

2217

Sentencia núm. 1.031, de 18 de abril de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadores que prestan sus servicios en sociedad estatal de estiba y desestiba. Convenio colectivo de empresa y acuerdos sectoriales aplicables. Complemento personal de antigüedad. A partir de determinada fecha se produce la supresión de la antigüedad como complemento retributivo. Complemento personal no absorbible. Discriminación de los trabajadores más jóvenes en la empresa respecto a los más veteranos que sí cobraban el complemento.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta por el sindicato demandante en interés de sus afiliados, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones contenidas en la misma. No se observa discriminación ni vulneración del art. 14 de la CE.

Sala: Desestima la sentencia y confirma la sentencia de instancia. No existe discriminación al no observarse una homogeneidad de situaciones tratadas de forma diversa. Los trabajadores que reclaman el complemento nunca lo han devengado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la demanda interpuesta por el Sindicato X., actuando en interés de sus afiliados y absuelve de las pretensiones deducidas a la empresa Sociedad Estatal de estiba y desestiba del Puerto de X., y frente a la sentencia de instancia se interpone recurso de suplicación por la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada y en el único motivo del recurso, con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia infracción del artículo 14 de la Constitución Española, alegando que los actores prestan servicios en igualdad de condiciones que sus compañeros que ingresaron con anterioridad y perciben el plus de antigüedad regulado convencionalmente, siendo la única diferencia entre unos y otros aquella fecha de inicio de la prestación de servicios, no existiendo ningún otro elemento objetivo que justifique aquella diferenciación. Añadiendo que en el caso de autos a los trabajadores más antiguos no solo se les ha reconocido una cantidad a respetar, sino que se les ha establecido un sistema jurídico distinto para ambos colectivos, sin que exista ninguna razón que justifique esta diferencia.

Partiendo de los inalterados hechos declarados probados a los que debe estarse, por cuanto no se ha interesado su revisión, y que aquí se tienen por reproducidos, y en lo que interesa señalar que el art. 24 del Convenio de 1996 regulaba un complemento de antigüedad para todos los trabajadores portuarios, y esa regulación fue modificada por dos Acuerdos sectoriales, así en el III Acuerdo se estableció en su art. 10.5.a) que “el complemento personal de antigüedad desaparece como concepto retributivo. Se respetan las cantidades vigentes y el devengo de los

futuros tramos temporales, en la forma hasta ahora pactada, a que tenga derecho el personal del censo existente a la firma de este Acuerdo. El mencionado personal percibirá este concepto como complemento personal no absorbible. En aquellos puertos en los que la cuantía de este complemento es variable para la totalidad de la plantilla, el personal de nuevo ingreso no generara ni percibirá cantidad alguna en concepto de antigüedad”, y en el IV Acuerdo (actualmente vigente) se establece en su art. 10.7.6 la desaparición del concepto en los términos que se transcriben: “El complemento personal de antigüedad desaparece como concepto retributivo, sin que se devengue cantidad alguna nueva por tal concepto. Se respetan los importes que se vinieran percibiendo que tendrán la consideración de complemento personal no absorbible”, y en la Disposición Transitoria única se regula que “Con carácter absolutamente excepcional, los trabajadores que, a la fecha de la firma del presente convenio, estuvieran devengando algún tramo de antigüedad percibirán la parte proporcional devengada hasta dicha fecha. El pago se efectuara a partir del momento en el que le hubiera correspondido el tramo completo. Asimismo, se respetaran los acuerdos adoptados en los puertos con anterioridad al presente convenio siempre que hayan tenido por objeto la supresión del concepto de antigüedad y así lo hayan hecho efectivamente”. La Comisión Paritaria ante la interpretación de idéntica cuestión derivada de demanda de conflicto colectivo sobre el IV Acuerdo concluye que considera que la reclamación de cantidades por el concepto de antigüedad por trabajadores y trabajadoras que no hubieran devengado tal concepto con anterioridad a la supresión pactada, es contraria a las disposiciones a las disposiciones del IV Acuerdo y a la voluntad de las partes al suscribirlo, por lo que procedía el desistimiento de la demanda y, en caso contrario, la desestimación de la misma”.

Esta Sala hace propia la cita de la doctrina contenida en la sentencia impugnada y que alude a jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, siendo innecesaria su reiteración, y ya anticipa, que en conclusión, no se estima el recurso de suplicación formulado. Por cuanto no se aprecia en el caso que nos ocupa una homogeneidad de situaciones tratadas de forma diversa con infracción de la necesaria igualdad de trato a que se refiere el art. 14 de la Constitución Española, por cuanto estima que los trabajadores que han percibido el complemento de antigüedad lo cobraban por ser una partida salarial fijada en el convenio vigente en su art. 24 originario y su relación con la empresa, y los diferencia de los demandantes por cuanto todos ellos ingresaron en la empresa demandada cuando ya se había suprimido esa partida salarial, cuando ya no formaba parte del salario un complemento de antigüedad. No se aprecia que la diferencia salarial en el presente supuesto tenga un significado discriminatorio, ni vulnerador del principio de igualdad, tal y como lo exige el art. 14 de la Constitución Española. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el ámbito de las relaciones laborales no se impone una igualdad absoluta, y aunque deba respetarse las exigencias del derecho a la igualdad, ello no pueden tener el mismo alcance en el ámbito de las relaciones privadas, en el que el convenio colectivo se incardina, los derechos fundamentales y entre ellos el de igualdad, han de aplicarse matizadamente haciéndoles compatibles con otros valores que tienen su origen en el principio de autonomía de la voluntad. Lo requerido constitucionalmente es que en todo caso la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida

adoptada, el resultado producido y la finalidad perseguida. (STS de 6 de julio de 2016, Rec casación 229/2015).

Si bien es cierto, que la diferencia de fecha de ingreso en una empresa, por sí sola, en modo alguno constituye una justificación objetiva y razonable a los efectos postulados en la presente Litis, en el presente supuesto concurre otra motivación que da razón de ser a la desigualdad, como el hecho de que la medida vaya acompañada de otras medidas vinculadas a la política de empleo como puede ser la creación de puestos de trabajo fijos. Así en el presente supuesto en el III Acuerdo sectorial se aprobó en el contexto del marco Estratégico del Sistema Portuario de Interés General y contiene un conjunto de medidas de fomento del empleo entre las que destacan la creación de un grupo 0 auxiliar para que en el mismo ingrese preferentemente el personal nuevo, el compromiso de no presentar expedientes de regulación de empleo o amortizaciones de puestos de trabajo durante su vigencia salvo casos excepcionales, así como el concepto de nivel óptimo de empleo (228 jornales), la fijeza de todo el personal (no se contemplan empleos temporales), la polivalencia funcional (para hacer más jornales) y el compromiso de planes permanentes de formación que se han llevado a cabo con inversión sustancial y económicamente relevante de la empresa para su realización. Tales medidas gravitaron en la negociación del III Acuerdo constituyendo la nueva regulación del complemento de antigüedad, una cesión del colectivo que hasta entonces lo percibía a cambio de las medidas relacionadas que se comprometían, como se deja establecido en el hecho probado quinto. Y en el ordinal quinto y en el sexto de los hechos declarados probados se deja también constancia de la eficacia beneficiosa para el colectivo laboral, que eran las que motivaron el pacto sobre el cambio retributivo, que era un sacrificio que ofreció la parte social en contrapartida, y que como es de ver en el ordinal sexto, a pesar de la crisis que se iniciaba en el año 2008, de la total plantilla de la empresa que era de 453 trabajadores en el año 2.000, se ha pasado en el año 2.016 a un total de 1.326 empleados, de los que un total de 157 trabajadores son los que perciben el complemento de antigüedad en los términos regulados en los Acuerdos citados, que representa un importe cuantitativo sobre la masa salarial que alcanza un máximo del 1 % de la misma. Y como sostiene la sentencia impugnada la contrapartida salarial concreta desaparecida (se insiste que aceptada por la parte social que era la única acreedora del complemento de antigüedad) en ningún caso resulta desproporcionada respecto al beneficio suprimido pues los datos ofrecidos y acreditados por la empresa sobre su relevancia en el colectivo y en la masa salarial, resultan nimios comparados con la contrapartida demostrada ya comentada (incremento de la plantilla, establecimiento de planes de formación, incremento de jornadas, etc.), siendo en el momento presente el complemento consolidado percibido por un total de 157 trabajadores sobre una plantilla de 1.326.

Por último recalcar que los trabajadores que ahora reclaman el complemento nunca lo devengaron y que cuando constituía una partida del salario no habían ingresado en la empresa, habiéndose suprimido el complemento de antigüedad para el colectivo que antes lo percibía y que cede en este punto, se regula en el III Acuerdo su futuro devengo respecto del régimen precedente en su evolución y actualización y en el IV Acuerdo, en evitación de una comparativa que pueda confrontarles con el

colectivo que nunca lo obtuvo aún se llega a mas, a través de una consolidación sustitutoria, sin posibilidad de tal actualización posterior. Y también incide en contra de la pretensión de los actores la interpretación que efectúa la Comisión Paritaria sectorial del IV Acuerdo a la que se somete la controversia y cuya decisión resulta reveladora de la interpretación, sentido y alcance del IV Acuerdo efectuada por un órgano designado al efecto y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores tiene atribuida, sin perjuicio de la jurisdicción social, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. Razones que llevan a desestimar el recurso de suplicación y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de J.C.M. Y OTROS CUARENTA OCHO, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de Valencia de fecha 8 de marzo de 2016 en virtud de demanda formulada contra SOCIEDAD ESTATAL DE ESTIBA Y DESESTIBA DEL PUERTO DE X.S., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2218

Sentencia núm. 1.038, de 25 de abril de 2017

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador que presta sus servicios en empresa dedicada a la actividad de instalaciones eléctricas. Adjudicación de puesto por concurso. Se pide al trabajador poseer una determinada titulación la cual no presenta. Anteriormente, el actor había estado trabajando en otras empresas. Engaño del trabajador. Transgresión de la buena fe contractual.

Juzgado: Desestima la demanda y declara la procedencia del despido, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El actor ha pretendido engañar a la empresa demandada con el fin de obtener el puesto de trabajo. La conducta del actor es constitutiva de una infracción grave siendo ajustada a derecho la sanción impuesta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el demandante D. J.T.R.P. la sentencia del Juzgado de lo Social 6 de Alicante que, desestimando su demanda en impugnación del despido disciplinario de 2-7-14 pretendiendo la nulidad del mismo por vulneración del derecho a la indemnidad y, subsidiariamente, su improcedencia, declaró la procedencia del mismo.

El Sr. R. alegaba la nulidad del despido por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho a la indemnidad por considerarlo una represalia por la presentación por el mismo el 21-5-14 de papeleta de conciliación ante el SMAC en solicitud de reconocimiento de sucesión de la empresa demanda en el servicio prestado anteriormente por F.S.I., S.A., con la mayor antigüedad, categoría y salario así como la diferencia salarial de ello derivada de 471'26 euros del mes de abril de 2014, con celebración el 4-6-14 del acto de conciliación con el resultado de intentado sin efecto. Subsidiariamente, interesaba la improcedencia del despido por no ser ciertos los hechos imputados o, subsidiariamente, por no tener relevancia para constituir causa de despido.

La sentencia del Juzgado, tras no apreciar indicio de la vulneración del derecho a la indemnidad por haber transcurrido un mes desde la celebración del intento de conciliación y el despido, considera en cualquier caso que éste obedece únicamente a la causa de despido indicada en la carta de transgresión de la buena fe que la empresa había basado en que el actor, para obtener su contratación, presentó una fotocopia de un título de FP2 en la especialidad de electricidad y electrónica y que, al no aportar el original, tras varias reclamaciones, efectuó averiguaciones en el Instituto al que aludía el sello de la copia, conociendo el 28-5-14 que tal título no coincidía con el registro del Instituto sino que ese número pertenecía a la titularidad de otra persona y en la

especialidad de FP de Auxiliar Administrativo, extremos que la sentencia considera acreditados, subsumibles en la causa de despido invocada y con culpabilidad y gravedad suficiente, pues el actor engañó a la empresa presentando un documento que no se correspondía a la realidad para conseguir el trabajo, lo que supone un muy grave incumplimiento por vulneración de la buena fe que debe presidir la relación laboral.

Articula el actor su recurso a través de siete motivos: los tres primeros, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS y el resto, al amparo del apartado c), para, respectivamente, revisión de hechos probados y examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia por la que, con revocación de la recurrida, se declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia de su despido con las consecuencias inherentes.

Ha sido impugnado por la parte demandada, oponiéndose a todos los motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados solicita:

1) Una adición al Hecho Probado Primero que diga “La titularidad exigida en el contrato firmado por E.E., S.L., era la de primera etapa de educación secundaria con título de graduado escolar o equivalente”

Se apoya en el documento 13 de su ramo (aunque por error dice 14), que se ha encontrado a los folios 63 y 64 y es una fotocopia de contrato de trabajo en el que en Nivel Formativo figura “primera etapa de educación secundaria con título de graduado escolar o equivalen”, pero que sólo lleva la firma del actor, en tanto que en el aportado como documento 3 del ramo de la empresa (folio 250 y vuelto) no figura nada en Nivel Formativo y sí aparecen dos firmas en la primera hoja y en el reverso, aduciendo el actor que impugnó este documento en juicio y que en la comunicación del contrato al SPEE que aporta la empresa (folio 249) se recoge Nivel Formativo “primera etapa de educación secundaria co”, siendo esto último así, pero de todo ello no resulta de forma clara y patente y sin necesidad de conjeturas o elucubraciones el texto que la parte propone. Por lo que no se acepta.

2) La supresión de todo lo que sigue al primer párrafo (que mantiene) del Hecho Probado Tercero y su sustitución por lo siguiente: El pliego de condiciones exigía que el personal que prestase servicios tuviese como titulación mínima las siguientes: JEFE DE EQUIPO, al que se le exige CICLO FORMATIVO DE GRADO SUPERIOR, FP2 o grado equivalente, Técnicos de montaje y mantenimiento de instalaciones de frío, climatización y producción de calor en la cantidad necesaria para atender instantáneamente el mantenimiento con la debida cualificación y especialización en instalaciones de climatización y ventilación e instalaciones de producción de calor, con experiencia acreditada de al menos 3 años, Técnicos de montaje y mantenimiento de instalaciones de frío, climatización y producción de calor fontaneros calefactores con categoría de oficial de primera en la cantidad necesaria para atender instantáneamente el mantenimiento con la debida cualificación y especialización en instalaciones de climatización y ventilación en máquinas y equipos frigoríficos,

instalaciones frigoríficas e instalaciones de fontanería y gas con experiencia, con experiencia acreditada de al menos 3 años, y los especialistas FP de grado medio, FP1 o equivalente. E.E. SL inició un proceso de selección de personal, contratando al Sr. R. como oficial mantenimiento climatización, requiriéndole como estudios mínimos primera etapa de educación secundaria con título de graduado escolar o equivalente".

En cuanto al último párrafo se basa en su documento, que aquí si dice correctamente 14 y no se indica razón alguna para la supresión del texto judicial, por lo que no podemos aceptar su propuesta de texto por lo que ya se ha expuesto en el anterior apartado 2), ni la supresión que en nada se apoya.

Lo mismo ocurre en cuanto al resto de su propuesta que también supone supresión del texto judicial sin indicar apoyo documental o pericial, salvo el folio 270 de los autos, que forma parte del Pliego de Prescripciones Técnicas, sobre titulaciones mínimas exigidas, pero ni la supresión ni el nuevo texto puede aceptarse, porque de ese folio no resulta ni que haya de suprimirse la versión judicial cuando, como se expone en el fundamento primero de la sentencia, se ha obtenido de la documental presentada por la demandada, incluidos los documentos 7 y 8 y la testifical de D. F. (responsable de mantenimiento integral de la demandada) a quien el actor entregó el documento n.º 7, ni resulta lo que propone del único folio indicado, además de que esto sería irrelevante en el sentido de no permitir variar el sentido del fallo.

3) Una adición al final del primer párrafo del Hecho Probado Cuarto que diga: “, si bien la mercantil F.S. SA comunicó la subrogación a la empresa entrante F.S.I. SA, quien sin solución de continuidad contrató al mismo”

Se apoya en el documento 12 de su ramo (folios 60 y 61), que no es una comunicación de F. a F.S.I. sino una comunicación de F. al actor de finalización de su contrato de obra o servicio el 28-2-10 por haber rescindido el cliente Centros Penitenciarios de Alicante el contrato suscrito con ella y le indica al actor que la empresa que la va a sustituir en esos servicios es F.S.I., a la que dice ha procedido a facilitar la documentación relativa al personal a los efectos de dar continuidad a la relación laboral de los trabajadores, por lo que le ruega se ponga en contacto con dicha empresa. Por tanto, del único documento referido no se deriva ni lo primero ni la contratación sin solución de continuidad, por lo que no se acepta la adición.

Debe tenerse en cuenta que la STS de 18-1-11 (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11-10-07 y 5-11-08) así como otras muchas posteriores, señalan: << Respecto del error en la apreciación de la prueba..., para que la denuncia del error pueda ser apreciada es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico, b) que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos y sin necesidad de argumentaciones o conjeturas, c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos y d) que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia.>> . El artículo 193, b) de la LJS permite como posible objeto del recurso

“revisar los hechos declarados probados, a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas”, lo que supone, como señala la jurisprudencia, que no son medios hábiles ni los interrogatorios de parte, ni las testificales, ni aquello que no tenga propiamente carácter de documento. El 196.3 de la LJS, exige que “habrán de señalarse de manera suficiente para que sean identificados <el concreto documento o pericia en que se base cada motivo de revisión de los hechos probados que se aduzca> y añade “e indicando la formulación alternativa que se pretenda” (con lo que expresamente incorpora exigencias jurisprudenciales) y también en su nº 2 mantiene la exigencia de “suficiente precisión y claridad” en la expresión del motivo o motivos en que se ampare (lo que alcanza al de revisión de hechos probados) y de que “en todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos” (alcanzando igualmente al de revisión de hechos probados).

No se ajusta, por tanto, la revisión solicitada, por los motivos que se expusieron, a los requisitos señalados y por ello no se acepta.

TERCERO.- En los motivos cuarto y quinto, ya relativos al examen del derecho, se alega en el primero vulneración del artículo 15 del ET en relación al Real Decreto 2720/1998, artículo 9.3, al RD 488/1998, artículo 22.3 y al RD 1529/2012, artículo 14.3, en relación a la condición de indefinido del actor y el reconocimiento de su antigüedad, alegando que fue subrogado de F. a F.S.I. sin solución de continuidad y siendo F.S.I. la antecesora de E., alude a supuestos de sucesión legal o convencional, con cita en el motivo quinto como vulnerado del artículo 44 del ET en cuanto a la sucesión de plantilla como entidad económica y de la doctrina de la STS de 12-7-10 (recurso 2300/2009), argumentando que la empresa entrante ha asumido una parte cuantitativamente importante de la mano de obra de la anterior (según declararon los testigos por ella aportados) y que es lo decisivo en la prestación de los servicios la cualificación y la experiencia en el trabajo de la mano de obra y no los elementos materiales, bastando con la sucesión en la actividad siempre que se emplee en ella a un número de trabajadores relevante.

Con los hechos probados de los que disponemos, no podemos apreciar esas infracciones, porque no se alega ni consta obligación de subrogación establecida en el pliego de condiciones para la adjudicación de la contrata y tampoco en convenio y de lo probado no resulta supuesto del artículo 44 pues no consta ninguna transmisión patrimonial ni de medios materiales, como tampoco que la mano de obra fuera lo decisivo ni que la empresa entrante haya asumido una parte cuantitativamente importante de la plantilla. Del mismo modo, en cuanto al posible carácter indefinido del demandante, carecemos de datos de tipos de contratos, ausencia de solución de continuidad y, desde luego, nada consta sobre reclamación por despido frente a comunicaciones de finalizaciones anteriores y contrataciones posteriores sin reconocimiento de antigüedades anteriores.

CUARTO.- En el motivo sexto alega infracción del artículo 54.1 del ET por no haberse producido incumplimiento grave y culpable que justifique el despido (argumenta que no es cierto como dice la sentencia que entregase titulación alguna para conseguir el trabajo, careciendo de sentido que entregase titulación que no era

necesaria y para la que no había sido contratado) y, vulneración, por tanto, del derecho fundamental a la indemnidad/tutela judicial efectiva y en el séptimo, subsidiariamente, infracción de los artículos 63, 65 y 66 del Convenio colectivo de industria del metal al, según dice, haberse tipificado erróneamente la sanción (debe entenderse la falta), ya que el artículo 63 regula como falta grave “el falseamiento u omisión de los datos que tuvieran incidencia tributaria o en la seguridad social”

En el presente caso, partiendo de los hechos probados inmodificados (transcritos en los antecedentes de esta resolución), no son de apreciar las infracciones alegadas porque, aunque si se aprecian indicios por la proximidad temporal de la reclamación en la conciliación previa y el despido y la entidad de aquella reclamación, si hay hechos probados que constituyen la causa de despido disciplinario alegada y apreciada y que despejan la sospecha derivada de aquellos. Así: El pliego de condiciones exigía que el personal que prestase servicios tuviese como titulación mínima las siguientes: los jefes de equipo FP de grado superior, FP2 o equivalente y los especialistas FP de grado medio, FP1 o equivalente. E.E. SL inició un proceso de selección de personal publicando el 13.3.14 una oferta en el portal infojobs.net para el puesto de “oficial mantenimiento climatización” requiriéndose como estudios mínimos “formación profesional grado superior energía y agua” al que DON J.T.R.P. se presentó alegando estar en posesión del título de FP2 especialidad de electricidad y electrónica, entregando fotocopia del título nº 0392108234 del folio 128 registro 3 e, iniciada la prestación del servicio el 1.4.14, los superiores jerárquicos requirieron en sucesivas ocasiones a DON J.T.R.P. la entrega del original del título o copia notarial sin que éste lo entregase. Y el número de registro de la fotocopia del título entregado por DON J.T.R.P. en el proceso de selección no está expedido a su nombre ni se corresponde con la especialidad de FP de electricidad y electrónica. Añadiendo en el Fundamento Cuarto, con valor fáctico, “consta acreditado que el actor entregó a la empresa con carácter previo al inicio de la relación laboral la fotocopia de un título de FP2 de electricidad y electrónica expedido a su nombre cuando en realidad no dispone de dicha titulación, lo cual claramente vició el consentimiento de la empresa demandada que lo contrató precisamente por encontrarse en posesión de la misma, tal y como exigía el pliego de condiciones del concurso que le fue adjudicado.”

Como sigue razonando la Juzgadora: “A estos efectos es indiferente que el actor hubiese estado realizando el servicio a satisfacción del cliente durante largo tiempo, incluso que pudiese realizarlo con el título de graduado escolar si éste se considerase como título equivalente a FP1 o FP2 (que no lo es); lo relevante es que el actor engañó a la empresa presentando un documento que no se correspondía con la realidad para conseguir el trabajo, lo que claramente vulnera la buena fe que debe presidir la relación laboral”.

En efecto, realizó una actuación contraria a los deberes previstos en los artículo 5 a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores; siendo la buena fe consustancial al contrato de trabajo pues su naturaleza genera derechos y obligaciones recíprocas, que se traduce en una exigencia de comportamiento ético acorde a una serie de valoraciones objetivas, que limita o condiciona el ejercicio de los derechos subjetivos y que puede traducirse como honorabilidad, probidad y confianza; sin que la esencia de

su incumplimiento esté en la causación de un daño, sino en el quebranto de los anteriores valores, lo que aquí se produjo con las notas de gravedad y culpabilidad, siendo la sanción impuesta adecuada a esos elementos y sin que sea atendible la infracción del Convenio que se alega en último lugar porque aquí se trata de un engaño para obtener el contrato, que no es subsumible en la falta grave del artículo 63, sino en el 68 y en el 54.2,d) del ET, como aprecia la Juzgadora.

En consecuencia, procede la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia, sin costas al gozar el demandante del beneficio de justicia gratuita (artículo 235 de la LJS en relación con el 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

FALLO

Desestimando el recurso de suplicación formulado por D. J.T.R.P. contra la Sentencia de fecha 22 de abril de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Alicante, en autos 686/14 sobre DESPIDO CON VULNERACION DE DERECHOS FUNDAMENTALES, siendo parte recurrida E.E., S.L., FOGASA y MINISTERIO FISCAL, confirmamos la referida Sentencia. Sin costas.

2219

Sentencia núm. 1.070, de 27 de abril de 2017

Materia: Asistencia sanitaria: Técnica de tratamiento. La actora padece una enfermedad genética monogénica, que ocasiona una debilidad muscular sin tratamiento curativo y que es transmisible a su descendencia. La actora decide tener hijos para lo que se le informa que la única manera de que no sea transmitida la enfermedad es mediante una fecundación in vitro más el diagnóstico genético preimplantacional (DGP). Se rechaza la técnica al no estar contemplada como prestación en la cartera básica de servicios de hospitales públicos. Aplicación correcta del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre.

Juzgado: Estima la demanda, condenando a la entidad demandada a prestar el tratamiento solicitado por la actora más reproducción in vitro y en su defecto, asuma la propia demandada el coste íntegro y necesario para dicho tratamiento.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La demandante reúne los criterios específicos para la realización de la técnica solicitada y concedida en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Aunque formalmente el recurso de suplicación entablado por la Abogada de la Generalitat consta de cuatro motivos, en realidad se trata de un único motivo formulado al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) en el que se imputa a la sentencia de instancia la infracción por incorrecta aplicación del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, aduciéndose en el primero de los motivos dicha infracción, mientras que en los siguientes motivos se va exponiendo la argumentación de la infracción legal referida, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- Afirma la parte recurrente que la sentencia del juzgado que estima la demanda y condena a la entidad demandada a que preste a la actora el tratamiento de Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP) más reproducción “in Vitro” y en su defecto, asuma la propia demandada el coste íntegro y necesario para dicho tratamiento, infringe el apartado 5.3.8.3, letra f del anexo III del indicado Real Decreto por cuanto que en el subapartado ii) de aquel se establecen los criterios específicos que deben cumplirse para que proceda el DGP y en el presente caso no se cumplen dos de ellos ya que la actora no presenta graves problemas de salud derivados de la enfermedad que padece, ni es probable que sus hijos los presenten y porque no se obtendría una respuesta adecuada si se realiza a la actora el procedimiento FIV-ICSI tras estimulación ovárica controlada, en base a los valores que presenta.

No se cuestiona que la reproducción humana asistida forme parte de la cartera de servicios del sistema nacional de salud sino que lo que se discute es que la actora reúna los criterios establecidos para ser acreedora de dicho servicio, los cuales aparecen recogidos en el subapartado ii), apartado 5.3.8.3, letra f del anexo III del Real Decreto 1030/2006.

Según se desprende del punto 1 del apartado 5.3.8.3. f del Anexo III del R.D. 1030/2006, el DGP se realiza con la finalidad de prevención de la transmisión de enfermedades o trastornos de origen cromosómico o genético graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los pre-embriónes no afectos para su transferencia. Por su parte, en el subapartado ii) del apartado 5.3.8.3. f. 1 del referido Anexo se establece que “El DGP se realizará con el fin indicado “cuando se cumplan los siguientes criterios específicos:

- exista alto riesgo de recurrencia de la enfermedad presente en la familia,
- el trastorno genético genere graves problemas de salud, es decir, que la enfermedad de base genética comprometa la esperanza y/o calidad de vida por producir anomalías congénitas, discapacidad intelectual, sensorial o motora, no susceptibles de un tratamiento curativo con arreglo a los conocimientos científicos actuales.
- el diagnóstico genético sea posible y fiable, e incluya un informe de consejo genético donde se especifique el estatus genético de la pareja o familia consultante en relación a la enfermedad y la identificación del gen implicado, la mutación responsable y la certeza de la relación fenotipo/genotipo.
- sea posible realizar un procedimiento de fecundación in vitro/inyección espermática intracitoplasmática (FIV-ICSI) con una respuesta adecuada tras estimulación ovárica controlada.
- los criterios específicos para FIV con gametos propios.”

Para determinar si la actora cumple los referidos criterios específicos y, más en concreto, los relativos a la gravedad del trastorno genético y a la posibilidad de realizar el procedimiento (FIV-ICSI) con una respuesta adecuada tras estimulación ovárica controlada, se ha de acudir a lo reseñado en el relato fáctico de la resolución recurrida y del mismo interesa destacar que la actora padece Distrofia fascio-escapulo-humeral(en adelante DFEH) que es una enfermedad genética monogénica y una de las distrofias musculares más frecuentes. Clínicamente, se caracteriza por una debilidad muscular progresiva fundamentalmente de los músculos faciales, los estabilizadores de la escápula y los dorsiflexores de las extremidades inferiores. Se trata de una enfermedad con expresividad variable, es decir con un patrón heterogéneo en cuanto a la frecuencia y a la gravedad de sus manifestaciones en sujetos portadores de la alteración genética. La debilidad muscular suele manifestarse hacia la segunda década de la vida, aunque puede aparecer desde la infancia hasta la edad avanzada. En general, las manifestaciones iniciales afectan a la musculatura facial y de la cintura escapular, a la que sigue la de los músculos dorsiflexores del pie y de la cintura pelviana. Son características típicas la afectación asimétrica, con predominio de la debilidad muscular de un lado del cuerpo, y la conservación de la función de la musculatura bulbar extraocular y respiratoria. La enfermedad no tiene tratamiento

curativo actualmente, aunque existen varias terapias experimentales en estudio. El riesgo de transmisión a la descendencia en el caso de la actora es del 50%.

Los datos anteriores no dejan duda sobre la gravedad de la enfermedad DFEH que se puede llegar a traducir en dificultad para pronunciar palabras, levantar los brazos y también puede interferir en la capacidad de andar, llegando a precisarse el uso de silla de ruedas, e incluso generar hipoacusia y ritmos cardíacos anormales y ello aun cuando la actora se encuentre en la actualidad con síntomas leves, los cuales desgraciadamente pueden empeorar a lo largo de su vida y es que conforme se recoge con valor fáctico en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida “En el caso de progenitores con formas no severas de la enfermedad, como sucede con la actora en la actualidad, aunque es posible la aparición en la descendencia de formas más graves que las de los progenitores, los hijos no suelen manifestar afectación más intensa ni experimentar un acortamiento de la expectativa de vida. Ahora bien, también se informa que la debilidad muscular suele manifestarse hacia la segunda década de la vida, aunque puede aparecer desde la infancia hasta la edad avanzada, por lo que la actora, que cuenta con 34 años, aún podría desarrollar de forma más grave su enfermedad y con ello augurar también mayor gravedad de la enfermedad de su descendencia.

Por otra parte y en cuanto a la estimación de la respuesta ovárica a la estimulación controlada para obtener desarrollo folicular múltiple con destino a un ciclo ICSI-DGP, en la práctica clínica se realiza por medio de factores predictivos como el recuento de folículos ováricos antrales y las concentraciones séricas de hormona foliculoestimulante (FSH) en fase folicular precoz, o la determinación de la concentración sérica de hormona antimülleriana (AMH).

Como todas las pruebas médicas de predicción, el uso de estos estimadores, de forma simple o combinada, se caracteriza por una determinada fiabilidad, en base a unos estudios estadísticos y los conocimientos del momento, que nunca es absoluta y por tanto deja un margen de error, existiendo la posibilidad de que se produzcan respuestas inferiores o superiores a la estimada.

En el caso de la actora, la misma presenta valores de FSH y de AMH que permiten esperar una respuesta inferior al promedio para su edad, considerando especialmente el valor de AMH (0’54 ng/ml). No obstante, la capacidad predictiva de esta estimación es limitada para inferir la probabilidad de obtener un número adecuado de embriones para la realización de la DGP.

La conclusión alcanzada no excluye la posibilidad de que la actora obtenga una respuesta adecuada tras la estimulación ovárica controlada y a efectos de proceder posteriormente al procedimiento de fecundación in vitro/inyección espermática intracitoplasmática (FIV-ICSI) por lo que, tal y como aprecia la resolución impugnada, se ha de entender que la demandante reúne los criterios específicos para la realización del DGP, lo que conlleva la desestimación del recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Nueve de los de Valencia y su provincia, de fecha 23 de diciembre de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de D^a. S.G.G. contra la recurrente; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2220

Sentencia núm. 1.092, de 27 de abril de 2017

Materia: Prestación de minusvalía. Revisión grado de discapacidad. Limitación funcional de muñeca derecha y miembro inferior derecho. Movilidad reducida. Derecho a disfrutar de nuevas prestaciones por reconocimiento de la movilidad reducida.

Juzgado: Desestima la demanda, ratificando la resolución impugnada en este procedimiento. No procede conceder al actor la movilidad reducida reclamada.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El actor sufre limitaciones graves para deambular por terreno llano o con obstáculos, subir y bajar escaleras o sostenerse en pie en una plataforma de un medio normalizado de transporte. Las lesiones permiten valorar su movilidad con más de 7 puntos haciéndole merecedor de las prestaciones que se derivan de dicha declaración.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor, la sentencia que ha desestimado su demanda sobre discapacidad, movilidad reducida.

El recurso, que no se impugna de contrario, se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, se ataca el relato probado de la sentencia. Tras poner de manifiesto la confusión del Juzgado al pronunciarse sobre la pretensión ejercitada, propone una nueva redacción para los hechos primero, segundo y quinto, para dotar a la sentencia de prácticamente todos los hechos necesarios para resolver. En efecto, se observa que la sentencia no contiene en sus hechos probados y tampoco en la fundamentación jurídica los datos precisos para resolver el debate, en el que no se impugna la discapacidad global otorgada del 33% que viene disfrutando el actor desde 1997, tratándose de una revisión, en la que se cuestiona la movilidad reducida, que en las resoluciones impugnadas se valora en 4 puntos sin determinar a qué letra del baremo corresponden, movilidad reducida cuya agravación no se cuestiona ya que consta en el expediente que en el año 2009 se había valorado con 0 puntos y tras la solicitud de revisión en enero de 2014 se conceden 4 puntos sin explicar a qué letra del baremo corresponden. Por otra parte, los datos que se pretenden introducir en la sentencia se deducen de la única prueba practicada sobre la concreta pretensión ejercitada (informe del Dr J.V. y pericial del actor), de modo que no constando contradicción con prueba que hubiera practicado la demandada para explicar de dónde se obtienen los 4 puntos en que se valora la movilidad reducida, procede acceder a las redacciones interesadas de los hechos impugnados de manera que debe constar en la sentencia que la discapacidad global del 33% la tenía reconocida el actor desde 1997, y solicitada revisión en 2014 para que se valoraran su movilidad con 9 puntos, se le han concedido 4 puntos de movilidad reducida sin

explicación o prueba que lo apoye, suprimiendo el primer inciso del hecho segundo que parece referirse a otro expediente y añadiendo al hecho quinto que el actor padece tras tres intervenciones en la rodilla derecha, la última consistente en una osteotomía varizante supracondilea de fémur, estabilizada con clavo-placa de 95º, de cuyo material es todavía portador y en el momento actual con una severa artrosis tricompartmental de ambas rodillas, genus varus, susceptibles de recambio protésico, y que en relación con las dificultades de movilidad se manifiestan en las siguientes limitaciones: Limitación grave para deambular por terreno llano, limitación muy grave para deambular por terreno con obstáculos, limitación grave para subir y bajar un tramo escaleras, limitación grave para sobrepasar un escalón de 40 cm, y limitación grave para sostenerse en pie en una plataforma de un medio normalizado de transporte.

SEGUNDO.- Con amparo en lo dispuesto en la letra c) del art. 193 de la LRJS, denuncia el segundo motivo de recurso, la aplicación incorrecta de lo dispuesto en el art. 2, en relación con el Anexo 3 capítulo I del RD 1971/1999, de 23 de diciembre de procedimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. Razona el recurso que la simple indeterminación en la resolución recurrida de porque se otorgan los 4 puntos de movilidad reducida hubiera sido suficiente para declarar la nulidad de la referida resolución, que no es posible hacer una declaración de movilidad reducida en términos genéricos y en valoración global de la discapacidad, y que de acuerdo con el baremo la puntuación que corresponde es de 11 puntos, por lo que solicita que se declare al actor en situación de movilidad reducida superior a 7 puntos con el derecho a disfrutar de las eventuales prestaciones que se deriven de dicha declaración.

El artículo 25 b) del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, que regula el sistema especial de prestaciones sociales y económicas para minusválidos, establece que serán beneficiarios del subsidio de movilidad y compensación por gastos de transporte aquellas personas que reúnan, además de las condiciones previstas en los apartados b), c) y d) del artículo 2, las siguientes: a) ser mayores de tres años; b) estar afectadas por pérdidas funcionales o anatómicas o por deformidades esenciales, en grado igual o superior al 33 por 100, que les dificulten gravemente utilizar transportes colectivos de acuerdo con el baremo específico que se fije reglamentariamente; c) no encontrarse, por razón de su estado de salud u otras causas, imposibilitado para efectuar desplazamientos fuera de su domicilio habitual.

El Baremo para determinar la existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos, que figura en el Anexo 3 del Real Decreto 1971/99, exige que el beneficiario sea usuario o esté confinado en silla de ruedas, o dependa absolutamente de dos bastones para caminar, o pueda deambular pero presente conductas agresivas o molestas de difícil control, a causa de graves deficiencias intelectuales que dificultan la utilización de medios de normalización de transporte. O bien que supere siete puntos por su dificultad para deambular por terreno llano, para deambular por terreno con obstáculos, para subir o bajar un tramo de escaleras, para sobrepasar un escalón de 40 centímetros, o para sostenerse en pie en una plataforma de un medio normalizado de transporte.

Con los hechos probados admitidos en el anterior fundamento, resultan acreditados los 7 puntos requeridos para estimar la pretensión ejercitada sobre la declaración de movilidad reducida que se solicita, por lo que procede estimar el recurso y revocar la sentencia para estimar la demanda, porque consideramos que yerra la sentencia al hacer depender las limitaciones funcionales que sirven para determinar el grado de discapacidad, con la determinada movilidad reducida que pueda presentar el beneficiario para lo que se aplican otros baremos.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. J.F.A.J. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante de fecha 1 de diciembre de 2015; y, en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y dejamos sin efecto la resolución de 6 de octubre de 2014 en lo que se refiere a la movilidad reducida que no concede por valorarla en 4 puntos, y declaramos al actor en la situación de movilidad reducida superior a 7 puntos con el derecho a disfrutar de las eventuales prestaciones que se deriven de dicha declaración.

2221

Sentencia núm. 1.113, de 3 de mayo de 2017

Materia: Incapacidad temporal. Reclamación de prestación y solicitud de pago directo de la prestación de la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. Trabajador que presta servicios como conductor en empresa dedicada al transporte de mercancías por carretera. Al actor le es de aplicación el convenio colectivo provincial del transporte de mercancías por carretera. Accidente de trabajo por reventón de rueda. El trabajador es dado de alta en el RGSS con posterioridad al hecho causante de la incapacidad. El empresario individual, a la fecha en que el actor sufrió el accidente laboral, concertó la cobertura de las contingencias comunes y profesionales con la mutua codemandada.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los codemandados de las pretensiones deducidas de contrario, por estimarse la excepción de falta de acción.

Sala: Estima en parte el recurso, dejando sin efecto la sanción pecuniaria impuesta y confirmando el resto de los pronunciamientos de la instancia. No resulta debidamente motivado que el actor haya actuado con mala fe o temeridad. No procede la sanción.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda y absolvió a las partes demandadas por estimarse la excepción de falta de acción y se impone al actor una multa por importe de 250 euros, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la mutua X., y las empresas demandadas G. S.C.V. y A. S.A.U. y por D. J.F.M.D., y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando debió aludir al artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la revisión de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que el hecho probado primero quede redactado con el texto que indica en su escrito de recurso, pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito. En lo coincidente por razones obvias de evitar reiteraciones y en lo nuevo o discrepante por cuanto no resulta directamente sin necesidad de conjeturas ni de hipótesis de los documentos en que pretende basarse. Sin olvidar que lo que pretende la parte recurrente es una revisión de prácticamente toda la prueba y efectúa su cita de forma genérica, sin concretar en qué párrafo o apartado de cada folio figura el error del Juzgador o el texto que ampara su pretensión revisoria, pues alude a unos folios sin concreción y a los folios 68 y 69 que comprenden las carpetas de todas las pruebas del actor y del INSS. También debe tenerse en cuenta que la revisión interesada no incide en el contenido del fallo, más bien parece que se pretende conformar una serie de hechos de cara a otros procesos.

SEGUNDO.- También con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando debió aludir al artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la revisión del hecho probado segundo para quede redactado con el texto que indica en su escrito de recurso, también interesa la revisión del ordinal tercero para que se adicione un último párrafo con el texto que indica, pero las revisiones fácticas interesadas no pueden alcanzar éxito, por cuanto no resulta su texto directamente sin necesidad de conjeturas ni de hipótesis ni de razonamientos de los documentos en que pretende basarse. Tampoco ayuda a las modificaciones fácticas interesadas que efectúe una cita de forma genérica, sin concretar en qué párrafo o apartado de cada folio figura el error del Juzgador o el texto que ampara su pretensión revisora, pues alude a unos folios sin concreción en su contenido y respecto de la cita del documento 69 este comprende la carpeta del INSS. Sin que la revisión interesada incida en el contenido del fallo.

TERCERO.- De nuevo la parte recurrente en el cuarto y quinto motivos del recurso interesa la revisión del hecho probado segundo con amparo procesal en el ordinal 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, cuando debió aludir al artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y postula con amparo procesal genérico, por cuanto alude a los folios 45 a 64, sin concreción alguna, y ello es razón suficiente para siguiendo la jurisprudencia desestimar los motivos y se interesa que se añada un último párrafo con el siguiente texto alternativo: “Dicha alta se produce después de producido el accidente, sin consentimiento ni conocimiento del trabajador y de forma fraudulenta”, y debe tenerse en cuenta que el alta se produce después de producido el accidente, lo que ya consta en los hechos y no necesita de reiteración y respecto de los demás extremos del motivo no encuentran amparo directamente en los documentos que se citan y además contiene una valoración jurídica impropia de figurar en los hechos probados. La otra extensa adición que propone para el ordinal segundo y que aquí se tiene por reproducida, tampoco puede prosperar, por cuanto no resulta amparada de forma genérica en los documentos obrantes a los folios 45 a 60, de los cuales no resulta directamente la adición pretendida, sin necesidad de interpretaciones. Pero además tales documentos contienen informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que contienen las manifestaciones recogidas por la Inspección lo que constituye no una documental sino declaración testifical documentada, y por lo tanto carecen de eficacia revisora.

CUARTO.- En los siguientes motivos del recurso, sexto, séptimo y octavo la parte recurrente, respecto del derecho, con amparo procesal en el art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, en lugar de citar el art. 193 c) de la LRJS, alega infracción del artículo 1 números 1 y 2, 3 apartado c) 8,2,20 apartado 1 del Estatuto de los Trabajadores y subsidiariamente infracción de los artículos 42 y 43 del Estatuto de los Trabajadores, alegando que no cabe admitir la existencia de un contrato de trabajo no firmado emitido posteriormente al accidente. También se denuncia infracción por violación del art. 42 de la Ley 16/1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres y los artículos del Convenio Colectivo Provincial de Valencia de Transporte Mercancías y al II Acuerdo General para las empresas de Transporte de mercancías por carretera y concluye señalando que la sentencia de instancia en cuanto a la falta de legitimación

pasiva de la mercantil G. S.C.V. colisiona frontalmente con las sentencias que cita de Audiencias Provinciales, incluso llegando a multar al demandante con 250 euros en base a una pretendida temeridad, cuando su postura se hallaba amparada, no solo en los hechos, sino en diversos pronunciamientos de sentencias y concluye en el suplico de la sentencia interesando que se estime el presente recurso y proceda a la revocación de la sentencia de instancia, estimando la demanda en todos sus extremos.

En el presente supuesto debe tenerse en cuenta que la parte actora es quien fija en su demanda la pretensión concreta que postula y en base a ella se ha resuelto la presente controversia. Interesa en la demanda en reclamación de prestaciones y solicitud de pago directo de la prestación correspondiente a la situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo sufrido el día 24 de julio de 2013, mientras conducía un camión, cuya demanda se dirige inicialmente frente a la mutua X. y contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y posteriormente para cumplimentar la subsanación interesada por el Juzgado de lo Social amplía la demanda frente la mercantil G. S.C.V., Don F.J.S.T., D. J.F.M.D. (respecto de este último desiste en el acto del juicio), D. R.R.A. y la mercantil A. S.A.U., en los mismos términos que en el escrito inicial de demanda, y si bien es cierto que a la fecha de presentación de la demanda y de su ampliación se le adeudaban al actor las prestaciones de incapacidad temporal reclamadas, no es menos cierto que con posterioridad a la presentación de la demanda y de su subsunción y antes de la celebración del juicio oral, por la Mutua X. se abonó al actor la prestación de incapacidad temporal devengada desde el 25 de julio de 2013 hasta el día 3 de septiembre de 2014, ambos inclusive, habiendo abonado, por tal concepto, la cantidad total de 14.607,88 euros, y aunque por la Mutua en fecha 26 de septiembre de 2013, se comunicó por la Mutua al actor que se ratificaban en el escrito de 1 de agosto de 2013, alegando que no podían aceptar dicho proceso como laboral por las razones que indica, es evidente que la Mutua abonó al actor la prestación de incapacidad temporal reclamada y por lo tanto carecía de acción la parte actora al tiempo del juicio, si –como debe ser- nos limitamos a la petición efectuada en la demanda, que no es otra que la indicada en el escrito de recurso de suplicación que por su naturaleza extraordinaria la Sala viene limitada por su contenido y suplico, por lo que la conclusión de la sentencia de instancia al estimar la excepción de falta de acción resulta ajustada a derecho. Y la absolución en este proceso de las partes demandadas resulta coherente con la pretensión actora al tenerla cumplida, por cuanto no se ha postulado por la parte demandante la condena en el suplico y en lugar de la mutua demandada a alguna empresa de las demandadas en base al alta del trabajador posterior al accidente.

Por último con respecto a la sanción pecuniaria de 250 euros impuesta por la sentencia de instancia a la parte actora en este trámite recurrente, debe tenerse en cuenta que, a pesar de la sucinta argumentación de la parte recurrente sobre este particular y la no reclamación específica de que se deje sin efecto, en la medida que se interesa en el suplico del recurso de suplicación la revocación de la sentencia impugnada, la cual comprende este extremo, debe dejarse sin efecto la sanción impuesta por cuanto no resulta debidamente motivado –como exige el art. 97.3 de la LRJS- que el actor haya obrado con mala fe o temeridad.

FALLO

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor D.M.A.P.P., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 14 de los de Valencia, de fecha 19 de noviembre de 2015, dictada en virtud de demanda interpuesta por el actor, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte en el sentido de dejar sin efecto la sanción pecuniaria impuesta, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

2222

Sentencia núm.1.144, de 27 de abril de 2017

Materia: Invalidez. Incapacidad permanente absoluta. Trabajador afiliado al RETA que causa baja por enfermedad común. Posteriormente es declarado en situación de incapacidad total permanente para ejercicio de profesión habitual (electricista). Solicitud declaración incapacidad absoluta. Limitaciones orgánicas y funcionales.

Juzgado: Desestima la demanda frente al organismo demandado declarando no haber lugar al grado de incapacidad permanente absoluta solicitada por la parte demandante.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las secuelas y limitaciones que padece el actor, impidiéndole cualquier tipo de comunicación verbal, son merecedoras del reconocimiento de un grado de incapacidad absoluta para el ejercicio de cualquier actividad profesional.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia el 13 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Social número 6 de Alicante por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D.J.J.C.M. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, recurre en suplicación el demandante, sin que haya sido impugnado su recurso por el Organismo demandado.

SEGUNDO.- En el primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se solicita sea revisado el hecho probado quinto de la sentencia de instancia, con base en el informe de Servicio de Oncología Radioterápica de Alcoi e informe pericial que consta en autos, añadiendo dos párrafos diferenciados y que damos por reproducidos, incidiendo en el cuadro de secuelas que la Magistrada de instancia tiene por acreditado.

La adición propuesta no puede ser acogida, pues se basa en los documentos que expresamente fueron valorados por la Juez a quo para emitir su conclusión, sin que pueda sustituirse el criterio de esta última, de acuerdo a las facultades conferidas por el art. 97.2 LRJS, por el propio de la parte que quiere introducir el recurrente, en atención sobre todo, a la prueba pericial que él mismo propuso.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se denuncia la vulneración del art. 137.5 LGSS 1/94, por entender que el Sr. C. no puede prestar ningún trabajo con la necesaria profesionalidad, conforme a las exigencias normales de continuidad, dedicación y eficacia que le son legalmente exigibles, y con desempeño continuo y de acuerdo con la jornada laboral normal. Invoca en apoyo de su tesis distintas sentencias dictadas por Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia, que no constituyen jurisprudencia a efectos de suplicación, ex art. 1.6 CC.

Como ha declarado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 9 de febrero de 1987,

en relación al grado de Incapacidad Permanente Absoluta, "este grado de incapacidad, teniendo presente el texto de dicho precepto que lo tipifica, sus antecedentes históricos, su espíritu y su finalidad, no sólo debe ser reconocido al trabajador que carezca de toda posibilidad física para realizar cualquier quehacer laboral, sino también aquél que, aún con aptitudes para algunas actividades, no tenga facultades reales para consumir, con cierta eficacia, las tareas componentes de cualquiera de las variadas ocupaciones que ofrece el ámbito laboral. A tal fin han de valorarse, más que la índole y naturaleza de los padecimientos determinantes de las limitaciones que ellos generen, éstas en sí mismas, en cuanto impedimentos reales y suficientes para dejar sin posibilidades de iniciar y consumir a quien las sufre las faenas que corresponden a un oficio, siquiera sea el más simple, de los que, como actividad laboral retribuida, con una y otra categoría profesional, se dan en el seno de una empresa o actividad económica de mayor o menor volumen". En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias dictadas por el Alto Tribunal de 24 de febrero y 16 de julio de 1987.

Atendiendo a la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, el actor padece una neoplasia de laringe, recidiva en cuerda vocal izquierda y subglotis intervenida. Ello le ocasiona como limitaciones orgánicas y funcionales: laringectomía total, vaciamiento cervical funcional bilateral; limitación severa de la función fonadora, sin conseguir la comunicación verbal y limitación movilidad MMSS por encima de la horizontal.

Y dada la entidad de las secuelas y las limitaciones que producen, no compartimos la conclusión alcanzada en la instancia. No es muy difícil concretar una actividad laboral retribuida que no requiera la más mínima comunicación verbal entre el destinatario de la misma y el trabajador. También que la falta de función fonadora que padece el actor, sin posibilidad de comunicarse verbalmente, pueda suplirse como así se dice en sentencia, a través de comunicación escrita, dada la evidente diferencia entre una y otra y su incidencia evidente, de forma negativa de esta última en perjuicio de la primera, más rápida, dinámica y adecuada a la fluidez que ha de requerirse en todo desempeño del trabajo.

También resulta evidente que la necesidad de que el ambiente de trabajo no esté sometido a cambios térmicos limita si cabe aún más, junto con la secuela anterior, la búsqueda de una profesión retribuida que reúna todos los condicionantes precisos para ser prestada en verdaderas condiciones de eficacia y dedicación, por lo que, se ha de estimar el recurso, sin perjuicio de que pueda el actor mejorar su limitación en la fonación, con la ayuda de profesionales, y pueda revisarse su estado en un momento posterior, dada la mayor relevancia de dicha secuela en la concesión de la incapacidad permanente absoluta respecto a las restantes que se describen en el ordinal quinto de la sentencia de instancia.

Por todo ello, con estimación del recurso, procede revocar la sentencia de instancia, y reconocer al demandante un grado de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, con derecho a percibir una pensión del 100% de una base reguladora de 760,20 euros al mes, con las revaloraciones que procedan y fecha de

efectos 30-1-2015, fecha de emisión del dictamen propuesta del EVI al no agotarse el periodo máximo de IT previo al que estuvo sujeto el actor (STS 18-5-2010, por remisión a la dictada de 22 de junio de 1999, por la que en principio y como regla, el hecho causante de la invalidez permanente se identifica con la emisión del dictamen de los órganos (...) criterio que, en cuanto general, conoce una excepción, que persiste en la vigente normativa: a saber, que haya constancia clara y contundente, con valor de hecho probado, de que las secuelas incapacitantes quedaron plenamente consolidadas en un momento anterior.”)

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

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. J.J.C.M.frente a la Sentencia dictada el 13 de octubre de 2015 por el Juzgado de lo Social número 6 de Alicante, en autos número 492/2015 seguidos a instancia del precitado recurrente frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y con revocación de la precitada resolución, y estimación de la demanda en la instancia, procede reconocer al actor una incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, con derecho a percibir una pensión del 100% de una base reguladora de 760,20 euros al mes, con las revalorizaciones que procedan, y fecha de efectos 30 de enero de 2015, condenando al Organismo demandado a estar y pasar por dicha declaración y a abonar dicha prestación. Sin imposición de costas.

2223

Sentencia núm. 1.152, de 27 de abril de 2017

Materia: Reconocimiento de derecho. Trabajador al servicio de Ente estatal demandado que participa en un concurso de méritos para la adjudicación de nuevas plazas. Reconocimiento de méritos presentados y correcta baremación para acceder a nuevo puesto. El demandante no ha aportado todos los documentos y certificados requeridos. Impugnación resultado del concurso: nulidad de pleno derecho, ilegalidad y violación de derechos fundamentales. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. No existe vulneración de derechos del actor en el proceso selectivo, habiéndose ajustado a derecho.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se ha producido ninguna situación que permita acceder a la pretensión impugnatoria. Tampoco se observa vulneración del derecho a la igualdad del actor respecto al resto de candidatos valorados en el mismo proceso selectivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 8 de Valencia en fecha 26 de mayo de 2015 se desestimó la demanda interpuesta por D. M.C.S., declarando ajustada a derecho la valoración de los méritos presentados por el actor, en la convocatoria de 77 plazas personal laboral de carácter fijo de plantilla para acceder a las plazas de técnico administrativo especializado, habiendo sido demandados Aeropuertos Españoles de Navegación Aérea (AENA), la Comisión Paritaria de Promoción y Selección y los candidatos a los que les fueron adjudicados las citadas plazas, Doña Y.F.A. y D. C.G.M.

Frente a dicha resolución, recurre en suplicación el demandante, impugnando su recurso la Entidad Pública empresarial demandada.

SEGUNDO.- En un primer apartado, dividido a su vez en siete más, se aborda la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, al amparo de lo dispuesto en el art. 193 b) LRJS. Concretamente, se solicitan los siguientes extremos:

1.- En primer lugar, pide el recurrente se añada un nuevo hecho primero y previo, por el que se incorpore a la sentencia de instancia el siguiente redactado:

“El recurrente justificó en tiempo y forma varios de los trabajos anteriores en otras empresas para obtener la máxima puntuación por méritos (20) que AENA S.A ha rehusado valorar, aduciendo que no se presentaba en el tipo de certificado especial exigido en las bases de la convocatoria obviando documentos oficiales presentados”.

Se alude a las Bases de la Convocatoria en apoyo de la petición, pero lo que en realidad se pretende es introducir una conclusión de parte, favorable a sus intereses y predeterminante del fallo que no puede tener cabida en el relato fáctico, por lo que debe rechazarse la pretensión revisoria propuesta.

2.- En un segundo apartado, se solicita una amplia revisión fáctica por la que se pretende introducir en el ordinal quinto que en la vida laboral del actor consta la categoría laboral desempeñada según la clasificación de la Tesorería General de la Seguridad Social y definición de los grupos y niveles profesionales que expresamente menciona en el cuadro que incorpora a su motivo de recurso.

Esta revisión tampoco puede prosperar, pues respecto al contenido de la vida laboral, al hacer mención expresamente a la misma la Juzgadora en la redacción del hecho probado, ello permite su examen completo por la Sala, sin necesidad de reproducirse su contenido. Respecto a la definición de los grupos y categorías profesionales, aquélla no se deduce del documento indicado, por lo que no puede ser incorporado tal extremo en la declaración fáctica.

3.- Se solicita en un tercer apartado, la adición al hecho probado sexto del art. 28 del V Convenio Colectivo del Sector de la Construcción así como de los anexos X, y XI del mismo, en el que se recogen las concretas áreas y grupos profesionales así como la tabla de equivalencias profesionales entre la clasificación anterior y la nueva, y ello según el actor, para que la Sala pueda entender suficientemente acreditada la experiencia y similitud de las funciones laborales desempeñadas por el demandante y las que constan en el ficha de ocupación de la plaza cuya adjudicación se solicita.

Tampoco se puede acceder a lo solicitado, pues en el relato de hechos probados han de constar las concretas circunstancias fácticas que resulten acreditadas, naturaleza que no es predicable de las normas jurídicas, pues así se desprende de reiterada doctrina que dispone que *“el error ha de recaer sobre un hecho, lo que excluye de la revisión la redacción de cualesquiera norma de derecho y su exégesis. El propio concepto de hechos probados repele la inclusión en los mismos de las normas jurídicas. El convenio colectivo es una norma jurídica (artículo 82 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores), y no un documento sobre el que poder determinar la existencia de un error en la apreciación de la prueba.”* (STSS 6 de noviembre de 2015 (recurso casación 305/2014), con cita de las sentencias de 24 de marzo de 2011 (recurso casación 73/2010), 5 de noviembre de 2010 (recurso casación 211/2009) y 13 de diciembre de 2010 (recurso casación 20/2010).

4.- En el punto cuarto, se solicita se añada al hecho probado séptimo un párrafo nuevo en el que se diga lo siguiente: *“Tareas figuradas en los párrafos 4º, 6º y 7º que coinciden plenamente con las detalladas en descripción de la ficha de ocupación de AENA, en particular: redacción de informes, preparación de documentación y elaboración de listados y estadísticas, realización de la explotación, actualización y mantenimiento periódico de las bases de datos propias de su área, transcripción mecanográfica, intendencia de material, organización de agendas y viajes, etc.*

Resultando suficientes para demostrar que el recurrente posee la experiencia análoga y similar en el desempeño de funciones administrativas, durante mayor tiempo laboral que el máximo valorable según el clausulado de la base 8.2.2.b).b”.

Se desestima también esta petición, pues el objeto de la misma no es otro que introducir una valoración jurídica de las tareas encomendadas en el puesto de Inspector de Obras y proyectos puestas en conexión con las exigidas para la plaza ofertada, siendo que la Juez a quo ya incorpora expresamente las funciones que se atribuyen al inspector en el ordinal que se pretende modificar, y la conclusiones de parte no pueden sustituir a las alcanzadas por la Juez a quo sobre dichos extremos, fruto de la valoración conjunta y ponderada de la prueba practicada.

5.- A través de un apartado quinto, se pide sea añadido un nuevo párrafo del siguiente tenor literal al hecho probado décimo:

“Se constata un error en la puntuación de méritos del señor C.S.. Le corresponden 20 puntos en méritos (6 por Ortiz e Hijos y 14 por Construcciones Laín). Y en total de puntuaciones es de 117,97 al sumarse esos 20 puntos a los 97,97 de PUNTUACIÓN DE PRUEBA”.

Se desestima la introducción de este nuevo párrafo, por ser una conclusión de parte, ausente de constatación a través de documental hábil para producir dichos efectos, pues de la que se indica por el recurrente, no se desprende de forma literosuficiente dicha apreciación.

6.- En el apartado sexto, se pide se introduzca en el ordinal undécimo, el siguiente redactado: *“AENA no requirió al interesado para que pudiera subsanar los posibles defectos que contuviera la certificación de méritos alegados”.*

También ha de desestimarse esta petición pues se invoca la infracción de STS de 04-12-2012, que no puede servir de base para la revisión fáctica, pues no estamos ante un motivo por el que se revise la aplicación de la jurisprudencia, al margen de que se intenta introducir un hecho negativo que no tiene cabida en el relato histórico de la sentencia de instancia.

7.- Por último, en el apartado séptimo, se solicita se añada al ordinal décimo tercero un párrafo final en el que se diga que quedaba *“acreditada la equivalencia entre las funciones de la ficha de ocupación de la plaza de AENA y la experiencia laboral del actor”.*

También se rechaza esta pretensión, por tratar de introducirse de nuevo, una valoración jurídica de parte. Desestimada esta última, decae la totalidad de los motivos revisorios, confirmándose el relato fáctico de la sentencia de instancia en su integridad.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se formula un segundo apartado de recurso, a través del cual se denuncia la infracción de las siguientes normas y jurisprudencia: (i) Arts. 9.2, 14, 23.2 y 103.3 CE; (ii) Sentencias del Tribunal

Constitucional de 11-3-2004, 25-4-2002 y otras que cita; (iii) Sentencias de la Sala Cuarta que damos por reproducidas y STS Sala 3ª de 27-05-2010 sobre el principio “pro actione” y la flexibilización de los trámites de los procedimientos administrativos (iv) Sentencia de la Sala de lo contencioso Administrativo del TSJ de la Comunidad Valenciana, que no constituye jurisprudencia a efectos de suplicación, ex art. 1.6 CC.

Expone el recurrente que si bien es cierto, las bases de la convocatoria de la plaza son ley para las partes y vinculan a los órganos encargados de valorar las mismas, aun cuando aquéllas exigían para la valoración de los méritos la vida laboral, el contrato de trabajo y la certificación por parte de las empresas de las funciones desempeñadas, no es menos cierto que en el certificado de vida laboral presentado, consta el grupo de cotización correspondiente a Auxiliar Administrativo, Jefe de Administración y Oficial 1ª Inspector de Obras, que acreditan tanto las relaciones laborales como las tareas realizadas.

De manera que puestas en relación el tenor literal de las bases y la documentación aportada por el actor, la demanda debió ser estimada, supliendo la falta de aportación del contrato de trabajo, la vida laboral, del que se deduce con toda rotundidad los servicios prestados.

Conforme a consolidada doctrina, expresada en STS de 10-6-2016, Rco. 83/2015:

“(…) La valoración de la prueba se encomienda al órgano de instancia y que la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada en supuestos de error palmario que se evidencie por prueba documental literosuficiente, excluyéndose -en todo caso- que ello pueda implicar una nueva valoración de la prueba como si de una apelación se tratase, y que con mayor motivo hemos excluido que la censura fáctica comporte negar al Juzgador las facultades valorativas que la ley le atribuye [art. 97.2 LRJS], siempre que las mismas -este es precisamente el caso- se hubiesen ejercido conforme a las obligadas normas de la sana crítica, pues de lo contrario se sustituiría el objetivo criterio del órgano judicial por el subjetivo de las partes (valgan de ejemplo las SSTS SG 16/07/15 -rco 180/14 -; SG 22/07/15 -rco 130/14 -; SG 24/11/15 -rco 86/15 -; y 15/12/15 -rco 34/15 -); y b) también se incurre -con la argumentación efectuada- en el rechazable vicio procesal de la llamada «petición de principio» o «hacer supuesto de la cuestión», que se produce cuando se parte de premisas fácticas distintas a las de la resolución recurrida (así, entre las últimas sobre el tema, SSTS 02/02/15 -rco 279/13 -; 15/06/15 -rco 164/14 -; 30/06/15 -rcud 854/14 -; y 23/10/15 -rco 169/14 -), pues -en efecto- congruentemente con el referido planteamiento previo [prueba documental que -se dice- debe contemplarse «a la hora de valorar la situación de la empresa»], el Sindicato recurrente argumenta no en atención a los datos que la Audiencia Nacional declara probados, han permanecido incólumes en este trámite y sobre los que la sentencia razona con exhaustividad en cinco folios, sino sobre los que el autor del recurso considera que «han de ser tenidos en cuenta» (...).”

En el supuesto que nos ocupa, sostiene el recurrente en definitiva que la valoración de los méritos efectuada para acceder a la plaza de Técnico Administrativo Especializado

fue incorrecta, al suplirse la falta de determinados documentos exigidos para acreditar la experiencia en puestos similares al ofertado, a través de otros que sí que fueron entregados y que hacían prueba suficientemente de la citada experiencia.

Sin embargo, parte el recurrente de una premisa que en sí misma resulta contradictoria, pues si bien entiende que la convocatoria exigía la presentación de la vida laboral, contratos de trabajo y certificados emitidos por las empresas en las que se hubieran prestado servicios en los que constasen las funciones desempeñadas para su posterior cotejo con las que conformarían la plaza ofertada, admite la falta de presentación de los mismos, y entiende suficientemente subsanada su ausencia a través de otros documentos que sí aportó.

Conforme a doctrina de la Sala III del Tribunal Supremo, expresada en Sentencia de 22-05-2009 (Rec. 7220/2004), que acogen las dictadas por la Sala Cuarta el 22-12-2016 (Rcud. 3982/2015 y 3998/2015), cabe la impugnación del resultado del concurso cuando nos encontramos ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, de violación de derechos fundamentales o, incluso, de mera ilegalidad.

En nuestro caso, la única cuestión que se trata de interpretar es si con la valoración de los méritos efectuada al recurrente, se ha producido alguna de las situaciones que permitirían acceder a la pretensión impugnatoria. Y hemos de dar una respuesta negativa a tal cuestión.

Decimos esto por cuanto que basta acudir a los términos literales de las bases de la convocatoria, para alcanzar una conclusión contraria a la expresada por el recurrente. Si se observa la literalidad de la cláusula 8.2 se dice en concreto lo siguiente: *“A estos efectos, se valorará la experiencia profesional demostrada documentalmente mediante la aportación conjunta de los contratos de trabajo, certificados acreditativos de haber realizado los trabajos análogos o similares a las funciones recogidas en la ficha de ocupación de la plaza a la que aspira y certificado de vida laboral actualizado, emitido por el Organismo correspondiente”*.

El subrayado expuesto se muestra en el redactado de las bases, e incide en la relevancia o importancia que estas últimas han querido otorgar a la aportación conjunta y global de la totalidad de los documentos que allí se expresan. Por eso, tratar de aceptar la tesis propugnada por el recurrente por la que, ante la falta de aportación de cierta documentación, los datos que de ella se derivaren se extraen de otros documentos, iría en contra del tenor literal expresado.

Y así, aun cuando la vida laboral exprese el grupo de cotización al que estuvo adscrito el actor durante la relación laboral que se certifica, ni supone la acreditación de las concretas funciones que se desempeñaron, ni completa la falta de aportación del documento que expresamente se exige para constatar aquéllos extremos.

Y así, resultando acreditado en hechos probados así como en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida, que: (i) Respecto a la prestación de servicios en la empresa Construcciones Lain S.A, no se aportó el certificado de las funciones

desempeñadas; (ii) Que las funciones ejercitadas en el Ayuntamiento de Inspector de Obra son distintas a las de la plaza convocada, y (iii) Que respecto a las empresas Vega Real, Hatoum Traiding y Obras Asfálticas, no se acompaña la documentación requerida, al margen de la vida laboral, procede desestimar el recurso interpuesto, al no apreciarse vulneración alguna de la jurisprudencia que se cita, ni en modo alguno, de la doctrina constitucional apuntada, no existiendo el más mínimo indicio de vulneración del derecho a la igualdad del actor respecto a otros candidatos valorados en el mismo proceso selectivo.

CUARTO.- No procede la imposición de costas al recurrente, al gozar del beneficio de justicia gratuita, ex art. 235.1 LRJS.

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. M.C.S. frente a la sentencia dictada el 26 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Social número 8 de Valencia, en autos número 683/2013 seguidos a instancia del precitado recurrente frente a AEROPUERTOS ESPAÑOLES DE NAVEGACIÓN AEREA (AENA), COMISIÓN PARITARIA DE PROMOCIÓN Y SELECCIÓN, DOÑA Y.F.A. Y D. C.G.M.; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

2224

Sentencia núm. 1.167, de 2 de mayo de 2017

Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios como oficial administrativo en centro especial de empleo e inserción. El actor es despedido por faltas de indisciplina o desobediencia reiterada a las instrucciones de la empresa. Transgresión de la buena fe contractual, fraude, deslealtad y abuso de confianza en el ejercicio de sus funciones. Manipulación de nóminas y pagos en estaciones de servicio sin justificación. Falta muy grave. Extinción relación laboral mediante despido disciplinario. Graduación sanción.

Juzgado: Desestima la demanda declarando el despido comunicado al actor como procedente, convalidando la extinción del contrato que dicho despido produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El engaño, la ocultación y la deslealtad del trabajador le hacen merecedor de la sanción del despido disciplinario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor, la sentencia que ha desestimado su demanda de despido disciplinario, declarándolo procedente.

El recurso se estructura en tres motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (Ley derogada por la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) que se refiere al motivo para la modificación fáctica en el art. 193 b), solicita la modificación de los hechos quinto, sexto y séptimo, proponiendo la corrección del quinto para que exprese que las modificaciones de las nóminas del actor de mayo y junio de 2015 para incluir el plus de actividad había sido realizada por la asesoría A. SA sin que se sepa quien fue la persona que modificó el 4 de septiembre dichos documentos, se elimine o suprima el hecho sexto y desaparezca del séptimo el dato de que “los hechos no fueron negados por el actor al entregarle la carta de despido, manifestando que la manipulación de las nóminas había sido una “conducta gilipollas”.

Antes de nada conviene precisar que de acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial que se expone, entre otras muchas, en las recientes SSTs de 5 de junio de 2011 (rec.158/2010), 14 de mayo de 2013 (rec.285/2011) y 16 de septiembre de 2014 (rec.251/2013) -y que es perfectamente trasladable al recurso de suplicación-: *"el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única -que no grado-, lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud -art. 97.2 LPL hoy mismo precepto de la LRJS- únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala “a quo”), por ser quien ha tenido plena inmediatez en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar un nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el*

ordinario de apelación (recientes, SSTS 11/11/09 -rco 38/08; 13/07/10 -rco 17/09; y 21/10/10 -rco 198/09). Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error, si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes (entre tantas otras, SSTS 11/11/09 -rco 38/08; y 26/01/10 -rco 96/09)", así como que "la revisión de hechos probados exige los siguientes requisitos: 1º.- Que se indiquen qué hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse, sin que en ningún caso bajo esta delimitación conceptual fáctica puedan incluirse normas de derecho o su exégesis. 2º.- Que se citen concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara. 3º.- Que se precisen los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la variación del signo del pronunciamiento; y 4º.- Que tal variación tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (entre las últimas, SSTS 17/01/11 -rco 75/10-; 18/01/11 -rco 98/09-; y 20/01/11 -rco 93/10-). E insistiendo en la segunda de las exigencias se mantiene que los documentos sobre los que el recurrente se apoye para justificar la pretendida revisión fáctica deben tener una eficacia radicalmente excluyente, contundente e incuestionable, de tal forma que el error denunciado emane por sí mismo de los elementos probatorios invocados, de forma clara, directa y patente, y en todo caso sin necesidad de argumentos, deducciones, conjeturas o interpretaciones valorativas, hasta el punto de afirmarse que la certidumbre del error está reñida con la existencia de una situación dubitativa (así, SSTS 22/05/06 -rco 79/05; y 20/06/06 -rco 189/04)".

Pues bien, desde el momento en que la modificación de los hechos que solicita el recurso se apoya en testifical (solo es idónea a estos efectos la documental y/o pericial – art. 196.3 de la LRJS-), o en la consideración de que no se acreditaron los extremos que se quieren suprimir y en la falta de valoración de la prueba testifical practicada a instancia del recurrente sobre la practicada por la parte contraria, terminando por expresar el recurso "...y para resumir esta parte entiende que ha existido un **error en la valoración de la prueba**, habida cuenta que solo se ha tenido en cuenta la testifical..., puesto que los documentos por si mismos no acreditan extremo alguno...", es claro que ninguna de las modificaciones propuesta va a ser acogida, y en consecuencia procede desestimar el motivo.

SEGUNDO.- En los motivos segundo y tercero, que se formulan con amparo en lo dispuesto en el art. 193 del Real Decreto Legislativo 2/1995 (será 193 c) de la LRJS), vuelve a insistir el recurrente, después de alegar que en la carta se menciona la falta muy grave del art. 93 d) y la sanción prevista en el art. 94 c) del Convenio Colectivo del sector, sin describirlas, en la aplicación del criterio gradualista o proporcional que se aplica al régimen disciplinario y sancionador del Real Decreto legislativo 5/2000, de 4 de agosto por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (sic). Considera el recurrente que los hechos no se han acreditado, y además no se ha tenido en cuenta el criterio individualizador, valorando las peculiaridades y circunstancias concurrentes, con especial relevancia el criterio humano o personal, incidiendo en las funciones que realizaba y en que no se ha provocado ningún conflicto en la empresa, en su buena conducta, y en la posibilidad que tenía la empresa de advertir o aplicar una sanción menor, y en el incumplimiento

del procedimiento sancionador pues a su juicio debió comunicarse por escrito la falta, para dar audiencia previa al trabajador, antes de remitirle la carta de despido, mencionando la STS de 12 de marzo de 2013 (rec. 2412/2011) y la STSJ de Valladolid 1368/2006 y STS 125/2008, para solicitar que se aplique al caso otra sanción que no implique la extinción del contrato, terminando por interesar una sentencia que revoque la recurrida y declare el despido improcedente.

Para decidir el recurso hay que partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia donde aparece que el demandante, ha venido prestando servicios profesionales para C. S.L., Centro Especial de Empleo e Inserción (con una plantilla formada por personal discapacitado y personal de apoyo, perteneciendo el actor a éste último, siendo el responsable administrativo y quién proporcionaba los datos necesarios a la Asesoría Laboral que formalizaba las nóminas), con categoría de Oficial administrativo de 1ª, antigüedad de 22 de octubre de 2013 y salario de 1071,26 euros mensuales, incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, siendo de aplicación el Convenio Colectivo autonómico de Centros y servicios de Atención a Personas Con Discapacidad de la Comunidad Valenciana; que el 8 de octubre de 2015 recibió carta comunicándole su despido por la comisión de faltas de indisciplina o desobediencia reiterada a las instrucciones de la empresa, transgresión de la buena fe contractual, fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas y exlimitación de funciones, alteración documental y quebranto económico a la empresa en beneficio propio, constituyendo una falta muy grave del art. 54.2 del ET en relación con el art. 93 apartados b) y d) del Convenio de Sector. En la carta se le imputaba que el 15 de junio de 2015 se le dio instrucciones sobre el trabajo a realizar y se le requirió para que entregara documentación sobre distribución de las vacaciones de la plantilla, permisos concedidos, días de asuntos propios disfrutados, pluses abonados, viabilidad de los puestos de trabajo y evolución de la facturación, solicitud que se le reiteró el 18 de junio, 23 de junio y 26 de junio, así como el 6 de julio, el 1, 2 y 3 de septiembre, el 4, 7 y 8 de septiembre de 2015, al remitirle el 2 de septiembre la documentación requerida excepto los pluses y nóminas, que finalmente envió el 9 de septiembre, comprobándose que había realizado pagos de carburante por caja sin la debida justificación, así como que, en sus nóminas de mayo y junio de 2015 ordenó la inclusión de un Plus de Actividad por importe de 141,91 euros en cada una de ellas, que percibió indebidamente y ocultó a la empresa. Dice la sentencia que en Acta del Consejo de Administración de C. S.L., de 19 de mayo de 2015, se decidió por unanimidad que Doña T.O. y Doña G.M. (Presidenta de C. S.L. y Directora de A., respectivamente), se reunieran con el actor para pedirle que cumpliera con sus funciones, al no haber recibido información detallada de la actividad, y requerirle para que le aportara la documentación; que la reunión se produjo el 15 de junio de 2015, y no entregando la documentación, la Sra. M.P. le requirió la documentación desde entonces diariamente, de forma verbal, sin que atendiera a dichos requerimientos hasta el 2 de septiembre, en que envió la documentación, excepto la relativa a los pluses y nóminas, lo que realizó el 9 de septiembre; que los ficheros de las nóminas de mayo y junio de 2015, en formato PDF, fueron modificados el 4 de septiembre de 2015, suprimiéndose con la modificación el Plus de Actividad que había cobrado el actor y que había ordenado a A. SA- asesoría- incluir en sus nóminas por importe de 141,91 euros. La empresa demandada comprobó que en el libro Mayor de contabilidad se incluyeron pagos en estaciones de servicio por importe total de 40 euros, a razón de

10 euros en cada ocasión, en fechas 12 de enero, 12 y 17 de marzo y 16 de septiembre de 2015, no justificados. Sigue la sentencia refiriendo en sus hechos probados que “Al entregarle la carta de despido, Don J.C.A.P. no negó los hechos y manifestó que la manipulación de las nóminas fue una "conducta gilipollas", admitiendo los hechos y firmando la carta de despido, entregando las llaves de la empresa “

Con estos datos, la sentencia recurrida considera, justificando ampliamente su decisión, con apoyo en la jurisprudencia que menciona, que en el caso no es de aplicación la teoría gradualista, y que el art. 93, letra d) tipifica como falta muy grave el fraude, la deslealtad o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, y el hurto, robo o complicidad, tanto en la empresa como a terceras personas, cometido dentro de las dependencias de la empresa o durante el servicio, previendo el art. 94, letra c) como sanciones a dichas faltas muy graves la amonestación de despido, suspensión de empleo y sueldo hasta 60 días y despido, y declara procedente el despido.

Pues bien, partiendo de que como dice la sentencia “La realidad de los hechos, no negados por el actor, han sido contundentemente probados documentalmente y corroborados por la testifical practicada en la persona de la Directora de A., que requirió verbalmente la documentación al actor, de forma reiterada y que estaba presente en el momento de comunicársele el despido, admitiendo los hechos el demandante.”, no cabe sino confirmar la sentencia y desestimar el recurso interpuesto, ya que como razona la sentencia recurrida “...el comportamiento del trabajador, ordenando la inclusión en sus nóminas de un plus de actividad sin autorización de la empresa y ocultándole la orden y el cobro hasta el punto de que, pedida la documentación, retrasó la misma varios meses para, finalmente, manipular el fichero en PDF en que se lo había enviado la Asesoría, remitiendo el fichero modificado a la Dirección, falsificando así el documento, además de realizar pagos de carburante sin justificar con ticket, como era habitual, son hechos que implican sin que quepa duda alguna, un abuso de confianza y un fraude, engaño y percepción de una retribución económica que no le correspondía, siendo plenamente encuadrable en el art. 93, letra d) como falta muy grave.”

La doctrina del TS interpretativa de la trasgresión de la buena fe contractual, como justificativa del despido disciplinario está contenida entre otras en la sentencia de 19 de julio de 2010 (rec. 2643/2009) que señala: “...cabe concluir....sobre la determinación de los presupuestos del " incumplimiento grave y culpable del trabajador fundado en la “transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo ", como motivo de despido disciplinario, que:

A) El principio general de la buena fe forma parte esencial del contrato de trabajo, no solo como un canon hermenéutico de la voluntad de las partes reflejada en el consentimiento, sino también como una fuente de integración del contenido normativo del contrato, y, además, constituye un principio que condiciona y limita el ejercicio de los derechos subjetivos de las partes para que no se efectúe de una manera ilícita o abusiva con lesión o riesgo para los intereses de la otra parte, sino ajustándose a las reglas de lealtad, probidad y mutua confianza, convirtiéndose, finalmente, este principio general de buena fe en un criterio de valoración de conductas al que ha de ajustarse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, siendo, por tanto, los deberes de actuación o de ejecución del contrato conforme a la buena fe y a la mutua fidelidad o confianza entre empresario y trabajador una

exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual;

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

C) La inexistencia de perjuicios para la empresa o la escasa importancia de los derivados de la conducta reprochable del trabajador, por una parte, o, por otra parte, la no acreditación de la existencia de un lucro personal para el trabajador, no tiene trascendencia para justificar por sí solos o aisladamente la actuación no ética de quien comete la infracción, pues basta para tal calificación el quebrantamiento de los deberes de buena fe, fidelidad y lealtad implícitos en toda relación laboral, aunque, junto con el resto de las circunstancias concurrentes, pueda tenerse en cuenta como uno de los factores a considerar en la ponderación de la gravedad de la falta, con mayor o menor trascendencia valorativa dependiendo de la gravedad objetiva de los hechos acreditados;

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

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

F) Con carácter general, al igual que debe efectuarse en la valoración de la concurrencia de la " gravedad " con relación a las demás faltas que pueden constituir causas de un despido disciplinario, al ser dicha sanción la más grave en el Derecho laboral, debe efectuarse una interpretación restrictiva, pudiendo acordarse judicialmente que el empresario resulte facultado para imponer otras sanciones distintas de la de despido, si del examen de las circunstancias concurrentes resulta que los hechos imputados, si bien son merecedores de sanción, no lo son de la más grave, como es el despido, por no presentar los hechos acreditados, en relación con las circunstancias concurrentes, una gravedad tan intensa ni revestir una importancia tan acusada como para poder justificar el despido efectuado. “; añadiendo que “...también cuando se trata de supuestos de " La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo " articulados como motivo de despido disciplinario no basta con la mera existencia de la transgresión o del abuso para declarar la procedencia del despido, sino que, como en los demás supuestos de incumplimientos contractuales, es igualmente necesario que pueda calificarse como un " incumplimiento grave y culpable del trabajador ", por lo

que, como regla, pueden ponderarse las circunstancias concurrentes para agravar o para atenuar la conducta del trabajador, las que tendrán mayor o menor incidencia en la referida calificación atendida la gravedad objetiva de la conducta constitutiva del incumplimiento. “

Sin embargo, en supuestos de apropiación indebida, la ruptura de la confianza mutua entre las partes es de tal entidad, como lo es la infidelidad del trabajador en el manejo de los bienes de la empresa, que impide que pueda aplicarse la teoría gradualista, aun en el caso de que sea escasa la entidad de lo apropiado, porque la esencia de la trasgresión a la buena fe no radica en la causación de un daño evaluable económicamente, sino en la vulneración de la lealtad debida.

En definitiva, ni la antigüedad, ausencia de sanciones previas, trayectoria del trabajador etc, podrán evitar el reproche máximo de la conducta de un trabajador que con engaño y ocultación se apropia de los bienes de la empresa, y singularmente de dinero, aunque lo devuelva, porque la ruptura de la confianza en que se apoya el contrato de trabajo se ha roto y no podrá continuar en el futuro, con lo que el despido está justificado.

Y habiendo sido esta la decisión que ha adoptado la sentencia, procede confirmarla desestimando el recurso, visto que no hay norma que obligue a la empresa a seguir un procedimiento previo a la comunicación de la falta en la carta de despido, como ha ocurrido, carta en la que se describen los hechos que la motivan y la fecha en la que tendrá efectos, tal y como prescribe el art. 55.1 del Estatuto de los Trabajadores.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don J.C.A.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante, de fecha 13 de junio de 2016; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2225

Sentencia núm. 1.235, de 12 de mayo de 2017

Materia: Pensión de viudedad. Solicitud de prestación de supervivencia o viudedad por parte de la actora por convivencia con el causante de la prestación durante más de dos años. Falta de constitución formal de la misma. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra. No ha lugar a la prestación solicitada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La falta de inscripción en registro o documento público de constitución le impiden acceder a la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada de la demandante y frente a la sentencia que desestimó su pretensión de concesión de pensión de viudedad, se formula recurso de suplicación, en cuyo único motivo, a pesar de numerarse como primero, y con apoyo en el artículo 193 “c” de la LRJS, se censura a la resolución recurrida la infracción de los artículos 14 y 24.1 de la CE, así como del artículo 174.3 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 40 / 07, de 4 de diciembre.

La decisión objeto de recurso, fundada en que la peticionaria no tenía derecho a la prestación citada con carácter vitalicio por no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes de su muerte, es rebatida por la parte recurrente con el argumento de que la norma apuntada no implica necesariamente que aquellos tuvieran que estar necesariamente inscritos en alguno de los registros públicos habilitados para constituirse como pareja de hecho, y sí tan solo se precisa un periodo de convivencia estable sin mayores aditamentos, con una duración no interrumpida de cinco años, habiendo estado ambos empadronados en el mismo piso de la localidad de S.V.R..

Conforme los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida, resulta que la unión habida entre el difunto y la recurrente databa aproximadamente desde el mes de agosto de 2005, siendo ambos solteros, falleciendo el causante en agosto de 2014, no constando que estuvieran constituidos formalmente como pareja de hecho. A partir de estos datos es evidente que la sentencia no yerra a la hora de interpretar las normas controvertidas, pues la remisión que se hace al párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 174 de la LGSS, en los supuestos excepcionales que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común no sobrevenida, para alcanzar los dos años de convivencia exigidos para lucrar pensión vitalicia de viudedad, implica la exigibilidad de los requisitos que se necesitan para la constitución de una pareja de hecho, pues al fin y a la postre dicha convivencia tiene el mismo alcance, pues no se puede entender razonablemente que el legislador haya querido diferenciar o disociar el periodo de convivencia de la acreditación formal de dicha relación. Cuando se dice en la norma

“...se acreditará un periodo de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo 4º del apartado 3º...” no solamente se está indicando que dicha convivencia sea estable (lo que en el caso que nos ocupa no se discute), sino que se pruebe merced la inscripción en los registros públicos ad hoc, que debe, a los efectos correspondientes, haberse producido con una antelación mínima de dos años respecto la fecha del fallecimiento del causante, y que es precisamente el mismo plazo de convivencia que se exige, sumado al del matrimonio inferior a un año, para tener derecho en los supuestos citados antes a la prestación vitalicia de viudedad, lo que corrobora que el legislador lo ha querido homologar con el beneficio legal otorgado a las parejas de hecho, dispensando un tratamiento uniforme.

En caso contrario, hubiera bastado simplemente que en el párrafo 3º del artículo 174.1 de la LGSS se hubiera ya expresado de manera autónoma el plazo de convivencia exigible, sin remisión a otro apartado de la norma, que dicho sea de paso, no es un ejemplo de claridad y sistematización. La alegación de que no se pudo cumplir el plazo de dos años cae además por su propio peso por el hecho de que no es que no se hubiera cumplido ese requisito, sino que ni tan siquiera en ese interin consta se procediera a formalizar la constitución de dicha pareja merced el sencillo trámite de proceder a su inscripción en el registro específico correspondiente, o mediante documento público en el que se constate la constitución de dicha pareja, sin que a estos efectos tenga igual eficacia el padrón municipal, de ahí que no se vulnere el artículo 14 de la CE.

La argumentación jurídica que se expuso precedentemente implica en consecuencia que se estime correcta la decisión adoptada en la instancia, lo que implica que se desestime el recurso y se confirme la citada sentencia, al acomodarse a derecho.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a M.C.L.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante en fecha 21 de marzo de 2016, en virtud de demanda formulada contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2226

Sentencia núm. 1.235, de 12 de mayo de 2017

Materia: Pensión de viudedad. Solicitud de prestación de supervivencia o viudedad por parte de la actora por convivencia con el causante de la prestación durante más de dos años. Falta de constitución formal de la misma.
Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra. No ha lugar a la prestación solicitada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La falta de inscripción en registro o documento público de constitución le impiden acceder a la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada de la demandante y frente a la sentencia que desestimó su pretensión de concesión de pensión de viudedad, se formula recurso de suplicación, en cuyo único motivo, a pesar de numerarse como primero, y con apoyo en el artículo 193 “c” de la LRJS, se censura a la resolución recurrida la infracción de los artículos 14 y 24.1 de la CE, así como del artículo 174.3 de la LGSS, en la redacción dada por la Ley 40 / 07, de 4 de diciembre.

La decisión objeto de recurso, fundada en que la peticionaria no tenía derecho a la prestación citada con carácter vitalicio por no haberse constituido formalmente como pareja de hecho con el fallecido al menos dos años antes de su muerte, es rebatida por la parte recurrente con el argumento de que la norma apuntada no implica necesariamente que aquellos tuvieran que estar necesariamente inscritos en alguno de los registros públicos habilitados para constituirse como pareja de hecho, y sí tan solo se precisa un periodo de convivencia estable sin mayores aditamentos, con una duración no interrumpida de cinco años, habiendo estado ambos empadronados en el mismo piso de la localidad de S.V.R..

Conforme los inalterados hechos probados de la sentencia recurrida, resulta que la unión habida entre el difunto y la recurrente databa aproximadamente desde el mes de agosto de 2005, siendo ambos solteros, falleciendo el causante en agosto de 2014, no constando que estuvieran constituidos formalmente como pareja de hecho. A partir de estos datos es evidente que la sentencia no yerra a la hora de interpretar las normas controvertidas, pues la remisión que se hace al párrafo cuarto del apartado 3 del artículo 174 de la LGSS, en los supuestos excepcionales que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común no sobrevenida, para alcanzar los dos años de convivencia exigidos para lucrar pensión vitalicia de viudedad, implica la exigibilidad de los requisitos que se necesitan para la constitución de una pareja de hecho, pues al fin y a la postre dicha convivencia tiene el mismo alcance, pues no se puede entender razonablemente que el legislador haya querido diferenciar o disociar el periodo de convivencia de la acreditación formal de dicha relación. Cuando se dice en la norma

“...se acreditará un periodo de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo 4º del apartado 3º...” no solamente se está indicando que dicha convivencia sea estable (lo que en el caso que nos ocupa no se discute), sino que se pruebe merced la inscripción en los registros públicos ad hoc, que debe, a los efectos correspondientes, haberse producido con una antelación mínima de dos años respecto la fecha del fallecimiento del causante, y que es precisamente el mismo plazo de convivencia que se exige, sumado al del matrimonio inferior a un año, para tener derecho en los supuestos citados antes a la prestación vitalicia de viudedad, lo que corrobora que el legislador lo ha querido homologar con el beneficio legal otorgado a las parejas de hecho, dispensando un tratamiento uniforme.

En caso contrario, hubiera bastado simplemente que en el párrafo 3º del artículo 174.1 de la LGSS se hubiera ya expresado de manera autónoma el plazo de convivencia exigible, sin remisión a otro apartado de la norma, que dicho sea de paso, no es un ejemplo de claridad y sistematización. La alegación de que no se pudo cumplir el plazo de dos años cae además por su propio peso por el hecho de que no es que no se hubiera cumplido ese requisito, sino que ni tan siquiera en ese interin consta se procediera a formalizar la constitución de dicha pareja merced el sencillo trámite de proceder a su inscripción en el registro específico correspondiente, o mediante documento público en el que se constate la constitución de dicha pareja, sin que a estos efectos tenga igual eficacia el padrón municipal, de ahí que no se vulnere el artículo 14 de la CE.

La argumentación jurídica que se expuso precedentemente implica en consecuencia que se estime correcta la decisión adoptada en la instancia, lo que implica que se desestime el recurso y se confirme la citada sentencia, al acomodarse a derecho.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a M.C.L.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 5 de Alicante en fecha 21 de marzo de 2016, en virtud de demanda formulada contra INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2227

Sentencia núm. 1.263, de 16 de mayo de 2017

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la venta de material deportivo. El actor causa baja por incapacidad temporal durante un año. Una vez reincorporado a la empresa se le asignan una serie de funciones distintas a las que venía realizando. Solicitud rescisión de contrato por modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Aplicación art. 41 del ET.

Juzgado: Desestima las excepciones de falta de acción e inadecuación del procedimiento planteada por la parte demandada y con estimación de la demanda, declara el derecho del trabajador a la extinción de su contrato de trabajo como consecuencia de la modificación sustancial de sus condiciones laborales.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Las modificaciones laborales del trabajador le causan un perjuicio, al impedirle asistir a un ciclo formativo que ya cursaba con anterioridad. Resulta ajustado a derecho la extinción de la relación laboral por modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Enrique Nores Torres.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se recurre por la representación letrada de la empresa D.E. SAU la sentencia de instancia que estimó la demanda interpuesta por D. I.G.O. contra dicha empresa y declaró el derecho del actor a extinguir su contrato de trabajo como consecuencia de la modificación sustancial de la que había sido objeto su vínculo contractual, condenando a la mercantil a abonar la cantidad de 5.872,35 euros en concepto de indemnización y absolviéndola del resto de pedimentos. El recurso, que ha sido impugnado de contrario, se articula sobre la base de un único motivo. Así, al amparo del apartado c) del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), la parte recurrente plantea la vulneración de la jurisprudencia que interpreta el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), con cita de la STS de 22 de enero de 2014.

En efecto, en este sentido, tras reproducir una parte del fundamento de derecho quinto de la sentencia invocada (por cierto, el mismo pasaje y de la misma sentencia que emplea la magistrada de instancia para fundamentar su resolución) en el que el Tribunal Supremo condensa su doctrina sobre los criterios relevantes para tratar de trazar la frontera entre las modificaciones sustanciales y no sustanciales, la recurrente sostiene que no hay una modificación sustancial sino una modificación no sustancial, pues no se han alterado, a su juicio, los aspectos fundamentales de la relación laboral.

A partir de ahí, el recurrente en su escrito de formalización desarrolla la idea de que no se darían los requisitos forjados por la jurisprudencia para afirmar la

sustancialidad del cambio y sostiene que, en su opinión, no sólo resulta errónea la apreciación de la magistrada de instancia sobre la existencia de un perjuicio para el trabajador, sino también su valoración sobre la entidad del cambio. Ello se reitera al final del escrito, donde se insiste en que, por un lado, el cambio producido no tendría entidad, pues, a su entender, *la “adición de un día más por las tardes de manera habitual ya se había producido de manera ocasional con lo que no es un elemento extraño para el trabajador”*; por otro lado, en línea con lo anterior, entiende que, a pesar de que la condición afectada sea el horario, *“no lo es en tal medida como para que sea significativa, ya que es algo que se ha venido produciendo con anterioridad”*; finalmente, alude a la falta de perjuicio para el trabajador, pues, siempre a su juicio, al tiempo de formalizar la matrícula, el afectado ya sería consciente de la imposibilidad de compaginar el horario laboral con el horario del ciclo formativo que pretendía seguir. Una vez sentado lo anterior, llega a la conclusión de que, al no tratarse de una modificación sustancial, el trabajador no tendría derecho a extinguir el contrato con la indemnización prevista en el art. 41.3.II del Estatuto de los Trabajadores ET, esto es, la de 20 días por año de servicio con el máximo de nueve mensualidades.

SEGUNDO.-El artículo 41.3.II ET establece que *“En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses”*. Así pues, ante una modificación sustancial que afecte a la jornada de trabajo, al horario y distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial o a las funciones, más allá de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET, el trabajador que resulte perjudicado por la misma puede optar por la extinción indemnizada del vínculo contractual en la cuantía fijada por la norma. La lectura del apartado transcrito evidencia que el presupuesto de esta vía extintiva es doble: por un lado, se requiere la existencia de una modificación sustancial que afecte a alguna de las materias indicadas; por otro lado, la concurrencia de un perjuicio, calificado habitualmente como “simple”, en contraposición con el del presupuesto aplicativo de la extinción exart. 50 ET que se considera como un perjuicio “cualificado”.

Por lo que respecta al primer elemento, el concepto de “sustancial” resulta de difícil determinación, tratándose de un terreno abierto a la casuística y a la interpretación de los tribunales. Así lo ha recordado el Tribunal Supremo en fechas recientes (STS de 25 de enero de 2017, rec. 47/2016), reproduciendo los términos empleados en múltiples resoluciones anteriores: *“Nuestra jurisprudencia ha insistido en destacar la imposibilidad de trazar una noción dogmática de «modificación sustancial» y la conveniencia de acudir a criterios empíricos de casuismo”*. Por ello, no es de extrañar que exista una rica jurisprudencia que ha tratado de ir delimitando el concepto, pues no toda alteración en las condiciones de trabajo merece tal consideración. En efecto, en palabras de la STS de 18 de diciembre de 2013, rec. 2566/2012, *“no toda decisión empresarial que altere la prestación de servicios del trabajador constituye una modificación sustancial. La determinación de lo que se configura por tal se fundamenta en la delimitación del poder de gestión y organización empresarial, por lo que el establecimiento de límites a las facultades del empleador*

tendrá en cuenta, tanto el tipo de condición laboral afectada (partiendo, no obstante, de que la relación de condiciones de trabajo del párrafo primero del art. 41 ET es meramente ejemplificativa y no exhaustiva - STS/4a de 9 abril 2001, rec. 4166/2000; 9 diciembre 2003, rec. 88/2003; 26 abril 2006, rcud. 2076/2005 y 22 enero 2013, rec. 290/2011), como la intensidad de la modificación de la misma (no cualquier modificación de una de esas condiciones ha de ser necesariamente sustancial, sino que en cada caso se entra a analizar la medida empresarial adoptada para definir su naturaleza sustancial o no". Y esa labor se efectúa valorando los cambios operados no sólo desde la perspectiva cualitativa, sino también la cuantitativa y el de las eventuales compensaciones. En este sentido, la STS de 25 de enero de 2017, rec. 47/2016, apenas citada, indica 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"; o, en términos parecidos, la STS de 22 de enero de 2014, rec. 89/2013, invocada por el recurrente y empleada por la magistrada de instancia en la fundamentación de su sentencia, alude a la necesidad de "atender al contexto convencional e individual, a la entidad del cambio, el nivel de perjuicio o el sacrificio que supone para los afectados".

En todo caso, para instar la extinción indemnizada del contrato exart. 41.3. II ET, no basta con que el trabajador haya experimentado una modificación sustancial de las condiciones de trabajo atinente a una de las materias listadas, sino que resulta preciso que la modificación le origine un perjuicio, algo que, además, no se presume. Al respecto, como recuerda la STS de 18 de marzo de 1996, rec. 2468/1995 "es evidente, conforme a una interpretación literal del párrafo 3 del señalado artículo 41 del texto estatutario, que la facultad de rescisión contractual por modificación de las concretas condiciones esenciales de trabajo a que, el mismo se refiere, se halla condicionada a la existencia de perjuicios para el trabajador, por lo que si no se dan por concurrentes aquéllos, no puede tener viabilidad dicha rescisión contractual. No es dable establecer, en tal sentido, una presunción "iuris tantum" de perjuicio para el trabajador en todo supuesto de modificación de las señaladas condiciones esenciales de trabajo, sino que, por el contrario y conforme a la normal interpretación del repetido artículo 41-3 del Estatuto de los Trabajadores, debe admitirse por el tribunal sentenciador la existencia de tales perjuicios, según el resultado de lo actuado en juicio". La interpretación de lo que éste sea, tradicionalmente, se efectuaba en contraposición a las previsiones del artículo 50 ET, de tal manera que se consideraba que el art. 50 ET, al aludir al perjuicio para la formación profesional o el menoscabo a la dignidad, recogía una suerte de perjuicio "cualificado", en tanto que el art. 41 configuraría un perjuicio de tipo simple, más amplio y más ligero, pero en todo caso superior a la mera incomodidad o molestia, algo que se puede seguir sosteniendo a día de hoy a pesar de la dicción actual del art. 50 ET tras la reforma de 2012. Nuevamente, al igual que con el concepto de "sustancialidad", se trata de un espacio interpretativo abonado al casuismo. El análisis de la doctrina de suplicación permite traer diferentes tipos de ejemplos: por un lado, los relacionados con la causación de perjuicios económicos, en el interior o en el exterior del contrato, como puede ser los que

repercuten en la retribución (STSJ Extremadura de 27 de febrero de 2007, rec. 806/2006) o dificultan la realización de actividades lucrativas desarrolladas con anterioridad (STSJ Madrid de 14 de abril de 2008, rec. 5379/2007); por otro, los relativos a casos en los que las modificaciones redundan en el ámbito familiar o, incluso, en el del ocio (STSJ Cataluña de 4 de mayo de 2007, rec. 50/2007); en fin, no faltan supuestos en los el perjuicio se valora al afectar a las expectativas formativas del trabajador, con independencia de que éstas se relacionen o no con el trabajo (STSJ Madrid de 24 de abril de 2001, rec. 489/2001).

Pues bien, teniendo en cuenta todo lo anterior, no se aprecia que la interpretación efectuada por la magistrada de instancia sea incorrecta. En efecto, del inalterado relato fáctico (sobre el cual, por cierto, no se ha efectuado propuesta de modificación alguna por la parte recurrente en su escrito de formalización) resulta que el trabajador durante el año 2013 venía desempeñando su jornada *“mayoritariamente en turno de mañanas, hasta las 17:00 horas algunos días, con una tarde de lunes a viernes y una tarde los sábados”*, si bien en alguna ocasión prestó servicios dos o tres tardes, una situación que se mantuvo durante 2014 en que *“el actor prestaba servicios una tarde entre semana, frecuentemente la de los viernes, y la tarde del sábado, salvo en el mes de enero que prestó servicios un martes por la tarde y en el mes de febrero que prestó servicios de tardes una semana en jueves, viernes y sábado”* (Hecho Probado quinto). Igualmente, consta en los hechos probados que la empresa le asigna a partir de junio de 2015 una distribución de su jornada en la que aparecen *“dos tardes de lunes a viernes, la mayoría lunes y martes, además de algunos sábados tarde”* (hecho probado sexto). Asimismo, consta en el hecho probado octavo que el actor se encuentra matriculado en un instituto de enseñanza secundaria, curso 2015/2016, para realizar los estudios correspondientes al segundo curso de un determinado ciclo formativo de grado superior, con horario lectivo de lunes a viernes entre las 15:00 y las 21:00.

A partir de tales datos, la magistrada de instancia deduce con acierto que el cambio operado constituye una modificación sustancial que resulta perjudicial para el trabajador, por lo que entiende que dicho sujeto puede extinguir el contrato de trabajo con derecho a la indemnización recogida en el art. 41.3.II ET. En este sentido, el fundamento de derecho tercero, ajustándose a los criterios jurisprudenciales existentes en la materia, justifica la sustancialidad del cambio, valorando no solo materia, sino la intensidad del cambio introducido, pues repercute en el equivalente a un 15,6% de la jornada contratada; además, si anteriormente con carácter habitual prestaba servicios una tarde entre semana (y ocasionalmente, de manera puntual, dos), tras la modificación pasa a prestar servicios dos tardes entre semana de manera habitual. En fin, tal modificación le dificulta seguir los estudios para los que se había matriculado, lo que debe considerarse como un evidente perjuicio, en línea con lo resuelto por la STSJ de Madrid de 24 de abril de 2001, anteriormente mencionada, en la que se destaca que es indiferente que los estudios estén relacionados con la actividad laboral o no. Por el contrario, no es compatible el intento argumental que desarrolla el recurrente en punto a negar la sustancialidad del cambio y la existencia del perjuicio: en el primer sentido, alguna de las afirmaciones que vierte (por ejemplo, las relacionadas con los porcentajes de jornada afectados a efectos de valorar la

sustancialidad) hubiesen requerido la revisión de los hechos probados, algo que no se ha instado o, directamente, no resultan certeras, pues resulta evidente que el pasar de trabajar de manera habitual (y no meramente ocasional) de una tarde a la semana a hacerlo dos presenta un carácter sustancial, sobre todo, si se conecta con el hecho de que el cambio dificulta algo más la asistencia a las clases en las que ya estaba matriculado el actor con anterioridad a la modificación (de no asistir un día, normalmente el viernes, pasaría a faltar dos, normalmente los lunes y los martes); ello enlaza con que tampoco se pueda compartir la afirmación de que no se ha irrogado un perjuicio al trabajador, pues claramente el cambio incide negativamente en el seguimiento regular de las actividades formativas en las que se había inscrito y por mucho que el trabajador pudiera ser consciente de las dificultades “ocasionales” al tiempo de matricularse, tales dificultades ahora se habrían visto agravadas al pasar a ser “habituales”.

En fin, por todo ello, el motivo no puede tener una favorable acogida, lo que conduce necesariamente a desestimar el recurso.

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

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.E. SAU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.17 de los de Valencia de fecha 11 de diciembre de 2015 en virtud de demanda presentada a instancia de D. I.G.O.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 600 euros.

2228

Sentencia núm. 1.281, de 17 de mayo de 2017

Materia: Determinación de contingencia. Trabajadora social afiliada al RGSS que presta servicios como educadora en determinada fundación. La actora inicia proceso de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo, por agresión verbal de un menor. Una vez dada de alta, causa nueva baja por trastorno de adaptación mixto de ansiedad y humor deprimido. Determinación de la contingencia de la nueva situación de baja: accidente de trabajo en lugar de enfermedad común. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra. La nueva situación de baja deriva de enfermedad común.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia declarando que la nueva situación de baja de la actora deriva de accidente de trabajo, no solo por no haberse recuperado totalmente de la agresión verbal sufrida por esta en el primer proceso de incapacidad temporal, sino por las preocupaciones e incertidumbres sobre diversas temas personales y laborales, que le han llevado a nuevo cuadro depresivo y ansiedad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de entrar a examinar el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia de instancia, se ha de hacer mención a la cuestión previa planteada por la Mutua X. en su escrito de impugnación del recurso en la que indica que es de aplicación la prescripción del art 13 de la LGSS y la retroactividad de efectos económicos a la fecha de la solicitud del cambio de contingencia, 16-5-2014, y que serían desde el 16-2-2014. Al margen de que la acción ejercitada en el presente proceso versa sobre determinación de contingencia, por lo que se trata de una acción declarativa y no de una acción de condena, la fecha de solicitud del cambio de contingencia no se puede fijar en la que indica la Mutua demandada, por cuanto que según se desprende del inalterado relato fáctico de la resolución recurrida, en fecha 19-9-2013 se emitió informe en el expediente administrativo sobre determinación de contingencia (hecho probado cuarto), por lo que la solicitud sobre cambio de contingencia se tuvo que presentar antes de la indicada fecha y si la baja médica respecto a la que se insta el cambio de contingencia tuvo lugar el 25-6-2013, se ha de concluir que entre la misma y la fecha de la solicitud del expediente sobre determinación de contingencia no ha transcurrido el plazo de tres meses.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se introducen los dos motivos del recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia de instancia que desestima la demanda sobre determinación de contingencia de la baja médica de la actora de fecha 25-6-13.

En el primero de los motivos se imputa a la resolución recurrida la infracción del art. 115 de la Ley General de la Seguridad Social, mientras que en el segundo se denuncia la vulneración de lo establecido en el RD 1300/1995, de 21 de julio, guardando ambos motivos una estrecha relación puesto que en ambos se defiende el carácter profesional de la contingencia de la que deriva la baja médica de la actora de fecha 25-6-2013 y aunque el recurso incurra en el defecto de la cita genérica de normas, dada la amplitud del precepto y del Real Decreto que se denuncian como infringidos, como quiera que queda claro su objeto que no es otro que la revocación de la sentencia recurrida por negar que la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal de la actora iniciado el 25.6.2013 es accidente de trabajo, pese a que las dolencias de dicho proceso son las mismas que las del proceso iniciado en fecha 15-5-2013 y derivado de accidente de trabajo, procede entrar en el examen de dichos motivos, que se llevará a cabo de forma conjunta por su indudable interconexión.

Conforme se desprende del contenido del art. 115.2 e de la Ley General de la Seguridad Social, tendrán la consideración de accidentes de trabajo: e) Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo. Y para determinar si el proceso de incapacidad temporal iniciado por la actora el 25-6-2014 tiene por causa exclusiva la ejecución del trabajo, se habrá de estar al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia del que interesa destacar los siguientes datos: - La demandante que viene prestando servicios como educadora para la Fundación demandada, inició en fecha 15-5-13 situación de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo por agresión verbal de un menor ocurrida el día anterior, siendo diagnosticada de trastorno adaptativo con ansiedad, siguiendo tratamiento de apoyo psicoterapéutico de corte cognitivo conductual entre el 16 de mayo y el 21 de junio, verbalizando encontrarse más recuperada psicológicamente, no obstante mantener preocupaciones e incertidumbres sobre diversos temas personales y laborales. La Mutua X. que es la que cubre las contingencias profesionales en la Fundación demandada, emitió en fecha 25-6-13 alta médica de la actora por curación. En la misma fecha el Servicio Público de Salud emitió parte médico de baja de la actora con el diagnóstico de trastorno de adaptación mixto de ansiedad y humor deprimido. Instado por la actora expediente de determinación de contingencia del proceso anterior se emitió informe en fecha 19-9-13 en cuyas conclusiones se hace constar que el diagnóstico de trastorno de ansiedad por agresión verbal de un menor le había ocasionado palpitaciones y opresión y que la demandante también manifestaba ansiedad por conflicto laboral con la empresa judicializado y que el 25-6-13 presentaba ausencia de humor deprimido esferas de relaciones interpersonales normalizadas, manifestando como motivo de la preocupación ante la reincorporación, la demanda judicial interpuesta contra su empresa. De los anteriores datos se desprende que si bien la actora cuando se le da el alta médica de fecha 25-6-2013, se encontraba recuperada del incidente que había tenido con un menor en el centro de trabajo y que le había ocasionado palpitaciones y opresión, seguía con el trastorno adaptativo con ansiedad que había aflorado a raíz de la agresión verbal del menor sufrida por la actora y que es el accidente de trabajo que

determinó su baja médica de fecha 15-5-2013, es decir, persistía la patología que le fue diagnosticada en la fecha de la primera baja, pero es que además entre las causas de la ansiedad padecida por la demandante cuando inicia el proceso de incapacidad temporal en fecha 25-6-2013, si bien se alude a preocupaciones e incertidumbres sobre diversos temas personales y laborales, se hace especial mención como motivo de dicha ansiedad al conflicto con la empresa judicializado (hecho probado sexto), lo que viene a confirmar el carácter profesional de la contingencia de la que deriva dicha baja médica. Es cierto que la literalidad del art. 115.2 e de la Ley General de la Seguridad Social exige que la causa exclusiva que desencadene la enfermedad sea laboral, pero no se puede desconocer la grave dificultad que entraña llegar a tal conclusión en cada caso concreto, atendida la circunstancia de que el trabajador, como cualquier otro ser humano, no vive aisladamente cada problemática y, por lo tanto, resulta extremadamente difícil aislar una sola causa como único y exclusivo detonante de un trastorno mental para valorar su probable origen laboral. Por ello, teniendo en cuenta dicha realidad, habrá que interpretar el precepto conforme a un criterio de prevalencia, es decir, valorando como laboral la contingencia si es que la causa principal de la dolencia considerada es laboral, sin necesidad de que no exista ningún otro factor que pueda incidir en su causación. De suerte que, pese a que puedan existir otras posibles causas que interactúen con la de origen laboral e incluso modificar su incidencia -valorándose pues la incidencia conjunta de todos los factores o causas-, habrá de estarse a que la laboral sea la principal o prevalente, o, en otros términos, que ésta por sí misma pueda considerarse de suficiente entidad para ser causa de la patología. Y esto es lo que sucede en el presente caso ya que no se conocen otras causas de origen común con mayor impacto que permitan excluir de forma indubitada el carácter laboral de la dolencia que aqueja a la actora, siendo además de destacar que ya en la baja médica iniciada en fecha 15-5-2013 se constató que el trastorno de ansiedad de la actora obedecía no solo a la agresión verbal de un menor, sino también al conflicto laboral con la empresa judicializado (hecho probado cuarto), ansiedad que se recrudeció al tener que reincorporarse al trabajo tras ser dada de alta médica el 25-6-2013, lo que lleva a concluir que la baja médica de fecha 25-6-2013 deriva de accidente de trabajo, en contra de lo apreciado por la sentencia de instancia, sin que los hechos examinados en la sentencia de esta Sala citada por el impugnante del recurso presenten similitud alguno con los que ahora se enjuician, por lo que procede estimar el recurso y revocar la resolución recurrida a fin de estimar la demanda.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^ª. M.M.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Cinco de los de Valencia y su provincia, de fecha 11 de febrero de 2016, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua X. y la empresa Fundación D.I.P. y, en consecuencia, revocamos la indicada sentencia y estimando la demanda declaramos que el proceso de incapacidad temporal iniciado por la demandante en fecha 25-6-2013 deriva de accidente de trabajo.

2229

Sentencia núm. 1.291, de 17 de mayo de 2017

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como reponedora en centro comercial. La actora inició proceso de incapacidad temporal por enfermedad común, habiendo agotado su duración máxima legalmente prevista, habiéndole sido denegada la prestación por incapacidad permanente. Una vez agotada la prestación, se requiere a la trabajadora para reincorporarse a puesto de trabajo. La actora presenta partes médicos con dolencias que le incapacitan para trabajar. La empresa le comunica por segunda vez el deber de reincorporarse, so pena de aplicar las medidas oportunas. Declaración falta muy grave: Despido disciplinario. Nulidad o improcedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de los pedimentos habidos en su contra. Procede la declaración de despido disciplinario.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La demandante no ha tenido la diligencia de informar a la empresa de su situación tras el alta. Es esta la que le requiere varias veces para justificar sus ausencias. Tampoco se somete la demandante a un examen médico para valorar su situación. Procede la extinción de la relación laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. M.C.S.A. interpuso en su día demanda contra la empresa CENTROS COMERCIALES X. SA ejercitando acción de despido, y solicitando que se declare la nulidad o subsidiariamente la improcedencia, manteniendo luego en el acto de juicio sólo la de improcedencia del despido tras desistir de la petición de nulidad del despido.

La sentencia de instancia desestima la demanda y frente a la misma la empresa interpone recurso de suplicación solicitando se revoque la Sentencia de instancia y se dicte nueva resolución en la que se estime la demanda en todos sus extremos declarando el despido como nulo o subsidiariamente improcedente. Dicho recurso ha sido impugnado por la parte demandada.

SEGUNDO.- La parte demandante articula su recurso enunciando por un lado dos motivos referidos a la revisión de hechos probados y a continuación lo que procede es a realizar alegaciones sobre los fundamentos de derecho de la Sentencia de instancia. En cuanto a la revisión de los hechos probados, insta por un lado la revisión del hecho probado primero y por otro lado parece a la vista del tenor que propone, que quiere se revise el hecho probado tercero aunque no lo mencione expresamente. En todo caso, en ambos casos tal revisión en la que no se propone un texto alternativo concreto para tales hechos probados sino que se limita la parte a realizar una serie de alegaciones sobre lo que considera probado, la funda la parte en documentos que adjuntó al escrito de recurso y que fueron inadmitidos por la Sala mediante resolución de fecha 8-3-2017. En consecuencia, en modo alguno procedería la revisión interesada que se

funda en documentos que no obran en autos.

Por otro lado, en la primera revisión que trata de reflejar la categoría que antes de ser reponedora dice ostentaba la actora, no se aclara la trascendencia de tal revisión en orden a alterar el fallo de la Sentencia por lo que en modo alguno procedería la misma y lo mismo sucede con la segunda revisión interesada que tampoco se aclara la trascendencia que pueda tener para así considerar que se han producido o no las faltas imputadas a la trabajadora en la carta de despido.

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

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

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

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

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

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

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

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

b). Los hechos notorios y los conformes.

- c). Los juicios de valor predeterminantes del fallo, cuya sede ha de corresponderse con la motivación o fundamentación jurídica del recurso.
- d). Las hipótesis, conjeturas o elucubraciones, pues lo no acontecido, por posible, probable o incluso seguro que pudiera resultar llegar a ser, de darse las condiciones correspondientes, no ha llegado a ser, y debe quedar fuera de esa relación.
- e). Los hechos negativos cuando equivalen a no acaecidos..."

Conforme a los criterios expuestos, en este caso la revisión pretendida no cumple los requisitos establecidos al efecto por la Jurisprudencia pues no se refleja el texto alternativo que pretende tengan tales hechos probados, no se apoya la revisión en documento o medio probatorio hábil obrante en autos y no se indica la trascendencia de la revisión pretendida por lo que ante la deficiente formalización del recurso, no se admite el motivo.

TERCERO.- A continuación, la parte recurrente procede a valorar los fundamentos de derecho de la Sentencia a través de distintos puntos en los que pasa a valorar los distintos párrafos y apartados de los fundamentos de derecho de la Sentencia, refiriendo hechos que no se reflejan en los hechos probados y que además se apoyan en documentos que fueron aportados con su escrito de recurso y no fueron admitidos por la Sala. A partir de tales documentos que no fueron admitidos por la Sala trata de argumentar frente a lo indicado en la Sentencia de instancia a la vista de las pruebas practicadas, que sí comunicó a la empresa la fecha de la denegación de su incapacidad permanente y por lo tanto su alta médica y como ni han sido admitidos los documentos ni en todo caso se ha interesado la revisión de hechos probados para reflejar los hechos que alega en tales apartados de su recurso, en modo alguno puede estimarse el recurso que lo que refleja son meras alegaciones de la parte sin denunciar infracción sustantiva alguna al menos en los dos primeros apartados dedicados a combatir los fundamentos de derecho.

En el apartado tercero se trata de combatir la Jurisprudencia citada en la Sentencia recurrida pero apoyándose igualmente en hechos que no vienen reflejados en los hechos probados y fundados además en documentos inadmitidos por la Sala, en lo que no es sino una construcción defectuosa del recurso de suplicación que no se ajusta a las reglas establecidas por la Jurisprudencia. Ha de recordarse a la parte recurrente la especial naturaleza del recurso de suplicación, mecanismo extraordinario que participa de una cierta naturaleza casacional y que no constituye una segunda instancia; consecuencia de la consustancialidad al proceso laboral de la regla de la única instancia, es la prohibición al órgano ad quem de examinar y modificar el relato fáctico de la sentencia si el mismo no ha sido impugnado por el recurrente, o si no ha sido impugnado de forma correcta. Además, ha de tenerse presente que el relato de hechos probados es fundamental a efectos del recurso de suplicación, puesto que tal como viene sosteniendo la Jurisprudencia si no se logra modificar la apreciación fáctica de Juez de instancia, que sirve de antecedente amparador a la fundamentación jurídica de la resolución impugnada, no puede prosperar la revisión en derecho cuando no se hayan alterado los supuestos de hecho que en la resolución en cuestión se constatan, y entre una y otra dimensión de la sentencia exista una íntima relación de ambos presupuestos, doctrina ésta que resulta de aplicación en aquellos casos en los que la

revisión sustantiva tenga como presupuesto necesario la modificación de la narración fáctica. Otra de las consecuencias de la especial naturaleza del recurso de suplicación es la obligación de que el recurrente extreme el respecto a los requisitos formales so pena de que el recurso se desestime de plano por incumplir los requisitos esenciales del recurso extraordinario. La consecuencia de tal especial naturaleza, como nos recuerda el Tribunal Constitucional entre otras en sentencia 294/93 de 18 de octubre, es que nos encontremos ante un recurso con un objeto limitado, que se concreta en las cuestiones específicamente planteadas por las partes, en especial la recurrente, y por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la Ley y concretados por la jurisprudencia. Los requisitos formales impuestos por el legislador se contemplan en los artículos 196.2 y 193 de la LRJS. El primero de ellos señala que "En el escrito de interposición del recurso de suplicación, se expresarán, con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, citándose las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que se consideren infringidas. En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos". A su vez, el artículo 193 de la LRJS establece los tres motivos por los que se puede formalizar recurso de suplicación: vulneración de normas o garantías procesales, con la finalidad de reponer los autos al momento procesal en que se infringieron; revisión de hechos declarados probados a la vista de las pruebas documentales y periciales practicadas; y vulneración de las normas sustantivas o de la jurisprudencia." En relación con el cumplimiento de tales requisitos el Tribunal Constitucional ha señalado (entre otras en sentencias 29/1985, 87/1986, 99/1990, así como la de 10 de febrero de 1992) que: "no basta con manifestar una voluntad de recurrir la sentencia de instancia...sino que hay que hacerlo con las exigencias que impone el propio recurso interpuesto, máxime cuando se trata de un recurso extraordinario, como lo es, en nuestro ordenamiento procesal, el recurso de casación", argumento totalmente aplicable al recurso de suplicación, al ser ambos, sin duda alguna, recursos de naturaleza extraordinaria. Por su parte, el Tribunal Supremo (entre otras en sentencia de 31 de octubre de 1986 o 13 de noviembre de 1992) ha señalado que la superación del rigorismo formalista en el recurso de casación (y por supuesto en el de suplicación), en modo alguno supone introducir una impugnación abierta y libre de lo resuelto por el Tribunal de instancia. Las mínimas exigencias formales de claridad y de contenido que regulan este recurso extraordinario han de tenerse como requisitos que cumplen un papel de capital importancia para la ordenación del proceso. De no hacerse así, es decir, si el recurso se limita a hacer una serie de alegaciones o consideraciones mostrando su disconformidad con la resolución impugnada, tanto de los hechos como del derecho aplicado, el recurso debe ser desestimado, puesto que con ello obligaría a construir "ex officio" el recurso por parte del Tribunal Superior de Justicia, cosa prohibida por la ley, al ser contrario al principio de rogación e imparcialidad que deben presidir las actuaciones de Tribunales de Justicia, y porque la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no ampara la inacción de la parte ni puede conducir a que la actividad procesal que a aquélla corresponde sea suplida por el órgano judicial, abocado a la neutralidad y a velar por el equilibrio procesal y tutela judicial en los términos exigidos por el art. 75.1 LRJS.

En este caso se limita el recurrente a realizar una argumentación tratando de combatir los fundamentos de derecho de la Sentencia, alegando hechos que no

constan probados y apoyándose en documentos no obrantes en autos, olvidando que el recurso se dirige contra el fallo de la sentencia y no contra su fundamentación jurídica, pudiendo concluirse que solo se puede conocer que persigue la revocación de la sentencia, a la vista de las afirmaciones y opiniones que va reflejando sobre los fundamentos de la sentencia, incumpléndose así todos los requisitos exigidos en la formulación del recurso de suplicación.

Tras combatir el recurso, de forma inadecuada como se ha señalado, los fundamentos de la Sentencia, pasa a indicar que la motivación del recurso de suplicación se basará en los cinco puntos que expone a continuación, eso sí nuevamente sin indicar al amparo de cuál de los motivos de los recogidos en el artículo 193 LRJS se formulan tales puntos. En el primero de dichos puntos pasa a señalar que el motivo que subyace al despido es la situación de baja por incapacidad temporal de la actora y no las ausencias que dice son justificadas, cuando nada de ello se recoge en el relato fáctico de la Sentencia. Se invoca así la Directiva 2000/78 del Tribunal Central Europeo y una Sentencia del Juzgado de lo Social 33 de Barcelona que no constituye desde luego Jurisprudencia para así afirmar a continuación que el despido de la actora es discriminatorio y ello cuando sin embargo en el acto de juicio desistió de la petición de nulidad en su día formulada. En términos similares se refiere en el punto segundo citando la Sentencia del TJUE 11-4-2013 y la de 18-12-14 asunto C-334-13 en cuanto a la interpretación de la discapacidad que dice es asimilable a las bajas de IT de larga y corta duración. Tras invocar dicha doctrina alega nuevamente hechos que no se reflejan en los hechos probados señalando ahora que la empresa ha acosado a su representada forzándola a reincorporarse inmediatamente a su puesto de trabajo y mencionando una denuncia formulada por acoso laboral ante la Inspección de Trabajo, que no consta reflejada en los hechos probados, y lo mismo sucede con otra denuncia que dice formuló ante el Gabinete de Seguridad e Higiene de la Inspección de Trabajo de Valencia que tampoco consta en los hechos de la Sentencia y que no puede servir por tanto para amparar ahora la alegación de una situación de acoso laboral que constituye desde luego una cuestión nueva no discutida ni analizada en la instancia y que no puede plantearse ex novo ante esta instancia dado el carácter extraordinario de este recurso de suplicación y los motivos tasados por los que puede formularse el mismo. En el quinto apartado se menciona incluso el artículo 15 CE denunciando la vulneración de su integridad física, cuando como se ha señalado la propia parte actora desistió de la nulidad del despido en el acto de juicio y cuando nada argumentó al respecto ni tampoco sobre los calendarios laborales a que hace referencia en tal apartado. A estos efectos conviene recordar que *“la doctrina sobre la inadmisibilidad de «cuestiones nuevas» en todo tipo de recursos tiene su fundamento en el principio de justicia rogada [epígrafe VI de la EM de la LECiv; art. 216 del mismo cuerpo legal], en la naturaleza extraordinaria del recurso de casación y en el derecho de defensa que deriva del art. 24 CE. En efecto: a) si conforme a aquel principio -justicia rogada- el órgano judicial sólo puede conocer de las pretensiones y cuestiones que las partes hayan planteado en el proceso, esta regla se ha de aplicar desde los momentos iniciales del mismo, en los que tales pretensiones y cuestiones han de quedar ya configuradas y delimitadas, sin que quepa posibilidad de modificarlas sustancialmente ni de añadir ninguna otra cuestión distinta; b) si conforme a aquella naturaleza -extraordinaria- el objeto de la casación es revisar los posibles errores de enjuiciamiento de la sentencia*

recurrida, mal puede atenderse a tal finalidad sometiendo a revisión aquello que no pudo haber sido enjuiciado -en tanto que no planteado- por la decisión recurrida; y c) si conforme al referido derecho fundamental -defensa- la tutela judicial impone audiencia bilateral y congruencia, las mismas claramente se obstan al suscitarse en trámite de recurso pretensiones novedosas frente a las que ya no cabe articular defensa probatoria y se dificulta sustancialmente la propia argumentación (en tal línea, entre las recientes, SSTS 06/02/14 -rco 261/11-; 02/02/15 -rco 270/13-; SG 21/05/15 -rco 257/14-; y 25/05/15 -rcud 2150/14-)" STS nº 251/2016, de 30 de marzo de 2016, rec,2797/14.

No podemos por ello admitir ninguno de los motivos del recurso ni infracciones denunciadas y a la vista del relato fáctico de la Sentencia debemos compartir la argumentación de la Sentencia que con arreglo a la Jurisprudencia que transcribe considera justificada la decisión extintiva adoptada, pues la demandante no tuvo diligencia en informar a la empresa de su situación tras el alta médica, siendo la empresa la que le tuvo que requerir en varias ocasiones para que justificara sus ausencias al trabajo. Pese a las alegaciones de la actora tratando de justificar con la documental, que no podía incorporarse aunque había sido dada de alta médica, no obra en el relato fáctico hecho alguno del que pueda desprenderse tal imposibilidad de reincorporación, sobre todo cuando consta que la propia Entidad Gestora le deniega una nueva baja por recaída y la incapacidad permanente, reiterando pese a ello la actora su nula voluntad a reincorporarse a la empresa negándose incluso al reconocimiento médico que se le propuso en el último requerimiento de la empresa. A la vista de ello se constatan un número de ausencias injustificadas al puesto de trabajo que constituye el supuesto tipificado en el convenio colectivo de aplicación como falta muy grave y además una conducta de abuso de confianza y transgresión de la buena fe contractual frente a la empresa que como se ha señalado le dio distintas oportunidades para que se reincorporara a la empresa, negándose en todo momento a ello y sin causa justificada, no siéndolo desde luego la impugnación de las resoluciones dictadas por la Entidad Gestora y no advirtiendo el Juzgador a quo, que es el que tiene la facultad de la valoración de la prueba, tal justificación en los documentos que fueron aportados por la demandante a la empresa. En consecuencia, y teniendo en cuenta que el recurso no reúne los requisitos legales precisos para que pudiera ser admitido ninguno de los motivos formulados, no podemos sino desestimar el mismo y confirmar la Sentencia de instancia.

QUINTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS dada la condición de la recurrente de beneficiaria del derecho a la asistencia jurídica gratuita, no procede la imposición de costas.

Por ello;

Vistos los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a M.C.S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Siete de los de Valencia, autos 978/2016 en fecha veintidós de Diciembre del Dos Mil Dieciséis, sobre DESPIDO seguidos a instancia de la recurrente frente a CENTROS COMERCIALES X- SA por lo que debemos confirmar y confirmamos en su integridad la resolución recurrida.

Sin costas.

2230

Sentencia núm. 1.296, de 17 de mayo de 2017

Materia: Resolución de contrato acumulado. Jubilación forzosa: impugnación.

Trabajador que ejerce sus funciones como Jefe de compras en empresa constructora. El actor desarrolla sus funciones en distintas zonas. Movilidad geográfica implícita a su puesto de trabajo. Aplicación de ERE. Suspensión de la relación laboral, persona mayor de 50 años. La empresa notifica su jubilación forzosa en aplicación del convenio colectivo de la construcción. Solicitud denegación extinción de la relación laboral.

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

Sala: Desestima el recursos y confirma la sentencia de instancia. La decisión empresarial se ajusta a las previsiones legales, pudiendo la empresa optar por la jubilación forzosa del trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado designado por don F.I.R.R. la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de Alicante que desestimó su demanda en materia de extinción del contrato de trabajo.

SEGUNDO.- 1. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) que se modifique el hecho probado quinto para que se corrija lo que, sin duda, es un error de redacción pues la sentencia dice “dicho despido” cuando debe decir “dicha suspensión”; y para que se deje constancia que fue la empresa la que sin asignarle puesto de trabajo y con las mismas condiciones laborales previas a la suspensión le trasladó a Alicante.

2. Como se argumenta en la STS de 11 de enero de 2017 (rec.24/2016) recogiendo una doctrina tradicional, para que la modificación de los hechos que la sentencia declara probados pueda prosperar es necesario que el error sea trascendente en orden a alterar el sentido del fallo de la resolución recurrida, sin que pueda utilizarse para introducir calificaciones jurídicas predeterminantes del fallo (STS 11 de febrero de 2014, Rec. 27/2013). En efecto, la revisión fáctica propuesta ha de ser trascendente para la resolución del litigio, es decir, de entidad suficiente para hacer variar el signo del pronunciamiento de instancia, pues en otro caso resultaría inútil, y, así, «la inclusión de hechos probados solo debe efectuarse con respecto a aquéllos que sean esenciales para la resolución de la cuestión debatida, en el sentido de trascendentes para modificar el pronunciamiento impugnado, y que hayan sido objeto de debate y prueba procedente por haber sido alegados oportunamente por las partes» (TS, u.d. de 27 de marzo de 2000, recurso 2497/1999). Lo que conduce a rechazar aquellas modificaciones que carecen de trascendencia para la resolución del

litigio y que únicamente se justifican porque la redacción propuesta es de mayor agrado del recurrente.

Pues bien, la revisión que propone el recurrente en este caso no puede prosperar porque no se adivina la trascendencia que pueda tener para la resolución del recurso. En efecto, en un caso se trata de un mero error de redacción que resulta innecesario modificar porque el sentido real se deduce del contexto. Y en el otro caso la modificación también es irrelevante, desde el momento en que el único motivo de censura jurídica que contiene el recurso se dirige a combatir la jubilación forzosa del trabajador, lo que nada tiene que ver con su traslado a Alicante tras concluir el expediente suspensivo de regulación de empleo.

TERCERO.- En el segundo y último motivo del recurso y con amparo en el apartado c) del artículo 193 LRJS se propone el recurrente atacar el “fundamento de derecho sexto de la sentencia recurrida”. Se realiza en el motivo una exposición de las diferentes reformas legales e interpretaciones jurisprudenciales que ha experimentado la figura de la jubilación forzosa desde la redacción que se dio a la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores por la Ley 14/2005, 1 de julio, hasta la actualidad. Pero más allá de esta erudita exposición no se concreta en qué medida la sentencia recurrida ha infringido la normativa vigente, tal y como exige el artículo 196.3 LRJS. Conviene recordar al respecto, que los recursos se deben interponer contra el fallo o parte dispositiva de las resoluciones y no contra sus fundamentos jurídicos, como parece hacer el recurrente. Dicho esto, el recurso no puede prosperar por las razones que pasamos a exponer:

1) El convenio colectivo aplicable a las relaciones laborales de la empresa es el V Convenio Colectivo del sector de la Construcción (BOE 28-2-2012). Conforme a su artículo 7 las normas relativas a la jubilación contenidas en su artículo 97 –entre otras– extendían su vigencia hasta el 31 de diciembre de 2016, frente a la norma general que fijaba el término de su vigencia en el 31 de diciembre de 2012. Y en ese artículo 97 se prevé la jubilación forzosa de los trabajadores, siempre y cuando concurren determinadas condiciones que no han sido objeto de discusión en este recurso.

2) La disposición final cuarta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-2012) dio una nueva redacción a la disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores en los siguientes términos: “Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas”.

3) Ello no obstante, la disposición transitoria decimoquinta de esta misma Ley 3/2012 estableció un régimen transitorio para esta materia en los siguientes términos: “Normas transitorias en relación con las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación.

1. Lo establecido en la disposición adicional décima del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995,

de 24 de marzo, en la redacción dada a la misma por la presente ley, se aplicará a los convenios colectivos que se suscriban a partir de la entrada en vigor de esta ley.

2. La citada disposición adicional décima del Estatuto de los Trabajadores se aplicará a los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta ley en los siguientes términos:

a) Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se produzca después de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de la fecha de la citada finalización.

b) Cuando la finalización de la vigencia inicial pactada de dichos convenios se hubiera producido antes de la fecha de entrada en vigor de esta ley, la aplicación se producirá a partir de esta última fecha.”

4) Al demandante se le comunicó la extinción de su contrato de trabajo por jubilación forzosa el 10 de septiembre de 2014, cuando cumplía todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación.

Siendo estos los hechos, es evidente que la decisión empresarial se ajustó a las previsiones legales, pues al V convenio colectivo del sector de la Construcción le era aplicable el régimen transitorio contemplado en la letra b) del apartado 2 de la disposición transitoria decimoquinta de la Ley 3/2012, dado que el convenio se publicó antes de la entrada en vigor de esta ley. Y, por tanto, el cese del demandante por jubilación que se produjo el 10 de septiembre de 2014, se encontraba amparado en el artículo 97 del convenio colectivo cuya vigencia se extendía hasta el 31 de diciembre de 2016.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON F.I.R.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Alicante de fecha 28 de julio de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2231

Sentencia núm. 1.301, de 17 de mayo de 2017

Materia: Despido con vulneración derechos fundamentales y reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como técnico de expansión y posteriormente como director de clínica dental. Novación contractual. Despido disciplinario. La empresa reconoce la improcedencia del despido por prescripción de los hechos que se le imputan y dificultad probatoria. Determinación de salario en su condición de director de clínica dental, derecho a bonus por resultados obtenidos en determinada campaña y reajuste de indemnización por despido improcedente.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente la extinción de la relación laboral, debiendo readmitir al trabajador o a abonarle determinada indemnización. En el caso de ser readmitido, deberá abonarle los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

Sala: Estima en parte el recurso declarando el derecho del actor a cobrar determinada cantidad en concepto de bonus, más los intereses por mora, y una indemnización recalculada por despido improcedente. No procede reconocer un salario distinto al percibido por el trabajador al pasar de técnico a director de clínica.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado designado por don A.G.S., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de Valencia que desestimó su demanda en la que se ejercitaban las acciones acumuladas de despido y cantidad contra la empresa S.N.N., S.L.

2. El recurso tiene una estructura atípica, pues si bien formalmente está dividido en tres motivos, los dos primeros se dicen redactados al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), y se entremezcla la petición de revisión del fundamento de derecho cuarto de la sentencia y la denuncia de infracciones de normas no solo sustantivas, sino también procesales, haciendo realmente complicada la resolución del recurso.

Este modo de proceder se explica, en parte, porque el apartado que dedica la sentencia recurrida a los “HECHOS PROBADOS” es ciertamente parco, de modo que es en los fundamentos de derecho –en particular en el cuarto- donde de forma irregular se completan las circunstancias fácticas que a juicio de la magistrada quedaron acreditadas en el acto del juicio, y que, en buena técnica procesal, se debieron reseñar en aquél apartado (ex art. 97.2 LRJS).

Ahora bien, una cosa es que se pueda solicitar la revisión de los hechos que de forma irregular se declaran probados en la fundamentación jurídica de la sentencia, y otra diferente es que el recurrente pueda redactar a su antojo los fundamentos de

derecho, lo que no es posible pues la redacción de las sentencias es competencia exclusiva de los jueces y magistrados (ex art. 97 LRJS).

3. Hechas estas advertencias previas, pasamos a analizar cada uno de los motivos del recurso.

SEGUNDO.- 1. En el motivo primero se solicita la revisión del fundamento de derecho cuarto de la sentencia, y se denuncia la infracción de los artículos 81 LRJS, 22.4 y 3.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y 1256 y 1288 del Código Civil, en relación con el convenio colectivo de la Sanidad Privada de la provincia de Valencia. Lo que en definitiva se plantea en este motivo, es la determinación del salario que le correspondía percibir a don A.G. en su condición de director de clínica dental.

2. A estos efectos debemos recordar que es un hecho no discutido que el día 28 de enero de 2013 y a instancia del Sr. G., las partes novaron el contrato de trabajo que habían suscrito en el año 2011 y pactaron uno nuevo, en virtud del cual don A.G. pasaba prestar servicios en la clínica dental M. de la población de P. como director de clínica a cambio de una retribución anual de 23.000 € brutos, “de acuerdo con lo dispuesto en el nuevo convenio colectivo de aplicación y políticas y prácticas de compañía”.

Frente a esta retribución, que es la que ha venido aplicando la empresa y que la sentencia recurrida considera la adecuada al puesto de trabajo desempeñado por el Sr. G., se pretende por este que su retribución sea la fijada para la categoría de Director en el convenio colectivo para la Sanidad Privada.

3. Siendo este el objeto del debate del primer motivo del recurso, procede dar respuesta a las cuestiones que se plantean en él:

a) En primer lugar, rechazamos la redacción alternativa que se propone para el fundamento de derecho cuarto, por las razones que hemos expuesto anteriormente y porque lo que se interesa no es la revisión de algún elemento fáctico que pudiera haberse introducido en ese fundamento jurídico sino dar una nueva redacción a toda la fundamentación.

b) También desestimamos la infracción que se denuncia del artículo 81 LRJS, pues como se dice en el propio escrito de recurso, “la sentencia de instancia no deduce ningún efecto respecto a la referida imprecisión” (en referencia a la imprecisión de la demanda a la hora de fijar las diferencias salariales reclamadas). Por consiguiente, dado que los recursos se dan contra el fallo de las sentencias y no contra sus fundamentos jurídicos, es evidente que esta denuncia no puede prosperar, pues más allá de una referencia a que “el actor incurre en imprecisión a la hora de detallar los meses concretos y los conceptos con los que se corresponde”, la sentencia se pronuncia sobre la cuestión de fondo y entiende que no procede reconocer las diferencias salariales reclamadas en la demanda.

c) Queda por determinar la cuestión nuclear sobre la que gira el debate entre las partes: la determinación del salario que le correspondía percibir al Sr. G. en su condición de director de la clínica M. de P. Para el recurrente el salario que tenía derecho a percibir es el previsto en el convenio colectivo para la categoría profesional de Director, comprendido en el área funcional de Administración y en el grupo profesional de Licenciados A1, y no el que le venía abonando la empresa de acuerdo con lo pactado en el documento de novación del contrato de trabajo.

Para dilucidar esta cuestión nos encontramos, por un lado, con que el salario que pactaron las partes cuando en el año 2013 suscribieron la novación contractual fue el de 23.000 € anuales. Pero junto a ello, también hay que tener en cuenta que el artículo 3.5 ET impide que los trabajadores puedan disponer antes o después de su adquisición de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario o que estén reconocidos como indisponibles por convenio colectivo. Esta previsión nos obliga al examen del convenio colectivo de aplicación que es el de la Sanidad Privada de la provincia de Valencia, y del organigrama de la empresa demandada, al que también se remite el recurrente.

Se argumenta por la defensa del Sr. G., que en diversos documentos, como son el finiquito, la carta de despido, la novación contractual suscrita el 28 de enero de 2013, las tarjetas profesionales, etc. aparece como director o director de clínica. Ahora bien, el que ello sea así no significa, necesariamente, que su pretensión deba prosperar. En efecto, según el convenio colectivo la categoría profesional de Director es la más alta de las contempladas para el grupo de Licenciados A1 en el área funcional de Administración. De tal manera que por debajo de esta categoría están, entre otros, el Jefe de Área -en ese mismo grupo profesional A1-, y “Relaciones Laborales” y Jefe de Negociado en el grupo A2. Según el convenio colectivo, el Jefe de Área es “el responsable del área a su cargo, coordinando controlando el funcionamiento de los distintos Negociados que lo integran”, mientras que la función del Jefe de Negociado es la coordinación y el control de las funciones del personal que tenga adscrito.

Pues bien, si se observa el organigrama de la empresa demandada resulta que el Director de Clínica –puesto de trabajo del Sr. G.- está subordinado y tiene por encima al R. Zona, al D .Territorial y al Director de Operaciones; y, sin embargo, no consta que tenga a su cargo Jefes de Área o de Negociado. Antes al contrario, la misión que tiene asignada el director de clínica es la de “dirigir y coordinar proactivamente la gestión integral de un CDM...”, para lo cual debe “dirigir, coordinar, motivar y evaluar al personal del Centro, garantizando la eficiencia del Centro y la optimización de los recursos”. Por tanto, dado que su ámbito de actuación se circunscribe a la dirección de un centro de trabajo, no se le puede asignar la categoría de Director en los términos contemplados en el convenio colectivo de aplicación, pues, además, para ser director de clínica ni siquiera se exige estar en todo caso en posesión de una titulación universitaria, sino que basta acreditar una experiencia mínima de tres años en un puesto similar. Por consiguiente, este primer motivo del recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- 1. En el segundo motivo del recurso también se emplea la misma técnica que en el anterior, de forma que se dice redactado al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 LRJS, se solicita la revisión del último párrafo del fundamento de derecho cuarto –que se rechaza por las razones expuestas en el fundamento de derecho anterior- y se denuncia la infracción de los artículos 1256 y 1248 del Código Civil en relación con determinada doctrina jurisprudencial. Lo que se plantea en este motivo es el derecho del trabajador a percibir el bonus o incentivo correspondiente al año 2015 que cifra en el 18% de su retribución fija. La sentencia recurrida nada dice en los hechos probados respecto de esta cuestión, y en la fundamentación jurídica se limita a señalar que no se ha generado el derecho a percibir el bonus “puesto que el trabajador fue despedido por causa disciplinaria”.

2. Es evidente que la razón que se apunta en la sentencia recurrida para desestimar la pretensión del actor no puede prosperar, no solo porque la empresa reconoció la improcedencia del despido, por lo que se trata de un acto unilateral ilícito que no podría perjudicar las expectativas del trabajador, sino también porque el despido se produjo en el año 2016 y lo que se reclama en la demanda es el bonus correspondiente al año 2015 en que la relación laboral estaba viva.

3. Así pues, procede analizar si la reclamación del actor puede alcanzar el éxito pretendido. En la cláusula quinta del acuerdo de novación contractual suscrito el 22 de enero de 2013, se pactó que el Sr. G. participaría “desde el 1 de enero de 2013 en el Plan de Incentivos vigente y que alcanza hasta el 18% de la retribución fija”. La percepción de estos incentivos se vinculaba al cumplimiento de “los objetivos fijados, resultados de S.N.N., así como del Grupo S. dentro de los valores definidos y evolución favorable al desempeño, así como permanecer vinculado a la Empresa a fecha 31 de diciembre del ejercicio correspondiente”.

Es cierto que no se sabe si se han cumplido o no los objetivos que se fijaron para el 2015, pues ni siquiera consta cuáles fueron estos objetivos. Tampoco en el escrito de impugnación del recurso se arroja ninguna luz al respecto, pues solamente se dice que “la empresa sí fijó objetivos para incentivos” –pero no se dice cuáles fueron-, y que en la demanda no se dijo nada sobre esta cuestión, lo que no es del todo cierto pues en ella se reclamaba el “bonus 2015, pagadero en el primer trimestre del 2016”.

Como se ha señalado por la jurisprudencia, “si se acuerda un complemento salarial por objetivos, pero su concreción final queda a la exclusiva voluntad del empresario y, además, el acuerdo que lo estableció está ambiguamente redactado hasta el punto de que no es posible determinar las condiciones para su devengo, la empresa debe abonar el complemento en todo caso” (STS 9 julio 2013, rec. 1219/2012). En esta misma línea se recuerda en la STS de 18 de febrero de 2014 (rcud.228/2013) que “en sentencia de 19/11/2001 (rec.- 3083/2000), contemplando un supuesto semejante en el que se había acordado una retribución por objetivos a fijar por la empresa y en el que tampoco se había concretado cuáles ni de qué naturaleza eran los objetivos a tener en cuenta llegó a la misma conclusión al señalar que al no haberse fijado los “objetivos de cuyo cumplimiento se hiciera depender el

devengo", a la vista de que ante la "ambigüedad de los términos de la cláusula contractual, se ignora si la referencia a objetivos se hace a los del actor o a los de la empresa en su conjunto", y de que "así las cosas el complemento tiene más características del denominado en el argot empresarial "bonus", entendiéndose por tal aquel complemento cuya concreción final queda en manos del empresario".

4. La aplicación de estos criterios al presente supuesto y el principio de facilidad probatoria del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, nos conduce a la estimación de este motivo del recurso, pues es la empresa la que venía obligada a fijar los objetivos para el año 2015 y la que disponía de los datos precisos para contrastar si esos objetivos se habían alcanzado. Dado que nada de esto consta, S.N.N., S.L. deberá abonar al Sr. G. el importe correspondiente al 18% del salario percibido en ese año 2015 de acuerdo con lo pactado en la cláusula quinta del contrato suscrito el 28 de enero de 2013, cantidad que asciende a 4.144,09 € (18% de las retribuciones fijas que en ese año 2015 ascendieron a 23.022,76 €). Esta cantidad se deberá incrementar con el 10% de interés por mora del artículo 29.3 ET dado su carácter salarial.

CUARTO.- 1. Queda por analizar el último motivo del recurso en el que al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, se denuncia la infracción de la disposición transitoria quinta del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, por lo que respecta al cálculo de la indemnización derivada del reconocimiento de la improcedencia del despido por parte de la empresa.

2. A la vista de lo expuesto hasta ahora, el motivo deberá ser estimado siquiera que parcialmente, pues el salario regulador del despido deberá estar integrado por lo percibido por tal concepto en el mes de enero de 2016, toda vez que el despido tuvo lugar el 15 de febrero de ese mismo año 2016, más la parte proporcional del bonus correspondiente al año 2015, pues como se razona en la STS 30 de junio de 2016 (rcud.595/2916): "En lo que concierne al bonus, o retribución anual variable en función de los resultados de la empresa y/o del cumplimiento de los objetivos fijados al trabajador o al grupo de trabajadores (STS 26-1-2006, citada), es requisito para su consideración el que se haya devengado, es decir, que haya surgido ya como obligación líquida en el momento del despido, momento a partir del cual, aunque no se trate de obligación vencida, puede hablarse del mismo como un "salario" o "complemento salarial" propiamente dicho. Es lógico en estos casos de bonus de devengo anual pendientes de perfeccionamiento utilizar para el cálculo del salario regulador de la indemnización de despido el incentivo anual por ventas devengado el año anterior".

3. Así pues, el salario regulador de la indemnización por despido es de 2.267,06 €, como suma de las retribuciones salariales del mes de enero de 2016 -1.921,72 €-, más 345,34 € de la parte proporcional del bonus del año 2015. Esto supone que la indemnización que tiene derecho a percibir don A.G. como consecuencia de la improcedencia de su despido una vez aplicadas las reglas contenidas en la disposición transitoria quinta del Real Decreto-Ley 3/2012 y atendida su antigüedad que se remonta al 21-11-2011, asciende a 10.852,16 €.

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

FALLAMOS

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON A.G.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de Valencia de fecha 27 de julio de 2016; y, en consecuencia, condenamos a la empresa S.N.N., S.L. a que abone al Sr. G. las siguientes cantidades:

1) 4.144,09 euros, en concepto de bonus correspondiente al ejercicio 2015, más el 10% de interés por mora.

2) 10.852,16 euros, en concepto de indemnización por despido improcedente.

Sin costas.

2232

Sentencia núm. 1.311, de 17 de mayo de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RETA que ejerce funciones de peluquera. Denegación de la prestación por falta de periodo de carencia. En el momento del hecho causante la actora no se encuentra de alta en la Seguridad Social y no concurren los grados de incapacidad previstos en el art. 138.2 de la Ley Seguridad Social La actora está inscrita de manera discontinua en SERVEF como demandante de empleo.

Juzgado: Estima la demanda declarando a la actora en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Dicha prestación es incompatible con las prestaciones, subsidios o salarios por el mismo trabajo que la actora pueda cobrar durante el mismo periodo de la prestación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La actora no se encuentra en situación de asimilada al alta en el momento del hecho causante, por lo que no procede concederle la prestación solicitada en la instancia. No se entra a valorar la suficiencia de días cotizados ni la gravedad de las dolencias para reconocer la prestación solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 17 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Social número 2 de Elche, por la que se estimaba la demanda interpuesta por Doña V.G.G. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, reconociendo a la misma un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de peluquera, se alza el ente gestor en suplicación, impugnando su recurso la demandante.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se plantea el primer motivo de recurso, a través del cual se solicita que se haga constar en el hecho probado primero que la actora estuvo dada de alta en régimen especial de trabajadores autónomos hasta el día 31-12-12, eliminándose la mención de situación de “alta o asimilada al alta” en dicho régimen que se incluyó por la Juzgadora. Todo ello conforme a documentos obrantes en autos a los folios 43 y 44.

En el folio 43 consta que la demandante estuvo dada de alta en el RETA durante dos periodos: el primero, desde el 1-2-05 al 31-5-10 y el segundo desde el 1-7-12 hasta el 31-12-12, por lo que en dichos términos se admite la modificación.

TERCERO.- En términos de revisión del fondo, ex art. 193 c) LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 165 y 195 LGSS (RD Legvo 8/2015), en relación con el art. 13.2 de la OM 18-1-96, pues entiende, en contra del criterio expuesto por la Magistrada a quo, que la trabajadora no cumple el requisito de alta o situación asimilada al alta al momento de producirse el hecho causante. Y llega a tal conclusión al entender que causando baja el 31-12-12 en el sistema de Seguridad Social, no figuraba como

demandante de empleo de forma ininterrumpida, pues su inscripción no se produjo de nuevo hasta el 25-5-14.

La cuestión que se plantea en este motivo de recurso no es otra que la que aborda la problemática relativa a si la situación de desempleo puede considerarse como situación asimilada al alta para causar derecho a la prestación solicitada, incapacidad permanente, cuando la inscripción como demandante de empleo ha sufrido interrupciones, no produciéndose de forma continuada.

En nuestro caso, consta que el último periodo en el que la trabajadora estuvo dada de alta en el RETA fue el transcurrido desde el 1-7-12 hasta el 31-12-12, inscribiéndose como demandante de empleo el 27-5-2014 y solicitando prestación de IPT el 16-12-14. En marzo de 2014 sufrió infarto de miocardio que le ocasionó las limitaciones por las que solicita su declaración de incapacidad.

La controversia que se plantea ha sido resuelta ya por la Sala Cuarta en doctrina consolidada, en la que se aplica un criterio humanizador e individualizado. Así, se dice en STS de 10-7-2009 (Rcud. 4151/2007) que: *“La cuestión debatida en el presente recurso de casación unificadora se contrae a determinar si para que el desempleo sea considerado como situación asimilada al alta en la Seguridad Social, es necesario que el solicitante de la prestación haya permanecido inscrito como demandante de empleo de forma continuada o son admisibles determinadas interrupciones.*

Las circunstancias que esta Sala ha venido ponderando para aplicar la doctrina flexible, humanizadora e individualizada son: "a) cuando la enfermedad que provoca la declaración de invalidez ya estaba instaurada y con carácter invalidante en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo, b) cuando la situación de alta en Seguridad Social existe cuando se inicia la enfermedad, cuyo posterior desarrollo es tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta y c) cuando, en fecha anterior o coetánea a la interrupción de la inscripción, aparece una dolencia tan deteriorante de la voluntad del trabajador "enfermedad mental, etilismo crónico, adición prolongada a otras drogas, etc." que introduce un desorden en la vida ordinaria del trabajador que explica el abandono de los trámites burocráticos necesarios para el acceso o la permanencia en la oficina de empleo".

Ocurre en que en nuestro caso, ninguna de las circunstancias que pudieran ponderar la falta de inscripción como demandante de empleo desde el 31-12-12 hasta la aparición de la dolencia que motivó la petición de incapacidad han resultado constatadas. Y así, aun cuando la parte demandante alega en su escrito de impugnación determinadas circunstancias afectantes a su salud que motivaron la falta de inscripción como demandante de empleo, ninguna de ellas ha resultado reflejada en el relato de hechos probados de la resolución de instancia. Relato al que indefectiblemente ha de venir vinculada esta Sala para emitir un pronunciamiento.

Por tanto, constando que desde el 31-12-12 hasta el 27-5-2014 la demandante no estuvo inscrita como demandante de empleo, siendo que transcurrió asimismo un elevado lapso temporal desde el cese en su última ocupación hasta marzo de 2014, mes en que padeció el infarto de miocardio que le provocó las limitaciones que ahora le afectan, y que en su caso pudiera considerarse causa suficiente para justificar la falta de alta como demandante de empleo, entendemos al igual que el Ente Gestor, que la

actora no se encontraba en situación asimilada al alta al momento de solicitar la prestación, por mucho que, como así sostiene la Juzgadora de instancia, desde el 27-5-2014 hasta la solicitud de fecha 16-12-2014, se haya mantenido activa en la búsqueda de empleo mediante su alta en la oficina del Servef correspondiente.

CUARTO.- Al estimarse el segundo de los motivos de recurso, ningún pronunciamiento se realizará sobre los motivos tercero y cuarto, relativos a la suficiencia del periodo cotizado así como a la entidad de las dolencias para reconocer la prestación solicitada.

QUINTO.- No procede la imposición de costas, al no existir parte vencida en el recurso.

Por todo lo anteriormente expuesto

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL frente a la Sentencia dictada el 17 de marzo de 2016 por el Juzgado de lo Social número 2 de Elche, en autos número 363/2015 instados a instancia de DOÑA V.G.G.; con revocación de la precitada resolución, y desestimación de la demanda en la instancia, absolvemos al Organismo demandado de todos los pedimentos de la demanda. Sin imposición de costas.

2233

Sentencia núm. 1.339, de 23 de mayo de 2017

Materia: Movilidad geográfica. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la fabricación e instalación de maquinaria. El actor ejerce sus funciones como oficial de tercera. La empresa va a realizar una obra en el extranjero, requiriendo a este aporte documentación para visado, previa comunicación de desplazamiento. El actor se niega a aportar documentos y a viajar por motivos de seguridad. En anteriores ocasiones el trabajador se ha desplazado a otras localidades de España y del extranjero para realizar sus tareas. **Competencia funcional. Afectación general. Concurrencia.**

Juzgado: Estima la demanda y declara improcedente la comunicación realizada, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Sala: Sin entrar a conocer el fondo del asunto declara la falta de competencia funcional para conocer del objeto debatido, declarando la firmeza de la sentencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa demandada, frente a la sentencia que estimó la demanda del trabajador y declaró improcedente la comunicación de desplazamiento efectuada.

El recurso se articula en un único motivo redactado al amparo del art. 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Ahora bien, con carácter previo esta Sala debe hacer una puntualización en relación a la procedibilidad del recurso de suplicación respecto al asunto que ahora examinamos, al tratarse de un supuesto de movilidad geográfica de un trabajador, dado que el art. 191.2.e) de la LRJS establece que no procederá recurso de suplicación en los “procesos de movilidad geográfica distintos de los previstos en el apartado 2 del art. 40 del Estatuto de los Trabajadores...”, apartado este último que se refiere a los traslados colectivos, lo que no es el caso. Pero por el juzgado de instancia se da recurso dado que: “se considera que en una economía cada vez más globalizada, la controversia que se analiza puede considerarse que tiene un contenido de generalidad, por lo que se considera procedente posibilitar la interposición, en su caso, de recurso de suplicación por la parte que no haya visto estimada su pretensión, evitando con ello posibles y futuras sentencias contradictorias que tan mal encaja tienen en nuestro ordenamiento jurídico.”

Como esta Sala ha reiteradamente indicado: “la apreciación sobre la concurrencia de esa afectación general que corresponde en primer lugar al Juzgado de lo Social, no sólo es función a él atribuida sino que similar facultad tienen las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, al resolver el recurso de suplicación (...). Pues, a pesar del carácter extraordinario de ambos recursos y de la naturaleza excepcional del segundo, se trata de una materia de competencia funcional que puede

ser examinada de oficio por la Sala "ad quem" sin necesidad de cumplir las rigurosas exigencias propias de aquellos (STS de 2 de junio de 2008 -rec. 546/2007 -, reiterada en la de 23 de enero de 2009 -rec. 250/2008). Y ello sin que la Sala quede vinculada al pronunciamiento que sobre dicha cuestión haya efectuado el Juzgador de Instancia.

En relación a la afectación general, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de enero de 2011, recurso 1583/2010, ha sostenido que: "En relación con esta cuestión esta Sala, -como recuerdan, entre otras, la STS/IV 24-noviembre-2010 (rcud 108/2010)-, partiendo de la base de que este concepto de la afectación general está dentro de lo que se conoce como conceptos jurídicos indeterminados, ya unificó los criterios a tener en cuenta para determinar cuándo concurre tal circunstancia en doctrina que en origen fue establecida por dos sentencias de 3-octubre-2003 (rcud 1011/03 y 1422/03) dictadas por todos los Magistrados que la integran, y ha sido reiterada luego por otras muchas (sentencias de 25-enero-2006 -rcud 3892/2004, 5-diciembre-2007-rcud 3180/2006, 30-junio-2008 -rcud 4048/2006 y 7-octubre-2008 -rcud 2044/2007, entre otras) con un resumen recogido en la STS/IV 14-mayo-2009 (rcud 2048/2008) y que, en concreto, dice lo siguiente: "La afectación general ha de entenderse como una "situación de conflicto generalizado en la que se ponen en discusión los derechos de los trabajadores frente a su empresa (siempre que ésta tenga una plantilla suficientemente extensa y tales derechos alcancen a todos o a un gran número de sus trabajadores) o los derechos de los beneficiarios de la Seguridad Social frente a ésta. Y en consecuencia:

I. No es necesaria la previa alegación de parte ni la prueba de la afectación general en el supuesto de que la misma sea notoria, no siendo preciso que la notoriedad sea absoluta y general como establece el art. 282.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que, a efectos del art. 189.1.b. LPL basta con que la misma sea apreciada, razonadamente, por el Juzgado o Tribunal encargado del enjuiciamiento.

II. Tampoco es necesaria su alegación y prueba cuando el asunto "posea claramente un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes", apreciación que corresponde efectuar, razonadamente, al Juez de lo Social en principio, y también, al tratarse de materia de competencia funcional, a las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, en vía de suplicación, y a esta Sala IV del Tribunal Supremo, en unificación de doctrina.

III.- En los restantes supuestos si es necesaria la alegación y prueba de la afectación múltiple o general."

Esta Sala en Sentencia nº 619/16 de fecha 9-3-2016, Rec. Suplicación nº 1668/2015, en asunto en el que el Juzgador a quo, resolvió la procedencia del recurso de suplicación en sentido positivo, por entender que la cuestión jurídica se correspondía con una situación de conflicto generalizada en la que se ponen en discusión los derechos de numerosos trabajadores, en concreto, a todos aquéllos a los que su empleadora les haya despedido o reconocido la deuda antes de la entrada en vigor del Real Decreto 20/2012 y se declara la insolvencia de la empresa tras dicha entrada en vigor, resolvió que, "en atención a las circunstancias concurrentes, no

estima apreciable la notoriedad y por ende, la afectación general que se propugna en la instancia.” Como ha venido matizando la Sala Cuarta, “no es posible que se equipare la afectación general a todo supuesto de interpretación de una norma de carácter general; decir que la afectación general exige una situación de conflicto generalizado no significa que la misma se confunda con el ámbito personal de las normas jurídicas. No se trata de tomar en consideración el alcance o trascendencia de la interpretación de una disposición legal, sino de averiguar "si la concreta cuestión debatida afecta a todos o a un gran número de trabajadores" (como explicó la sentencia del Tribunal Constitucional 108/1992, de 14 de septiembre); es decir, si el conflicto de que se trate, surgido a consecuencia de la negativa o desconocimiento de un derecho o derechos determinados y específicos, alcanza a un gran número de trabajadores o beneficiarios de la Seguridad Social” (STS 21-09-2009).

No consta a esta Sala un nivel elevado de litigiosidad sobre la cuestión debatida ni la situación de un conflicto generalizado. Ciertamente es que, en el actual contexto económico, la controversia que se analiza en el caso de autos pudiera afectar a otros trabajadores, incluso de otras empresas, que se encontraran en la situación descrita por el Magistrado de Instancia, pero ello no comporta que la existencia de una afectación “hipotética” se convierta en una afectación “real” que dote del carácter de “notoriedad” al conflicto que ahora se trae a la Sala. La necesidad de dar una respuesta a una cuestión de un concreto trabajador al que en su empresa le piden un traslado temporal a Argelia, no puede equipararse a la existencia de un conflicto actual y presente que afecte a los derechos de todos o de un gran número de trabajadores, por mucho que la misma o similar cuestión se pueda llegar a plantear en otras ocasiones.

Por ello, la Sala entiende que el recurso no debió ser admitido a trámite, lo que en el estado actual de las actuaciones debe producir su desestimación, pues como ha señalado la jurisprudencia de forma reiterada “cualquier causa que pudiese motivar en su momento la inadmisión del recurso, una vez que se llega a la fase de sentencia queda transformada en causa de desestimación (entre tantas anteriores SSTs 2-12-2013 -rcud. 3278/2012; 02-07-13 -rcud. 2057/12-; 03/07/2013 -rcud. 2939/12-; y 09/07/2013-rcud. 2737/2011)”.

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

FALLO

Que sin entrar a conocer del fondo del asunto planteado en el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de T. S.L., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Elche de fecha 21 de noviembre de 2016, declaramos la falta de competencia funcional de la Sala para conocer del objeto debatido, declarando la firmeza de la sentencia recurrida.

Sin costas.

2234

Sentencia núm. 1.361, de 23 de mayo de 2017

Materia: Prestación por hijo a cargo. Trabajadora afiliada a la Seguridad Social. La demandante, de nacionalidad boliviana, tiene una hija en común con su pareja, también boliviano, el cual marcha a Bolivia. Este hace acta de manifestaciones en la que señala no puede ayudar a su hija por carecer de trabajo. Se deniega la prestación a la actora sobre la base de no documentar los ingresos declarados. Cálculo de ingresos.

Juzgado: Estima la demanda, declarando el derecho de la trabajadora a percibir la prestación por hijo a cargo, correspondiente al año solicitado, condenando al instituto demandado al pago de la misma.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La actora no convive con el padre de la hija, por lo que se toma como referencia únicamente los ingresos de esta, que no superan la cantidad máxima establecida para denegar la prestación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la sentencia que estimando la demanda formulada por M.E.J.M., declara su derecho a percibir prestación por hijo a cargo en cuantía anual de 291€, correspondiente al año 2015, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y a su pago.

1. El recurso se formula en un único motivo, al amparo del art. 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en el que denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 10 del RD 1335/2005 de 11-noviembre, en relación con el art. 182 de la Ley General de la Seguridad Social. Sostiene la entidad recurrente que en el año 2015 el límite de ingresos de la familia se ha fijado en 11.814,71 euros, y la actora debe justificar los ingresos de los progenitores, y en su defecto declaración responsable de que no los percibe, ante las Consejerías de Trabajo y Asuntos Sociales de la Embajada según indica el art. 8 apartados 1 y 2 g) del RD 8/2008 de 11-enero, no siendo suficiente la mera acta de manifestación del padre.

2. El art. 182 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1994, en lo que aquí interesa dice, *“1. Tendrán derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo quienes: a) Residan legalmente en territorio español. b) Tengan a su cargo hijos o menores acogidos..., y que residan en territorio español. En los casos de separación judicial o divorcio, el derecho al percibo de la asignación se conservará para el padre o la madre por los hijos o menores acogidos que tenga a su cargo. c) No perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.547,96 euros...En el supuesto de convivencia del padre y de la madre, si la suma de los ingresos de ambos*

superase los límites de ingresos establecidos en los párrafos anteriores, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos...”

El art. 10 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en lo que aquí interesa, dice, *“Beneficiarios. 1. Tendrán derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo quienes: a) Residan legalmente en territorio español...b) Tengan hijos o menores acogidos a su cargo, en quienes concurren las circunstancias señaladas en el artículo 3.a) y residan en territorio español.... c) No perciban ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores al límite que, para cada ejercicio económico, se establezca en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.*

En el supuesto de convivencia de los progenitores o de los adoptantes, si la suma de los ingresos de ambos superase el límite de ingresos señalado en el párrafo anterior, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos. Igual regla se aplicará en los supuestos en que el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, se haya constituido por dos personas que formen una misma unidad familiar...”

3. Consta en el relato de hechos probados que la actora, residente en España, tiene una hija nacida el 10-7-2008, fruto de su unión more uxorio con F.R.S.S., de nacionalidad boliviana, quien marchó desde España a su país, y a petición de la actora, ante el consulado de España en la localidad de Santa Cruz de la Sierra, hizo en julio-2015 acta de manifestaciones en la que se dice no puede ayudar económicamente al sustento de su hija por carecer de trabajo. De lo que se deduce que la actora no convive con el padre de su hija, por lo que los ingresos a computar serían los de la actora, que no consta superen el límite de rentas, no siendo aplicable el invocado por la entidad recurrente Real Decreto 8/2008, de 11 de enero, por el que se regula la prestación por razón de necesidad a favor de los españoles residentes en el exterior y retornados, que regula prestación distinta a la que es objeto del presente litigio, por lo que el recurso deberá ser desestimado.

SEGUNDO.- De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial de la que es expresión, por ejemplo, la STS de 27-9-2000 (recurso 4585/1999), no ha lugar a condenar en costas a la Entidad Gestora recurrente. Y ello es así, porque la Ley 1/1996 de 10 de Enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, establece con respecto al ámbito personal de su aplicación, en el art. 2 que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita: "b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso".

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, de fecha 2-marzo-2016, en virtud de demanda presentada a instancia de M.E.J.M; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2235

Sentencia núm. 1.379, de 23 de mayo de 2017

Materia: Despido. Trabajadora con sucesivos contratos a tiempo completo por obra o servicio determinado, con categoría de auxiliar. Se aprueba y convoca procedimiento de selección para puestos por parte del Instituto demandado, sin que la actora supere las pruebas. Una vez finalizado su contrato, se le comunica a la actora el cese de su relación pasando a ejercer sus funciones la persona que había aprobado el concurso.

Juzgado: Desestima íntegramente la demanda, absolviendo al instituto demandado de los pedimentos frente a él deducidos en la demanda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera el cese de la trabajadora como un despido improcedente. Se obliga al instituto demandado a readmitir a la trabajadora con el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución o hasta que hubiera encontrado nuevo empleo, o a abonarle una determinada cantidad en concepto de indemnización.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, por la que se desestimaba la demanda interpuesta por Doña V.J.T. frente al Instituto Alicantino de Cultura J.G.A., recurre en suplicación la demandante, impugnando su recurso el demandado.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado a) del art. 193 LRJS, se formula el primero de los motivos de recuso, a través del cual se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 105.2 LRJS y art. 24 CE.

Se dice por la demandante, que el Instituto demandado ha vulnerado los preceptos referidos al invocar en el acto de juicio una causa distinta del despido operado, y que fue acogida por la Juez a quo para desestimar la demanda interpuesta. En concreto, se dice por la recurrente, comunicada la extinción contractual por la expiración del plazo fijado en el contrato, se alegó en el acto de la vista que el cese en sí no se trataba de un despido sino que lo que se había producido era una amortización del puesto de trabajo por cobertura reglamentaria de la plaza.

Consecuencia de dicha alteración, que fue acogida por la Magistrada de instancia, se ha producido una vulneración del derecho de defensa de la demandante, al modificar de forma ilegal el objeto del debate de la impugnación de la extinción de la relación laboral, si bien, insta a la Sala a que procesa a resolver sobre el resto de los motivos de recurso no obstante la causa de nulidad producida.

Como esta Sala ha declarado en otras ocasiones, “la nulidad de actuaciones constituye un remedio extraordinario de muy estricta y excepcional aplicación dada la notoria conmoción procedimental que supone tanto para las partes como para el principio de celeridad y economía procesal que constituye una de las metas a cubrir como servicio público que aspira a satisfacer adecuadamente las pretensiones en petición de amparo jurisdiccional se hacen a los Órganos judiciales. Por ello, se viene exigiendo en una reiterada y uniforme doctrina jurisprudencial que dicha nulidad de actuaciones está condicionada al cumplimiento de unos concretos requisitos, entre los cuales se encuentra, el que la infracción cause un perjuicio irreparable a quien impugna, generándole indefensión” (Sentencia TSJ Comunidad Valenciana de 14-06-2016, rs. 2703/2015).

El motivo de recurso que ahora examinamos debe ser rechazado, pues en primer término, no se entiende que producido un vicio de nulidad como así se invoca por la recurrente, se solicite no obstante el dictado de una resolución por parte de la Sala examinado el recurso interpuesto. En segundo lugar, porque las conclusiones que se alcanzan, obedecen más bien a un motivo de revisión jurídica, en el que el derecho aplicado y la causa del cese cobrarían absoluta relevancia para sentar una conclusión final sobre la cuestión debatida; y en tercer lugar, porque ninguna indefensión se produce a la recurrente desde el momento en que puede hacer uso del mecanismo de recurso, al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del art. 193LRJS, para que sean examinadas por la Sala las concretas circunstancias acontecidas y su acomodo a lo alegado por la empresa para justificar el término de la contratación.

TERCERO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 15.3 ET así como en el art. 9.3 del RD 2720/1998, en relación con el art. 2.2 de dicha norma reglamentaria.

A tenor de lo expuesto en el motivo, la recurrente entiende que dadas las circunstancias en que se produjo la contratación, para obra o servicio determinado, que se prolongó durante cuatro años, es evidente que el contrato suscrito no era de duración determinada, sino para cubrir una actividad habitual de la empresa, lo que convierte en indefinida el carácter de la relación laboral, por incurrir en fraude de ley.

Examina la jurisprudencia invocada por la Juez a instancia para mostrar su disconformidad en la aplicación al caso concreto, y termina insistiendo en la indefinición de la contratación, reiterando que el Instituto demandado no extinguió el contrato por cobertura de la plaza sino por la expiración del plazo convenido.

Conforme a reiterada doctrina, expresada entre otras en STS de 5-7-2016, Rcd. 3887/2014: “El artículo 15. 1.a) ET dispone que «1. El contrato de trabajo podrá concertarse por tiempo indefinido o por una duración determinada.- Podrán celebrarse contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) Cuando se contrate al trabajador para la realización de una obra o servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta...”.

Preceptuándose en su nº 3 que "se presumirán por tiempo indefinido los contratos temporales celebrados en fraude de ley". Lo que, a su vez, debe poner en relación con lo dispuesto con carácter general en el art. 49.1.b) y c) ET , en el sentido de que el contrato de trabajo se extinguirá "por las causas consignadas válidamente en el contrato, salvo que las mismas constituyan abuso de derecho manifiesto por parte del empresario "y" por expiración del tiempo convenido o realización de la obra o servicio objeto del contrato .»

En su desarrollo, el Real Decreto 2720/1998 establece que: a) de conformidad con lo establecido en el art. 15.1 ET «se podrán celebrar contratos de duración determinada en los siguientes supuestos: a) Para realizar una obra o servicio determinados " (art. 1); b) en cuanto a su concepto, que "El contrato para obra o servicio determinados es el que se concierta para la realización de una obra o la prestación de un servicio determinados, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, es en principio de duración incierta... " (art. 2.1.1); c) por lo que respecta su régimen jurídico que "El contrato deberá especificar e identificar suficientemente, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituya su objeto", que "La duración del contrato será la del tiempo exigido para la realización de la obra o servicio" y que "Si el contrato fijara una duración o un término, éstos deberán considerarse de carácter orientativo en función de lo establecido en el párrafo anterior" (art. 2.2); d) en cuanto a su formalización, que "Los contratos para obra o servicio determinados... deberán formalizarse siempre por escrito "y que" Cuando los contratos de duración determinada se formalicen por escrito, se deberá hacer constar en los mismos, entre otros extremos, la especificación de la modalidad contractual de que se trate, la duración del contrato o la identificación de la circunstancia que determina su duración, así como el trabajo a desarrollar " (art. 6.1 y 2); y, e) por último, en lo afectante a su extinción que "1. Los contratos de duración determinada se extinguirán, previa denuncia de cualquiera de las partes, por las siguientes causas: a) El contrato para obra o servicio determinados se extinguirá por la realización de la obra o servicio objeto del contrato" (art. 8.1 .a).»

4.- En interpretación de la normativa expuesta la jurisprudencia de esta Sala ha reiterado el carácter causal de la contratación temporal, por lo que los contratos temporales, en concreto los de obra o servicio determinado, sin causa o con causa ilícita (artículos 1261, 1274 a 1277 Código Civil) los ha considerado celebrados en fraude de ley, con la consecuencia de presumirlos celebrados por tiempo indefinido (artículo 15.3 ET), y para la determinación de la legalidad de la causa contractual ha tenido esencialmente en cuenta los términos en que aparece redactada la cláusula de temporalidad, para ponerla en contraste con la actividad realmente desempeñada en la empresa por el trabajador y con el cumplimiento de la finalidad a la que responde esta concreta modalidad de contratación temporal, debiendo quedar plenamente identificada y acreditada la causa legitimadora de la temporalidad.

Conforme a la declaración de hechos probados, la actora venía prestando servicios para el Instituto demandado suscrito el 1 de marzo de 2012, con una duración

inicial de cuatro meses, que se prorrogó hasta en ocho ocasiones, alcanzando una duración global de cuatro años. En virtud de dicha contratación, la demandante ejercía funciones de auxiliar de atención al público, cumpliendo el objeto de la contratación consistente en “trabajos de apoyo en la recepción de material y atención al público con motivo de la puesta en marcha de diversas exposiciones temporales en las dependencias del organismo”.

El 25 de noviembre de 2015, convocado procedimiento de selección para Ordenanza y Auxiliar Administrativo, la actora concurrió al proceso selectivo que no superó. El 8 de febrero de 2016, el Instituto comunicó a la misma que el 29 de dicho mes expiraba el plazo del contrato de trabajo suscrito, dando por finalizado el mismo con tal fecha.

Sus funciones han venido siendo desempeñadas por D. C.L.M., trabajador que superó el proceso selectivo accediendo al puesto de ordenanza, y con el que también se ha suscrito un contrato para obra o servicio determinado el día 2 de mayo de 2016.

Por la Magistrada de instancia se emite una conclusión destinada a definir el contrato suscrito por la demandante como indefinido, pues según expresa al fundamento de derecho segundo, debió la demandada acudir a un contrato de interinidad para cubrir un puesto de trabajo durante el proceso de selección de una plaza para su cobertura definitiva. Ahora bien, la Sala, se muestra conforme con dicha declaración de indefinición pues el objeto del contrato no obedecía a una causa temporal, como así se afirmó sino para atender a necesidades permanentes de la empleadora.

Y si ello era así, esto es, que el contrato era indefinido por concurrir fraude de ley en la contratación, no puede alegarse ahora, como se sostiene por la demandada, que la finalización de la contratación de la demandante se produjo por cobertura reglamentaria de la plaza, porque la causa invocada en la comunicación escrita entregada a la trabajadora no fue esa, sino la expiración del plazo temporal previsto para su contrato.

Si el contrato era indefinido, la terminación del mismo no puede obedecer a la terminación de la duración contractual estipulada. Y tampoco puede entenderse, que la falta de superación de las pruebas sea causa justificativa del mismo, máxime cuando el trabajador que ahora presta servicios desempeñando funciones parejas a las realizadas por la demandante accedió a su puesto el día 2 de mayo de 2016, esto es, más de dos meses después desde que se hizo efectivo el cese de la demandante.

Todo ello nos lleva a estimar el recurso interpuesto por el trabajador, y con revocación de la sentencia de instancia, declarar que el cese de la demandante constituyó un despido improcedente, dado el carácter indefinido de su contratación, debiendo la empresa optar en el plazo de cinco días, entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios

dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución o hasta que hubiera encontrado nuevo empleo, caso de ser tal colocación anterior a dicha sentencia; o abonar una indemnización de 6.739,14 euros calculada conforme a los parámetros de antigüedad y salario previstos en el hecho probado primero de la resolución de instancia.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no procede la imposición de costas al haberse estimado el recurso interpuesto.

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA V.J.T. frente a la Sentencia dictada el 7 de junio de 2016 por el Juzgado de lo Social número 1 de Alicante, en autos número 276/2016 seguidos a instancia de la precitada recurrente frente al INSTITUTO ALICANTINO DE CULTURA J.G.A.; y en consecuencia, con revocación de la citada resolución, y estimación de la demanda en la instancia, declaramos que el cese de la actora constituye un despido improcedente, debiendo la empresa optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente sentencia, entre readmitir a la trabajadora en las mismas condiciones que regían antes del despido, con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución o hasta que hubiera encontrado nuevo empleo, caso de ser tal colocación anterior; o abonar una indemnización de 6.739,14 euros. Sin imposición de costas.

2236

Sentencia núm. 1.387, de 18 de abril de 2017

Materia: Pensión de viudedad. Demandante que convive durante más de veintitrés años con causante de la prestación pero que no se encuentra casada ni inscrita como pareja de hecho en registro alguno ni en documento público. La pareja ha tenido tres hijos en común los cuales perciben pensión de orfandad. Falta de los requisitos para acceder a la prestación. Derecho al cobro de la misma. La demandante presenta unas escrituras ante notario para constitución de préstamo hipotecario y compraventa de vivienda, en la que figuran ambos como esposos. Asimilación de esos documentos públicos a los legales de existencia de pareja de hecho de convivencia estable y notoria del art. 174.3 de la LGSS.

Juzgado: Desestima la demanda no habiendo lugar a la prestación solicitada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No es asimilable el documento aportado por la demandante para obtener la prestación de viudedad. No se dan las condiciones previstas en el art. 174.3 de la LGSS.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), propugnando la revisión del hecho probado segundo del que ofrece esta redacción: La demandante nunca contrajo matrimonio con M.P.R.D. ni se inscribieron como pareja de hecho en ningún registro público ni en documento público ni constaban empadronados en el mismo domicilio; si bien, obran en autos dos escrituras públicas –una de 24 de septiembre de 1998 y otra de 27 de julio de 2006- en las que ambos comparecen ante Notario formalmente “como esposos”.

2. Efectivamente en las fotocopias de las copias de escrituras públicas, en que la revisión se basa (una para la constitución de un préstamo hipotecario y otra de compraventa de vivienda con subrogación de préstamo hipotecario), figuran don M.R.D. y doña V.P.H., como comparecientes “cónyuges”, “casados bajo el régimen de gananciales”, y desde esa exclusiva perspectiva se acepta la revisión propuesta, fundamentalmente a efectos aclaratorios como se verá, pues en sí es irrelevante a los efectos de la presente resolución, tal y como veremos.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando infracción del artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social. Argumenta en síntesis que al haberse hecho constar en las escrituras públicas, meritadas en el fundamento de derecho anterior, que don M.R.D. y doña V.P.H., eran cónyuges, y estaban casados bajo el régimen de gananciales, nos encontrábamos ante un documento público asimilable al que podría haberse otorgado para constituirse formalmente en pareja de hecho.

2. Es muy reiterada la doctrina jurisprudencial (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2015 (R. 2802/2014), donde con cita de muchas sentencias del Tribunal Supremo (así las de 20 de julio de 2010 (R. 3715/09), 27 de abril de 2011 (R. 2170/10), 22 de noviembre de 2011 (R. 433/11), 20 y 26 -dos- de diciembre de 2011 (R. 1147/11 y 245/10), 23 de enero de 2012 (R. 1929/11), 28 de febrero de 2012 (R. 1768/11) y 11 de junio de 2012 (R. 4259/11), señala como síntesis “1) que los requisitos legales de "existencia de pareja de hecho" y de "convivencia estable y notoria", establecidos ambos en el vigente artículo 174.3 LGSS son distintos, debiendo concurrir ambos para el reconocimiento del derecho a pensión a favor del sobreviviente; 2) que, en el mismo precepto legal, las reglas de acreditación de uno y otro requisito son asimismo diferentes; 3) que la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS , bien mediante "inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas... Más recientemente aún, esta Sala, reunida en Pleno y con cita de doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, de la que cabe destacar la sentencia nº 40/2014 del 11-3-2014 en la medida en que declara inconstitucional y nulo, con los efectos que señala su fundamento jurídico 6, el párrafo 5º del art. 174.3 de la LGSS , ha mantenido la misma tesis en siete sentencias del Pleno, dictadas en sendos recursos de casación para la unificación de doctrina de fecha 22 de septiembre de 2014 (RR. 2563/10 , 759/12 , 1098/12, 1752/12, 1958/12 y 1980/12), seguidas ya, igualmente entre otras muchas, por las de 22 de octubre de 2014 (R. 1025/12), 12 de noviembre de 2014 (R. 3349/13) y 9 de febrero de 2015 [2] (R. 2586/14 y 2288/14).

3. La doctrina expuesta se ha ratificado por el Tribunal Supremo entre otras, en sentencias de 30 de marzo de 2016 (R.2689/14) y 8 de noviembre de 2016 (R.3469/14), reiterando esta última la doctrina constante sobre el carácter de requisito "ad solemnitatem" del exigido por el inciso 2º del párrafo 4º del nº 3 del art. 174 de la LGSS (hoy artículo 221.2, párrafo segundo del Texto Refundido de la LGSS, aprobado por el artículo único del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre) requisito ad solemnitatem, que desde luego no puede sustituirse por la mera manifestación de los comparecientes en unas escrituras públicas, formalizadas sin esa finalidad constitutiva de la pareja de hecho, que por ello se convierte en “pareja de derecho”, de ahí que señaláramos que la revisión fáctica se aceptaba a efectos aclaratorios, aunque era irrelevante.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso, y consiguiente confirmación de la sentencia impugnada. Sin costas al gozar la recurrente del derecho a asistencia jurídica gratuita (artículo 235.1 de la LJS).

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña V.P.H. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de los de Valencia, el día 24 de febrero de 2016 en proceso sobre prestación de viudedad seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y confirmamos la aludida sentencia. Sin costas.

2237

Sentencia núm. 1.389, de 25 de mayo de 2017

Materia: Pensión de jubilación. Periodo mínimo de carencia. Reconocimiento de determinados días en el cómputo total de días cotizados al no efectuarse las correspondientes cotizaciones. El actor tiene descubiertos prescritos de cotización.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del actor a que se inicie el procedimiento de invitación al pago de las cuotas de cotización a la Seguridad Social con el fin de poder acceder a la pensión de jubilación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La invitación al pago de las cuotas de cotización solamente procede cuando el actor reúne el periodo de carencia necesario para poder acceder a la pensión de jubilación. En este caso no se encuentra acreditada la carencia exigible, además de encontrarse las cuotas prescritas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la sentencia que ha estimado la demanda declarando el derecho del actor a que se inicie procedimiento de invitación al pago de las cuotas a la seguridad social prescritas al amparo del art. 28.2 del Decreto 2530/1970, condenándole a estar y pasar por esa declaración.

El recurso, que se impugna por el actor contiene un único motivo al que se le denomina “primero”, en el que denuncia la infracción por aplicación indebida de lo dispuesto en el art. 161.1 b) del TR de la LGSS de 1994, así como del criterio judicial recogido en la sentencia de esta sala dictada en el recurso de suplicación 2682/2013, que recoge la jurisprudencia sobre las condiciones exigibles para que se deba invitar al pago respecto a las cuotas impagadas y prescritas fijada en las STS de 20 de febrero y 4 de marzo de 2007. Considera el recurso que partiendo, en el caso, de la necesaria carencia de 15 años con el coeficiente global de parcialidad de 99,87%, resulta precisa la carencia de 5.467 días, que el actor no alcanza a la fecha del hecho causante, y no procede invitar al pago si no se acredita el periodo mínimo de cotización exigido, que juega como premisa.

Los hechos probados de la sentencia, dan cuenta del supuesto a enjuiciar. El actor ha solicitado el reconocimiento de la pensión por jubilación en fecha 22 de diciembre de 2014, que le fue denegada por Resolución de la Dirección Provincial del Instituto General de la Seguridad Social de fecha 12-01-2015, por no reunir el periodo mínimo de cotización de quince años. Formuló reclamación previa el día 19 de febrero de 2015, que fue desestimada por el Ente Gestor por resolución de fecha 9-04-2015, en la que se razona: “revisado nuevamente su expediente, se comprueba que acredita 3.996 días de cotización a lo largo de su vida laboral, por lo que no alcanza los 5.467 días exigidos para acceder a la pensión de jubilación (...). Señala así mismo la sentencia

que la diferencia entre los días de cotización computados y los alegados en su reclamación estriba en que no es posible computarle el periodo de alta en el sistema especial agrario desde el 1/08/1988 a 31/08/1988, desde el 1/10/1987 a 31/12/1987 y desde el 1/01/1989 a 30/06/1993, ambos inclusive, ya que no se efectuaron las correspondientes cotizaciones, por lo que se encuentra al descubierto y prescrito; y añade que en informe de vida laboral de diciembre de 2014 consta que el actor reunía 4.000 días de alta en el sistema de la Seguridad Social y 3.996 días de cotización real en el sistema de la Seguridad Social; y que según informe de periodos cotizados en la Seguridad Social adjunto a la resolución denegatoria de la pensión por jubilación, el actor tiene descubiertos prescritos de cotización entre el 1/08/1988 a 31/08/1988, desde el 1/10/1987 a 31/12/1987 y desde el 1/01/1989 a 30/06/1993.

Pues bien, con estos datos, no cabe sino dar la razón al Ente Gestor recurrente, pues la invitación al pago de los periodos en descubiertos no prescritos no procede cuando falta la carencia necesaria para acceder a la jubilación que en el caso del actor es de 5.467, al aplicar a los 15 años (5.475 días) necesarios el coeficiente global de parcialidad aplicable al actor, siendo que el demandante solo acredita 3.996 días cotizados. En efecto, la STS de 28 de junio de 2016 (rcud 2700/2014) reproduciendo la establecida en la invocada de contrate, STS 03/02/93 [rcud 1017/92], señala: “en el RETA «no existe la figura del empresario independiente del trabajador, y la cotización por imperativo del art. 11 del Decreto regulador es obligatoria, correspondiendo efectuarla a las personas incluidas en su campo de aplicación (art. 12), siendo además, como dice el art. 28.2 de dicho Decreto, condición indispensable para tener derecho a la prestación de jubilación hallarse al corriente de pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación, de tal modo que no producirán efecto para las prestaciones las cotizaciones ingresadas indebidamente en su importe y período correspondientes, ...[por lo que] no puede pretenderse que aquellas cotizaciones no pagadas antes de la producción del hecho causante, sirvan para acreditar la carencia misma y ello porque, aunque el art. 28.2 del D. 2530/1970 ...permite el ingreso de las cotizaciones pendientes de pago, previa invitación de la Entidad Gestora, tal invitación procede una vez cubierto el período de cotización «en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación» y para cumplir el requisito de hallarse al corriente en el pago de las cuotas, sin que tal beneficio alcance a las cotizaciones prescritas necesarias, para cubrir el período de carencia». Añadiendo que “En efecto, no cabe la menor duda de que para acceder a las prestaciones -en todos los Regímenes de la Seguridad Social- es requisito básico haber cumplido el periodo mínimo de cotización exigido y tenerlo ya cumplido -además- en la fecha del hecho causante, conforme a elemental planteamiento del principio de contributividad; así se manifiesta -en el RETA y para la pensión de Jubilación- el art. 30 del Decreto 2530/10, al referir la exigencia carencial a «la fecha en que se entienda causada la prestación». Y tampoco es ajeno al citado principio el que igualmente se exija -en el marco del mismo RETA- que el beneficiario de la prestación venga igualmente obligado -para lucrar la prestación- a estar «al día» en el pago de las cuotas [art. 28], pues siendo el solicitante a la vez obligado al pago de las mismas, obviamente sufriría el Sistema si se dejase en su mano la tentadora posibilidad de desatender el pago de cotizaciones atrasadas -particularmente las prescritas-, y es por ello por lo que tal requisito es «condición indispensable para tener derecho a las prestaciones».

Ahora bien, para cumplir adecuada y simultáneamente con la debida protección en situaciones de necesidad, el Sistema también contempla la posibilidad de subsanar defectos meramente coyunturales en aquella obligación cotizatoria [«estar al día»], y al efecto impone a la Entidad Gestora la obligación de «invitar al pago» de las cuotas adeudadas, pero solamente cuando de manera previa ya tuviese el interesado cubierta la cotización exigida; así se colige inequívocamente del citado art. 28, cuando prescribe que es «condición indispensable» para tener derecho a las prestaciones que los solicitantes «se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causa la prestación», pero que «si cubierto el periodo mínimo de cotización preciso» el interesado «no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles», la Entidad gestora «invitará al interesado para que ... ingrese las cuotas debidas». Con tales prescripciones es claro que la invitación al pago de las cuotas no prescritas tan sólo procede cuando previamente se halla acreditada la carencia exigible y que la satisfacción de éstas tras el hecho causante no tiene virtualidad carencial alguna; o lo que es igual, la prestación se obtiene con las cuotas satisfechas con anterioridad al hecho causante, pero el requisito adicional de «estar al día» en las cotizaciones admite la subsanación con el obligado mecanismo de la posterior «invitación» a su pago.

En el supuesto que nos ocupa, a la fecha del hecho causante el actor no reúne la carencia precisa, por lo que no procede la invitación al pago que declara la sentencia, además las cuotas están prescritas y aunque no lo estuvieran su pago posterior al hecho causante no sirve para lucrar carencia para jubilarse, solo para tener por cumplido el requisito adicional de estar al día en el pago de las cuotas.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón de fecha 14 de marzo de 2016; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y desestimamos la demanda formulada por don L.C.F. contra la recurrente, absolviendo a esta última de las pretensiones contra la misma formuladas.

2238

Sentencia núm. 1.405, de 29 de mayo de 2017

Materia: Seguridad Social. Incapacidad temporal. Cálculo base reguladora. Trabajador agrícola por cuenta ajena. Incapacidad temporal derivada de enfermedad común. La relación laboral del trabajador con la empresa en la que presta sus servicios finaliza durante el periodo de incapacidad temporal. Determinación base reguladora prestación por desempleo. Cómputo periodo: días cotizados frente a días naturales.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, estableciendo desde determinada fecha una base reguladora de la pensión de incapacidad temporal del actor, teniéndose en cuenta que el demandante tiene a su cargo un hijo menor de 26 años, a efectos de determinar los topes máximos y mínimos de la prestación.

Sala: Estima el recurso, reconociendo al trabajador que para promediar las bases de cotización por desempleo se tendrán en cuenta los últimos 180 días cotizados, en los seis años anteriores a la situación legal de desempleo.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel Alegre Nueno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- 1. Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, la representación letrada del trabajador formula el único de los motivos de su recurso de suplicación, denunciando la vulneración del artículo 222 de la LGSS de 1.994 en relación con los artículos 211.1 y 210 del mismo texto legal, así como del artículo 4 del RD 625/1985, de 2 de abril y artículo 3 del C.C.

2. Sostiene el recurrente que para calcular la base reguladora diaria del subsidio por incapacidad temporal del que es beneficiario el actor, una vez extinguida su relación laboral, debe tomarse *“en consideración los 180 últimos días efectivamente cotizados en los últimos 6 años anteriores a la situación legal de desempleo”* y no *“los 180 últimos días naturales anteriores a la situación legal de desempleo, aplicado por el Juzgador a quo”*.

3. Por consiguiente, la cuestión sometida a examen y resolución por esta Sala se limita a interpretar la expresión *“los últimos ciento ochenta días”*, al que se refiere el apartado 1 del artículo 211 de la LGSS de 1.994, al objeto de decidir si dicho periodo se computa tomando días efectivamente cotizados, como defiende el actor, o días naturales, como sostiene el INSS y ha sido estimado por el juzgador de instancia. De aceptarse la interpretación defendida por el actor, el importe de las bases de cotización por desempleo correspondientes a dicho período ascendería a 10.039,78 €, mientras que si se sigue el criterio de la Entidad Gestora demandada ascendería a 6.111,16 euros.

Señala el artículo 211.1 LGSS que *“La base reguladora de la prestación por desempleo será el promedio de la base por la que se haya cotizado por dicha*

contingència durant els últims 180 dies del període a que se refereix el apartat 1 del article anterior” (article 210), que està constituït per “...els períodes de cotització cotitzada en els sis anys anteriors a la situació legal de desocupació o al moment en que cessà la obligació de cotitzar...”.

Per un altre costat, l'article 4.1 del RD 625/1985, de 2 d'abril, en la mateixa línia que els preceptes transcrits, senyala: *“La base reguladora de la prestació per desocupació se calcularà dividint per 180 la suma de les cotitzacions per la contingència de desocupació corresponents a els últims 180 dies cotitzats anteriors al dia en que se haja produït la situació legal de desocupació o al del que cessà la obligació de cotitzar”.* Una interpretació literal d'estos tres preceptes, que és el primer dels criteris hermenèutics a utilitzar per interpretar les normes, de conformitat amb el mandat contingut en l'article 3.1 C.C. nos porta a concloure que a l'hora de promediar les bases de cotització per desocupació s'han de prendre els últims cent vuitanta dies cotitzats en els sis anys anteriors a la situació legal de desocupació.

Esta interpretació ja ha sigut defensada per esta Sala en altres sentències anteriors com, per exemple, la de 11 de febrer de 2014 (rec. núm. 1.505/2013).

4. Per tant, com en el present cas, d'acord amb lo declarat en el inalterat fet probat sexte de la sentència recurrida, el demandant acredita que el import de les bases de cotització per desocupació dels últims 180 dies cotitzats anteriors a l'extinció de se contracte ascendeix a 10.039,78 €, la quantia de la base reguladora diària se ascendeix a 55,77 € (resultat de dividir el import de les bases de cotització entre 180), estimant-se, en conseqüència, el recurs de suplicació i revocant-se en se integritat la sentència de instància.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por D. A.G.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Castellón, de fecha 19 de abril de 2016, en los autos seguidos ante el mismo a su instancia frente al INSS y la TGSS en materia de Seguridad Social y, con revocación de la misma, declaramos que la base reguladora diària del subsidio por incapacidad temporal de la que es beneficiario D. Antonio ascende a 55,77€ desde el día 2 de enero de 2015.

2239

Sentencia núm. 1.448, de 21 de abril de 2017

Materia: Prestación de viudedad. La demandante ha estado casada con el causante de la prestación durante determinado periodo. Separación judicial. No se establece pensión compensatoria, si bien el causante pasa determinada cantidad en concepto de pensión alimenticia a hijos. Tras la sentencia de divorcio, posterior al 1 de enero de 2008, se mantienen las medidas de la sentencia de separación, a excepción de la contribución de las cargas. La demandante solicita entonces prestación de viudedad.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al instituto demandado de la acción contra el mismo deducida. No procede otorgar la prestación de viudedad.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se cumplen los requisitos para poder acceder a la prestación solicitada. Han transcurrido más de 10 años desde la fecha separación y no se estableció en la sentencia de separación tomada como referencia, una pensión compensatoria entre cónyuges.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1.El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para que se modifique el hecho probado cuarto, sustituyendo el particular relativo a que le fue denegada por resolución del INSS de fecha 11 de septiembre de 2014, por no ser perceptora de pensión compensatoria ni haberse producido la separación judicial o divorcio con anterioridad a 1 de Enero de 2008...”, por otro que diga “...por ser perceptora de pensión alimenticia de los hijos primero, y posteriormente de su hija C. por pensión alimenticia de 100 € mensuales, desde la segunda sentencia por divorcio en fecha 5 de octubre de 2009 –tercer HP-, pero no olvidar que la sentencia de separación judicial data de fecha 6 de julio del 2001 –tercer HP-, o sea, con efectos anteriores al 1 de enero de 2008”.

2, La redacción del hecho probado cuarto posibilitaría que la Sala examinara en su integridad la resolución del INSS a que se refiere, por lo que el motivo se desestima.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, y con muy defectuosa técnica postula “la modificación del apartado primero y segundo de los fundamentos de derecho, para que sea redactado como sigue: Que nos encontramos ante una situación, en el que el causante –Don D.R.B.-, falleció por enfermedad común el día 22 de febrero del 2012 –segundo apartado de los HP-, estando de alta o situación asimilada a la del alta; cuando contrajo matrimonio con la actora en con fecha 10 de septiembre de 1983 –primero de los apartados de los HP-, habiéndose producido la separación matrimonial de ambos con fecha 6 de julio del 2001 –tercer apartado de los HP-, si bien no se produce desequilibrio entre la pareja, sí en cuanto a los alimentos de los hijos, manteniéndose

régimen de alimentos de los mismos, y si bien con efectos del día 5 de octubre del 2009 se dictó sentencia de divorcio entre las mismas partes, se continuó respetando pensión alimenticia a favor de su hija C., en la cantidad de 100 € mensuales –tercer apartado de los HP-. En base a dicha interpretación consideramos, que se debe considerar en todo momento que la separación judicial se produce con efectos anteriores al 1 de enero del 2008, y que desde la fecha del matrimonio -10 de septiembre de 1983, primer HP- hasta la fecha de la separación judicial, producida en fecha 6 de julio del 2001 –tercer HP-. Transcurrió más de diez años, pues entendemos que tal y como viene considerándose por nuestro Más Alto Tribunal, no hay que considerar la segunda de las resoluciones –que sería la de divorcio 5 de octubre de 2009-, y que en el momento de producirse tanto en la separación como en la posterior sentencia por divorcio judicial, existe desequilibrio, por estar pasando pensión alimenticia por los hijos, y que se mantiene igualmente en el momento de producirse el fallecimiento del causante, motivo por lo que consideramos que se debe conceder el derecho a la pensión de viudedad derivada de enfermedad común, y ello de acuerdo con lo previsto al efecto en los arts. 216-1-b y ss y a su vez en relación con el 219 y 220 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre –BOE del día 31-, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con efectos desde la fecha del hecho causante en adelante a los efectos legales oportunos”.

2. Para desestimar el motivo basta considerar que en el mismo no se cumplen ninguno de los requisitos exigidos para el recurso de suplicación en el artículo 196.2 de la LJS, olvidando que los recursos se otorgan no contra la fundamentación jurídica de las resoluciones susceptibles de los mismos sino contra su fallo o parte dispositiva (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de abril de 2003) llegando incluso a ofrecer redacción alternativa de la fundamentación jurídica de la sentencia, lo que se compadece muy mal con el carácter extraordinario del recurso de suplicación (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Constitucional STC 71/2002, de 8 de abril-) además la cita de “los arts. 216-1-b y ss y a su vez en relación con el 219 y 220 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre –BOE del día 31-, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”, no solo incurre en cita indeterminada de normas (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2001), cuando dice “arts. 216-1-b y ss y a su vez en relación con el 219 y 220 del Real Decreto Legislativo 8/2015 de 30 de octubre –BOE del día 31-, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social”, la expresión “ss” es completamente indeterminada, y los artículos 219 y 220 contienen diversos párrafos y apartados, sino que también olvida que de acuerdo con el párrafo primero de la disposición final única del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, dicha disposición y el texto refundido que aprueba, entraron en vigor el día 2 de enero de 2016, cuando aún no se había producido el hecho causante de la prestación reclamada (el fallecimiento de Don D.R.B. que tuvo lugar el día 22 de febrero del 2012).

3. Es más, como ha recordado el Tribunal Supremo en sentencia de 10 de febrero de 2017 (R.1082/2015), en supuesto parangonable al traído ahora a nuestra consideración, donde “la recurrente, a la fecha del hecho causante -fallecimiento de su ex marido- ocurrida el día 18 de agosto de 2012, no cumplía todas las exigencias que

establecía la normativa reguladora sobre las prestaciones derivadas de muerte y supervivencia entonces vigente. En efecto, al no haber sido acreedora de pensión compensatoria alguna, su acceso a la pensión de viudedad únicamente podía ser posible si, encontrándose en la situación prevista en el apartado primero de la Disposición Transitoria 18ª LGSS -94, reunía los requisitos que allí se establecen y que han sido transcritos. Pues bien, la solicitante no se encontraba en la excepcional situación descrita en el párrafo primero del apartado 1 de dicha Disposición Transitoria 18ª porque entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad había transcurrido un periodo de tiempo superior a diez años, pues el divorcio se produjo el 12 de mayo de 1998 y el fallecimiento el 18 de agosto de 2012; esto es, catorce años después. Es cierto que en la fecha del hecho causante ya existía la previsión legal introducida por la Ley 27/2011 de que, a partir del 1 de enero de 2013, también tendrían derecho a la pensión de viudedad las personas divorciadas sin pensión compensatoria cuyo vínculo matrimonial hubiera tenido una duración superior a diez años y cuyo divorcio no se hubiere producido más de diez años antes del fallecimiento del causante que, aunque no reunieran los requisitos establecidos en el apartado primero de la reiterada DT18ª LGSS -94, tuviesen 65 o más años, que no tuvieran derecho a otra pensión pública y que la duración del matrimonio con el causante de la pensión no hubiera sido inferior a 15 años; situación en la que no se encontraba la recurrente. Pero, no es menos cierto que, en la citada fecha del hecho causante tal previsión normativa aún no había entrado en vigor en virtud de la larga "vacatio legis" que había previsto la norma que introdujo esta excepción".

4. En nuestro caso, tal y como resulta del inalterado relato histórico: "A) La demandante, nacida el 27/06/1964, contrajo matrimonio con D. D.R.B el 10/09/1983, que falleció por enfermedad común el 22/02/2012, estando en situación de alta o asimilada en la Seguridad Social. B) En fecha 6/07/2001 se dictó sentencia de separación por el Juzgado de Primera Instancia número tres de los de Elche. En dicha sentencia se especificaba en el fundamento de derecho primero párrafo segundo que: "En cuanto a la pensión compensatoria no procede su establecimiento, por cuanto ha quedado acreditado que la separación no ha producido a la esposa un desequilibrio económico, pues ella asegura y así consta en autos se dedica a tareas de limpieza durante el día y por las noches trabaja en el restaurante X. de C-." En el fallo de la sentencia se establece entre otras medidas: "3) Se establece como contribución del padre al levantamiento de las cargas familiares una pensión destinada a alimento de los hijos de 30.000 ptas. mensuales que abonara el padre dentro de los cinco primeros días de cada mes en la cuenta corriente... Dicha pensión será actualizada anualmente conforme al aumento del coste de la vida según lo publicado en el I.N.E. u organismo que legalmente venga a sustituirle." En fecha 5/10/2009 se dictó sentencia de divorcio entre las mismas partes, por el Juzgado de Primera Instancia número seis de los de Elche. En el fallo de dicha sentencia, aparte de acordar el divorcio del matrimonio formado por ambos cónyuges, se mantienen las medidas de la sentencia de 6/07/2001 a excepción de la contribución de las cargas por parte del padre, que se concreta en el siguiente sentido: Don D.R.B. deberá satisfacer mensualmente en concepto de pensión de alimentos para su hija C., la cantidad de 100 euros, que deberá ingresar en la cuenta... por anticipado y dentro de los cinco primeros días de cada mes,

actualizándose anualmente dicho importe conforme a las variaciones del IPC que publica el INE u organismo que le sustituya en un futuro. C) La actora solicitó en fecha 10/09/2014 pensión de viudedad, que le fue denegada por resolución del INSS de fecha 11/09/2014, por no ser perceptora de pensión compensatoria ni haberse producido la separación judicial o divorcio con anterioridad a 1 de Enero de 2008.

5. Como quiera que entre la separación judicial (6 de julio de 2001) y el fallecimiento del causante (22 de febrero de 2012), habían transcurrido más de diez años, y nunca se estableció pensión compensatoria, en el sentido indicado por la sentencia del Tribunal Supremo en sentencia de 23 de febrero de 2016 (R. 2311/2014), que en supuestos de imprecisión conceptual, aquí inexistente, señala como solución general a adoptar que «... el reconocimiento de cualquier suma periódica en favor de la esposa -más allá de los alimentos de los hijos- tiene la naturaleza de pensión compensatoria y, por consiguiente, permitirá el acceso, en su caso, a la pensión de viudedad, al tratarse de una prestación que se ve truncada por el fallecimiento del deudor. En realidad, resulta difícil impedir el acceso a la prestación en el caso de que, en el momento del fallecimiento, el supérstite sea acreedor a cualquier suma periódica a costa del causante, sea cual sea la denominación dada en su atribución, y con independencia de la naturaleza jurídica de la misma». Se impone también por esta causa la desestimación del motivo.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA M.H.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Uno de Elche el día veinticinco de Febrero 2016, en proceso sobre pensión de viudedad, seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y confirmamos dicha sentencia.

2240

Sentencia núm. 1463, de 31 de mayo de 2017

Materia: Prestación de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que sufre accidente de trabajo en empresa en que presta sus servicios como operario de mantenimiento. El actor inicia un proceso de incapacidad temporal. El actor ha sufrido amputación parcial de miembro superior. Para el ejercicio de sus funciones requiere utilización de ambas manos. Solicitud incapacidad total permanente para ejercicio de profesión habitual.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de incapacidad permanente en grado de total para el ejercicio de su profesión habitual a cargo de la mutua codemandada, absolviendo a la empresa de las peticiones formuladas en su contra.

Sala: Estima en parte el recurso de la mutua demandada, declarando al actor afecto de una incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión habitual. Las dolencias del trabajador no le impiden el total desarrollo de su actividad habitual, si bien el rendimiento de su actividad queda mermado en un porcentaje al menos del 33%.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2015 por el Juzgado d de lo Social número 3 de Castellón, por la que se estimaba la demanda interpuesta por D. F.V.P.A.G. frente a INSS, G.H. Franquicias S.L (ahora B.A. S.L) y Mutua X., se interpone por esta última recurso de suplicación, siendo impugnado el mismo por el demandante.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se plantea a la Sala la revisión del relato fáctico de la sentencia de instancia, interesando las siguientes peticiones:

I.- En primer término, se propone la modificación del hecho probado segundo, que debe quedar redactado del siguiente modo: “El demandante prestó sus servicios para la empresa G.H. FRANQUICIAS S.L que ha cambiado su denominación a B.A., S.L, hasta el 11 de noviembre de 2013. Las coberturas derivadas de contingencia profesional estaban concertadas con X., hallándose la empresa al corriente (sic) del abono de las cotizaciones. Con posterioridad al cese en el desempeño de sus servicios para la citada empresa, el trabajador ha continuado en situación de alta en el régimen general y también en el RETA”.

La revisión no puede prosperar, pues no se indica por el recurrente qué concreto documento de los obrantes en autos sirven para constatar los extremos que se pretenden introducir, siendo labor del recurrente y no de la Sala, construir de forma

adecuada el recurso a los efectos de que el mismo pueda ser examinado y resuelto convenientemente.

II.- Se pide asimismo la modificación del hecho probado séptimo, con la siguiente redacción: “El demandante, que es zurdo, presenta amputación del dedo índice de la mano izquierda, y la limitación de la movilidad global del primer dedo de la misma mano en menos del 50%. El demandante presenta limitaciones para tareas que exijan un elevado requerimiento de carga postural en manos y un exigente trabajo de precisión, en menos del 50%”.

Todo ello conforme a los resultados de las pruebas médicas practicadas por la Mutua al demandante y cuyas conclusiones se plasmaron en el informe del perito médico Dr. P.B.A.

La revisión tampoco se estima pues el ordinal que se pretende modificar basa sus conclusiones tanto en el informe emitido por el EVI, como en las periciales emitidas por los doctores F. y B., siendo este último el indicado por el recurrente para pretender la revisión que se plantea. Y dado que dicho documento ya ha sido valorado expresamente por el Juez a quo, junto con el resto de informes médicos emitidos, la revisión no puede prosperar, pues como bien ha declarado el Tribunal Supremo, la revisión fáctica no puede fundarse en el mismo documento salvo supuestos de error palmario en que se ha basado la sentencia impugnada para sentar sus conclusiones, ya que “como la valoración de la prueba corresponde al juzgador y no a las partes, no es posible sustituir el criterio objetivo de aquel por el subjetivo juicio de evaluación personal del recurrente (STS de 11-11-09, recurso 38/08, 26-1-10, recurso 96/09 y 31-5-12, recurso 166/11)”.

III.- Por último, se pide la modificación del hecho probado octavo en el sentido de cambiar la redacción del último párrafo del hecho probado octavo, en el sentido siguiente: “Para el desarrollo de tales tareas se precisa en algunas ocasiones la manipulación bimanual de herramientas y operaciones con cierta precisión que deben ser ejecutadas de forma bimanual”.

Tampoco puede accederse a lo solicitado en este caso pues lo que pretende introducir el recurrente es una conclusión de parte tras la valoración de los documentos relativos a la descripción del puesto de trabajo, sin que aquélla se desprenda directamente del contenido de aquéllos, por lo que no debe estimarse la revisión.

SEGUNDO.- Al amparo de lo dispuesto en el art. 193 c) LRJS, se denuncia la infracción de los arts. 136 y 137 LGSS. Entiende la recurrente que la resolución del INSS es ajustada a derecho pues con independencia de las lesiones permanentes que padece el actor, éste se encuentra capacitado para el desempeño de muchas de las tareas propias de su profesión sin merma alguna, y algunas otras con limitación de su capacidad que no se ve disminuida en un porcentaje superior al 33%.

La valoración de la incapacitación del trabajador en la situación de Incapacidad Permanente Parcial debe partir de la repercusión efectiva que las dolencias padecidas

por aquél puedan tener en su oficio habitual, debiendo superar, en el caso de aquélla, un 33% del rendimiento normal para dicha profesión, ostentando los padecimientos carácter previsiblemente definitivos, todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 137.3 LGSS.

Por su parte, la incapacidad permanente total, prevista y regulada por el art. 137.4 LGSS inhabilita al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual, debiendo valorarse para su apreciación, las limitaciones funcionales que acarrea más que la índole y naturaleza de los padecimientos las originan, pues son las limitaciones y no las lesiones en sí mismas las que van a impedir a una persona desarrollar un concreto trabajo o todos ellos, pues unas limitaciones pueden resultar determinantes de la imposibilidad de realizar una tarea e implicar una incapacidad, y ser intrascendentes para otra profesión, a pesar de derivar de las mismas lesiones.

Del relato de hechos probados contenido en la sentencia de instancia se desprende que el actor, tras sufrir accidente laboral el día 5 de noviembre de 2012, atrapándose su mano izquierda (dominante), presenta una amputación del dedo índice de dicha mano, y limitación de la movilidad global del primer dedo de la misma en alrededor de un 50%. Presenta limitaciones para tareas que exijan un elevado requerimiento de carga postural en manos y exigente trabajo de precisión.

El demandante desempeña labores de operario de mantenimiento, que conforme a lo dispuesto en el ordinal octavo de la sentencia de instancia, que damos por reproducido, implica el ejercicio de tareas de mantenimiento preventivo y puesta en marcha de maquinaria, limpieza, mantenimiento correctivo y reparaciones, con utilización de herramienta eléctrica portátil como atornillador, radial, taladro y herramientas manuales de todo tipo.

La entidad de las dolencias, que no se discute, centra la controversia en las limitaciones que las mismas provocan para el desempeño de la profesión habitual. Mientras que el Juez de instancia sostiene que las mismas impiden el ejercicio de las principales tareas de la profesión, la Mutua se muestra disconforme con dicha conclusión en los términos ya expuestos.

Y la Sala, ha de estimar su recurso por las siguientes razones. Ciertamente es que el actor padece la amputación del dedo índice de su mano izquierda, dominante al ser zurdo, y limitación de la movilidad en el primer dedo de esa mano. Ahora bien, entendemos que dichas dolencias no le impiden el desempeño de las principales tareas de su profesión habitual. Y decimos esto por cuanto que la imposibilidad de pinza puede suplirse con los otros dedos, la afectación de la movilidad sólo afecta a una falange, en un grado del 50% y lo que es más importante: no todas las tareas descritas en el ordinal octavo implican una precisión en el manejo manual, siendo auxiliada la labor del trabajador con herramientas manuales e incluso eléctricas.

De ello, sin embargo, no puede desprenderse que el actor pueda realizar las tareas que le vengan encomendadas con una total eficacia, entendiendo la Sala que su

rendimiento sí quedaría afectado al menos en un porcentaje del 33%, debiendo reconocerse al mismo un grado de incapacidad permanente parcial con derecho a percibir una pensión equivalente a 24 mensualidades de una base reguladora de 1.216,67 euros, condenando a la mutua demandada a al abono de la prestación, revocándose en consecuencia el pronunciamiento de instancia.

TERCERO.- No procede la imposición de costas al estimarse el recurso interpuesto.

Por todo lo anteriormente expuesto,

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de MUTUA X. frente a la Sentencia dictada el 24 de noviembre de 2015 por el Juzgado de lo Social número 3 de Castellón, en autos número 280/2014 seguidos a instancia de D. F.V.P.A.G. frente a la precitada recurrente e INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y GRUPO H.F. S.L (AHORA B.A. S.L); y en consecuencia, con revocación de la precitada resolución, declaramos al actor afecto de un grado de incapacidad permanente parcial, con derecho a percibir una prestación equivalente a 24 mensualidades de una base reguladora mensual de 1.216,67 euros, condenando a la mutua recurrente al abono de la citada prestación. Sin imposición de costas.

2241

Sentencia núm. 1.489, de 2 de mayo de 2017

Materia: Prestación por desempleo. Solicitud acceso al programa RAI (Renta Activa de Inserción). La actora recibe determinada cantidad como pensión compensatoria por separación de su cónyuge, al no contar esta con ingresos propios.

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

Sala: Desestima el recurso al no tener este referencia concreta y específica a precepto legal alguno que se haya podido infringir en la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo, aunque se numera como primero, y se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), a los fines siguientes: A) Se revise el hecho probado primero en el que se dice que “interés en fecha 3 de diciembre de 2012 su inclusión en el RAI, siéndole denegada dicha petición por resolución del día 19 de dicho mes al ser titular de rentas que en cómputo mensual superaban el 75% del salario mínimo interprofesional”. B) Se revise el hecho segundo de la sentencia que dice que “La sentencia de 17 de abril de 1995, la cual es firme, se acordó la separación de D^a M.M.G. y su cónyuge, D. S.M.A. (quienes residían en Sevilla, calle X.). La misma aprobó el convenio regulador de 15 de julio de 1994 el cual, bajo el epígrafe contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, establecía a favor de la esposa, dado que no contaba con ingresos propios, la cantidad de 75.000 pesetas mensuales, a cargo del marido”.

2. A continuación, señala que los hechos primero y segundo de la sentencia debían ser examinados “junto con los documentos 22, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 32, 33, 34 y 35”, realizando un alegato sobre el derecho de la demandante a ser incluida en el programa RAI, que la pensión acordada en la sentencia de separación era de alimentos para sus hijos, no habiéndola percibido nunca pues la pareja volvió a unirse pocos meses después de la sentencia de separación, cumpliendo todos los requisitos para poder acceder al programa RAI, no llegando al mínimo mensual, no tiene ingresos, no trabaja, tiene 63 años, y ha sido y es demandante de empleo durante más de 12 meses, no teniendo derecho a subsidios ni a prestaciones por desempleo y careciendo de rentas de cualquier naturaleza que no llegaran al mínimo exigido por el Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre.

3. Para desestimar el motivo basta considerar que el mismo no cumple ninguno de los requisitos exigidos por los artículos 193.b) y 196.2. y 3 de la LJS, pues la redacción de los hechos probados primero y segundo es la misma que la de la sentencia impugnada, limitándose luego a efectuar una cita de números de

documentos con el alegato que se sintetizó en el apartado anterior. El relato histórico debe permanecer inalterado, y el motivo se desestima.

SEGUNDO.- No conteniendo el recurso referencia concreta y específica a precepto legal alguno que por hipótesis se haya podido infringir por la sentencia de instancia, se impone la desestimación del recurso. Sin costas al gozar la recurrente del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a. M.M.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante el día 16 de octubre de 2015 en proceso sobre desempleo (renta activa de inserción) seguido a su instancia contra el SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y confirmamos la aludida sentencia.

Sin costas.

2242

Sentencia núm. 1.497, de 6 de junio de 2017

Materia: Prestación de maternidad. Contratación fraudulenta para acceder a prestación económica. Contrato temporal para sustituir a empleada durante periodo de vacaciones. Se deniega la prestación al observarse actuación fraudulenta. Teoría de fraude de ley y presunciones como medio para constatar su existencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a percibir la prestación de maternidad, condenando al organismo demandado a estar y pasar por esta declaración, con las consecuencias legales inherentes a la misma.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Del conjunto de circunstancias expuestas no puede apreciarse existencia de fraude de ley, que nunca puede presumirse. Además, no se aprecia enlace directo y preciso entre el hecho demostrado y el que se pretende deducir. Procede conceder la prestación solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la estimación de la demanda que interesaba la dejación sin efecto de la resolución del INSS de 4-6-2014, que le denegaba la prestación por maternidad por haber actuado fraudulentamente para obtener o conservar la misma, interpone la entidad gestora recurso de suplicación al amparo de los apartados b) y c) del art.193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Por el primero de ellos, se solicita la modificación del hecho probado 6º para que se indique en primer lugar que “Doña R.J.S.D. estuvo trabajando para la empresa ADECCO ETT de 21-05-2013 a 04-11-2013 a media jornada.”, lo que aceptamos a efectos de complementación del factum y derivarse directamente de los documentos citados.

También se pide respecto al mismo hecho que se haga constar, antes del último párrafo, que: “Doña J.M.O.R. nunca había sido sustituida durante sus vacaciones”, lo que no aceptamos por basarse en prueba testifical, vehículo inhábil para la revisión fáctica en el recurso de suplicación por ser de carácter personal y estar atribuida al juez a quo su valoración según las reglas de la sana crítica. La revisión de hechos declarados probados tiene que sustentarse sobre prueba pericial o documental idóneas.

Recordemos además que, la libertad de criterio en la valoración de la prueba que, con carácter general, para todo proceso, establece el art. 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y, de modo particular, para el proceso laboral, el art. 97.2 de la LRJS, supone que el juzgador de instancia dispone de un amplio margen de libertad para determinar cuál de las varias pruebas practicadas en el marco del proceso le

ofrecen superior crédito, teniendo presente, además, conforme al principio de intermediación que recoge el art. 74.1 de la LRJS, que la valoración de los diversos elementos probatorios se realiza por examen directo del juzgador de instancia, permitiéndole una percepción más cercana de los hechos debatidos que la que puede apreciar la Sala en vía de recurso.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la recurrente estima infringido el art. 133 quinques de la LGSS en relación con la DA 4ª, apdo. 2 de la Ley 42/1997 de 14 de noviembre reguladora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Se indica que la trabajadora cuando fue contratada se encontraba en el séptimo mes de embarazo y que si bien es cierto que con anterioridad estuvo trabajando para una empresa de trabajo temporal, lo era a tiempo parcial, al 50% de la jornada. El INSS considera que la trabajadora fue contratada por B.E.B. SL para obtener la prestación por maternidad, y aunque fuera contratada para sustituir a Doña J., lo cierto es que la misma (si se admite la modificación fáctica) nunca fue sustituida cuando se iba de vacaciones, a lo que se une que la trabajadora, sin ningún problema médico durante el embarazo, solicitó el descanso por maternidad el 5-12-2013, día anterior a la terminación de su contrato y casi un mes antes al nacimiento (5-12-2013). Y a mayor abundamiento, se indica por la citada entidad gestora, que la demandante es familiar del empresario, lo que hace concluir a la administración que la contratación se hizo de forma fraudulenta para obtener la prestación por maternidad. Aduce también que debe prevalecer la presunción de certeza del Acta de la Inspección de Trabajo.

Planteada la cuestión en los términos indicados, lo primero que hemos de señalar es que sobre el fraude de ley y las presunciones como medio para constatar su existencia, se han pronunciado los tribunales en reiteradas ocasiones (entre otras, STS 4-2-1999), pudiéndose destacar de su doctrina, por lo que aquí interesa, lo siguiente: a) el fraude de ley no se presume, y sólo puede apreciarse si aparece debidamente acreditado aunque tal acreditación puede llevarse a cabo por medio de la presunción; b) las presunciones sólo son admisibles cuando el hecho del que hayan de deducirse esté completamente acreditado y ello es una cuestión de hecho que debe ser declarada por la sentencia de instancia, requiriéndose que entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir haya el enlace preciso y directo exigido como indispensable por las reglas de la sana crítica; c) la apreciación de la existencia o no de la presunción como prueba es competencia fundamental del juez de instancia, quien vendrá obligado a referirse en la fundamentación jurídica a los razonamientos que le han llevado a una determinada conclusión (artículo 97.2 LRJS); d) la convicción obtenida por el órgano judicial de instancia sólo puede revisarse en un recurso extraordinario cuando la deducción obtenida resulte ilógica o absurda, partiendo de los hechos acreditados en el proceso, o bien cuando se sustenta en hechos no demostrados; e) las presunciones, se insiste, requieren que exista un enlace preciso y directo entre el hecho probado y el inducido, de forma que el resultado a que se llegue ha de obtenerse conforme a las reglas del criterio humano y partiendo siempre de unos hechos demostrados, de los que deben deducirse necesariamente los deducidos.

TERCERO.- Pues bien, en el caso de autos la juez de instancia no ha llegado a la conclusión de que entre la actora y la mercantil B.E.B. SL existiera una confabulación

para generar una alta ficticia para acceder a las prestaciones de Seguridad Social, criterio que esta Sala comparte. En efecto, a la vista del inmodificado relato fáctico y de los asertos que con valor de hecho obran en la fundamentación jurídica, en el caso de autos no se puede llegar al convencimiento de que realmente existió el “animus defraudandi”.

La actora prestó servicios para la mercantil B.E.B.SL, dedicada a la actividad de venta de bebidas, en virtud de contrato temporal eventual por circunstancias de la producción a tiempo completo, del 7.11.13 al 6.12.13, con categoría profesional de administrativa. Solicitó en fecha 9.12.13 prestación de maternidad indicando como fecha de inicio del período de descanso el 5.12.13 y fecha probable del parto el 7.1.14. No se discute que en ese mes en cuestión, la demandante prestara efectivos servicios; y ha quedado acreditado en el hecho probado 6º que J.M.O.R., oficial administrativo de B.E.B. SL, desde el 1.5.12 disfrutó de sus vacaciones anuales del 5.11.13 al 6.12.13., siendo la demandante quien la sustituyó en sus funciones durante sus vacaciones. Destaca el relato fáctico que las funciones desempeñadas por Doña J. deben ser realizadas por una persona que hable inglés y de confianza en tanto entre ellas se encuentra el porte de dinero en efectivo, y que la actora nació en Islington-Londres de madre inglesa y padre español; es decir, el inglés es su lengua materna.

El conjunto de las circunstancias expuestas hace que no podamos apreciar la existencia de fraude, que nunca puede presumirse, y en el caso de autos falla el enlace directo y preciso entre el hecho demostrado y el que se trata de deducir, para aplicar la prueba de presunciones, según lo expuesto anteriormente.

Por último, procede indicar que la presunción de certeza de la Actas de la Inspección de Trabajo "debe entenderse referida a los hechos comprobados con ocasión de la inspección y reflejados en el acta, bien porque por su realidad objetiva visible sean susceptibles de percepción directa por el Inspector en el momento de la visita, o porque hayan sido comprobados por la Autoridad, documentalmente o por testimonios entonces recogidos u otras pruebas realizadas, con reflejo de éstas o al menos alusión a ellas en el acta levantada; (...)" (STS de 27-5-1997, 26-7-1995, 23-2-88, y en igual sentido STS de 17-6-1987). Pero no puede aplicarse a la propia presunción del fraude hecha por la administración, ya que ello entraña una compleja valoración jurídica, sino a los hechos y datos en que la funda, lo que en este caso ha resultado insuficiente.

Por todo ello, el recurso planteado ha de ser desestimado y la sentencia a quo confirmada.

CUARTO.- 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 del INSS contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de los de Alicante de fecha 4 de diciembre de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.