consorcio del Hospital General Universitario prevé computar la totalidad de los servicios prestados en distintas administraciones para el cálculo de los trienios. Y, en virtud del art. 15.6 del ET, igual criterio debe aplicarse para los trabajadores con contratos en régimen de duración determinada.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada del Consorcio Hospital General Universitario la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por doña M.P.P.O., y le reconoció el derecho a percibir los trienios por el periodo comprendido entre el los meses de julio 2007 y mayo 2009 por importe de 1.466,64 euros. El recurso interpuesto se articula en torno a dos motivos de censura jurídica, formulados al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral (en lo sucesivo, LPL). Antes de entrar en el examen de los motivos, hemos de recordar que esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión controvertida, si bien que respecto de otros trabajadores del mismo centro hospitalario, por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, aconsejan seguir los criterios expuestos en las sentencias de 9 de diciembre de 2009 (rs.569/2009) y 2 de febrero de 2010 (rs.1292/2009).

2. En el primero de los motivos del recurso, denuncia la entidad recurrente la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 25.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). En su opinión, éste precepto delega en el convenio colectivo la facultad de reconocer el derecho a la promoción económica de los trabajadores (antigüedad), siendo, por tanto, la norma producto de la negociación colectiva, la que determina las condiciones para el reconocimiento del complemento salarial de antigüedad. En el caso de autos, indica el recurrente, se ha reconocido a la actora la totalidad del período de tiempo de prestación de servicios al Consorcio Hospital General Universitario, aunque lo haya sido “en régimen de duración determinada”, pero no procede reconocerle el tiempo de servicios prestado para otra Administración pública.

3. Es cierto que el complemento salarial de antigüedad, tras la reforma del artículo 25 del ET operada por la Ley 11/1.994, no tiene la naturaleza de mínimo de derecho necesario, sino que se rige por la voluntad de las partes, manifestada en el convenio colectivo o en el contrato individual de trabajo, quienes gozan de total autonomía para establecerlo y regularlo, y, por ello mismo, la juzgadora de instancia no ha violado dicho precepto sino que ha resuelto la controversia sometida a su enjuiciamiento, aplicando la regulación convencional que, en el asunto que nos ocupa, está contenida en el artículo 55.1.2 del convenio colectivo laboral del Consorcio Hospital General Universitario, como se evidencia claramente en el fundamento jurídico primero de la sentencia impugnada. Debe rechazarse, en consecuencia, el primero de los motivos de censura jurídica esgrimidos por la representación letrada del Consorcio Hospital General Universitario.

SEGUNDO.- 1. Como segundo, y último, motivo de censura jurídica, el letrado recurrente denuncia la infracción del artículo 55.1.2 del convenio colectivo laboral del Consorcio Hospital General Universitario. Sostiene, en esencia, que su representado ha cumplido con el mandato contenido en dicho precepto convencional, al reconocer a la actora todo el tiempo de servicios prestado para el Consorcio Hospital General Universitario, cumpliendo con la previsión del artículo 15.6 del ET, pues el principio de igualdad que fundamenta esta norma se

plasma en la práctica en las relaciones jurídicas con el mismo empleador, que es el que ha de cumplir con la norma respecto a sus trabajadores, cualquiera sea su modalidad contractual.

2. El objeto del presente recurso se reduce, por tanto, a determinar, si el citado artículo 55.1.2 del convenio colectivo laboral del Consorcio Hospital General Universitario permite computar, a efectos de lucrar el complemento salarial por antigüedad (trienios) previsto en dicha norma, el tiempo de servicios prestado por el personal laboral con contrato de duración determinada en otras Administraciones públicas distintas del propio Consorcio Hospital General Universitario. El indicado precepto convencional señala que “Su reconocimiento (el de los trienios) se realizará al personal fijo de acuerdo con lo establecido en la Ley 70/1.978”. Esta ley reconoce a “los funcionarios de carrera de la Administración del Estado, de la Local, de la Institucional, de la de Justicia, de la Jurisdicción del Trabajo y de la Seguridad Social la totalidad de los servicios indistintamente prestados por ellos en dichas Administraciones, previos a la constitución de los correspondientes Cuerpos, Escalas o plazas o a su ingreso en ellos, así como el período de prácticas de los funcionarios que hayan superado las pruebas de ingreso en la Administración pública”. A estos efectos, “se considerarán servicios efectivos todos los indistintamente prestados a las esferas de la Administración pública señaladas en el párrafo anterior, tanto en calidad de funcionario de empleo (eventual o interino) como los prestados en régimen de contratación administrativa o laboral, se hayan formalizado o no documentalmente dichos contratos” (artículo 1). En consecuencia, el convenio colectivo laboral del Consorcio Hospital General Universitario sí prevé la posibilidad de que el personal fijo pueda computar la totalidad del tiempo de servicios prestados en distintas administraciones públicas, a los efectos del reconocimiento del derecho a los trienios previstos en el artículo 55.1.2 de dicha norma pactada.

3. Para un adecuado enfoque y solución del objeto litigioso, es conveniente dejar nota de las siguientes consideraciones legales: el apartado seis del artículo 15 del ET, modificado por la Ley 12/2.001 para incorporar a nuestro ordenamiento jurídico la directiva del Consejo de la UE 1.999/1.970, de 29 de junio, relativa al acuerdo marco sobre el trabajo de duración determinada, señala que “los trabajadores con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que los trabajadores con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la Ley en relación con los contratos formativos y con el contrato de inserción. Cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado. Cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, ésta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación”. De este modo, el precepto transcrito garantiza el principio de no discriminación del trabajador temporal respecto del trabajador con contrato de duración indefinida, con las excepciones derivadas y contempladas en el propio artículo 15, esto es, en materia de extinción y contratos formativos y de inserción. Tal equiparación alcanza, por tanto, a los derechos de contenido económico, entre los que se encuentra el complemento de antigüedad derivado del cumplimiento de trienios.

4. En el asunto que nos ocupa, el artículo 55.1.2 del convenio colectivo laboral del Consorcio Hospital General Universitario permite al personal fijo, a efectos de lucrar el complemento salarial por antigüedad (trienios), computar la totalidad de los servicios prestados indistintamente para distintas Administraciones públicas, de acuerdo con lo establecido en la Ley 70/1.978. Reconocidos convencionalmente los servicios prestados en cualquier administración pública, a efectos del reconocimiento de los trienios, para todo el personal que preste servicios para el Consorcio Hospital General Universitario con carácter indefinido, igual criterio debe aplicarse, en virtud del artículo 15.6 del ET, a los trabajadores de la demandada con contratos de duración determinada, pues lo dispuesto en el citado precepto de la ley debe prevalecer sobre el tenor literal de la norma del convenio en lo que mejore los derechos del trabajador (art. 3 del Estatuto de los Trabajadores). En definitiva, se debe computar la totalidad del tiempo de servicios prestados en otros hospitales y centros de salud, en iguales condiciones que las previstas para los trabajadores fijos en el convenio colectivo de aplicación, por lo que la sentencia que así lo entendió ha de ser confirmada, con desestimación del recurso de suplicación.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del CONSORCIO HOSPITAL GENERAL UNIVERSITARIO DE VALENCIA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia de fecha 14 de mayo de 2009, en virtud de demanda presentada a instancia de DOÑA M.P.P.S.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

**1327**

**SENTENCIA núm. 1.733, de 2 de junio de 2010**

**MATERIA:** Reclamación de cantidad. Trabajadora al servicio de empresa a demandad que causa baja por despido. Reclamación de cantidad en concepto de diferencias salariales, parte proporcional de vacaciones, pagas extras, quebranto de moneda y horas extraordinarias. Procedencia.

**JUZGADO:** Estima en parte la demanda, condenando a la empresa demandada a que abone determinada cantidad, desestimando el resto de las pretensiones y sin que haya lugar al abono del 10% de intereses por mora.

**SALA:** Estima en parte el recurso reconociéndosele también a la actora el cobro de determinada cantidad en concepto de horas extras impagadas.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. M<sup>a</sup>. Mercedes Boronat Tormo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia, que estima en una pequeña parte la reclamación de cantidad pretendida por el trabajador, se interpone por éste recurso de suplicación, a través del cual se plantea, en primer lugar, la nulidad de la sentencia de instancia alegando que, si bien formalmente la sentencia cumple las normas procesales, en ordena motivación, no lo hace en alguna de las cuestiones controvertidas, como en la reclamación de horas extras, al excluir del cómputo, el tiempo de inicio de la jornada, antes de la apertura del centro del trabajo, que se excluye, así como en relación con la afirmación sobre supuestos errores en los partes de trabajo, en los días en que aparecen jornadas de 10 y hasta doce horas, que la sentencia no computa aunque se basa en partes de trabajo elaborados por la propia empresa, igualmente se critica la asimilación que la sentencia efectúa entre horas extras y la prima de producción no consolidable, cuando precisamente lo que manifestó un ex gerente de la empresa es que tal concepto lo que abonaba era el trabajo en domingos y festivos. Ante esta pretensión de nulidad y a la vista de las razones esgrimidas, debe decirse que es bien sabido que la nulidad de actuaciones procesales constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación, dada la notoria afectación al proceso que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad o economía procesal, por lo que su estimación queda condicionada al cumplimiento de unos estrictos condicionamientos y la indefensión constitucionalmente prohibida es la material, no la formal.

En todo caso, la jurisprudencia exige que para que prospere ha de haberse infringido una norma procesal concreta, norma esencial, en el sentido de que su infracción ha debido generar real indefensión a la parte, pero a la vista de la falta de toda cita procesal al respecto, salvo la del apartado a) del art. 191 de la LPL, y que, en el fondo, el motivo lo que pretende es impugnar la valoración probatoria efectuada en la instancia, no la motivación, debe rechazarse el motivo pues no consta que la concreta falta de estimación de parte de las pretensiones de la demanda causen al trabajador indefensión alguna.

SEGUNDO.- Con cita del apartado b) del ya citado precepto procesal, se pretende la revisión del hecho probado quinto, cuya sustitución se propone, por el texto alternativo que sigue: " Que la actora prestaba servicios de cobro y pago, pagaba facturas, se encargaba de recoger cambio en los bancos y se encargaba de abrir y cerrar la tienda y por tanto devenga conforme al Convenio de referencia el complemento salarial de quebranto de moneda que asciende, tomando como base de cálculo el tope mensual, a 41,82 euros mensuales lo que totaliza 501,84 euros anuales. Asimismo, realizaba numerosas horas extras según detalle expresado en el hecho octavo de la demanda, realizando en el año 2007 total horas.- 190 horas 17 minutos, siendo el precio de la hora extra con recargo del 26% sobre la hora base 41,07 euros hora, por lo que el total adeudado serían 7.814,94 euros, y en el año

2008 realizó un total.- 119 horas y 4 minutos, precio hora extra con recargo del 25% sobre la hora base 43 horas, total 5.119,87 euros. Todo ello derivado de la jornada efectivamente realizada desde inicio de la misma cuando se encargaba de abrir la tienda o hasta su cierre, según el turno que le correspondía, y según se desprende de las hojas de control de horario aportadas por ambas partes”.

Pero admitir tal motivo es contrario a la propia consideración de los llamados hechos probados, que deben ser la constatación de aquello que ha sucedido o se ha constatado de modo directo, claro y concreto de las pruebas practicadas en las actuaciones. Y en la pretensión indicada, aparece la existencia de una valoración jurídica al señalarse en el hecho alternativo indicado, no solo las actividades y funciones que la actora realizaba, sino también la consecuencia jurídica que el recurrente señala, cuestión que la ley atribuye, de forma exclusiva a quien juzga. Por ello, no procede tener en consideración tal alternativa.

TERCERO.- Por último, en relación con las infracciones normativas se citan por el recurrente la infracción del art 34 del Convenio colectivo en relación con el plus de quebrante de moneda, ya que en dicha norma no se señala que solo sea atribuible a las cajeras/os, incidiendo de nuevo sobre la cuestión de las horas extras cuyo incorrecto control no debe servir para restar fiabilidad a las que constan en los partes de trabajo, criticando igualmente la asimilación efectuada entre éstas horas y el plus de producción; igualmente se cita como infringido el art 59.2 del ET al haber considerado prescritas las horas extras correspondientes al mes de Junio cuando en realidad tales horas se abonon en el mes siguiente.

Antes de entrar a analizar las concretas infracciones alegadas debe señalarse que el vigente artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contempla la correspondencia sobre la carga de la prueba, atribuyendo al actor y al demandado, respectivamente, la carga de probar la certeza de los hechos que soporten la pretensión o la extinción de la eficacia de tales hechos. En relación con la acreditación de haber realizado horas extras, es reiterada la doctrina jurisprudencial (SS TS de 21 de enero de 1991, 10 de mayo y 22 de diciembre de 1992 y 23 de abril de 1993) que señala que "la exigencia de una prueba rigurosa y circunstanciada de las horas extraordinarias cede ante el habitual desarrollo de una jornada uniforme, pues en este caso basta con acreditar tal circunstancia para colegir también la habitualidad de la jornada extraordinaria". Sin embargo, en el caso presente la dificultad de acreditar la existencia de horas extras ha derivado, precisamente, de las diferencias de jornada, que aunque fueron pactadas en el mismo número de horas de lunes a viernes y de una hora más los sábados, resulta para la trabajadora de muy difícil concreción, pues con independencia de que la empresa alegue, que se han constatado deficiencias de relevancia en el sistema de control, cuestión que la sentencia de instancia no ha podido dejar pasar por alto, no cabe aceptar las alegaciones de la empresa, que tras haber sido la que implantó determinado sistema de control, a través de partes efectuados por guardas jurados, en los que consta no solo las horas de entrada y salida, sino en algunos supuestos las horas intermedias que servían para el descanso de los trabajadores dentro de la cantina del propio local, alegue ahora que tal sistema no es creíble, que existían importantes deficiencias, ya que salen un número de horas excesivo, sin por ello aceptar cálculo alguno intermedio. Por ello, deberá entenderse que el número de horas extras efectivamente realizado por la trabajadora fue de 190 horas en el año 2007 y 119 en el año 2008, excluidos los minutos de exceso por resultar irrelevantes. No obstante sí se estima correcto el cálculo por hora que la sentencia establece, de 9,67 euros, que no ha sido discutido por la parte recurrente en éste recurso, lo que nos lleva a recalcular el importe de las horas del 2007, que se cuantifica en 1837,3 euros, y las debidas por las realizadas en el 2008 que asciende a una deuda de 1150,73 euros.

Respecto al resto de pretensiones, deberán, sin embargo, rechazarse, y ello, porque el quebranto de moneda constituye una compensación, que si bien no tiene porque atribuirse a los cajeros/as en exclusiva, si tiene relación con los posibles desajustes de saldos derivados de una manejo, que además de constante, se refiere a pequeñas cantidades, en cuyo manejo pueden darse pequeñas diferencias y descuadres, que son compensados con dicho plus. Y en el caso de la actora, aunque consta que en ocasiones efectuaba algunos pagos o acudía a entidades bancarias, ello no implica el manejo de las menudas cantidades a que se refiere el quebranto, sino a actividades relacionadas con el pago de cantidades en billetes, no el uso constante de moneda pequeña. Igualmente debe rechazarse el cómputo de las extras realizadas con más de un año de antelación, por prescripción, al tratarse ésta de una figura que da seguridad en la aplicación de la norma, y que con independencia de cuando se abone, debe referirse a deudas devengadas con hasta un año de antelación a su reclamación, y en éste supuesto la papeleta se presentó en fecha 31 de Julio. Por último, y respecto al descuento que la sentencia de instancia efectúa, en el cálculo de horas extras, de lo percibido por prima de productividad, concepto que según la sentencia de instancia que valora al respecto determinada testifical, incluía tales conceptos, debe aceptarse tal descuento, pues si la actora no realizaba su actividad laboral en festivos o domingos, que era otra de las posibilidades posible incluidas en tal concepto, deberá entenderse que se aplicaba a tales horas extras. Por tanto, en el calculo final de tales

horas, que sumadas dan un total de 2988 euros, deberán descontarse los 943,62 euros ya abonados, lo que da un total de 2045 euros, cantidad que deberá integrar el concepto de horas extras impagadas.

CUARTO.- No procede imponer condena en costas.

## FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA B.C.J., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº TRECE de los de VALENCIA, de fecha 7 de mayo del 2009; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el extremo relativo a la cuantía por horas extras, señalada en el anterior FºDº lo que lleva a cuantificar el total adeudado por la empresa a la trabajadora en 4.028,59 euros, a cuyo pago se condena a la empresa E.H. SA.

Sin costas.

### 1328

**SENTENCIA núm. 1.741, de 4 de junio de 2010**

**MATERIA:** Conflicto colectivo. Concesión de vacaciones a trabajadores en situación de IT que se inicia antes de periodo vacacional y luego que coincide total o parcialmente con dicho periodo.

**JUZGADO:** Estima la demanda, dejando sin efecto la decisión de la empresa, condenando a la mercantil demandada a seguir concediendo las vacaciones a los trabajadores en situación de IT antes del periodo vacacional y coincidiendo total o parcialmente con éstas, ya sea dentro del año natural o bien prorrogando las mismas tras la situación de alta.

**SALA:** Desestima el recurso, denegando la propuesta de la empresa de no conceder las vacaciones en el supuesto de que coincidieran las fechas fijadas con situaciones de IT.

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda de conflicto colectivo en la que se condena a la empresa demandada a seguir concediendo las vacaciones en las mismas condiciones que constan en el hecho probado tercero, interpone recurso de suplicación la parte demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, respecto del derecho, se denuncia infracción de la jurisprudencia que indica, alegando, en síntesis, que no ha quedado acreditado que en el presente supuesto la existencia de un acto de voluntad por parte del empresario constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho a la generalidad de sus trabajadores, que no pueda ser suprimida, ni reducida unilateralmente por el empresario, por lo que con estimación del recurso debe revocarse la sentencia de instancia y desestimarse la demanda.

En el presente supuesto, habiendo quedado inalterada la resultancia fáctica, por inatacada, debe estarse a los hechos declarados probados de la sentencia impugnada, de los que resulta, que la empresa a los trabajadores en situación de IT que se inicia antes del periodo vacacional y luego coincide total o parcialmente con dicho periodo, les ha concedido siempre (desde que inicio su actividad en 1988), cuando lo pedían los trabajadores afectados, el disfrute de las mismas, bien en fecha posterior pero dentro del año natural, bien prorrogando más allá del periodo fijado, las iniciadas dentro de dicho periodo, respectivamente.

Las tradicionalmente llamadas condiciones más beneficiosas, que no son más que derechos atribuidos a los trabajadores sin consideración y por encima de los límites mínimos fijados en las normas de derecho necesario, integrando una ventaja patrimonial emanada del propio querer de las partes, tienen el alcance y significado que éstas les den, bien de forma expresa, bien a través de la reiteración de actos inequívocos que reflejen su contenido real, teniendo esta fuente de derechos y recíprocas obligaciones su fundamento legal en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y en la doctrina jurisprudencial, y para su apreciación se hace necesario acreditar la existencia de una voluntad de la patronal de conceder un beneficio superior de las exigencias legales que pue-

dan regir en la materia, así como la efectiva concesión de aquel que lo deje ya consolidado, circunstancias que concurren en el presente supuesto atendidos los inalterados hechos declarados probados, donde se especifica que desde el año 1988 se ha venido reconociendo y aceptando cuando lo pedía el trabajador afectado. No obstante, la cuestión controvertida en la presente litis, ya ha sido resuelta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en una reciente sentencia de 24 de junio de 2009, en la que se establece que debe hacerse compatible el derecho a la baja por incapacidad temporal, en este caso de IT, con el correspondiente al disfrute de la vacacional anual, ya que el pleno disfrute del derecho a las vacaciones únicamente puede conseguirse cuando el trabajador se encuentre en condiciones físicas y mentales de hacer uso del mismo, de forma que no se puede entender que un trabajador en situación de IT antes del disfrute del periodo vacacional, pueda disfrutar adecuadamente de las finalidades atribuidas a las vacaciones. Por lo que también puede concluirse si bien por otras razones y en base a los argumentos de la sentencia del Tribunal Supremo citada con la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia impugnada.

## FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de GRUPO A.A. SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de Valencia de fecha 20 de noviembre de 2009 en virtud de demanda formulada por UNION GENERAL DE TRABAJADORES, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal. La parte recurrente abonará en concepto de honorarios de letrado a la parte recurrida la cantidad de 200 euros.

**1329**



**SENTENCIA núm. 1.743, de 4 de junio de 2010**

**MATERIA:** Personal laboral temporal con antigüedad reconocida por contrato de interinidad. Reclamación de derecho y cantidad. Cómputo de periodo reclamado para el abono de complemento de antigüedad. Procedencia.

**JUZGADO:** Estima la demanda reconociendo a la actora el derecho a percibir el concepto de antigüedad reclamado, condenando al Instituto demandado al pago determinada cantidad más los intereses por mora del 10% desde la reclamación previa presentada.

**SALA:** Estima parcialmente el recurso, revocando la sentencia de instancia en lo referente al recargo de intereses por mora. Deuda comprometida. Solo procede el pago de intereses cuando se trata de reclamaciones de deudas no controvertidas.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Recurre en suplicación el Instituto Valenciano de Atención al Discapacitado (IVADIS), la sentencia que ha estimado la demanda, sobre reclamación de cantidad en concepto de trienios, formulando al efecto un único motivo, que ampara procesalmente en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia la infracción, por aplicación indebida del art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores, rebatiendo la condena al interés del 10%, porque de conformidad con la doctrina jurisprudencial que alega la deuda es controvertida.

En el segundo apartado del motivo se imputa a la sentencia de instancia la infracción, por aplicación indebida, del artículo 29.3 del Estatuto de los Trabajadores. Entiende la parte recurrente que al no ser pacífico el derecho de la demandante a percibir los trienios cuyo abono reclama en el presente proceso no procede el recargo del 10% por interés de demora en las cantidades objeto de reclamación.

La censura jurídica expuesta ha de tener favorable acogida habida cuenta de la oposición que formula la Generalidad Valenciana a la pretensión ejercitada en el presente proceso y que no está carente de toda lógica ni exenta de un mínimo razonamiento lo que excluye la concurrencia del requisito de morosidad y determina la supresión de la condena al abono de los indicados intereses, respetando así el principio básico que ha mantenido la Sa-

la de lo Social del Tribunal Supremo de que sólo procede el pago de intereses cuando se trata de reclamaciones de deudas no controvertidas, o sea de cantidades vencidas y líquidas – SSTS 15-6-99 (Rec-1938/98), 15-3-05 (Rec – 4460/03) o 15-11-05 (Rec. –1197/04).

Por lo expuesto procede estimar el recurso y revocar en parte la sentencia, para desestimar la demanda en la reclamación referida a los intereses que reclama.

## FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Valenciano de Atención al Discapacitado contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche y en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la condena a la recurrente de los intereses de mora del 10% desde la reclamación previa presentada, confirmándola en el resto.

Sin costas.

### 1330

**SENTENCIA núm. 1.760, de 8 de junio de 2010**

**MATERIA:** Despido. Trabajador que presta sus servicios en empresa dedicada a la fabricación de plásticos. Situación de excedencia voluntaria por periodo de tres años. A los dos años de la excedencia el actor tiene conocimiento de que la empresa ha cerrado sus instalaciones. La empresa no llama al trabajador para su incorporación. Incumplimiento empresarial: despido improcedente.

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

**SALA:** Estima el recurso declarando la improcedencia del despido. En el convenio colectivo se establece la obligación empresarial de llamar a los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia (tanto voluntaria como forzosa) en el supuesto de que esté previsto un cierre de empresa.

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son dos los motivos que se deducen en el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Nueve de los de Valencia que desestima la demanda sobre reclamación por despido, habiendo sido impugnado el recurso por la empresa demandada, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Por el apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se introduce el primero de los motivos del recurso en el que se interesa la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente tenor: “Que con fecha 30 de julio de 2009, la empresa y el comité de empresa alcanzaron un acuerdo en el sentido de extinguir la totalidad de los contratos de trabajo. Que mediante Auto núm. 530/2009 de fecha 04-09-2009, se acordó por el juzgado de lo mercantil núm. 1 de Valencia, la aprobación de la solicitud del expediente de regulación de empleo.”

La adición postulada se apoya en los documentos núm. 111 a 120 del ramo de prueba de la empresa demandada y que son el meritado Auto del Juzgado de lo mercantil y el Acta final del expediente de regulación de empleo instado por la empresa demandada y ha de prosperar por desprenderse de los documentos indicados y con su inclusión se completa con datos relevantes la narración fáctica ya que se da noticia de que el cierre empresarial no fue imprevisto sino que previamente se había alcanzado un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores en relación con el expediente de regulación de empleo que iba a afectar a toda la plantilla de la empresa.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c del art. 191 de la LPL se formula el segundo y último motivo del recurso en el que se imputa a la sentencia de instancia la infracción de los artículos 55 y 56 y 3.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 51.4 del Convenio Colectivo de las Industrias Transformadoras del Plástico.

La controversia como apunta muy bien la defensa de la parte actora, se centra en la interpretación del precepto convencional que se cita como infringido y que establece lo siguiente: “Cierre de empresa. En el supuesto de que esté previsto el cierre de la empresa, ésta se obliga a llamar a todos los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia a efectos de que se incorporen a sus puestos de trabajo.”

Según la sentencia recurrida el indicado precepto solo se refiere a los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia forzosa, por lo que la empresa en el supuesto de que esté previsto su cierre, no estaría obligada a llamar a los trabajadores que se encuentran en situación de excedencia voluntaria, como es el caso de actor y por consiguiente el cierre de la empresa demandada no constituye despido respecto al trabajador accionante que tiene tan solo una expectativa de reingreso pero no propiamente un derecho al reingreso. Por el contrario la defensa de la recurrente considera que el precepto convencional al establecer la obligación de al empresa de llamar a todos los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia, en los supuestos en que esté previsto el cierre de la empresa, comprende tanto a los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia forzosa como a los que se encuentren en situación de excedencia voluntaria y por consiguiente el incumplimiento de dicha obligación por parte de la empresa respecto al actor y el posterior cierre empresarial se ha de calificar como despido improcedente, sin que a ello obste el distinto tratamiento legal que tiene uno y otro tipo de excedencia, al constituir la disposición del Convenio Colectivo aplicable una norma más favorable al trabajador y que vincula a las partes.

La censura jurídica deducida por la defensa de la parte actora ha de prosperar ya que el art. 51 del Convenio Colectivo aplicable, regula tanto la excedencia voluntaria, como la excedencia por cuidado de hijos y familiares y la excedencia especial (apartados 1, 2 y 3 del indicado precepto) y es en el último apartado, el núm. 4, en el que establece para el supuesto de que esté previsto el cierre de la empresa, la obligación de ésta de llamar a los trabajadores que se encuentren en situación de excedencia a efectos de que se reincorporen a sus puestos de trabajo y, por lo tanto, dicha obligación hay que entenderla referida a todas las excedencias, tanto las forzosas como voluntarias, constituyendo una mejora respecto al régimen legal, que ha de respetarse dado el carácter de fuente de la relación laboral que tiene el Convenio Colectivo (art. 3.1.b de la Ley del Estatuto de los Trabajadores). De ahí que el incumplimiento de la empresa demandada de llamar al demandante que se encontraba en situación de excedencia voluntaria para su reincorporación a su puesto de trabajo, cuando la misma tenía previsto su cierre como lo revela que tramitase el oportuno expediente de regulación de empleo para toda la plantilla, así como el posterior cierre de la indicada empresa, constituya despido improcedente del demandante, de conformidad con lo establecido en el art. 55.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia se ha de revocar, condenando a la empresa demandada a las consecuencias legales previstas en el artículo 56 apartados a y b de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, teniendo en cuenta que a efectos de antigüedad en la prestación de servicios del demandante para la empresa demandada se computará la comprendida desde el inicio de dicha prestación de servicios y hasta la fecha de 20-4-2007 en que el actor inició situación de excedencia voluntaria (art. 51.1 del Convenio Colectivo aplicable).



## FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. J.A.T.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Nueve de los de Valencia y su provincia, de fecha 27 de enero de 2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra I.P., S.L. y los administradores concursales D. M.D.L., D. L.V.D. y el B.P., habiendo sido llamado el Fondo de Garantía Salarial; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido de la parte actora de fecha de efectos 3 de agosto de 2009 y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días, le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores o le indemnice en la cantidad de 71.156,25 euros, debiendo abonarle en cualquier caso los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución en la cuantía diaria de 75 euros.

**1331**

**SENTENCIA núm. 1.766, de 8 de junio de 2010**

**MATERIA:** Trabajador al servicio de empresa demandada con tres contratos sucesivos de obra y servicio determinado. Se le extingue su contrato verbalmente, con ofrecimiento de la liquidación y el finiquito de la parte proporcional de vacaciones. Declaración de despido. Procedencia.

**JUZGADO:** Estima parcialmente la demanda declarando la improcedencia del despido, con la consiguiente opción de readmisión o indemnización correspondiente más los salarios dejados de percibir, absolviendo a la empresa del resto de las pretensiones deducidas en su contra. El trabajador tiene derecho a recibir los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta que se incorpora a un nuevo empleo.

**SALA:** Estima parcialmente el recurso condenando al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, descontando el importe del salario mínimo interprofesional desde el inicio del nuevo trabajo.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. Antonio Martínez Zamora.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

---

PRIMERO.- Recurre el actor la sentencia de instancia, interesando revisión fáctica porque considera que lo declarado en el hecho probado 5º es erróneo y contrario al art. 1.3 ET, pues no queda acreditada su relación laboral con la empresa S.V. S.L de la que su hermano es socio mayoritario 50% y administrador solidario por lo que se presume que su relación es extralaboral. No se admite la revisión pues aparte de que no ofrece redacción alternativa, no se basa en documental o pericial alguna y, además, se pretende una conclusión jurídica a la que no cabría llegar directamente sin necesidad de conjeturas o razonamientos y, en definitiva, no se evidencia irrefutable error en el juzgador “a quo”.

SEGUNDO.- Denuncia el recurso infracción del art. 56.1 b) del E.T, porque entiende, en resumen, que los salarios de tramitación no deben limitarse desde la fecha del despido hasta el 1-6-2009, pues la demandada no ha probado que el actor haya percibido salario, la fecha del supuesto inicio y la “cuantía “ del supuesto; y solicita que se declare el derecho de éste al percibo de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia.

El motivo debe prosperar parcialmente pues de la previsión del precepto referido se cumple la condición de haber encontrado otro empleo ya que según el hecho probado 5º de la sentencia de instancia, al que hay que atenerse, dice que “desde el día 01-06-09 el actor ha venido trabajando para la empresa S.V. S.L”, pero no la de que “se probase por el empresario lo percibido”, por lo que debe tenerse en cuenta “para su descuento de los salarios de tramitación” el importe del salario mínimo interprofesional (STS 10-10-07, R. 372/07).

Procede, en consecuencia, estimar parcialmente el recurso y revocar la sentencia percibida.

## **FALLO**

---

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación interpuesto, revocamos la sentencia dictada con fecha 23 de noviembre de 2009 por el Juzgado de lo Social nº 6 de Alicante en los autos nº 672/09 únicamente en el sentido de que la condena al abono de los salarios dejados de percibir se extiende desde la fecha del despido hasta la notificación de dicha sentencia, si bien descontando desde el día 1-06-09 el importe del salario mínimo interprofesional.

1332

**SENTENCIA núm. 1.815, de 9 de junio de 2010****MATERIA:** Prestación de maternidad. Trabajadora afiliada al RETA que en el momento del nacimiento de su hija no está en situación de alta en este régimen. Situación asimilada al alta. Estimación. Aplicación RD 1251/01 en relación con el RD 2530/70 y el RD 84/1996.**JUZGADO:** Estima la demanda declarando el derecho de la actora a la prestación de maternidad condenando al instituto demandado al pago de la misma, y absolviendo a la Tesorería codemandada de la pretensión formulada en su contra.**SALA:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Aunque en el momento del hecho causante la trabajadora estaba de baja en el RETA, el alumbramiento tuvo lugar dentro de los noventa días de haberse dado de baja en este régimen, por lo que se encuentra en una situación asimilada al alta, con derecho a la prestación solicitada.**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ÚNICO.- 1. Se recurre por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en representación del INSS, la sentencia de instancia que estimando la demanda, declara el derecho de la actora a prestación de maternidad sobre base reguladora de 817,20€ y efectos 16-8-08, condenando al INSS al reconocimiento y pago de la misma. El recurso se articula en dos motivos, redactados al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, denunciando, en el primero, la infracción de los Art. 124.1 y 133 ter de la LGSS, en relación con el Art. 4.1 y 5 del RD 1251/2001 de 16 de noviembre, alegando que la actora causó baja voluntaria en el RETA el 30-6-08, por lo que a la fecha de la baja por maternidad, el 16-8-08 no estaba en situación de alta ni asimilada al alta; que el Art. 5 del RD 1251/2001 no establece como situación asimilada al alta los 90 días siguientes al cese en el RETA, además el RD 295/2009 de 6 de marzo, en su Art. 4, tampoco contempla como situación asimilada los 90 días siguientes a la baja en el RETA. En el motivo segundo, se denuncia la infracción del Art. 9.4 del RD 1251/2001, alegando que el TS en Sentencia de 25-1-07 y 24-2-09 ha dicho que tal precepto no resulta aplicable cuando se causa baja voluntaria en el RETA.

2. A la vista de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia, el recurso no puede prosperar. En efecto, resulta relevante destacar a los efectos del presente proceso, que la demandante tras iniciar un proceso de incapacidad temporal el 16-6-08, causó baja en el RETA el 30-6-2008 y el 16-8-2008 dio a luz a su hija causando alta en la situación de incapacidad temporal el 15-8-2008. Como se razona en la STS de 22 de Junio del 2009 (rcud.2390/2008), siguiendo el criterio ya expuesto en otras sentencias anteriores como las de 10 de octubre de 2002 (rcud.1939/2002), 30 de enero de 2007 (rcud.1574/2005) y 25 de junio de 2008 (rcud.3432/2007), "El problema a resolver es decidir si la demandante se hallaba o no en situación asimilada al alta en la fecha en que se produjo el alumbramiento (hecho causante). El art. 29 del Decreto 2530/1970, regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos, establece que "los trabajadores que causen baja en el Régimen Especial quedarán en situación asimilada al alta durante los noventa días naturales siguientes al último día del mes de su baja, a efectos de poder causar derecho a las prestaciones y obtener los beneficios de la acción protectora". Cierto es que el Real Decreto 1251//2001 de 16 de noviembre regulador de la prestación por maternidad y riesgo por el embarazo, no contiene disposición similar en su art. 5 que recoge las situaciones asimiladas al alta. Pero el tema de la subsistencia del mandato anterior de la norma específica de los trabajadores autónomos ha sido ya resuelto favorablemente por las sentencias de esta Sala de 21 de abril y 12 de mayo de 2009 (recursos 1126/2008 y 3764/2008), donde afirmábamos "la existencia en el RETA de una situación asimilada al alta específica de dicho Régimen, cual es la establecida en el art. 29 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, que no sólo pervive sino que es incluida en fecha relativamente reciente en el art. 36.1.15 del RD. 84/1996 de 26 de enero que aprobó el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas y bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, conduce a entender aplicable esta singular situación de asimilación al alta a los efectos de causar derecho al subsidio de maternidad". También dijimos en la segunda de las sentencias citadas que la situación apuntada no se ha visto alterada por lo establecido en el R.D. 1251/01, cu-

yo artículo 5, aunque no contempla, como situación asimilada al alta, la de los noventa días siguientes a la baja en el RETA, si contiene en la regla sexta "una fórmula de cierre que resulta plenamente aplicable en este caso, pues se dice en ella que serán situaciones asimiladas al alta "cualesquiera otras situaciones que se prevean reglamentariamente". Ya se ha visto que para el RETA hay una disposición reglamentaria específica, que se mantiene no solo en el Decreto de 2.530/70, sino que también subsiste en el RD 84/1996, al que antes se hizo referencia, razón por la que, alejándonos de una interpretación restrictiva del precepto, hemos de llegar a la conclusión de que, efectivamente, aquélla fórmula permite el sostenimiento del sistema especial de asimilación al alta en el RETA". A los anteriores razonamientos hemos de añadir que ni de la Disposición derogatoria única del RD 1251/2001, ni de sus disposiciones finales cabe deducir la derogación de la norma especial del RETA."

3. La aplicación de la citada doctrina jurisprudencial nos conduce, pues, a la desestimación del recurso, pues al igual que ocurre en el supuesto examinado por la sentencia referida, también aquí el hecho causante –el alumbramiento- tuvo lugar dentro de los noventa días siguientes a la baja de la trabajadora en el RETA, por lo que se encontraba en situación asimilada al alta. Y, precisamente, esto es lo que diferencia este supuesto del contemplado en la STS de 25-1-2007 (rcud. 5139/2005) y en la de 24-2-2009, citadas por la recurrente, pues aquí había transcurrido más de noventa días entre ambos acontecimientos. Por otra parte, el RD 295/2009 de 6 de marzo, que deroga el RD 1251/2001, entró en vigor el 1-4-2009, es decir, con posterioridad al hecho causante de la prestación aquí reclamada.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Benidorm, de fecha 19-6-2009, en virtud de demanda presentada a instancia de M.S.R.M.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida

Sin costas.

1333

**SENTENCIA núm. 1.828, de 10 de junio de 2010**

**MATERIA:** Trabajadora afiliada al RGSS que presta sus servicios en empresa cítrica como encajadora en almacén de naranjas. Solicitud declaración de invalidez. Lesiones que le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual. Por resolución del INSS le es denegada la solicitud.

**JUZGADO:** Estima parcialmente la demanda, declarando a la demandante en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, y condenando a abonar a ésta una pensión vitalicia del 75% de su base reguladora, con las actualizaciones y regulaciones que procedan.

**SALA:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. De las dolencias que padece la actora no se deducen los elementos fácticos necesarios y exigibles para concluir con claridad que ésta se encuentra limitada e imposibilitada en grado tal como para impedirle la realización de todas o las principales funciones de su profesión.

**PONENTE:** Ilmo. Sr. D. José Francisco Ceres Montes.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, estimatoria de la pretensión de reconocimiento de una invalidez permanente en el grado de total para la profesión habitual de la actora de encajadora en almacén de naranjas, la parte demandada INSS interpone recurso de suplicación al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley adjetiva laboral, el cuál es impugnado por la contraparte.

La parte recurrente cita como infringido el artículo 137.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, y ello habida cuenta de entender que los padecimientos de la actora no tienen suficiente entidad para impedirle realizar todas o las fundamentales tareas de su profesión de encajadora de cítricos, sin perjuicio de que en las fases de agudización de la sintomatología pueda acudir a la situación de incapacidad temporal, como ya ha ocurrido.

Además, añade que los diagnósticos contenidos en los hechos probados se refieren a procesos degenerativos ya descritos en pruebas efectuadas en el año 2006, que por sí solas no son causa de incapacidad, salvo que produzcan limitaciones funcionales, y en el momento de la evaluación del INSS claramente se describe que no existe ningún tipo de afectación sobre movilidad, fuerza, reflejos o marcha, tratándose de un proceso degenerativo acorde con la edad de la paciente que no produce estenosis de canal, no ha requerido tratamiento quirúrgico, sólo conservador (folio 25), y en el momento de la evaluación no tomaba analgésicos. Estima que las medidas posturales van dirigidas a su entorno doméstico y no sólo laboral, implicando actitudes correctas para los movimientos y posiciones que no significan que el hecho de tener que adoptarlas sea incompatible con el desarrollo de su trabajo, y respecto del cuadro depresivo, el propio perito lo consideró insuficiente por sí sólo. Finalmente terminaba indicando por ha tenido procesos de incapacidad temporal por patología similar, lo que indica cierta cronicidad con reagudizaciones susceptibles de incapacidad temporal pero no de incapacidad permanente y que en el momento del hecho causante se encontraba en situación de desempleo.

SEGUNDO.- Respecto de la incapacidad permanente total, cabe decir que se halla definida por el vigente artículo 137.4 TRLGSS como 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. Como ha venido diciendo esta Sala en Sentencias, entre otras muchas, de 4 junio 1990 (AS 1990\2209); 12 febrero 1992 (AS 1992\550); 10 y 22 marzo y 7 y 18 mayo 1993; 3 junio y 17 septiembre 1994; 16 y 20 mayo, 17 octubre y 5 y 19 diciembre 1996 (AS 1996\2149), puesto que las Invalideces Permanentes protegidas por la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, son profesionales, es preciso para su declaración efectuar un riguroso análisis comparativo de dos términos. 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 (Incapacidad Permanente Parcial o Total) o de cualquier otra de las que pueda ofrecer el mercado laboral (Incapacidad Permanente Absoluta)". Y según declara la jurisprudencia, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que atender a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral (STS 29-9-87), debiéndose de realizar la valoración de las capacidades residuales atendiendo a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS 6-11-87), sin que sea exigible un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia por el empresario (STS 21-1-88). Por otra parte, las tareas que han de analizarse en relación con las secuelas, son las definidas para la «categoría profesional» en la correspondiente Ordenanza Laboral -en su caso Convenio Colectivo- y no las que conforman un «puesto de trabajo» en determinada empresa, si son diferentes de aquéllas, que han sido precisamente el objeto del aseguramiento (STSJ de la Rioja 10-03-93, Art. 1257). La Sentencia de 18/11/1999, de la SS TSJ DE NAVARRA (AS 1999\3650), con ocasión del binomio invalidez total y profesión habitual tiene declarado que "Conveniente resulta recordar que, como tiene declarado esta Sala en sentencias cuya notoriedad excusa su cita pormenorizada, en relación con las notas características que definen el concepto legal de incapacidad permanente, debe entenderse por profesión habitual, no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador esté cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarlo en movilidad funcional, puesto que la aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con la profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, rendimiento y eficacia, y sin que el desempeño de las mismas genere riesgos adicionales o superpuestos a los normales de un oficio o comporte el sometimiento a una continua situación de sufrimiento en el trabajo cotidiano. Por esto mismo no es obstáculo a la declaración de la incapacidad permanente total el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, dentro de su categoría profesional, mas livianas o sedentarias, o incluso que pueda desempeñar tareas menos importantes o secundarias de su profesión habitual, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y que conserve una aptitud residual que tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concertar una relación de trabajo futura, eso sí, distinta a la profesión de origen".

TERCERO.- El recurso debe ser estimado.

Debe recordarse la importancia de la resultancia fáctica contenida en los hechos probados, sobre los que esta Sala en un recurso extraordinario como el de suplicación no puede entrar, si no son impugnados. De acuerdo al incombato hecho probado tercero, la actora padece: "espondiloartrosis con abombamientos discales difusos, osteofitos marginales a nivel cervical y lumbar y artralgiás generalizadas; distimia; insuficiencia venosa periférica; osteosclerosis y fibromialgia. A la exploración: ausencia de contracturas musculares paravertebrales; balance articular de raquis cervical, dorsal y lumbar completos; balance articular caderas, rodillas y tobillos completos, ausencia de signos de tumefacción articular y de atrofia muscular; balance articular de hombros, codos y manos completos; marcha normal".

Por tanto, de dicho relato histórico, cabe apreciar que no se comprende en el mismo una específica referencia a que la actora padezca afectación psíquica por trastorno depresivo si bien pudiera tener relación con el mismo la distimia (además como indica la parte recurrente, el perito de la parte, indicó en el juicio, que por sí sólo no era suficiente para la incapacidad), ni se desprende que la espondiloartrosis, fibromialgia y demás dolencias que padece sean severas o graves, sino que más bien se indica que los abombamientos discales son difusos, los osteofitos son marginales, existe una ausencia de contracturas musculares paravertebrales, los balances articulares del raquis cervical, dorsal y lumbar son completos como también el de caderas, rodillas, tobillos y hombros, existe ausencia de signos de tumefacción articular y de atrofia muscular, siendo la marcha normal. A su vez, no se especifica limitación concreta alguna a la actora.

Con estas limitaciones fácticas, que han necesariamente de respetarse, estimamos que no existen los suficientes elementos de juicio para valorar que estas dolencias producen limitaciones a la actora tan relevantes que le impidan el ejercicio de su profesión de encajadora de almacén de cítricos. Dicha profesión puede implicar la realización de ciertos esfuerzos físicos y la realización de algunas funciones para las que pueda tener cierta dificultad, pero es de insistir no existen los elementos fácticos necesarios y exigibles, para concluir con claridad que la actora se encuentra limitada e imposibilitada en grado tal como para impedirle la realización de todas o las principales funciones de su profesión. La mera recomendación genérica de “medidas posturales”, tampoco contenida en la resultancia fáctica, no conlleva de suyo entender que exista un absoluto impedimento para la realización de su profesión de encajadora de cítricos. Se trata de medidas preventivas, y aunque pudiera estimarse que puede resultar un indicio de ello, requeriría para llegar a tal conclusión, que en la resultancia fáctica se hubieran concretado las limitaciones y un grado de afectación relevante de las dolencias que la actora padece, para poder concluir de dicho dato las consecuencias de existencia de tal grado de incapacidad como de total que se contienen en la resolución recurrida.

Por todo ello, procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida.

## FALLO

Debemos estimar y estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia de fecha 30-07-2009 dictada por el Juzgado de lo Social N° 10 de Valencia .que revocamos, y en consecuencia, debemos desestimar y desestimamos la demanda de reconocimiento de incapacidad permanente absoluta o subsidiariamente total para la profesión habitual de encajadora de cítricos formulada por la parte actora Dª F.B.P. contra el INSS al que absolvemos de dicha pretensión.

### 1334

**SENTENCIA núm. 1.835, de 15 de junio de 2010**

**MATERIA:** Prestación por desempleo: Reclamación. Revocación de prestaciones reconocidas al actor por parte del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE).

**JUZGADO:** Desestima íntegramente la demanda formulada, absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra. No procede la prestación.

**SALA:** Estima en parte el recurso. La resolución del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) acordando revocar las resoluciones del reconocimiento del derecho del actor no es conforme a derecho, pues siendo que el trabajador, ha obtenido salarios de tramitación del FOGASA, existe una incompatibilidad sobrevenida sólo en relación a los días de prestación efectivamente percibidos, lo cual no supone revocación del reconocimiento del derecho del actor desde la fecha de inicio, sino el reajuste de la situación a que debe proceder el SPEE.

**PONENTE:** Ilma. Sra. Dª. María Luisa Mediavilla Cruz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación la parte actora la sentencia de instancia que desestima la demanda en reclamación por desempleo.

El recurso cuenta con dos motivos, ambos, formulados por el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Pro-

cedimiento Laboral, denunciándose, respectivamente, la infracción de los artículos 209.5 a) Ley General de la Seguridad Social (LGSS), sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2007 y artículo 215.1.1 LGSS. Toda la argumentación que contiene el recurso, así desglosado, va dirigida a combatir jurídicamente la actuación del Servicio Público de Empleo Estatal, que en sendas resoluciones del 2008, acordó la revocación de las prestaciones por desempleo reconocidas al actor.

Da cuenta el relato histórico de la sentencia impugnada, en lo que interesa a la cuestión litigiosa, que al actor por resolución de 18.11.2005 del SPEE le fue reconocida prestación por desempleo de 660 días de duración desde el 15.10.05 al 14.09.07 por la finalización de una relación laboral por despido con la empresa C.M., S.L. Asimismo, el despido fue objeto de impugnación judicial, habiendo sido resuelto en sentencia de 1.02.2006, declarando la improcedencia del mismo, condenando a la empresa al abono de la indemnización o a su readmisión, con pago en ambos casos de los salarios de tramitación devengados. Con fecha 13.09.2006 el Juzgado dictó Auto de extinción de la relación laboral fijando la indemnización y salarios de trámite correspondientes al actor. Ante la insolvencia de la empresa condenada, el FOGASA asumió el abono de las cantidades, limitando los salarios de tramitación al período máximo de 150 días. Por resolución de la demandada de fecha 25.10.2007 se le reconoció al actor el derecho a un subsidio por agotamiento de la prestación contributiva, con fecha de inicio de 15.09.2007 hasta el 23.09.2007, fecha esta de su jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social. Sobre la base de estos hechos la Entidad Gestora de Prestaciones por desempleo dictó resolución de fecha 18.02.2008 acordando la anulación de las resoluciones de 18.11.2005 y 25.10.2007, así como la revocación de las prestaciones por desempleo reconocidas por las mismas.

Partiendo del sustrato fáctico expuesto, se adelanta que el recurso debe ser estimado en parte, atendiendo a las siguientes consideraciones:

1) La tesis del SPEE de declarar el cobro indebido al actor con base en el Art. 209.5 a) y c) LGSS no puede admitirse. En efecto, esta Sala ya se ha pronunciado sobre el tema objeto de debate en sentencia de 3 de abril de 2008, que recoge la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia, en los siguientes términos: “ El Tribunal Supremo en Sentencia de 26-3-07, recurso 1646/2006, al examinar la infracción que se denuncia de los apartados b) y c) del número 5 del artículo 209 de la Ley General de la Seguridad Social, señala que, "En este sentido, las normas citadas responden al hecho de que la situación legal de desempleo se produce con el despido, conforme al artículo 208.1.c) de la Ley General de la Seguridad Social en relación con la disposición transitoria 2ª de la Ley 45/2002, y puede, por tanto, reconocerse desde ese momento, como prevé el número 4 del artículo 209, a tenor del cual en el supuesto de despido o extinción "de la relación laboral, la decisión del empresario de extinguir dicha relación se entenderá, por sí misma y sin necesidad de impugnación, como causa de situación legal de desempleo". El precepto citado añade que "en el caso de existir periodo que corresponda a salarios de tramitación el nacimiento del derecho a las prestaciones se producirá una vez transcurrido dicho periodo que deberá constar en el certificado de empresa a estos efectos". Si el despido se declara procedente, el reconocimiento inicial no se modifica. Pero en caso de improcedencia o nulidad del despido, la regulación distingue varios supuestos. El primero, regulado en el apartado a) del número 5, se refiere a la declaración de improcedencia con opción por la indemnización. En este supuesto se tiene en cuenta si se han aplicado o no salarios de tramitación: a) Si no tiene derecho a los salarios de tramitación, el trabajador continúa percibiendo las prestaciones por desempleo o, si no las estuviera percibiendo, comienza a percibir las con efectos desde la fecha del cese efectivo en el trabajo. b) Si tiene derecho a los salarios de tramitación y no estuviera percibiendo las prestaciones, comienza a percibir las con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, pero, si estuviera percibiendo las prestaciones, dejará de percibir las, considerándose indebidamente percibidas las que haya percibido, si bien iniciará un nuevo periodo de prestación de desempleo con efectos desde la fecha en que finaliza la obligación del abono de dichos salarios, previa regularización por la Entidad Gestora del derecho inicialmente reconocido, reclamando a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones y efectuando la compensación correspondiente por las prestaciones indebidamente percibidas, o bien reclamando su importe al trabajador. El segundo supuesto, que regula el apartado b) del número 5, se produce cuando procede la readmisión del trabajador o se aplican las medidas previstas en el artículo 282 de la Ley de Procedimiento Laboral. En ese caso, como hay abono de los salarios de tramitación, las cantidades percibidas en concepto de prestaciones por desempleo se consideran indebidamente percibidas por causa no imputable al trabajador. La Entidad Gestora cesa en el abono de las prestaciones por desempleo y reclamará a la Tesorería General de la Seguridad Social las cotizaciones efectuadas durante la percepción de las prestaciones. El empresario debe ingresar a la Entidad Gestora las cantidades percibidas por el trabajador como prestaciones de desempleo, deduciendo de los salarios dejados de percibir que hubieran correspondido, con el límite de la suma de tales salarios.

El tercer supuesto se regula en el apartado c) y es el previsto en el artículo 279.2 y en el artículo 284 de la Ley de Procedimiento Laboral, en los que, aunque tendría que haber habido readmisión, ésta no se produce y la relación laboral se declara extinguida por auto. También en este caso se aplican salarios de tramitación y, por ello, se prevé que "el trabajador comenzará a percibir las prestaciones si no las estuviera percibiendo, a partir del momento en que se declare extinguida la relación laboral". El precepto añade que en ambos casos, se estará a lo establecido en la letra b) de este apartado respecto a las prestaciones percibidas hasta la extinción de la relación laboral. La disposición final 3ª de la Ley 42/2006 ha modificado este apartado para remitir al apartado a) del número 5 en lugar de al b). Pero esta modificación, cuya finalidad es probablemente la de rectificar el criterio de la sentencia de contraste, no rige en el caso que aquí se decide. (Ni tampoco en el que es el objeto este recurso de suplicación, ya que las Resoluciones del INEM impugnadas en el presente procedimiento, son anteriores a la Ley 42/2006 de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2007). TERCERO.- Las finalidades de esta compleja regulación son fundamentalmente dos: 1ª) Por una parte, permitir la coordinación de los efectos de la apertura del derecho con el despido sin esperar a la calificación de éste y las consecuencias que de esa calificación pueden derivarse en orden al periodo de percepción inicial. 2ª) Por otra parte, asegurar la incompatibilidad entre percepción de las prestaciones de desempleo y el abono de salarios de tramitación durante el mismo periodo. Para ello, se parte del abono de las prestaciones a partir del despido, pero, si con posterioridad la calificación de éste implica el abono de salarios de tramitación con cargo a la empresa, la doble percepción se evita mediante el reintegro de las prestaciones -prestaciones en sentido estricto y cuotas- y la apertura de un nuevo periodo de desempleo protegido a partir de la calificación. Las variantes en función de la asunción del reintegro (compensación de las prestaciones percibidas en el primer periodo por las que han de reconocerse para el segundo; reintegro por el trabajador o reintegro por el empresario) son instrumentales respecto a la idea general que preside el reajuste.

Pero en cualquier caso de lo que se parte es de que ha habido una doble percepción de salarios de tramitación y prestaciones de desempleo en el primer periodo de reconocimiento inicial de la prestación y esto hace que la solución del reintegro no pueda, en principio, aplicarse cuando, como ocurre en el presente caso, como consecuencia de la desaparición y/o insolvencia de la empresa, los salarios de tramitación no se han percibido. Si se aplicara esa solución, se produciría un grave y desproporcionado perjuicio al trabajador, que tendrá que devolver unas prestaciones que ha disfrutado por mandato de la ley por una situación real de desempleo y cuando no ha surgido realmente ninguna causa de incompatibilidad, pues no ha percibido salario alguno en el periodo subsidiado. Y no puede decirse que este perjuicio se compensa por la apertura de un nuevo derecho a partir del auto que declara extinguida la relación, porque tal compensación es hipotética: puede que el trabajador haya encontrado otro empleo o lo encuentre en breve y entonces tendrá que devolver las prestaciones percibidas, pese a que ha estado en desempleo y no ha percibido salarios con cargo a la empresa. Es cierto que los salarios podrían abonarse por el Fondo de Garantía, conforme a lo que prevé el artículo 33.1 del Estatuto de los Trabajadores, y entonces se estaría ante una situación de incompatibilidad, también total o parcial, que habría que resolverse de acuerdo con los criterios generales. Pero cuando no ha existido ni percepción de salarios de tramitación con cargo a la empresa, ni con cargo al Fondo de Garantía Salarial, no se da el supuesto previsto para la anulación del primer periodo de percepción y el comienzo del segundo. La solución más adecuada es mantener el primer periodo de percepción y no acordar el reintegro de las prestaciones percibidas. Sólo si el abono de los salarios se produce, podrá procederse al reajuste de la situación en los términos ya examinados. Procede, por tanto, la estimación del recurso para casar la sentencia recurrida y resolver el debate planteado en suplicación, estimando también el recurso de esta clase interpuesto por el actor para revocar la sentencia de instancia y, con estimación de la demanda, anular la resolución administrativa impugnada que acuerda dejar sin efecto la prestación de desempleo reconocida al actor y reclamar el cobro de lo indebido".

2) Pues bien, aplicando lo expuesto al presente supuesto, en el que, tal como se desprende del relato fáctico expuesto anteriormente, el actor, tras ser despedido percibió prestación por desempleo, habiéndose dictado sentencia, en fecha, 01.02.2006 en la que declaraba la improcedencia del despido y posteriormente Auto acordando la extinción de la relación laboral ante la insolvencia de la empresa, condenando a la mercantil al abono de la indemnización y los salarios de tramitación a los que la empresa no hizo frente, siéndole reconocido al trabajador por el FOGASA, el derecho a percibir en concepto de salarios de tramitación las cantidades correspondientes al periodo máximo de 150 días, por lo que procede concluir que la resolución del SPEE acordando revocar las resoluciones del reconocimiento del derecho del actor; no es conforme a derecho, pues siendo que el trabajador, ha obtenido salarios de tramitación del FOGASA, existe una incompatibilidad sobrevenida sólo en relación a los días de prestación efectivamente percibidos, lo cual no supone revocación del reconocimiento del derecho del ac-

tor desde la fecha de inicio, sino el reajuste de la situación a que debe proceder el SPEE., y en consecuencia procede estimar en parte el recurso.

En su virtud,

## FALLO

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. A.G.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Nº 2 de Elche, de fecha, 11 de junio de 2008, la revocamos, en el sentido de declarar el cobro indebido de la prestación por desempleo del actor, por incompatibilidad con los salarios de tramitación, en el período máximo de 150 días.

### 1335

**SENTENCIA** núm. 1.845, de 15 de junio de 2010

**MATERIA:** Prestación por desempleo. Trabajador afiliado a la Seguridad Social que solicita prestación por desempleo. Se le deniega la prestación al estar desempeñando un trabajo por cuenta propia en el momento de la solicitud. Desestimación de prestación en su modalidad de pago único.

**JUZGADO:** Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de las pretensiones contenidas en la misma.

**SALA:** Estima el recurso declarando la nulidad de la sentencia por incongruencia por error, al razonarse sobre la desestimación de la petición de prestación por desempleo en su modalidad de pago único y no de la prestación por desempleo en su modalidad contributiva.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Mediavilla Cruz.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Recurre en suplicación la parte actora la sentencia de instancia que desestima la demanda en materia de desempleo.

El recurso cuenta con tres motivos. En el primero, al amparo del apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) solicita la nulidad de la sentencia recurrida, por cuanto que, a su juicio, dicha resolución adolece del vicio de falta de motivación e incongruencia, al no razonarse por el juzgador de instancia en torno a la denegación por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE) de la prestación por desempleo, ciñéndose el razonamiento jurídico de instancia a la desestimación de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único Y, a tal fin, denuncia la infracción de los artículos 97.2 LPL, 24 de la Constitución y 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El avatar administrativo que ha acaecido en el presente caso es el siguiente: A) En fecha 22.09.2008, el actor solicitó conjuntamente la prestación por desempleo y el pago único. B) En fecha 30.09.2008, se dicta resolución administrativa por la que se deniega el desempleo por causa: estar desempeñando un trabajo por cuenta propia en el momento de la solicitud por desempleo. Frente a esta denegación el actor presentó reclamación previa en fecha 31.10.2008, que fue desestimada por resolución de 18.12.2008. C) En fecha 21.10.2008 se dictó resolución por el SPEE, por la que se denegó la solicitud de abono de la prestación por desempleo en su modalidad de pago único, constando en el hecho 1º de misma que con fecha 30.09.2008 le fue denegada la prestación por desempleo del nivel contributivo.

Por su parte, consta en las actuaciones que el actor dedujo demanda frente a la desestimación de la reclamación previa a la vía judicial de fecha 18.12.2008, esto es, por el rechazo de la solicitud de la prestación por desempleo contributivo. Postulándose en el suplico de la demanda: “(...) se dicte sentencia por la que se declare al actor el derecho al percibo de la prestación por desempleo solicitada en su día por la base reguladora que por ley le ha de corresponder de 42,18 € día”.

La sentencia de instancia a lo largo de su fundamentación jurídica únicamente da respuesta a la denegación de la solicitud de prestación por desempleo en su modalidad de pago único, delimitándose los extremos del debate a esta cuestión, y no ofrece ningún tipo de respuesta a la única petición que contiene la demanda.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional en sentencia 39/2003, de 27 de febrero: “(...), hemos establecido con reiteración la distinción entre dos tipos de incongruencia: de una parte, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio, que se producirá cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución y sin que sea necesaria, para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva, una contestación explícita y pormenorizada de cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento a su pretensión, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales (SSTC 91/1995, de 19 de junio, 56/1996, de 15 de abril, 58/1996, de 15 de abril, 85/1996, de 21 de mayo, 26/1997, de 11 de febrero). Y de otra parte, la denominada incongruencia extra petitum, que se da cuando el pronunciamiento judicial recaiga sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción (SSTC 154/1991, de 10 de julio; 44/1993, de 8 de febrero, FJ 3; 172/1994, de 7 de junio; 116/1995, de 17 de julio; 60/1996, de 15 de abril; 98/1996, de 10 de junio; 17/2000, de 31 de enero, FJ 6.a; y 135/2002, de 3 de junio, FJ 3, entre otras). Hemos dicho también que en algunas ocasiones ambos tipos de incongruencia pueden presentarse unidos, concurriendo la que, en ocasiones, se ha llamado incongruencia por error, denominación adoptada en la STC 28/1987, de 13 de febrero, y seguida por las SSTC 269/1993, de 13 de diciembre, 111/1997, de 3 de junio, y 136/1998, de 29 de junio, que define un supuesto en el que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que erróneamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta”.

Sentada la anterior doctrina constitucional y aplicada al presente caso, como ya se dijo, se evidencia la existencia de una incongruencia por error, al razonarse sobre la desestimación de la petición de prestación por desempleo en su modalidad de pago único, resolviendo, en suma, una pretensión ajena al debate procesal planteado, cuando el demandante ha postulado el derecho a la prestación por desempleo en su modalidad contributiva, y a tal fin, accionó correctamente interponiendo la preceptiva reclamación previa y posterior demanda rectora, debiendo advertirse que frente a la desestimación de la solicitud de pago de prestación por desempleo en su modalidad de pago único, no consta la interposición preceptiva de la reclamación previa.

Así las cosas, el motivo de nulidad y por ende el recurso de suplicación instado por el recurrente debe tener favorable acogida.

## **FALLO**

---

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. R.G.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° 11 de Valencia, de fecha, 21 de mayo de 2009, en reclamación de desempleo, la anulamos, reponiendo los autos al momento anterior a dictar sentencia, para que en cumplimiento del principio de congruencia en los términos expuestos en el razonamiento jurídico único de la presente resolución, se dicte nueva sentencia con absoluta libertad de criterio.

1336

**SENTENCIA núm. 1.906, de 17 de junio de 2010**

**MATERIA:** Reintegro de prestaciones. Trabajadora que tiene reconocido un grado de minusvalía del 70%. Se le reconoce una pensión de invalidez no contributiva. Tras revisión se le reconoce un grado de minusvalía del 54%, lo que no da derecho a la pensión de invalidez. Se le extingue el derecho a la pensión y se le reclama el cobro indebido de esta prestación durante cierto periodo. Determinación fecha cobro indebido.

**JUZGADO:** Estima la demanda contra el organismo demandado, dejando sin efecto lo acordado en la resolución de fecha 1.07.08 en cuanto al reintegro por cobro indebido de la prestación de invalidez no contributiva respecto a determinado periodo.

**SALA:** Estima el recurso declarando que procede el reintegro de la prestación para el periodo reclamado, dado que desde la fecha de la resolución no tiene derecho a recibir la prestación que le ha sido ingresada.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y dejó sin efecto lo acordado en la Resolución de 1-7-08 en cuanto al reintegro por cobro indebido de la prestación de invalidez no contributiva respecto del periodo de 1-05-07 a 30-11-07, interpone recurso de suplicación la parte demandada Generalidad Valenciana Consejería de Bienestar Social, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 45 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el artículo 16 del RD 357/1991, alegando, en síntesis, que con independencia de la causa que origino la percepción indebida, incluso si la misma se ha debido a error imputable a la entidad gestora, debe reintegrarse la cantidad, por lo que debe estimarse el recurso y revocarse la sentencia de instancia ya absolverse al Organismo demandado.

En el presente supuesto atendidos los inalterados hechos declarados probados de la sentencia impugnada, resulta que la era beneficiaria de una prestación de invalidez no contributiva cuyo reconocimiento del grado de minusvalía del 70% caducaba el día 31-12-05 por lo que solicitó el 29-12-05 revisión por agravamiento no siendo citada para valoración y reconocimiento por el EVO hasta el mes de febrero de 2007. Tras la valoración efectuada el 14-3-07, se dictó resolución de 10-4-07 reconociendo a la demandante un grado de minusvalía del 54%. La Consejería demandada continuó ingresando en la cuenta bancaria de la actora el importe de la pensión no contributiva. El día 28-11-07 notificó a la actora la Resolución de 8-11-07 en la que se acordaba extinguir el derecho a pensión que venía percibiendo al no estar afecta de un grado de minusvalía del 65% y asimismo declaró indebidamente percibida la cantidad de 8.133,94 euros por el periodo comprendido entre el 1-1-06 y el 30-11-07. Formulada reclamación previa fue estimada quedando establecido el cobro de lo indebido en el periodo de 1-5-07 a 30-11-07. Y si bien la sentencia impugnada dejó sin efecto el reintegro respecto del periodo de 1-5-07 a 30-11-07, ello no resulta ajustado a derecho, pues desde la incorporación del nuevo apartado 3 del artículo 45 de la LGSS ha quedado sin efecto la doctrina del Tribunal Supremo en relación con las prestaciones indebidamente percibidas en periodos posteriores al 1-1-1998, y el art. 45.3 de la LGSS debe ser interpretado como voluntad del legislador de colmar el vacío legal existente en la LGSS, y cierra el paso a la excepción de equidad apreciada por la doctrina del Tribunal Supremo (STS 11-6-2001), por lo que procede el reintegro de la prestación en el periodo de 1-5-07 a 30-11-07, dado que con fecha 10-4-07 se dictó resolución reconociendo a la actora un grado de minusvalía del 54%, que no genera derecho a la prestación que tenía reconocida. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia, absolviendo al Organismo demandado.

## FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Generalidad Valenciana Consejería de Bienestar Social, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Trece de los de Valencia, de fecha 30 de abril de 2.009, dictada en virtud de demanda interpuesta por Doña P.T.C., a que se contrae

el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con desestimación de la demanda debemos absolver y absolvemos al Organismo demandado.

**1337**

**SENTENCIA núm. 1.919, de 15 de junio de 2010**

**MATERIA:** Despido. Trabajador al servicio de empresa demandada con categoría profesional de director financiero. Se pacta un salario mensual y a partir de determinada fecha y de forma unilateral por parte de la empresa se le reduce su salario. Cuatro meses más tarde la empresa procede a un despido disciplinario mediante comunicación escrita. Se alega disminución voluntaria del rendimiento de trabajo pactado. No se acredita veracidad de las imputaciones en las que se basa el despido. La empresa procede a consignar determinada cantidad en concepto de indemnización que fue entregada al trabajador. No consta finiquito ni conformidad con el pago ni con la indemnización. Error cantidad depositada. Excusabilidad del error. Doctrina Tribunal Supremo.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando la improcedencia del despido, condenando a la readmisión o a la indemnización correspondiente más el abono de los salarios de tramitación generados.

**SALA:** Estima en parte el recurso ratificando la calificación de despido improcedente por parte de la empresa recurrente que opta por la indemnización, declarando que la cuantía depositada es inferior a la legal, debiendo modificarse la misma y siendo computable en esa cantidad indemnizatoria la cantidad ya recibida por el actor por idéntico concepto.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Mediavilla Cruz.



## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- 1. Recurre en suplicación la parte actora la sentencia de instancia que estimando la demanda, declara la improcedencia del despido disciplinario del que fue objeto el actor, y la condena a que le readmita o le abone una indemnización en cuantía de 9.397,27 €, siendo computable en esta cantidad indemnizatoria la cantidad ya recibida por el demandante por idéntico concepto. Asimismo, condena a la recurrente al abono al trabajador de los salarios dejados de percibir en cuantía de 20.027,80 €.

2. El recurso tiene formalmente 3 motivos; siendo que en el primero, al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se solicita la adición de un párrafo al hecho probado tercero, cuyo tenor literal propuesto, obra en el recurso, a fin de que, en resumen, se haga constar los diferentes importes salariales que percibió el actor durante la vigencia de su relación laboral, así como que no reclamó en ningún momento en que estuvo vivo el contrato de trabajo, siendo la reclamación salarial posterior al despido. La modificación propuesta viene respaldada con la documental obrante en autos a los folios 67 a 80 (hojas salariales); 61, 61 vuelto y 62 (demanda en reclamación de cantidad). La revisión no puede acogerse, toda vez que los elementos fácticos que se pretenden introducir ya constan reflejados a lo largo del relato histórico que contiene la sentencia impugnada (hecho probado segundo y tercero), debiéndose matizar que la constatación de la existencia de una demanda por reclamación de salarios aparece en el fundamento de derecho tercero, si bien, por su fecha, puede apreciarse un error del juzgador en su cita, que se tiene por corregido, pero que no propicia su inclusión en sede fáctica al constituir un fundamento de la rathio decidendi.

SEGUNDO.- 3. A continuación, en los dos restantes motivos, dedicados al derecho aplicado y convenientemente formulados por el apartado c) del artículo 191 LPL, se denuncia infracción de lo dispuesto en el artículo 56.1 a), 2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores (ET), artículo 110.1 y 3 LPL y doctrina jurisprudencial que cita, respecto al concepto de “error excusable”. Argumenta, en síntesis, que en el presente caso tanto por la diferencia cuantitativa entre la cantidad a consignar según la sentencia de instancia y la efectivamente consignada dentro de las 48 horas de notificado el despido al actor, que es de escasa cuantía, como por el hecho de que el salario que fue tomado en consideración fue el último percibido en los 7 meses anteriores al despido, debe considerarse que estamos ante un supuesto de error excusable en el cálculo de la indemnización por el despido reconocido como improcedente por la demandada.

4. Para dar contestación a la cuestión litigiosa planteada, resulta oportuno traer a colocación lo manifestado en la STS de 11 de octubre de 2006, por cuanto determina el alcance del significado que corresponde a ese concepto jurídico indeterminado que es el “error excusable”. Así, señala literalmente: “1.- Las normas que regulan la cuestión controvertida se reducen al mandato del art. 53.4 ET, expresivo de que «Cuando el empresario no cumplierse los requisitos establecidos en el apartado 1, [...] la decisión extintiva será nula, debiendo la autoridad judicial hacer tal declaración de oficio»; y a la previsión que hace el art. 122.3 LPL, respecto de que «No procederá la declaración de nulidad [...] por haber existido error excusable en el cálculo de la indemnización puesta disposición del trabajador». Con lo que es claro que el tema sometido a debate se limita a determinar -como hemos adelantado- si supone «error excusable» el haber prescindido del contrato en prácticas para calcular el importe de la indemnización ofrecida a los trabajadores afectados.

En la determinación del significado que corresponde a este concepto jurídico indeterminado, la doctrina unificada dictada hasta la fecha únicamente ofrece criterios de orientación general. Así, en concreta interpretación del art. 53.1.b) ET, esta Sala afirma que ha de atribuirse cualidad decisiva a la entidad de la diferencia entre lo ofrecido y lo debido, distinguiendo entre supuestos de escasa cuantía y aquellos otros en que el diferencial es relevante; e igualmente ha de valorarse si se trata de un simple error de cálculo o si obedece a la voluntad consciente de incumplir el mandato legal(STS 26/07/05 -rec. 760/04-, relativa al art. 53.1.b ET); y en la casuística del precepto se sostiene que es nula la extinción por no haberse incluido en el cálculo indemnizatorio -como debería- el salario en especie consistente en estimación dineraria del uso de la vivienda, plaza de garaje y suministros de agua y energía(STS 26/07/05 -rec. 760/04-).

También es orientativa -media identidad de razón- la doctrina sentada a propósito del supuesto de la consignación indemnizatoria que «congela» los salarios de trámite[art. 56.2 ET], caso para el que esta Sala ha afirmado que debe distinguirse entre la consignación insuficiente por «error excusable» y la consignación insuficiente por negligencia o «error inexcusable», pues una interpretación «excesivamente rigorista y cerrada» del precepto, «en el sentido de que sólo sería efectiva una consignación de total equivalencia con el importe de la indemnización [...], supondría la inaplicación de la norma en la mayoría de las ocasiones», de forma que el «criterio de la buena fe debe presidir el entendimiento y la aplicación del precepto», y «cuando el empresario cometa un error de cálculo que pueda calificarse como excusable, deben aceptarse las consecuencias que el Estatuto de los Trabajadores hace derivar del ofrecimiento y la consignación»(SSTS 24/04/00 -rec. 308/99-; y 19/06/03 -rec. 3673/02-). Con este mismo carácter general hemos sostenido precedentemente que la existencia de error excusable en la cantidad depositada [por indemnización y salarios de trámite] exige ponderar cuantas circunstancias hayan concurrido, como la incidencia de una nueva tabla retributiva(SSTS 15/11/96 -rec. 1140/96-; 11/11/98 -rec. 4898/97-; 19/06/03 -rec. 3673/02-; y 25/05/06 -rec. 1107/05-); y -con mayor aproximación casuística- hemos precisado que son indicios de error excusable la escasa cuantía de la diferencia y la coincidencia en el cálculo por parte de la empresa y el Juzgado en la sentencia de instancia [STS 24/04/00 -rec. 308/99-], y la dificultad «jurídica» del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una «discrepancia razonable»[STS 11/11/98 -rec. 4898/97-] (SSTS 19/06/03 -rec. 3673/02-; y 25/05/06-rec. 1107/05-).

Ciertamente que poca ayuda puede obtenerse del DRAE, para el que es «excusable» lo que «admite excusa o es digno de ella», y es «excusa» el «motivo o pretexto que se invoca para eludir una obligación o disculpar una omisión». En la práctica, una tautología que evidencia el acierto de la doctrina de la Sala mantenida hasta la fecha, pivotando la razonabilidad -excusabilidad- del error en factores tan significativos como la entidad cuantitativa del mismo [por mero error de cálculo o por divergencia en los parámetros indemnizatorios, singularmente salario y antigüedad] y la complejidad jurídica del supuesto, que en todo caso han de contemplarse desde la prevalente perspectiva de la buena fe.

Apurando más el concepto se ha de indicar -en su delimitación negativa- que el «error excusable» de que trata el art. 122.3 LPL no puede identificarse con el «simple error de cuenta» que «sólo dará lugar a su corrección», conforme al art. 1266 CC; si así fuese sería palmariamente innecesaria la precisión de la LPL [por establecer tal consecuencia el mandato del Código Civil] y -sobre todo- estaría de más toda referencia a la excusabilidad del error, pues el de cuenta ya lo es [excusable y corregible] por propia naturaleza y por la previsión civil referida; y en esta misma línea de delimitación negativa hemos de precisar el concepto de «inexcusabilidad», respecto del que se mantiene por la doctrina laboralista que concurre cuando la divergencia se produce maliciosamente o pudo haberse evitado con una mayor diligencia.

Ya desde un planteamiento en positivo, el «error excusable» es el que se produce aún a pesar de haber empleado la debida diligencia; y a la hora de precisar este último concepto [diligencia] bien puede acudirse, con la

más cualificada doctrina civilística, a la que es propia del hombre medio o del «buen padre de familia»[art. 1903 CC], en el bien entendido de que frente a la protección que merece quien se equivoca, debe prevalecer la consideración de la seguridad jurídica, si con el error se incurre en culpa lata. Y al efecto también hacemos nuestra la afirmación civilista de que más que un problema de formación de la voluntad, se trata de un supuesto de «justa o injusta lesión de intereses en juego»; y que «el error es inexcusable cuando el que lo padece ha podido y ha debido, empleando una diligencia normal, desvanecerlo». De esta forma, en la determinación de la excusabilidad del error, producido por calcular la indemnización sobre la base de indebidos parámetros fácticos y/o jurídicos, pasan a un primer plano factores objetivos y subjetivos que ofrecen decisiva trascendencia, tales como la complejidad de aquéllos, la entidad de la empresa y la cobertura jurídica de que la misma pudiera gozar”.

En consecuencia, deberá examinarse de forma particularizada cada supuesto para observar si existió voluntad real de cumplimiento y mero desacierto en el cálculo aritmético de escasa cuantía, explicable o justificable por error o discrepancia jurídica razonable, pues cabe incluso entender cumplida la regla si hay un mero cumplimiento deficiente por error excusable y no una diferencia notable y desproporcionada injustificadamente. Además, la valoración del carácter excusable del error debe estar presidida por el criterio de la buena fe.

5. El Tribunal Supremo –STS 17 de diciembre de 2009- ha reconocido los siguientes supuestos de "error excusable":

-STS de 24-4-00, CUD 308/99, a pesar de la diferencia entre lo consignado y lo que debió consignar la empresa, entendió que se trataba de error excusable pues el Juzgado de instancia consideró correcto el cálculo efectuado por la empresa y fue la sentencia de suplicación la que elevó dicha cantidad.

-STS de 26-4-00, CUD 239/05, entendió que la escasa cuantía de la diferencia -157'90 euros- unido a que el salario de la demandante era de cálculo especialmente complejo, lo discutible de los conceptos y la presencia de factores ajenos a la mala fe en la consignación efectuada, hacen que el error haya de calificarse de excusable.

-STS de 26-1-06, CUD 3813/04, entendió que se trataba de un error excusable el no haber incluido como salario, a efectos del cálculo del depósito, el importe atribuible a las stock options. Razona la sentencia que el estudio individualizado del carácter salarial o no de las opciones de compra de acciones suscritas no es sencillo y la complejidad del mismo aumenta con los problemas de conflicto de leyes planteados por los acuerdos de suscripción. Continúa razonando que de las opciones de compra de acciones pueden derivar dos ventajas o utilidades patrimoniales distintas, y sólo una de ellas puede, en su caso, ser considerada como salario e incluida, por tanto, en el cálculo de la indemnización del despido. La primera utilidad que es la que cabe considerar salario, si se asigna en contraprestación del trabajo realizado, es la constituida por la diferencia entre el precio de la acción en el mercado en el momento de la adquisición y el precio de ejercicio del derecho pactado. La segunda utilidad, que se produce ya fuera del marco de la relación de trabajo, y que carece en consecuencia de la condición de salario, es la obtenida por el trabajador mediante un posible posterior negocio jurídico mercantil con un tercero, consistente en "la venta de las acciones que adquirió al ejercitar la opción", concluyendo que concurre una dificultad jurídica para fijar el salario, por lo que considera el error excusable.

-STS de 7-2-06, CUD 3850/04, entendió que era error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización la partida correspondiente al salario en especie, consistente en el valor de utilización del coche.

-STS de 28-2-06, CUD 121/05, entendió que era "error excusable" no incluir el "bonus" en el cálculo de la indemnización. La sentencia justificó su decisión en que existía cierta dificultad jurídica en la fijación del "bonus", teniendo en cuenta el periodo de vencimiento de este concepto retributivo y la diversidad de regulaciones del mismo.

-STS de 24-11-06, CUD 2154/05, consideró error excusable la insuficiente consignación efectuada por el empresario, que calculó la misma atendiendo al salario que percibía la trabajadora en el momento del despido, que correspondía a la jornada reducida realizada, por guarda legal de un menor.

-STS de 13-11-06, CUD 3110/05, entendió que era error excusable el no tener en cuenta la antigüedad reconocida a la trabajadora en el momento de su contratación -la empresa la reconoció la antigüedad de los servicios prestados en otra empresa anterior "a todos los efectos"- a efectos de calcular la indemnización.

-STS de 27-6-07, RUD 1008/06, entendió que era error excusable el depositar 54,45 euros menos, dada su escasa cuantía.

-STS de 16-5-08, RUD 523/07, entendió que era error excusable el no haber incluido en el cálculo de la indemnización por despido los beneficios del ejercicio de las opciones sobre acciones, dadas las especiales circunstancias concurrentes, ya que la orden de venta se produjo por el actor el sábado 18 de febrero de 2006, cuando conocía desde el miércoles 15 la decisión empresarial de despedirle, aunque no se le entregó la carta de despido hasta el lunes 20, y se materializó la cuenta -por estar cerrado el lunes el mercado de valores en EEUU- el 21 de

febrero, martes, habiéndose efectuado la consignación por la empresa el día 22, miércoles.

-STS 17 de 17-12-2009, entendió que era error excusable calcular el importe de la indemnización conforme a la categoría que ostentaba el trabajador en el momento del despido, no a la categoría superior y correspondiente salario que se le reconoce en la sentencia de despido.

Por contra, la Sala ha entendido que constituye error inexcusable:

-STS de 1-10-07, RUD 3794/06, entendió que era error inexcusable que la empresa calculara la indemnización atendiendo al salario neto percibido por el trabajador, en lugar del salario bruto.

6. La aplicación de la anterior doctrina al presente caso, conduce a la estimación del recurso formulado. En efecto, ha sido en el presente proceso por despido donde el actor, por primera vez, pues la reclamación por diferencias salariales es posterior a la demanda por despido, planteó que su salario no era el que tenía reconocido en el contrato de trabajo, reconociéndole la sentencia recurrida el salario pactado en el contrato, derivando de dicho reconocimiento las diferencias en el importe de la indemnización, diferencia que tampoco puede calificarse de relevantes, ya que asciende a 825,07 euros, en un contexto en el que el salario del actor es superior en cualquier caso a 5.000 euros/mes, y en fin, habiéndose hecho el cálculo sobre el salario percibido por el trabajador en los últimos 7 meses, en importe fijo de 5.348 €, no constando que el actor mostrara disconformidad en un período de tiempo suficientemente amplio, dicha conducta empresarial revela una voluntad real de cumplimiento, provista del principio de la buena fe, de suerte que, la diferencia en la consignación no impide la aplicación del efecto liberador de los salarios de tramitación que establece el Art. 56.2 ET. Conclusión esta última, que viene avalada por la doctrina jurisprudencial en torno al salario que ha de regular las indemnizaciones por despido, y que es el percibido en el último mes, prorrateado con las pagas extraordinarias, salvo circunstancia especiales” (STS 25 de septiembre de 2008). Y ninguna circunstancia especial podría advertirse tras 7 meses de percepción del salario en una cuantía fija, tomando la mercantil recurrente dicho salario como módulo para el cálculo de la indemnización por el despido del actor reconocido como improcedente.

Lo expuesto, determina que el recurso deba ser estimado, y revocada parcialmente la sentencia recurrida.

TERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 201.1 LPL se acuerda la devolución del depósito y consignación efectuados para recurrir.



## FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa I.R.R. SA, en impugnación por despido, la revocamos en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por D. R.C.M. ratificando la calificación de despido improcedente efectuada por la empresa, así como su opción por la indemnización, declarando que la cuantía depositada es inferior a la legal, condenando a la recurrente a abonarle la indemnización de 9.397,27 €, siendo computable en esta cantidad indemnizatoria la cantidad ya recibida por el actor por idéntico concepto. Sin costas.

1338

**SENTENCIA núm. 1.925, de 18 de junio de 2010**

**MATERIA:** Seguridad Social: Prestación económica por IT. Prestación indebida. Trabajadora al servicio de empresa de limpieza que solicita un permiso no retribuido voluntario, el cual es concedido. Durante el tiempo del permiso la empresa da de baja a ésta en la Seguridad Social. Posteriormente es dada de alta. Más tarde, la trabajadora causa baja laboral por IT. Se produce un cambio de empresa en la adjudicación del servicio de limpieza. Se comunica a la nueva adjudicataria que la trabajadora codemandada se subrogaba en situación de incapacidad temporal. La nueva empresa abona mediante pago delegado la prestación de IT a la trabajadora. El INSS dicta resolución declarando indebida la deducción de la prestación económica.

**JUZGADO:** Desestima la demanda declarando indebida la deducción de prestación económica de la incapacidad temporal de la trabajadora.

**SALA:** Estima el recurso anulando la resolución del INSS sobre deducción indebida de prestación económica por incapacidad temporal, condenando a los demandados a pasar por esta declaración y a la entidad gestora a que acuerde el reintegro.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre de la codemandada E., S.A., se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral a los fines siguientes: A) Se modifique el ordinal 2º del relato histórico proponiendo esta redacción: “Que la trabajadora solicitó a E S.L. un permiso no retribuido voluntario, por el periodo comprendido entre el 1 a 31 de agosto de 2007, que le fue concedido por la empresa, dando de baja en Seguridad Social a la trabajadora con fecha 1 de agosto de 2007 a todos los efectos si bien procedió a darle de alta nuevamente en la TGSS el 1 de septiembre de 2007, por lo que la trabajadora permaneció de baja en la TGSS durante el período comprendido desde el 1 al 31 de agosto de 2007, ambos inclusive”. B) Se revise el hecho probado 4º, otorgándole esta redacción: “Que el Hospital Clínico comunicó a la empresa S. que en fecha 1 de febrero de 2008 pasaba a ser adjudicataria del servicio de limpieza. La empresa E. S.A. le comunica a dicha empresa que la trabajadora codemandada se subrogaba en situación de incapacidad temporal, indicando como fecha de la baja el 28-8-07, sin hacer constar que la trabajadora no estaba de alta en la TGSS”.

2. Las revisiones fácticas propuestas deben prosperar, sobre todo a efectos aclaratorios, pues así se deducen directamente de los documentos que invoca.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, denunciando aplicación indebida del artículo 77.C) de la Ley General de la Seguridad Social (sin duda por error de transcripción indica la Ley de Procedimiento Laboral)) así como del artículo 31 del Convenio Colectivo del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Valencia. Argumenta en síntesis que estando la trabajadora codemandada en situación de incapacidad temporal en la fecha en que se produjo la subrogación, debió darse lugar a la pretensión ejercitada.

2. Como quiera que la trabajadora codemandada en la fecha de la subrogación (1 de febrero de 2008) estaba en situación de incapacidad temporal y por ende de alta en el Régimen General de la Seguridad Social por cuenta de la empresa saliente, la empresa recurrente debía hacerse cargo de la misma en la situación en que se encontraba de conformidad con lo expresamente instituido en el artículo 31.5 del Convenio Colectivo de aplicación, por lo que debía afrontar el pago delegado del subsidio de incapacidad temporal de acuerdo con lo expresamente instituido en el artículo 77.c) de la Ley General de la Seguridad Social, y con las consecuencias previstas en el artículo 20.1 de la Orden de 25 de noviembre de 1966 (reintegro de las cantidades satisfechas, descontándolas del importe de las liquidaciones que hubieran de efectuar para el ingreso de las cuotas de la Seguridad Social que correspondan al mismo período). La circunstancia de que la empresa saliente con infracción de lo previsto en el artículo 69.1, párrafo tercero del RD 2064/1995, de 22 de diciembre, que establece la obligación de cotizar durante los períodos de permisos y licencias que no den lugar a excedencias en el trabajo, diera de baja a la trabajadora también demandada durante el disfrute del permiso voluntario no retribuido aludido en el relato histórico, sin perjuicio de la sanción administrativa que en su caso pueda corresponder en nada afecta a la situación de la

empresa recurrente, que como se ha dicho se había hecho cargo del pago delegado que le correspondía, por lo que este motivo también debe prosperar.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para dar lugar a la pretensión ejercitada. Sin costas ante el signo revocatorio del fallo, y con devolución del depósito para recurrir de conformidad con lo establecido en el artículo 201.1 de la Ley de Procedimiento Laboral.

## **FALLO**

Estimamos el recurso de suplicación formulado en nombre de S.S., S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Valencia el día 11 de junio de 2009 en proceso de Seguridad Social seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, E.,S.A. y DÑA. E.C.C., y con revocación de la expresada sentencia, debemos estimar la pretensión ejercitada anulando la resolución del INSS de 13 de agosto de 2008 sobre deducción indebida de prestación económica por incapacidad temporal por importe de 3.005,78 euros, condenando a los demandados a estar y pasar por tal declaración y a la Entidad Gestora de referencia a que acuerde el reintegro de la expresada cantidad. Sin costas.

Firme que sea la presente procedase a la devolución a la recurrente del depósito efectuado para recurrir.

**1339**

**SENTENCIA núm. 1.936, de 22 de junio de 2010**

**MATERIA:** Invalidez: Incapacidad transitoria. Trabajador que sufre accidente laboral y que es declarado en situación de incapacidad temporal por contingencia profesional. La Mutua le da el alta para posteriormente cursar baja por recaída. Los servicios públicos de salud le dan baja médica por contingencias comunes, solicitando al INSS inicio de expediente de determinación de contingencias. Posteriormente el actor es despedido de la empresa. El actor no ha percibido prestación alguna por IT durante varios periodos. Reclamación cantidad.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando el derecho del actor a percibir determinada cantidad por las prestaciones y complementos de incapacidad temporal.

**SALA:** Estima el recurso de la mutua demandada, declarando la nulidad de la sentencia de instancia para que se proceda a dictar nueva resolución en congruencia con las pretensiones deducidas por el demandante en la fecha de celebración del juicio. Se ha producido una incongruencia "extra petita", al haberse concedido en la instancia más de lo solicitado por la parte actora.

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

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de Elche que estima la demanda y condena a la empresa A., S.L. al abono de la cantidad de 2.194,38 euros por prestaciones de incapacidad temporal de los periodos comprendidos entre el 4/06/07 y el 12/06/07 y entre el 25/06/07 y el 31/06/08, así como por las diferencias económicas de las prestaciones abonadas directamente por la Mutua desde el 1/09/07 hasta el 26/02/08 y por los complementos de incapacidad temporal por los periodos comprendidos entre el 4/06/07 y el 12/06/07 y entre el 26/06/07 y el 26/02/08, con la obligación de la mutua X. de anticipar el abono de la citada suma y con la responsabilidad subsidiaria de las Entidades Gestoras demandadas en caso de insolvencia de la Mutua, recurren en suplicación tanto la Mutua X. como el trabajador D. P.R.M.G., conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

Por razones de índole procesal examinaremos en primer lugar el recurso interpuesto por la Mutua X. que se articula en un solo motivo formulado al amparo del apartado a del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) por el que solicita la reposición de los autos al momento anterior a dictar sentencia por haber incurrido ésta en falta de exhaustividad y congruencia interna entre lo solicitado y el objeto del proceso lo que implica la in-

fracción de los artículos 97 y ss de la LPL, en relación con el contenido de los artículos 218 y ss de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Razona la defensa de la recurrente que la cantidad objeto de condena a que se refiere el fallo de la sentencia de instancia es superior que la solicitada por el demandante, lo que denota falta de exhaustividad, máxime, cuando erróneamente la actora en su demanda inicial acumuló dos acciones indebidamente, esto es, la de reclamación de prestaciones de IT y la de reclamación de complementos de IT, habiendo desistido la demandante de la reclamación del complemento de IT, a requerimiento del Juzgado, tal y como se recoge en el escrito presentado por dicha parte de fecha 25-2-09, no obstante lo cual la sentencia obvia el desistimiento de la acción de reclamación del complemento de IT y amplía la responsabilidad de la Mutua Patronal al abono de dicho complemento cuando éste no es sino una mejora de la Seguridad Social a cargo exclusivo de las empresas según obligaciones adquiridas convencionalmente y de las que las Mutuas resultan totalmente ajenas; por lo que concluye solicitando que se dicte nueva sentencia cuyo contenido se ajuste al objeto del proceso, esto es, a la reclamación de prestaciones de IT y en definitiva se absuelva a X. de las pretensiones deducidas en su contra.

El motivo ha de ser estimado ya que del razonamiento expuesto se deduce que lo que se imputa a la sentencia de instancia es que la misma ha incurrido en incongruencia extra petita por haber concedido más de lo solicitado por la parte actora, lo que es cierto, ya que conforme aduce la Mutua recurrente aun cuando la parte actora ejercitó en su demanda dos acciones: la de reclamación del subsidio de incapacidad temporal y la de reclamación del complemento del subsidio de incapacidad temporal, fue requerida por el Juzgado para que optase en el plazo de cuatro días por una de las indicadas acciones al apreciar que se había producido una acumulación indebida, opción que ejercitó la demandante mediante escrito presentado en el Juzgado en fecha 25-2-2009, en el que optó por el ejercicio de la acción sobre la prestación de Seguridad Social, desistiendo de la mejora de dicha prestación, no obstante lo cual la sentencia impugnada desconoció dicho desistimiento y condenó a la empresa demandada al abono de ambas y a la Mutua X. al anticipo de ambas, declarando también la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS para el caso de insolvencia de la Mutua, por lo que dicha sentencia ha infringido los preceptos que se denuncian por la recurrente, procediendo la estimación del recurso y la reposición de los autos al momento anterior a dictarse la sentencia impugnada para que se dicte otra conforme al objeto del presente proceso; esto es, que se ciña a la reclamación sobre la prestación de Seguridad Social que es la única deducida por la parte actora en la fecha de celebración del juicio, sin que proceda entrar a examinar el recurso interpuesto por la demandante.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

## **FALLO**

---

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Mutua X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Elche de fecha 15 de junio de 2009, en virtud de demanda presentada a instancia de D. P.R.M.G. contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua X y la empresa A. S.L.; y, sin entrar a resolver el recurso de suplicación interpuesto en nombre del demandante, declaramos la nulidad de la sentencia de instancia, reponiendo las actuaciones al momento procesal anterior a dictarse la misma para que se proceda a dictar nueva resolución en congruencia con las pretensiones deducidas por el demandante en la fecha de celebración del juicio.

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

1340

**SENTENCIA** núm. 1941, de 22 de junio de 2010

**MATERIA:** Modificación condiciones de trabajo. Trabajadores al servicio de empresa de seguridad. Esta empresa da servicio a otras empresas. En función de las necesidades de éstas se han ido produciendo modificaciones en los horarios de los trabajadores. La empresa de seguridad modifica unilateralmente los horarios de los trabajadores. Consideración carácter sustancial de la modificación horaria.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando que las modificaciones de horarios contenidos en el Acta de infracción y en demanda suponen una modificación sustancial de condiciones impuestas por la empresa demandada.

**SALA:** Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. Las variaciones horarias que experimentan los trabajadores de la empresa demandada en su actividad laboral son inherentes a la prestación de sus servicios. No pueden considerarse como sustanciales sino accesorios los cambios horarios acaecidos. Los trabajadores afectados no tienen un horario laboral fijo ni siquiera dentro de un mismo mes.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Siete de los de Alicante que estima la demanda y declara sustancial las modificaciones del horario de trabajo de los trabajadores codemandados contenidas en el Acta de Infracción, interpone recurso de suplicación la empresa codemandada que articula en dos motivos; habiendo sido el recurso impugnado de contrario por la Administración autonómica como se expuso en los antecedentes de hecho.

Al amparo del apartado a del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se introduce el primero de los motivos en el que se imputa a la sentencia del Juzgado la infracción del art. 97.2 de la LPL, del art. 209 de la LEC y del art. 218 del mismo texto legal, “por infracción de las normas reguladoras de la sentencia y falta de congruencia de la misma.”

Dicha falta de congruencia se ha producido según la recurrente por recogerse en el hecho probado quinto que “los cambios de horarios a los trabajadores se producen en todas las ocasiones en que el cliente RENFE modifica los servicios a prestar por la demandada y en Fiestas de Hogueras se repite todos los años.” Cuando en el acta de infracción tan solo se hace referencia a los cambios de horarios de los trabajadores que prestan servicios en la provincia de Alicante en el mes de junio de 08, por lo que entiende la recurrente que se ha producido una ampliación por parte de la sentencia de instancia en cuanto a los hechos que se califican como modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sin que conste por lo demás prueba alguna de la que se pueda obtener la redacción del tenor transcrito.

La censura jurídica expuesta no puede prosperar por cuanto que basta acudir al fallo de la sentencia de instancia para constatar que la calificación como sustancial de las modificaciones de los horarios de los trabajadores codemandados que efectúa la sentencia de instancia se limita a las contenidas en el Acta de Infracción y en la demanda que da lugar al procedimiento de oficio del que derivan las presentes actuaciones, esto es, a las producidas en el mes de junio de 08 por lo que aun siendo cierto que el contenido del hecho probado quinto se refiere a cambios en cuanto a los horarios de trabajo que se repiten anualmente en las Fiestas de Hogueras, dichos cambios no son objeto de calificación por parte de la sentencia del Juzgado, la cual se ajusta a la demanda de oficio sin que quepa apreciar en la misma la incongruencia extra petita que denuncia la recurrente ni tampoco la vulneración de los preceptos denunciados.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso que se formula al amparo del apartado c del art. 191 de la LPL se imputa a la sentencia de instancia la infracción por aplicación indebida del art. 41 b de la Ley del Estatuto de los Trabajadores ya que considera que los cambios puntuales de horario de trabajo de los trabajadores codemandados obedecen a las necesidades de la empresa (RENFE Operadora) que contrata con la mercantil demandada el servicio de vigilancia y obedecen al ius variandi de la misma, resaltando que ninguno de los trabajadores adscritos a la plantilla de Alicante (ni en ninguna otra provincia del país) tiene horario de turnos fijos, siendo el servicio de vigilancia per se un servicio cambiante, con movilidad y que igual pueden estar en los turnos de mañana o tarde que en los grupos móviles.

Como señala nuestro Alto Tribunal (Sala de lo Social), en sentencia de 26 abril 2006, Recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 2076/2005 “el art. 41 ET ( RCL 1995, 997) regula específicamente las «modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo», enumerando en lista abierta [«entre otras», indica el precepto] las condiciones de trabajo que ex lege «tendrán la consideración» sustancial referida. Lista que la STS de 03/04/95 ( RJ 1995, 2905) [rec. 2252/94] califica -en efecto- de «ejemplificativa y no exhaustiva», en criterio que reitera la sentencia de 09/04/01 ( RJ 2001, 5112) [rec. 4166/00], al afirmar que el elenco de posibilidades que en el precepto se contemplan no está limitado a las expresamente tipificadas en su apartado primero. De esta forma es claro que la lista no comprende todas las modificaciones que son -pueden ser, según veremos- sustanciales, pero también ha de afirmarse tampoco atribuye carácter sustancial a toda modificación que afecte a las materias expresamente listadas. Y decíamos que las alteraciones en las materias enumeradas no necesariamente son sustanciales, sino que tan sólo «pueden» serlo, porque es unánime criterio de este Tribunal el de que la aplicación del art. 41 ET no está «referida al hecho de que la condición sea sustancial, sino a la exigencia de que sea sustancial la propia modificación» (así, Sentencia 09/04/01 -rec. 4166/00-). Con lo que podemos concluir, utilizando expresión del todo gráfica, que ni están todas las que son ni son todas las que están.”

Por otra parte, continúa esta misma sentencia indicando que “si el tema objeto de debate se enfoca atendiendo a la perspectiva conceptual y propia noción de «modificación sustancial». Y aunque en la aproximación a este concepto jurídico indeterminado haya de partirse de la base que proporciona el DRAE, definiendo como sustancial lo que «constituye lo esencial y más importante de algo», y como accidental lo «no esencial», lo cierto es que los contornos difusos de tales descripciones han llevado a destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de «modificación sustancial» y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo, sosteniéndose al efecto por autorizada doctrina que es sustancial la variación que conjugando su intensidad y la materia sobre la que verse, sea realmente o potencialmente dañosa para el trabajador; o lo que es igual, para calificar la sustancialidad de una concreta modificación habrá de ponderarse no solamente la materia sobre la que incida, sino también sus características, y ello desde la triple perspectiva de su importancia cualitativa, de su alcance temporal e incluso de las eventuales compensaciones.

En esta línea se orientan las SSTs 22/09/03 ( RJ 2003, 7308) -rec. 122/02- y 10/10/05 ( RJ 2005, 7877) -rec. 183/04- cuando recuerdan que la sentencia de 03/04/95 ( RJ 1995, 2905) -rec. 2252/94- declaraba la necesidad de que las modificaciones, para ser sustanciales, habían de producir perjuicios al trabajador; y cuando refieren que la sentencia de 11/11/97 ( RJ 1997, 9163) -rec. 1281/97- invocaba sus precedentes de 17/07/86 ( RJ 1986, 4181) y 03/12/87 ( RJ 1987, 8822) y afirmaba con ellos que «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 [en el mismo sentido, la Sentencia de 22/06/98 ( RJ 1998, 5703) -rec. 4539/97-], 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»; doctrina que reitera la más reciente sentencia de 15/11/05 ( RJ 2005, 10053) [rec. 42/05]. Y asimismo se indicada en la precitada Sentencia de 22/09/03 ( RJ 2003, 7308) [rec. 122/02] que para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta el contexto convencional e individual, la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados, por lo que -como ya había sostenido la STCT de 17/03/86- «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».

En el caso que nos ocupa y conforme resulta del inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia los trabajadores codemandados que prestan servicios de vigilancia y seguridad en el transporte de viajeros por tren en la provincia de Alicante por cuenta y orden de la mercantil codemandada, S.I.S. S.A., no tienen un horario fijo de trabajo, sino que la indicada empresa programa los servicios de seguridad que se solicitan para los trenes por parte de su cliente RENFE Operadora y establece los diferentes turnos de trabajo y horarios de los trabajadores previamente al inicio de cada mes, sin que conste que los mismos tengan asignado dentro de dicha programación mensual un turno fijo de mañana o de tarde, pudiendo además estar encuadrados en los grupos móviles. Con estos antecedentes, se ha de hacer mención que el 28/05/08 se establecieron los turnos y horarios para los trabajadores de la demandada en RENFE con efectos de 1/06/08, siguiendo las instrucciones de RENFE dadas el 26/05/08. Con fecha 29/05/08 se remitió a la demandada por RENFE modificación operativa especial para las Fiestas de las Hogueras de San Juan en Alicante. Con fecha 5/06/08 se produjo otra modificación por festividad del día de la Región de Murcia. Con fecha 11/06/08 se modificó de nuevo por cambio previsión para Águilas y Murcia acompañamiento de trenes. Hubo otra modificación el 17/06/08, variación en el turno de 12

horas, por solicitud del departamento de cercanías de que se hicieran controles a las 19 horas. Y otra modificación recibida el 19/06/08. Como consecuencia de estos cambios, los horarios de los trabajadores en el mes de junio de 2008 se modificaron desde finales de mayo al 20/06/08 en cinco ocasiones, sin antelación en la comunicación a los empleados, y lo que se ha de discernir es si dichos cambios constituyen o no una modificación sustancial en las condiciones de trabajo de dichos trabajadores, respuesta que según esta Sala ha de ser negativa ya que al no tener los trabajadores afectados por los indicados cambios, un horario laboral fijo ni siquiera dentro de un mismo mes, las variaciones que en los horarios laborales inicialmente asignados a dichos trabajadores acuerda de la empresa codemandada se han de considerar en todo caso como modificaciones accesorias y no sustanciales de sus condiciones de trabajo, ya que aun admitiendo las molestias que pueda suponer para los trabajadores afectados las sucesivas variaciones de su cambiante horario laboral, dichas variaciones son inherentes a la dinámica de la prestación de los servicios de vigilancia y seguridad que requiere la cliente de la demandada, RENFE Operadora, y que se lleva a cabo por los susodichos trabajadores y algo que obedece a la propia esencia del servicio prestado no puede considerarse como modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los operarios que prestan ese servicio, pues sería absurdo, de ahí que proceda la revocación de la sentencia de instancia y la consiguiente desestimación de la demanda, con la absolución de la empresa demandada.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa SIS, S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Siete de los de Valencia y su provincia, de fecha 22 de diciembre de 2009, en virtud de demanda presentada de oficio a instancia de la Dirección Territorial de Empleo y Trabajo de la Consejería de Economía, Ocupación y Trabajo de la Generalidad Valenciana, siendo parte los trabajadores: I.N.B. y OTROS OCHO; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda, absolvemos a la recurrente de las pretensiones deducidas contra ella.

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

## 1341

**SENTENCIA núm. 1.949, de 22 de junio de 2010**

**MATERIA:** Rescisión de contrato. Trabajadora al servicio de empresa demandada con funciones administrativas. La actora recibe las nóminas con varios meses de retraso. Posteriormente, la empresa le presenta un pagaré con el finiquito y otros conceptos, decidiendo extinguir su relación laboral por reducción de ventas y ajuste de plantilla. Extinción relación laboral por voluntad de la actora y despido por causas objetivas.

**JUZGADO:** Declara la falta de acción de la trabajadora para solicitar la acción extintiva y desestimando la demanda impugnatoria del despido, declara la procedencia del despido de la demandante, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra, sin derecho a mayor indemnización ni salarios de trámite a favor de la demandada.

**SALA:** Estima el recurso revocando la sentencia de instancia a efectos de que el Juzgado de procedencia se pronuncie sobre las dos acciones ejercitadas, comenzando por la de extinción del contrato a instancias del trabajador y a continuación la de despido, teniendo en cuenta la influencia que en esta última deba tener la solución que hubiera sido adoptada en aquélla.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En seis motivos se estructura el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Quince de los de Valencia que declara la falta de acción de la demandante para solicitar la extinción del contrato de trabajo y desestima la demanda sobre despido por causas objetivas, declarando el mismo procedente; habiendo sido impugnado el recurso de contrario conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primer motivo del recurso se formula al amparo del apartado a del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y en él se denuncia la infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 24.1 de la Constitución Española, en cuanto al derecho a la tutela judicial efectiva, en el ejercicio de los derechos. Solicita la defensa de la recurrente la nulidad de la sentencia por haber tenido en cuenta para resolver sobre la calificación del despido objetivo de la demandante, hechos que no habían sido alegados en la carta de despido, como es la existencia de pérdidas, habiéndose hecho constar por la parte actora en el acta del juicio que la carta no hacía referencia a las pérdidas ni las concretaba y por lo tanto dichos hechos no podían ser objeto de alegación ni de prueba, ni debieron recogerse en la sentencia, a fin de no causar indefensión a la demandante.

El motivo no puede prosperar porque en la carta de despido se alude a que la empresa atraviesa actualmente una difícil y complicada situación, debido a la reducción en la cantidad e importe de los pedidos de sus clientes, como resultado de la grave situación de crisis económica que afecta a todos los países incluida España, por lo que es indudable que se está aludiendo a una mala situación económica de la empresa lo que en términos contables se traduce en pérdidas aunque nominalmente no se mencione las mismas ni se cuantifiquen, de ahí que su constatación por la sentencia de instancia sea congruente con las causas del despido objetivo que se aluden en la comunicación del mismo y no se ocasione indefensión alguna a la demandante. Pero es que además la sentencia no solo ha tenido en cuenta la mala situación económica de la empresa sino que ha valorado también la disminución de las ventas que se aduce en la carta de despido y de la que deriva en definitiva la situación de crisis de la empresa, por lo que se ha ajustado a lo establecido en el art. 97.2 de la LPL y en el art. 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo que determina como ya se adelantó la desestimación del motivo ahora examinado.

SEGUNDO.- Los dos siguientes motivos se incardinan en el apartado b del art. 191 de la LPL y persiguen la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia. La primera modificación atañe al hecho probado tercero para que se incluya al principio, lo siguiente: “Que mediante comunicación escrita de fecha 16 de noviembre de 2009, y con efectos de 16 de diciembre de 2009, de la que se entregó copia al Delegado de Personal..., la demandada despidió a la trabajadora...,”

La redacción solicitada se sustenta en los documentos obrantes a los folios 45 (en realidad se refiere al 46) y 71, que son la carta de despido y la misma ha de prosperar por desprenderse de los indicados documentos y ser relevante al distinguir entre la fecha de comunicación del despido y la fecha de efectos del despido, que no son la misma como erróneamente recoge la sentencia de instancia, siendo relevante además la modificación postulada para dilucidar si la parte actora tiene acción para instar la resolución de su contrato de trabajo por incumplimiento empresarial.

La siguiente modificación atañe al hecho probado quinto a efectos de que se agregue al primer párrafo del mismo el siguiente texto: “En la solicitud de Regulación de empleo se hace constar como objetivo primordial NO EXTINGUIR DEFINITIVAMENTE NINGÚN PUESTO DE TRABAJO.”

Dicha modificación se apoya en el documento obrante al folio 65 que es la solicitud de la Regulación de empleo de marzo de 2009 y la misma ha de ser acogida por desprenderse del indicado documento y ser relevante para la argumentación que posteriormente efectúa la defensa de la recurrente en uno de los motivos destinados a la censura jurídica.

TERCERO.- En el primero de los motivos formulados por el cauce del apartado c del art. 191 de la LPL se alega la infracción del art. 50.1 b del Estatuto de los Trabajadores en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias del 22 de diciembre de 2008, RCUd N° 294/2008, RJ 2009/1434, la del 29-XII-1994, RJ 1994/1052 y la del 7-12-2009, n.º de recurso 210/2009, citando asimismo diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que pese a su indudable carácter ilustrativo no constituyen jurisprudencia, como se desprende de lo establecido en el art. 1.6 del Código Civil.

Razona la defensa de la recurrente que el contrato de trabajo permanece vivo mientras el despido no se hace efectivo y dado que la demanda de conciliación pidiendo la extinción del contrato se presentó el 4 de diciembre de 2009 y el despido no se hizo efectivo hasta el 16 de diciembre de 2009, cuando se demanda la extinción del

contrato por incumplimiento de la empresa, el vínculo laboral permanecía vivo y por ello no debió estimarse la falta de acción en la sentencia recurrida.

Como señala la sentencia nº 136 del Tribunal Supremo de fecha 5 de Febrero de 1990 ( ROJ: STS 17071/1990) ... “en principio, la existencia de un despido, con la subsiguiente sustanciación del correspondiente proceso de despido, simultáneo o concurrente con un pleito de resolución del contrato de trabajo fundada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, no puede impedir la tramitación de este litigio de resolución de contrato, ni que la sentencia que en él se dicte decida sobre tal resolución de acuerdo con lo que dispone este artículo 50, pues esta regla o conclusión se deduce del artículo 24-1 de la Constitución española, del artículo 11-3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; ahora bien, la existencia de un despido concurrente puede impedir que el artículo 50 se aplique para resolver la resolución contractual instada en determinados casos, siempre que concurren claras y fundadas razones para ello (cosa que aquí no sucede), principalmente en aquellos supuestos en que el despido produce la consecuencia de la carencia o falta de acción en el proceso sobre extinción del contrato basada en el repetido artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores.”

En el presente caso no se aprecia, de ningún modo, que existan claras y fundadas razones que impidan que la resolución contractual de autos pueda ser examinada y decidida a la luz del artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores, siendo evidente que no puede hablarse aquí, en absoluto, de falta de acción, con lo que se pone de relieve que la sentencia de instancia ha infringido los artículos 50-1 y 54-1 de esta ley al apreciar la falta de acción de la demandante para instar la resolución del contrato de trabajo por incumplimiento empresarial. A este respecto, se ha de destacar, que el despido de que fue objeto la actora por parte de la empresa demandada tuvo efectos después de que se hubiese presentado la papeleta de conciliación previa a la interposición de la demanda origen de esta litis, pues, según los datos obrantes en autos, dicho despido tuvo efectos el 16 de diciembre de 2009, y la citada papeleta de conciliación se presentó el día 4 de diciembre de 2009, sin que pueda tener incidencia alguna aquí el hecho de que la comunicación del despido se produjese el 16 de noviembre de 2009, dado que, a pesar de todo, tal despido no tuvo lugar hasta que se hizo efectivo, esto es, el 16 de diciembre de 2009.

Ahora bien la indebida apreciación de la falta de acción por parte de la sentencia de instancia, no puede determinar un pronunciamiento de la Sala sobre la misma como pretende la defensa de la recurrente al deducir el presente motivo sino la devolución de los autos al Juzgado de procedencia a fin de que se pronuncie sobre la meritada acción que ha quedado imprejuzgada en la instancia, siendo dicha consecuencia la que se insta con carácter principal por la defensa de la recurrente en el suplico del recurso y la que propugna nuestro Alto Tribunal cuando una de las acciones acumuladas en virtud del art. 32 de la LPL no ha sido resuelta (Véase STS de 10-7-2007, recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 604/2006), lo contrario supondría privar a las partes del recurso de suplicación respecto a la indicada acción, al actuar la Sala como órgano de instancia sobre el conocimiento de la referida pretensión.

La estimación de la censura jurídica expuesta exime de entrar a examinar el resto de los motivos cuyo objeto es el examen del derecho aplicado por la sentencia de instancia y determina la estimación del recurso y la revocación de aquella, remitiendo las actuaciones al Juzgado de procedencia para que se resuelvan las dos pretensiones ejercitadas, comenzando por la primeramente formulada desde el punto de vista cronológico y a continuación la de despido, teniendo en cuenta la influencia que en ésta última deba tener la solución que hubiera sido adoptada en aquélla.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la demandante D.<sup>a</sup> S.R.R. contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Quince de los de Valencia de fecha 15 de febrero de 2010 y revocamos la misma, remitiendo las actuaciones al Juzgado de procedencia para que se pronuncie sobre las dos acciones ejercitadas, comenzando por la de extinción del contrato a instancias del trabajador y a continuación la de despido, teniendo en cuenta la influencia que en esta última deba tener la solución que hubiera sido adoptada en aquélla.

1342

**SENTENCIA núm. 1.965, de 24 de junio de 2010**

**MATERIA:** Despido: Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Trabajador que presta servicio para empresa demandada. Esta empresa ha realizado diferentes EREs alegando causas económicas. Existe otra mercantil con el mismo domicilio social, misma infraestructura y misma actividad que la empresa demandada donde los trabajadores han desarrollado su actividad. En esta mercantil no se ha producido ningún ERE.

**JUZGADO:** Estima la excepción de caducidad de la acción de despido planteada por la empresa codemandada y estima la demanda del actor contra la otra empresa codemandada, declarando procedente el despido y convalidando la extinción del contrato que aquella produjo.

**SALA:** Estima en parte el recurso de la parte demandante en primera instancia, desestimando la excepción de caducidad de la acción de despido, confirmando la sentencia de instancia respecto al resto de los pronunciamientos.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Mediavilla Cruz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la excepción de caducidad de la acción de despido opuesta por la mercantil codemandada D.K., S.L., y respecto de la empresa P.G. S.L., convalida la decisión extintiva por causas objetivas, condenado, en consecuencia, a ésta al abono al actor de la cantidad de 16.257,10 € en concepto de indemnización, así como a la cantidad de 88,1 € por los 2 días de preaviso que no respetó la empresa condenada.

Contra este pronunciamiento, recurre en suplicación la parte actora, estructurando formalmente el recurso en ocho motivos; siendo que los cinco primeros, se redactan al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicitándose, correlativamente las siguientes modificaciones del factum que contiene la sentencia impugnada: 1) la adición de un párrafo al hecho probado segundo, cuyo texto literal propuesto, obra en el recurso, a fin de que, en definitiva, se haga constar que no se ha acreditado la falta de liquidez de la empresa, lo que determina la nulidad del despido conforme a los preceptos sustantivos y procesales que refiere. El motivo se rechaza toda vez que se propone la adición de un hecho negativo, así como que se incluya un efecto o consecuencia jurídica, lo que no puede admitirse en sede suplicacional, pues resulta extraño al relato histórico de una sentencia y queda vedado la redacción de un hecho negativo. 2) La adición de un párrafo al hecho probado tercero, cuyo texto literal ofrecido, obra en el recurso. Pretende, en resumen, que se haga constar una serie de manifestaciones que contiene el Acta de Inspección de Trabajo, que indica como documento revisor (folios 183 a 195), así como, que se diga que la mercantil no ha adoptado ninguna medida como la reducción de capital ampliación de reservas o solicitado el concurso. Tampoco puede admitirse esta revisión, pues o resulta mera afirmaciones voluntaristas carente o huérfanas de apoyo documental o pericial, o simplemente se trata de una redundancia o reiteración pues ya consta en el citado ordinal tercero que la autoridad administrativa se denegó la autorización de extinción de contratos de trabajo, donde consta el informe desfavorable de la Inspección de Trabajo. 3) También se solicita otra adición, esta vez al hecho probado cuarto del siguiente párrafo: “No obstante el resultado de las cuentas “oficiales” de pérdidas y ganancias la empresa demandada abona a los trabajadores cantidades “en mano”, sin que las mismas contasen en las nóminas ni en documento alguno, pagos como las horas extraordinarias, motivos por el cual, y habiéndose impugnado las cuentas oficiales de la empresa demandada, el valor real de las mismas queda en entredicho por dichas circunstancias, no siendo por tanto éstas fiel reflejo de la situación real y actual de la citada empresa P.G., S.L.” Como tal redacción está basada en declaraciones de los testigos que depusieron en el actor del juicio la misma no puede admitirse al ser la prueba testifical documento inhábil para la revisión fáctica (art. 191 b y 194 de la LPL). 4) El recurrente interesa asimismo la modificación del último párrafo del hecho probado décimo para que al texto obrante: “En fecha 31-10-08 vendió 2 urbanas sitas en F.: nave industrial en la c X. nº 12, pta 3 y 5, por importe de 1.077.024€”, se añada lo siguiente: “si bien, de la suma de los talones adjuntados al ramo de prueba de la demandada, el importe real asciende a un total de 1.249.347,84”. No se acepta la misma por ser una modificación irrelevante para alterar el sentido del fallo. 5) Por último, se pide la adición del siguiente párrafo al hecho probado vigésimo segundo: “Ambas empresas que per-

tenecen al Grupo de Empresas G, tenían catálogos distintos, si bien, en los mismos, se publicitan algunos productos idénticos si bien con distinta referencia, como puede verse en los folios 60 a 61 y 83 a 85 del ramo de prueba de la parte actora. Asimismo, los domicilios de ambas empresas (centros de trabajo) eran los mismos (Crta. Nacional 332, Km 245 de F.) tal y como constan en el reverso de los catálogos de ambas empresas, todo ello sin perjuicio del domicilio social que conste inscrito en el registro mercantil”. La adición solicitada debe quedar desestimada ya que, además de ser reiterativa en algunos extremos y de basarse en documental ya valorada por el órgano judicial de la instancia, lo que la misma denota es el intento de superponer la valoración propia de la parte a la efectuada por el juzgador a quo (art. 97.2 LPL). Recuérdese que para el éxito de la revisión es necesario que la misma se deduzca directamente de los solos documentos alegados sin necesidad de interpretaciones (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 sobre la ineficacia de los razonamientos e interpretaciones de los documentos y pruebas), lo que no sucede en este caso.

SEGUNDO.- A continuación en el motivo sexto, ya articulado por el cauce procesal previsto en el apartado c) del artículo 191 LPL se denuncia la infracción del artículo 64.2 B) LPL, combatiéndose, en esencia, la estimación en la instancia de la caducidad de la acción de despido opuesta por la mercantil D.K. SL. El motivo debe aceptarse. Es cierto como consta en el hecho probado decimotercero que algunos trabajadores (no el actor) en fecha 05.10.08 presentaron escrito ante la Inspección de Trabajo donde hicieron constar, en su alegación sexta que existía otra empresa independiente donde han prestado sus servicios en multitud de ocasiones, refiriéndose a esta empresa; ahora bien, ello no es suficiente para que pueda considerarse que la excepción debe prosperar, en tanto que la demanda en su momento se dirigió únicamente contra la empresa empleadora, y procesalmente se puede ampliar la demanda, sin que sea necesaria la previa conciliación –ex. Art. 64.2 b) LPL-.

TERCERO.- En el penúltimo motivo, también destinado al derecho aplicado –ex, Art. 191 c) LPL- se denuncia en primer lugar la infracción del art. 122.2b) de la LPL por no haber puesto a disposición de los trabajadores la indemnización correspondiente; infracción legal por interpretación errónea del art. 52 y 56.2 de ET en relación con la violación del art. 53.1.b, 2 y 4 del mismo texto legal y en relación con la aplicación indebida del art. 122.1 y 3 de la LPL y violación del mismo precepto en su apartado 2.a) y b). Subsidiariamente la infracción legal, por interpretación errónea del art. 52.c) del ET en relación con la aplicación indebida del art. 122.1 párrafo primero de la LPL y violación del párrafo segundo del mismo precepto y de la Jurisprudencia que identifica.

Debemos analizar en primer lugar el tema de la no puesta a disposición del trabajador simultáneamente a la comunicación escrita de la indemnización legal de veinte días por año de servicio, lo que para el recurrente determina la nulidad de la medida tomada ya que en la fecha en que se comunica el despido a los trabajadores la empresa si tenía liquidez, tratándose de un requisito formal y autónomo.

Pues bien, por lo que afecta a la falta de puesta a disposición de la indemnización, tenemos que el propio art. 53.1 del ET en su apdo. b) obliga al empresario a poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades. Cierto es que el propio precepto exime de cumplir esta obligación cuando, como ha ocurrido en este caso, la decisión extintiva se funde en el art. 52.c), se alegue causa económica, y como consecuencia de ella no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización legal, haciéndolo constar en la comunicación escrita. Pero también lo es que en los casos como el presente, en que no se pone a disposición del trabajador despedido la indemnización, haciendo uso de la citada previsión legal, la doctrina judicial (en este sentido sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de 19-12-2001) y jurisprudencial (STS de 13 de octubre de 2005) viene exigiendo que las circunstancias que lleven a tal determinación sean objeto en el proceso de una alegación y prueba autónoma y distinta de la que se practique para acreditar la justificación y razonabilidad de la decisión extintiva, pues la propia norma instituye la excepción como una previsión distinta de las causas de despido, y su incumplimiento es causa de nulidad según determina el art. 122.2.b) de la Ley de Procedimiento laboral, mientras que la falta de causa, de haberse cumplido los formalismos legales, daría lugar a la declaración de improcedencia.

Y en el presente caso la empresa ha probado en el proceso una momentánea falta de liquidez ya que, a tenor de lo dispuesto en el hecho probado noveno, los saldos de las cuentas bancarias de la empresa demandada P.G. SL, eran los siguientes: en la cuenta del Banco X, a fecha 21-4-09 saldo de -152.773,44; a fecha 29-6-09 saldo de -151.566,75. En la cuenta del Banco X, el saldo era a fecha 1-6-09 de 447,96€. En la cuenta del Banco XX el saldo era a fecha 1-6-09 de -15.881,60€. Entendemos que con estos datos (tres saldos negativos y uno de escasa cuantía) queda acreditada la falta momentánea de liquidez, sin que del relato fáctico podamos inferir la existencia de otras cuentas bancarias u otros elementos que nos permitan deducir la existencia de solvencia a efectos del pago de las indemnizaciones, por lo que la petición de nulidad ha de ser desestimada.

CUARTO.- En el motivo octavo y último del recurso la parte recurrente denuncia la infracción del art. 52.c) del ET en relación con el art. 51.1 del ET y la Jurisprudencia que lo desarrolla. Alega que la empresa, si bien aporta una contabilidad negativa, con resultados que viene arrastrando (según la empresa) desde el año 2002, lo cierto es que posee patrimonio consistente en 11 inmuebles en F. y mantiene la empresa con actividad sin que conste se haya efectuado acción alguna tendente a declarar en quiebra o concurso a la empresa demandada, ni se haya hecho ampliación de capital. También indica que resulta sorprendente que en 2006 y 2008 se reinvertiera supuestamente el importe de la venta de las 4 naves a gastos financieros y la empresa continúe teniendo resultados negativos, todo lo cual debe determinar la estimación del recurso y del motivo.

El artículo 52-c) del Estatuto de los Trabajadores establece que: “El contrato podrá extinguirse: c) Cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, por alguna de las causas previstas en el artículo 51-1 de esta Ley y en número inferior al establecido en el mismo. A tal efecto, el empresario acreditará la decisión extintiva en causas económicas, con el fin de contribuir a la superación de situaciones económicas negativas, o en causas técnicas, organizativas o de producción, para superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado o por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos”. En la aplicación de dicho precepto la doctrina ha apreciado la concurrencia de causas económicas cuando se producen pérdidas (STS 23 diciembre 1987), o una mala evolución de los beneficios, atendidas otras circunstancias (STS de 14 de julio de 2003) o una importante reducción de la actividad (STS 30 diciembre 1987 y 3 marzo 2003), entre otras.

Centrándonos en el presente caso, ante todo debemos decir que la Sala se encuentra vinculada al relato de hechos probados de la sentencia de instancia, el cual ha quedado inmodificado. De lo dispuesto en el mismo y en especial de lo obrante al hecho probado cuarto, que refleja la cuenta de pérdidas y ganancias conforme al Impuesto de Sociedades, se aprecia la existencia de unas pérdidas, de distribución irregular pero pese a ello importantes, minoradas en los ejercicios 2006 y 2008 debido a la imputación de los resultados extraordinarios derivados de la venta de activos. Se aprecia asimismo un incremento de los gastos de personal que de mantenerse puede hacer inviable cambiar el signo de la cuenta de resultados, así como un descenso de las ventas, circunstancias todas ellas que justifican la medida extintiva tomada, por lo que procede la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso de suplicación interpuesto. (En este mismo sentido, se ha pronunciado esta Sala con relación a los despidos objetivos de 7 trabajadores de la misma empresa en sentencia de 23 de marzo de 2010).

QUINTO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, 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**

---

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. F.E.C.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia y su provincia, de fecha 16 de noviembre de 2009, y en su consecuencia, la revocamos, en el sentido de desestimar la excepción de caducidad invocada por la empresa D.K., SL., confirmando íntegramente el resto de pronunciamientos que contiene la sentencia recurrida. Sin costas.



1343

**SENTENCIA núm. 1.978, de 24 de junio de 2010**

**MATERIA:** Procedimiento de oficio: interés individual. Trabajador sin permiso de trabajo por cuenta ajena que solicita el alta en el RETA para efectuar pequeños trabajos de albañilería. Desde la fecha del alta, el actor trabaja para empresa codemandada sin contrato de arrendamiento de servicios. Cobra según hora trabajada extendiéndole la empresa cheque mensual. La empresa recibe acta de infracción por falta de alta y cotización en el RGSS, al considerar la naturaleza laboral de la relación laboral.

**JUZGADO:** Estima la demanda de procedimiento de oficio declarando que la relación del trabajador con la empresa demandada es de naturaleza laboral.

**SALA:** Desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia. Se dan las notas de dependencia, ajenidad y laboralidad propias de una relación de carácter laboral y no mercantil.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación parte de la empresa V.N.C.M. S.L recurso de suplicación contra la sentencia dictada el día cinco de mayo de 2.009 del Juzgado de lo Social número 16 de los de Valencia en la que estimándose la demanda de procedimiento de oficio interpuesta en virtud de comunicación de la ITSS se declaró que la relación que vincula a la demandada con el Sr. N.B. es de naturaleza laboral. El recurso interpuesto que se articula en un único motivo residenciado en el apartado c) del art. 191 LPL en el que se denuncia de infracción de los arts. 1 y 8.1 E.T y 385 de la LEC, y se pretende sea revocada la resolución de instancia y desestimada la demanda interpuesta. El recurso ha sido objeto de impugnación por parte del Abogado del Estado.

2. La sentencia de instancia procedió a estimar la demanda de oficio con fundamento en los siguientes hechos que han sido declarados acreditados en el no combatido en forma relato histórico de la resolución recurrida los siguientes: que el Sr. N.B., rumano y carente de permiso de trabajo por cuenta ajena solicitó ser dado de alta en el RETA en noviembre de 2.007 para pequeños trabajos de albañilería, habiendo trabajado desde su alta únicamente para la recurrente sin firma de contrato escrito de arrendamiento de servicios y pagándole ésta a aquel 9,50 euros la hora, facturando mediante horas trabajadas que se abonaban mensualmente por cheque, realizando los trabajos que le encomendaba el encargado de la empresa, con material de esta, si bien el trabajador utilizaba sus propias herramientas de trabajo, careciendo éste de vehículo propio, desempeñando sus trabajo entre las 8 y las 16:00 o 17:00 horas diariamente; el trabajador en el acto del juicio declaró que si no iba a trabajar no pasaba nada, no recordando si esa situación llegó a producirse, así como que podía trabajar 3 o 4 horas y marcharse; el trabajador carece de organización propia ni de trabajadores a su cargo.

3. En el único motivo del recurso el recurrente considera que la sentencia infringe los preceptos arriba señalados considerando que de los hechos arriba señalados no concurren indicios suficientes para que opere la presunción de laboralidad contenida en el art. 8.1 E.T, siendo la relación que une a las partes de carácter mercantil, y a fin de dar respuesta al motivo hemos de señalar que a la hora de examinar las notas características del contrato de trabajo, en concreto es doctrina del TS expuesta en la Sentencia resolutoria del RCU 4619/2.008 de 7-10-2009, con cita de otras anteriores de 12 de febrero de 2008 (Rec. 5018/2005) y de 27 de noviembre de 2007 la siguiente:

"1) La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto (SSTS, entre otras muchas, 11-12-1989 y 29-12-1999).

2) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente" (STS 7-6-1986): en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta aje-

na a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

3) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación; de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra; estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

4) Los indicios comunes de dependencia más habituales en la doctrina jurisprudencial son seguramente la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; también se utilizan como hechos indiciarios de dependencia, entre otros, el desempeño personal del trabajo (STS 23-10-1989), compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones (STS 20-9-1995), la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad (SSTS 8-10-1992 y 22-4-1996), y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados (STS 31-3-1997), la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender (STS 15-4-1990 y 29-12-1999), el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo (STS 20-9-1995), y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (STS 23-10-1989)".

4. A la vista de los hechos referenciados y de la doctrina expuesta, con facilidad se puede anticipar que el motivo habrá de correr suerte desestimatoria ya que: a) son patentes los indicios de la nota de dependencia ya que la misma cabe inferirla de la ausencia de cualquier atisbo de organización productiva propia por parte del trabajador, la prestación de los servicios con normalidad en unas mismas horas al día, el desempeño personal del trabajo, así como la utilización para ejecutar el mismo de material puesto a disposición por parte de la recurrente, quien por otro cabe inferir que determinaba los trabajos a desempeñar; b) por otro lado, como indicios de ajenidad, resulta claro que el trabajador recibía mensualmente su retribución en función de las horas trabajadas, lo cual es una forma admitida de fijación del salario ( por unidad de tiempo, art. 26.3 E.T), sin que conste que el trabajador asumiese en modo alguno el riesgo y ventura de su propia actividad y c) igualmente, debe reseñarse que la ausencia de permiso de trabajo por cuenta ajena por parte del trabajador, ha de operar como un nuevo indicio de laboralidad, ya que actuaría a modo de acicate para las partes, para tratar de dar a su relación una apariencia formal distinta a la del contrato de trabajo, esto es, a ocultar el mismo bajo una relación civil o mercantil, de ahí que el trabajador estuviese dado de alta en el RETA o que facturase IVA.

SEGUNDO.-1. Por todo lo anterior no procede sino la desestimación del recurso interpuesto, confirmando en sus propios términos la sentencia recurrida.

2. Con arreglo al art. 202.4 LPL procede decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir.

3. Procede imponer al recurrente el pago de las costas dimanantes de su recurso, conforme al apartado 1 del art. 233 LPL, fijando los honorarios del Abogado del estado al efecto en 300 euros.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

## FALLO

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por V.N.C.M. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 16 de los de VALENCIA en sus autos núm. 760/2.008 en fecha 5-5-2.009, procedemos a CONFIRMAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la recurrente al abono de las costas, fijando en 300 euros los honorarios del letrado impugnante.

1344

**SENTENCIA** núm. 1.980, de 24 de junio de 2010

**MATERIA:** Reconocimiento de derecho: Reclamación de antigüedad. Trabajador al servicio de empresa ferroviaria. Discrepancia de fechas en el cálculo de la antigüedad a efectos personales y de concurso. El trabajador expone que debe contarse su antigüedad desde el momento que ingresa como soldado voluntario en prácticas. Aplicación del XX convenio colectivo del RENFE.

**JUZGADO:** Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Con carácter previo desestima la excepción de cosa juzgada alegada por la empresa demandada.

**SALA:** Estima en parte el recurso, reconociendo la fecha de antigüedad solicitada por el actor en cuanto a efectos personales, confirmando la fecha de antigüedad frente a terceros.

**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Luisa Mediavilla Cruz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda de la parte actora, se alza ésta por medio del presente recurso en el que, con base en la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia la infracción del artículo 20 del X Convenio Colectivo de RENFE. Antes de seguir dejemos establecido el tenor literal de la norma.

Artículo 20. Agentes procedentes de Militares en Prácticas. Se considerara como fecha de antigüedad en la Red la fecha de incorporación a la Agrupación de Movilización y Prácticas de Ferrocarriles o al Regimiento de Zapadores Ferroviarios, salvo en lo establecido en el párrafo siguiente.

A efectos de concursos y cualesquiera otros derechos que hayan de resolverse y adjudicarse en concurrencia con terceros, el reconocimiento de antigüedad en la Red sólo comprenderá un periodo de dos años anterior a la fecha prevista para su incorporación a la Red como agentes civiles.

La aplicación al caso de esta norma es indudable, si se tiene en cuenta que, como destaca la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2005: “el artículo 20 del X Convenio Colectivo de RENFE (B.O.E. de 26-9-93) que contiene una regulación de la antigüedad en la Red, novedosa y diferente de la anterior (y que a su vez difiere de la antigüedad en la categoría, que regula en los artículos 25 a 27)”.

Atendida esa norma debe estarse al juego de las varias fechas para percatarse de la aplicación de la misma. El actor, según los hechos probados no impugnados:

- 1) Ingresó en la Red como agente civil el 15-03-88.
- 2) Ingresó en el regimiento de zapadores el 15-07-84.
- 3) Tiene reconocidos en la empresa: 1) Antigüedad en la RED 15-03-85 y 2) Para terceros el 15-03-86.
- 4) El actor pide: 1) Antigüedad en la empresa el 15-07-84 y 2) Frente a terceros el 15-09-85.

Con estos datos y aplicando el dicho artículo resulta que:

a) En lo que se refiere a los efectos para terceros si el ingreso como agente civil se produjo el 15-03-88, debe estarse a dos años antes, es decir al 15-03-86. Y esa es la fecha que tiene reconocida por la empresa según los hechos probados. Esto supone que la petición del actor en este extremo debe ser desestimada, pues está pidiendo algo contrario a la norma que afirma su dirección procesal que es la que debe aplicarse, como ocurre en efecto.

b) Pero respecto de la antigüedad en la empresa la situación es diferente, pues si el actor ingreso en zapadores el 15-07-84 a esa fecha debe estarse a los efectos de la antigüedad. (En este mismo sentencia, esta Sala en sentencias firmes de 5 de marzo de 2009 y resolutorias de los recursos de suplicación nº 449/08, 647/08 y 386/09).

## FALLO

Que debemos estimar y estimamos en parte el recurso formulado por la representación procesal de Don J:A.M.R. contra la sentencia de 10 de marzo de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 7 de los de Alicante y, consiguientemente, que debemos estimar en parte la demanda declarando que la fecha de la antigüedad del actor, no para terceros, es la de 15 de julio de 1984.

1345

**SENTENCIA núm. 1990, de 24 de junio de 2010**

**MATERIA:** Incapacidad. Lesiones permanentes no invalidantes: Hipoacusia. Reconocimiento indemnización. Cumplimiento condiciones que dan derecho a la indemnización. **JUZGADO:** Desestima la demanda, absolviendo al instituto demandado de la pretensión deducida en su contra. No procede indemnización.

**SALA:** Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. El menoscabo auditivo que padece el actor se encuentra comprendido dentro de los baremos que dan lugar a la indemnización solicitada. Además, el actor ha acreditado pruebas de medición de ruido, aportando que en su puesto de trabajo existía una exposición elevada. No existe otra prueba de la que pueda derivarse el carácter no profesional de la hipoacusia padecida por el actor que dé derecho a la no indemnización.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Recurre la parte actora la sentencia de instancia en la que a pesar de reconocer que el actor tiene un menoscabo auditivo superior a 25 decibelios (db) en el oído izquierdo, desestima la pretensión ejercitada tendente a que se le reconozca una indemnización por lesiones permanentes no invalidantes, con base en que la medición auditiva se efectuó dos años antes de la tramitación del expediente administrativo, por lo que se ignora la fecha de medición del ruido ambiental.

2. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL–, la revisión de los hechos probados segundo y tercero de la sentencia recurrida, en los términos que pasamos a examinar:

a) Por lo que respecta al hecho segundo, se pretende que se incorporen al relato fáctico los resultados de las audiometrías practicadas en los meses de diciembre del 2002 y febrero de 2005, que obran a los folios 71 a 73 de las actuaciones. Petición a la que se accede pues así resulta de los documentos citados que se corresponden con los informes médicos elaborados por la Unión de Mutuas, si bien hay que recordar que en la sentencia de instancia no se cuestiona los niveles de deterioro auditivo, sino su procedencia o causa, por lo que tales datos carecerían de relevancia para resolver el debate.

b) La modificación que se pretende para el hecho probado tercero tiene por objeto que se deje constancia de que el nivel de ruido ambiental de 85,2 db fue obtenido en una medición realizada el 29 de mayo de 2006. A lo que también se accede pues así resulta del documento número 4 aportado por la parte actora –folios 77 y 84–.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso se denuncia al amparo del apartado c) del artículo 191 de la LPL, la infracción por la sentencia recurrida de la Orden del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales 1040/2005. Se sostiene por el recurrente que dado que ha quedado acreditado que padece un menoscabo auditivo superior a 25 db en uno de sus oídos, tiene derecho a percibir la indemnización reclamada de 2.020 € correspondiente al baremo 10.

2. Para resolver esta cuestión hemos de comenzar recordando que en la resolución administrativa que desestimó la reclamación previa contra la resolución inicial que denegó el derecho a la indemnización reclamada por el actor, la Entidad Gestora fundó su decisión en dos causas: a) en que la hipoacusia no deriva de accidente de trabajo o enfermedad profesional; y b) en que, en cualquier caso, no tenía entidad suficiente en cuanto a su gravedad para tener derecho a la prestación reclamada. Esta segunda causa de desestimación fue rechazada por la sentencia recurrida en la que se reconoció que de acuerdo con las audiometrías practicadas, el actor padece un menoscabo auditivo superior a los 25 db en su oído izquierdo. Por tanto, desde este punto de vista no existe duda de que se encuentra comprendido en el supuesto contemplado en el baremo 10, pues según una doctrina jurisprudencial reiterada de la que son expresión, por ejemplo, las SSTS de 2 de noviembre de 2005 (rcud 2596/2004) y 4 de octubre de 2006 (recurso 80/2005) la hipoacusia que afecta a zona conversacional se ha de verificar con la media aritmética de los niveles de audición medidos en dbs. de 500, 1000, 2000, y 3000 Hz, y en el presente caso esta media aritmética arroja unos valores superiores a los 25 db en el oído izquierdo del demandante.

3. Y por lo que respecta a la otra causa en que se fundó la Entidad Gestora para desestimar la pretensión ejercitada y que fue acogida por la sentencia recurrida, es decir, la relativa al carácter profesional de la hipoacusia, el

demandante acreditó con su prueba –documento número 4- que la medición de ruido llevada a cabo en el mes de mayo de 2006 por un servicio de prevención ajeno a la empresa para la que presta servicios, arrojaba en su puesto de trabajo de molinos un nivel de ruido de 85,2 db durante un tiempo de exposición de 8 horas, con picos de 128,4 db. Siendo ello así y no existiendo ninguna otra prueba de la que pudiera derivarse el carácter no profesional de la hipoacusia padecida por el actor, procede estimar el recurso y reconocerle el derecho a percibir la indemnización reclamada de 2020 € en concepto de lesiones permanentes no invalidantes.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON C.E.A, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Castellón de fecha 28 de septiembre de 2009; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda, condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a abonarle la cantidad de 2.020 euros.

Sin costas.

### 1346

**SENTENCIA núm. 1.996, de 28 de junio de 2010**

**MATERIA:** Prestación de jubilación. Trabajador afiliado al RGSS que cesa en su actividad en entidad bancaria por jubilación anticipada (forzosa) acordada en convenio colectivo. Solicitud mejora.

**JUZGADO:** Estima la demanda declarando el derecho del demandante a la mejora de jubilación anticipada que viene percibiendo el actor. Absuelve a la TGSS de las pretensiones en su contra deducidas.

**SALA:** Desestima el recurso, reconociendo al trabajador el derecho a la mejora. No se trata de una jubilación voluntaria. Aplicación Disposición Adicional 4.1ª de la Ley 40/2007.

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



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo que se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, denunciando infracción de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 40/2007, de Medidas en materia de Seguridad Social, en relación con el artículo 208.1.1 de la Ley General de la Seguridad Social, 82 del Estatuto de los Trabajadores y 4.1 del Código Civil. Argumenta en síntesis que incluso la jubilación acordada por la empresa al amparo de una norma convencional, debe entenderse voluntaria al dimanar de lo pactado en convenio colectivo, por lo que no se debió darse lugar a la pretensión ejercitada.

2. Del inalterado e incombustible relato histórico de la sentencia impugnada destacamos: Que mediante comunicación escrita de fecha 2 de abril de 1.990, el BANCO X., puso en conocimiento del demandante que el Comité Ejecutivo, había acordado, al amparo de la facultad conferida por el párrafo 4º del apartado 8º del artículo 31 del XIII Convenio Colectivo (B.O.E. 10-08-1.988), aplicable a la relación entre las partes en aquel momento, su pase a situación de jubilación en las condiciones de dicho artículo. En ese escrito, que en el relato fáctico se daba por reproducido se indicaba que “Su jubilación surtirá efectos a partir del día 9 de abril de 1.990. Desde la fecha de su baja en el Banco y de conformidad con lo establecido en el artículo 14 de la Orden de 18 de Enero de 1967 (B.O.E de 26-1-67) dispondrá Vd. de un plazo máximo de tres meses para gestionar ante, el I.N.S.S. la pensión de jubilación a conceder por el citado Organismo. Una vez conocida la cuantía de la pensión que le sea otorgada por el I.N.S.S., y en tanto se formalice el plan de pensiones previsto en el artículo 31 antes citado y se integre en el correspondiente fondo de pensiones, le será reconocida con carácter provisional, con arreglo a la posibilidad contemplada por la Disposición Transitoria Tercera del Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 1.307/88, de 30 de Septiembre (B.O.E. de 2 de Noviembre siguiente), una prestación de jubilación a cuenta de la que definitivamente resulte del mencionado plan de pensiones”.

3. La jubilación del actor se produjo de acuerdo con la previsión contenida en el artículo 31, punto octavo, apartado 4º, del XIII Convenio Colectivo de empresa que era el aplicable en la fecha de la jubilación y que establecía que “El Banco podrá jubilar obligatoriamente al personal a partir del cumplimiento de los sesenta años de edad y en cualquier momento posterior, siempre que en tal momento tenga acreditado quince años al menos, de servicios efectivos y tenga derecho a pensión de la Seguridad Social”, previsión que fue estimada conforme a Derecho por la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1994, dictada en proceso de conflicto colectivo.

4. La Disposición Adicional 4ª.1 de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, al tratar de la mejora de las pensiones de jubilación anticipada causadas con anterioridad a 1 de enero de 2002 establece que “los trabajadores que, con anterioridad a 1 de enero de 2002, hubieran causado derecho a pensión de jubilación anticipada al amparo de lo previsto en la norma 2ª del apartado 1 de la disposición transitoria tercera del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social o de las normas concordantes de los regímenes especiales que integran el sistema de la Seguridad Social, cuando la edad que en cada caso se hubiera tenido en cuenta para la aplicación de los correspondientes coeficientes reductores hubiera estado comprendida entre los sesenta y los sesenta y cuatro años, ambos inclusive, tendrán derecho a una mejora de su pensión, con efectos desde 1 de enero de 2007, siempre que de la documentación obrante en la Administración de la Seguridad Social se deduzca que reúnen los siguientes requisitos: a) Que se acreditan, al menos, treinta y cinco años de cotización. b) Que la extinción del contrato de trabajo del que hubiera derivado el acceso a la jubilación anticipada se hubiera producido por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, comprendida entre los supuestos recogidos en el art. 208.1.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”.

5. El cese le fue impuesto al actor por el cumplimiento de la edad que daba acceso a la jubilación (anticipada). No estamos en consecuencia, frente a lo que se indica en el recurso en un supuesto de cese voluntario que esta Sala viene resolviendo en el sentido postulado por la recurrente, sino que al estar ante una jubilación forzosa o impuesta por el cumplimiento de la edad, debe aplicarse la mejora establecida en la Disposición Adicional 4ª.1ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, tal y como indicamos en la sentencia resolutoria del recurso 486/09, y reiteramos en las recaídas en los recursos 627/09, 1195/09 y 1919/09, sin que a ello obste que la decisión de la empresa de pasar al actor a la situación de jubilación -tal y como se indicaba en la comunicación que se transcribió en el hecho probado segundo de la sentencia de instancia- al estar basada en la facultad conferida por el párrafo 4º, del apartado 8º del artículo 31 del XIII Convenio Colectivo del Banco Exterior de España, implique que el trabajador ha extinguido voluntariamente su contrato, dada la eficacia general del Convenio Colectivo que se impone con fuerza vinculante (artículo 37.1 de la Constitución) a la relación de trabajo (artículos 3.1.b) y 82.3, párrafo primero del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), por lo que la voluntad expresada por los negociadores no consideramos implique que los representantes de los trabajadores actúen como representantes voluntarios de los mismos, de ahí que no pueda entenderse el cese impuesto como voluntario. A mayor abundamiento, como subrayó la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Extremadura en sentencia de 22 de septiembre de 2009, en supuesto prácticamente idéntico y cuyo criterio esta Sala ha asumido “... la extinción del contrato de trabajo del demandante tiene encaje en el apartado f) del art. 208.1 LGSS ya que se ha producido por expiración del tiempo convenido y no ha actuado por denuncia del trabajador, sino por imposición de la empresa, sin que el término "convenido" pueda limitarse al plazo acordado en el contrato de trabajo pues, como ha señalado esta Sala en sentencia de 22 de junio de 2006, acudiendo a la doctrina del Tribunal Supremo plasmada en las Sentencias de 7 de junio de 1990, 11 de octubre de 1995 y 23 de abril de 1996, donde la ley no distingue, no podemos distinguir y el supuesto legal también debe acoger el tiempo convenido en convenio colectivo...”.



---

## 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 15 de los de Valencia el día 4 de marzo de 2009, en proceso sobre Seguridad Social seguido a instancia de don J.A.A.S. contra el Instituto recurrente y confirmamos la aludida sentencia.

1347

**SENTENCIA** núm. 1.998, de 29 de junio de 2010**MATERIA:** Tutela de los derechos fundamentales. Trabajador delegado sindical que presta sus servicios en empresa de seguridad privada. Vulneración derechos.**JUZGADO:** Estima parcialmente la demanda declarando la existencia de vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y la nulidad radical de la conducta de la empresa, condenando a la demandada a no persistir en la conducta denunciada y a abonar determinada cantidad en concepto de indemnización.**SALA:** Desestima los recursos de las partes demandante y demandada y confirma la sentencia de instancia.**PONENTE:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.**FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por ambas partes, frente a la sentencia que desestimando las excepciones alegadas por la empresa demandada y estimando parcialmente la demanda, declara la existencia de vulneración de los derechos fundamentales del trabajador y la nulidad radical de la conducta de la empresa, condenando a la demandada a no persistir en la conducta denunciada y a abonar al trabajador la cantidad de 6.693,43€ en concepto de indemnización. Por razones de método, procede examinar en primer lugar los primeros motivos de los recursos de ambas partes, por estar redactados al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, así en el primer motivo del recurso de la empresa se interesa la revisión del hecho probado quinto, a fin de que quede redactado con el texto que proponen en base a sus documentos nº 5 a 20.

De la documental en que se apoya el recurrente se desprende que, el actor permaneció de baja médica por enfermedad común del 8-8-08 al 31-10-08, que el 16-9-08 se presentó escrito al Juzgado comunicando que el trabajador estaba de baja y su reincorporación no era posible, que el 26-9-08 se recibió burofax del actor pidiendo restitución a las mismas condiciones de trabajo, contestándole el 29-9-08 que una vez obtuviese el alta médica se le reincorporaría como inspector; que el 31-10-08 se recibió escrito del actor solicitando su reincorporación al puesto de trabajo, presentando un escrito ese mismo día y el 3-11-08 desiste de incidente de no readmisión ante el Juzgado Social nº 1; que el 4-11-08 se le remitió telegrama al no reincorporarse el día 3 indicando que se persone en la oficina para comunicar su situación, que el 6-11-08 se persona y se le asigna servicio de inspector con horario de trabajo de 8h a 15h, firmando el actor no conforme; que el 7-11-08 se informa al personal operativo de la incorporación del actor y se facilite su número de teléfono; y, que el 14-11-08 solicita disfrutar de vacaciones del 9 al 31-12-08. Por lo que en estos términos se admite su adición al hecho impugnado, pero no la supresión del texto que ya consta en el mismo, cuya convicción se ha obtenido por la Magistrada de instancia tras la valoración de la documental que indica en la fundamentación jurídica y prueba testifical.

2. El primer motivo del recurso del actor, interesa la revisión del hecho probado cuarto, en el sentido de que la sentencia de 17-7-08 del Juzgado Social nº 1 de Valencia fue estimatoria de la demanda del actor. Y, siendo que se trata de un mero error de transcripción, procede admitir la revisión.

SEGUNDO.- 1. Procede entrar a examinar el recurso interpuesto por la representación letrada de la empresa, que formula los motivos segundo y tercero, al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, para denunciar, en el segundo, la infracción del art. 4 del ET, en relación con los art. 15, 14, 28 y 24 de la Constitución Española. Sostiene el recurrente que las partes llegaron al acuerdo que consta en el hecho sexto, para prestar servicios como inspector en los centros de toda la empresa, y la demanda se presenta el 21-8-09, seis meses después, no existiendo vulneración de derechos fundamentales, que nunca se le ha prohibido ejercer su labor sindical, que la sección se constituye el 16-5-08, que no hay vulneración de garantía de indemnidad, tampoco se tomaron medidas de acoso del trabajador, que el art. 35 de la CE no es un derecho fundamental, que no debe confundirse un conflicto laboral con el mobbing.

Del relato de hechos probados contenido en la sentencia de instancia, con la adición admitida, se desprende que el actor está afiliado al sindicato USOCV, que en abril-08, tras unos incidentes ocurridos en la Facultad de Arquitectura, se le modificó el horario y turno de fin de semana que prestaba como vigilante de seguridad, siendo estimada su demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo, por sentencia de 17-7-08 del Juzgado Social nº 1; que desde agosto-08, en que la empresa le requirió para restituirle en sus funciones de inspector, y en el tiempo en que no estuvo de baja médica, fue destinado a un despacho de reducidas dimensiones en

las oficinas de la empresa, sin que se pusiera a su disposición vehículo o teléfono móvil, elementos que la empresa facilita al resto de Inspectores y tampoco se le indicó los servicios que debía inspeccionar, por lo que permanecía inactivo en las oficinas de la empresa, salvo cuando de manera esporádica se le enviaba a llevar documentación a otros servicios de la empresa, y tras llegar a un acuerdo con la empresa, ante el Juzgado, en febrero-09, esta le entregó un móvil, se le asignaron claves para la utilización del equipo informático, se le entregaron tarjetas en las que se le identificaba como inspector, se puso a su disposición vehículo de la empresa y desde el mes de marzo realiza tareas de inspección; que el actor ha permanecido en situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo desde el 3-5-08 al 29-6-08, desde el 8-8-08 al 31-10-08 y desde el 8-6-09; el proceso de incapacidad temporal iniciado por parte de baja de fecha 8-8-08 y el de 8-6-09 tienen como diagnóstico trastorno depresivo no clasificado bajo otros conceptos, que tras la baja médica de 8-8-08 el demandante fue remitido por el médico de cabecera a la Unidad de Salud mental, donde se constató su reticencia a recibir ayuda-asistencia psiquiátrica, y se recogió que el paciente relataba con lenguaje prolijo, circunstancial y elevado nivel de ansiedad, problemática de tipo laboral cuyo inicio situaba meses antes, al haber sido cesado de su tarea habitual, relegado a trabajos inferiores, con recortes de sus retribuciones económicas, sin un destino concreto; se le pautó tratamiento sintomático con antidepresivo y ansiolítico a dosis bajas y se le visitó en tres ocasiones, tras la última, en febrero de 2009, se pautó reintroducir el tratamiento ansiolítico-antidepresivo “que le ayudará a afrontar y sobrellevar el problema laboral aún no resuelto.”; que el actor presentó demanda de cantidad, por los conceptos que se indican en el hecho probado noveno, y en febrero-09 las partes negociaron la cantidad que la empresa debía al trabajador por diferencias, abonándole en la nómina de febrero 5.381,24€ como atrasos, y el 25-2-09 la empresa remitió carta al actor notificándole que desde le 30-3-09 se modificaban sus condiciones de trabajo, quedando fijadas en los términos que constan en el hecho probado noveno; en junio-09 la empresa ha impuesto al actor sanción de un mes de suspensión de empleo y sueldo, frente a la que el actor ha presentado demanda. Deduciéndose claramente de tales hechos la existencia de indicios de vulneración del derecho a la tutela judicial, en su vertiente de garantía de indemnidad, así como del derecho a la libertad sindical como garantía de no aplicación de trato desigual en atención a su actividad sindical, y del derecho a la integridad moral, lo que supone la inversión de la carga de la prueba en el sentido que la empresa debe justificar que sus decisiones se adoptaron por razones objetivas, lo que no se desprende del relato fáctico, por lo que el motivo debe desestimarse.

2. En el tercer motivo, se denuncia la infracción de la jurisprudencia, STS de 20-9-07, 9-6-93 y 8-5-95 respecto a la valoración del daño y aplicación indebida del art. 180 LPL, alegando que los daños deben probarse y acreditar los elementos objetivos en que se basa la pretensión resarcitoria, que el informe médico no fue ratificado por lo que no puede tenerse en cuenta, conforme al art. 335 y ss de la LEC y además es extemporáneo; y, caso de entender que hay lesión sería por el periodo 6-11-08 al 25-1-09, 80 días por 27,12€, supone 2.169,60€.

El motivo se desestima, pues consta en la demanda las bases del cálculo de la indemnización solicitada por el actor, y la sentencia, que estima una cantidad inferior, razona y detalla la cantidad que por perjuicios materiales y morales corresponde estimar, por lo que el motivo se desestima; y, en cuanto a las alegaciones sobre el informe médico, tratando de combatir la valoración de la prueba efectuada por la Magistrada de instancia, debe desestimarse, pues el presente motivo se articula por el cauce procesal de la letra c) del art. 191 de la LPL, en el que no cabe combatir los hechos probados.

TERCERO.- En cuanto al segundo motivo del recurso formulado por la representación letrada del actor, se redacta al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, para denunciar la infracción de los art. 14, 15, 24 y 35 de la Constitución Española, art. 179.2 de la LPL y STC 82/1997, 73/1998, 90/1997, 266/1993, 21/1992 y 114/1989. Sostiene el recurrente que la vulneración de derechos fundamentales se inicia el 28-4-08 y por tanto debe estimarse la cuantía de la indemnización reclamada, y aunque en marzo-09 comenzaron a asignarle tareas en junio-09 le han sancionado, y el 8-6-09 inició IT por trastorno depresivo.

El motivo se desestima, pues respecto de la modificación de condiciones de trabajo de abril-08, no se aprecia vulneración de derechos fundamentales, pues del relato fáctico se desprende que tuvo su origen en unos incidentes en la Facultad, en cuanto a la baja médica de junio-09 no consta que derive de la conducta empresarial, sin que conste que respecto de la sanción de junio-09 haya recaído sentencia, siendo que a partir de marzo-09 las condiciones de trabajo quedaron ya normalizadas.

CUARTO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL, 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 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte demandada vencida en el recurso.

## **FALLO**

---

Desestimamos los recursos de suplicación interpuestos en nombre de J.L.C.S. y de V.I. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 14 de los de Valencia, de fecha 8-2-2010, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte demandada recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.