

Sentencia núm. 2.337, de 4 de noviembre de 2016

Materia: Pensión de Jubilación: Compatibilidad de prestaciones. Trabajador funcionario público en situación de segunda actividad sin destino, que ha ejercido la actividad de taxista, habiendo cotizado en el RETA. Reconocimiento prestación de jubilación en el RETA. Compatibilidad de las prestaciones de funcionario público en situación de segunda actividad sin destino con la pensión de jubilación a que tiene derecho por cotización en el RETA. Incompatibilidad prestaciones durante situación de segunda actividad con destino.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando el derecho del actor a percibir la prestación de jubilación reconocida, salvo para el periodo que se declara incompatible.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El actor tiene derecho a la compatibilidad de prestaciones, debiendo devolver las cantidades obtenidas durante el periodo en que se halló en situación de segunda actividad con destino.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la letrado de la Administración de la Seguridad Social, y en representación del INSS, se formula recurso frente la sentencia recaída en la instancia, que estimó en parte la demanda y declaró el derecho del demandante a percibir la pensión de jubilación reconocida por dicho organismo el 2 de junio de 2010, salvo el periodo comprendido entre el 6 de junio y el 31 de octubre de 2011, procediéndose a la regularización del abono de dicha prestación, en la medida que el INSS le había suspendido aquella y reclamado los pagos correspondientes al periodo entre el 1 de junio de 2010 y el 30 de octubre de 2013.

El aludido recurso se estructura en un único motivo, destinado a la censura del derecho aplicado en la sentencia, denunciando la infracción de los artículos 1. 1º, párrafo 2º y 3. 2º de la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las AAPP.

Se argumenta que el demandante, durante el tiempo antes aludido, y como funcionario del Cuerpo Nacional de Policía, estuvo en la situación de segunda actividad sin destino, percibiendo los haberes correspondientes, de ahí que el cobro de la pensión de jubilación que se le había reconocido en calidad de autónomo, es incompatible con los abonos derivados de su actividad en el sector público, aparte de negar que a aquél le sea de aplicación el RD 517/86, de 21 de febrero, al no tener la condición de militar.

La sentencia objeto de recurso considera que al demandante le es aplicable lo

señalado en el artículo 1 del RD antes citado, a salvo del periodo en que el fallo determina no proceder compatibilizar la pensión reconocida por estar en segunda actividad “con destino”, al hallarse en el resto del tiempo transcurrido desde el 1 de junio de 2010 en situación de segunda actividad “sin destino”, aparte de poder desarrollar otras actividades de las definidas en esa disposición, lo que hace posible que esa situación administrativa concreta sea compatible con la percepción de pensión de jubilación en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

Desde ahora se adelanta que el motivo debe decaer, pues en los supuestos de segunda actividad “sin destino” no opera el régimen de incompatibilidades de los funcionarios en servicio activo, de modo que las retribuciones que el demandante ha percibido en esa situación concreta son compatibles con la pensión de jubilación que le fue reconocida en su momento, a excepción del periodo que la sentencia deduce habida cuenta en ella se le asignó destino. Y esta solución se acomoda al hecho de que la llamada segunda actividad es una situación administrativa especial regulada por la Ley 26/94, de 29 de septiembre, que en lo que afecta al tema debatido dispone en su artículo 13 que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía en situación de segunda actividad ocupando destino, están sujetos a idéntico régimen disciplinario y de incompatibilidad que los funcionarios en servicio activo, mientras que los funcionarios del citado cuerpo en situación de segunda actividad sin ocupar destino (supuesto referido al demandante y objeto de recurso) estarán sometidos al régimen general disciplinario de la función pública, que está pergeñada como una especie de situación de reserva análoga a la prevista para los militares, y que se puede entender como una situación más cercana a la jubilación que al ejercicio profesional.

El hecho de no ocupar destino determina que no se pueda hablar de desempeño de un puesto de trabajo en el sentido establecido en el artículo 165 del TRLGSS, puesto en relación con la Ley 53/84, de incompatibilidades del personal al servicio de las AAPP, de modo que se debe considerar correcta, como se adelantó, aunque aplicando otra normativa, la decisión impugnada en el recurso de hacer compatible la pensión de jubilación que el actor había generado en el RETA con la situación de reserva activa en que no se ocupa destino ni se desenvuelve actividad, lo que motiva la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y 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 4 de Valencia de fecha 15 de julio de 2015, en virtud de demanda formulada a instancias de J.P.C., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 2.348, de 8 de noviembre de 2016

Materia: Prestación de invalidez. Trabajador, con profesión habitual de enfermero, que tras situación de incapacidad temporal solicita declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Lesiones invalidantes del trabajador.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor no le incapacitan totalmente para el ejercicio de su profesión habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo, que se formula al amparo del artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) denunciando infracción del artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social. Centra su argumentación en que al Instituto Nacional de la Seguridad Social no le correspondía indicar los trabajos que el actor podía realizar con sus limitaciones, pues las incapacidades laborales no se reconocen en función de las variables circunstancias del mercado de trabajo, al ser el sistema de incapacidades en nuestro derecho eminentemente profesional, por lo que otro tipo de factores como la edad, las expectativas de mercado de trabajo e incluso la preparación educativa, no deben influir en la declaración de incapacidad, como tampoco las hipótesis de futuro.

2. Del inalterado e incombatido relato histórico de la sentencia impugnada destacamos: A) El actor, afiliado a la Seguridad Social (Régimen General), tiene como profesión habitual la de enfermero. B) El INSS, tras el correspondiente expediente administrativo y situación de incapacidad temporal, en Resolución de fecha 22.05.2013 le reconoce al actor la incapacidad permanente total para su profesión habitual, con una base reguladora mensual de 2435,72 euros en un porcentaje del 75%. C) El actor presenta el siguiente cuadro residual: “arterioesclorosis MMII, diabetes tipo II complicada, amputación infracondilea MID con buena adaptación a la prótesis amputación trasmetatarsiana completa, mal perforante plantar 9-2012. Signos de ostiomielitis actuales en RNM a nivel IV MTT con extensión partes blandas, en curas. Restándole como limitaciones orgánicas y funcionales marcha con prótesis infracondilea derecha bien adaptada, plantilla pie izquierdo, pie vendaje oclusivo en curas 48 horas. Trastornos tróficos con pulsos conservados, diabetes bien control”.

3. Con tales antecedentes preciso será concluir con la estimación del motivo al constatarse que las dolencias residuales del actor solo le impiden por el momento, la realización de actividades que requieran bipedestación o marcha prolongadas, teniendo bien adaptada la prótesis infracondílea derecha y plantilla pie

izquierdo, con vendaje oclusivo en curas 48 horas (que no consta requieran desplazamientos del actor, presentando trastornos tróficos con pulsos conservados y diabetes bien controlada), limitaciones funcionales de las que no cabe derivar una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo que es aquella que inhabilita al trabajador para toda profesión u oficio según la definición contenida en el artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción originaria (Disposición Transitoria Quinta bis de la ley precitada), pudiendo en definitiva el actor ejecutar trabajos livianos, así como tareas propias de profesiones que no demanden bipedestación prolongada, teniendo en cuenta a título orientativo lo que preveía el artículo 38, párrafo segundo, d) del derogado Reglamento de Accidentes de Trabajo (Decreto de 22 de junio de 1956), donde se consideraba como incapacidad permanente y total para la profesión habitual “la pérdida de una de las extremidades inferiores en su totalidad considerándose incluida en este caso la amputación por encima de la articulación de la rodilla”

SEGUNDO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso y consiguiente revocación de la sentencia impugnada, para desestimar la pretensión ejercitada. Sin costas, dado el signo revocatorio del fallo, y lo expresamente instituido en los artículos 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 2º.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

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 5 de Alicante el día 6 de abril de dos mil quince en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido contra el mismo a instancia de don J.L.A.L. y con revocación de la expresada sentencia debemos declarar como declaramos no haber lugar a la pretensión ejercitada, absolviendo de la misma al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

2165

Sentencia núm. 2.359, de 8 de noviembre de 2016

Materia: Prestación por desempleo. Subsidio para mayores de 52 años. Incongruencia entre fecha nacimiento subsidio y fecha efectos económicos. Solicitud del subsidio con posterioridad a la modificación que eleva la edad para acceder a este subsidio.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de la actora a disfrutar del subsidio por desempleo para mayores de 52 años, con derechos económicos desde cierta fecha hasta el día en que la demandante causa derecho a la pensión contributiva de jubilación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Se reconoce a la actora el derecho al subsidio por desempleo para personas mayores de 55 años, siendo correcta la fecha de efectos económicos establecida en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son dos los motivos que esgrime la representación letrada de la demandante en el recurso de suplicación interpuesto frente a la sentencia del juzgado que estima la demanda y reconoce a la demandante el derecho a percibir el subsidio de desempleo para mayores de 52 años con efectos económicos desde el 6-2-2014.

El indicado recurso se dirige a combatir exclusivamente la fecha de efectos económicos que establece la sentencia de instancia a la que la defensa de la actora imputa error de hecho y error de derecho, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se insta la adición de un nuevo hecho probado que de prosperar tendría el siguiente tenor: “QUINTO.- Que con fecha 25.03.2010 presentó al Servicio Público de Empleo Estatal solicitud de prestación por desempleo, que le fueron denegadas mediante resolución de dicho servicio, resolución que impugnada ante el Juzgado de lo Social, fue anulada por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche, y por la que se reconoció a la actora una prestación contributiva por desempleo, por un periodo de 420 días, con fecha inicial de 18.03.2010 y fecha fin 17.05.2011, y todo ello sobre una base reguladora de 36,34 euros.”

La nueva redacción se sustenta en la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Elche (folios 59 a 72) y en la Resolución del SPEE de 24.01.2014 (folio 131) y ha de ser acogida al desprenderse de los indicados documentos y ser relevante para la argumentación deducida por la defensa de la parte actora a fin de justificar el retraso en la solicitud del subsidio de desempleo para mayores de 52 años.

TERCERO. - En el segundo motivo que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la LJS, se denuncia la infracción del apartado 1 del art. 219 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobada por el RDL 1/1994, de 20 de junio, en relación con el art. 215.3 del mismo texto legal.

Aduce la defensa de la demandante que la sentencia de instancia estima la demanda y declara el derecho de la actora a disfrutar el subsidio de desempleo para mayores de 52 años, esto es el subsidio regulado en el ap. 1.3 del art. 215 del TRLGSS en su redacción anterior a su modificación por el RDL nº 20/2012, de 13 de julio que elevó la edad para acceder a este subsidio a los 55 años y sin embargo decreta los efectos económicos de dicha prestación desde el 6-2-2014 lo que resulta incongruente y que en cualquier caso tanto para un subsidio como para otro, el hecho causante para el nacimiento del derecho se establece a partir del día siguiente a aquel en que se cumpla el plazo de espera de un mes establecido en el ap. 1.1. del art. 215 del TRLGSS o lo que es lo mismo transcurrido un mes desde la finalización de las prestaciones por desempleo en su nivel contributivo, y en el presente caso dichas prestaciones finalizaron el día 17-5-2011 por lo que el nacimiento del subsidio debe ser el día 17 de junio de 2011, existiendo en el presente caso circunstancias extraordinarias que justifican la solicitud extemporánea del subsidio al habersele denegado en vía administrativa la prestación contributiva que precedió al subsidio ahora reconocido.

Para resolver la cuestión controvertida se ha de tener en cuenta que el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, elevó la edad para tener acceso al subsidio de 52 a 55 años, entrando en vigor el 15 de julio de 2012. A su vez la disposición final 13ª, ap. 2 del referido RD en el apartado segundo en relación con lo que dispone el art 215.1.3, art 215.3.2, art 216.3, art 217.1 del TRLGSS, se aplica a las solicitudes de nacimiento del derecho al subsidio de desempleo que se presenten a partir de la entrada en vigor del RD20/2012. Luego con independencia de que la actora reuniese en la fecha de 17-6-2011 los requisitos para acceder al subsidio para mayores de 52 años, lo cierto es que lo solicita el 6 de febrero de 2014, esto es, después de la vigencia de la modificación, con lo cual en la fecha de solicitud y al no estar ya vigente el subsidio para mayores de 52 años, a la actora solo se le puede reconocer el subsidio para mayores de 55 años y los efectos de dicho subsidio no se pueden retrotraer a una fecha en la que el mismo no estaba vigente que es, en definitiva lo que insta la recurrente. En igual sentido, puede verse las STSJ de Cataluña de 7 de octubre de 2014, rec. 836/2014 y STSJ de Galicia de 16 de junio de 2015, rec. 1041/2014, que deniegan la solicitud a trabajadores que cumplían los 52 años antes de la reforma, pero que solicitaron el subsidio con posterioridad a la elevación de la edad de acceso al mismo.

Por todo lo expuesto no cabe apreciar la infracción de los artículos citados en los términos que formula la parte recurrente y en consecuencia procede la desestimación del recurso y la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia, si bien con la aclaración de que el subsidio de desempleo que se reconoce a la actora es el de para mayores de cincuenta y cinco años.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D^a J.G.D. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Elche de fecha 30 de junio de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Servicio Público de Empleo Estatal y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida, si bien con la aclaración de que el subsidio que se reconoce a la actora es el de para mayores de cincuenta y cinco años.

2166

Sentencia núm. 2.389, de 9 de noviembre de 2016

Materia: Extinción de contrato de trabajo y reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios en empresa dedicada a la fabricación de carrocerías para vehículos de motor. Aplicación convenio colectivo industria del metal provincia de Valencia. El actor viene cobrando fraccionadamente y con retraso sus nóminas. Extinción relación laboral por retraso. Entidad suficiente para solicitar la extinción relación laboral. Dificultades económicas de la empresa y acuerdo con los trabajadores para aplazar los pagos de los salarios. Estimación reclamación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de la pretensión deducida en su contra. No procede estimar la reclamación de declarar judicialmente extinguido el contrato de trabajo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El retraso y no el impago en las nóminas como consecuencia de la situación económica de la empresa, no es de tal gravedad para declarar extinguida la relación laboral, mediante la aplicación del art. 50.1 b) del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado designado por don F.V.M., la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.9 de Valencia que desestimó su demanda en la que reclamaba que se declarara judicialmente la extinción de su contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores (ET).

2. El recurso se interpone por el cauce procesal previsto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y se denuncia la infracción del artículo 50.1 b) ET y de la jurisprudencia que lo interpreta. Se argumenta por el recurrente, que la empresa venía incurriendo en retrasos en el pago de los salarios y que este incumplimiento no queda avalado por los acuerdos que en su día suscribieron los representantes de los trabajadores. Se dice que la persistencia y la duración de los retrasos determinan que el incumplimiento por la empresa haya de calificarse de grave.

SEGUNDO.- 1. Como hemos señalado reiteradamente, el artículo 50 del ET considera como justa causa para que el trabajador pueda solicitar la extinción indemnizada de su contrato “la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado”. En la interpretación de este precepto existe una abundante doctrina jurisprudencial de la que es exponente, entre otras, la STS de 9 de diciembre de 2010 en la que se recogen los precedentes jurisprudenciales. Se dice en ella que “...salvo precedentes temporalmente lejanos en que se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario (así, SSTS 03/11/86; y 04/12/86), o en que más matizadamente se ha requerido que el

retraso sea grave y culpable, continuado y persistente (STS 20/01/87), este Tribunal entiende que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24/03/92 -rcud 413/91 -; 29/12/94 -rcud 1169/94 -; 13/07/98 -rcud 4808/97 -; 28/09/98 -rcud 930/98 -; 25/01/99 -rcud 4275/97 -; y 22/12/08 -rcud 294/08 -). En esta línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET , partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos (así, SSTS 25/01/99 -rcud 4275/97 -; y 26/06/08 -rcud 2196/07 -, en obiter dicta)”. En esta misma línea la STS de 26 de julio de 2012 (rcud. 4115/2011) reitera que la “doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes puntos: 1) no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET la culpabilidad en el incumplimiento del empresario; 2) para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y 3) este criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses (TS 25-9-1995; rcud 756/1995)”.

2. Por tanto, lo que debemos ponderar a la vista de las circunstancias que concurren en el presente caso, es si los hechos descritos tienen la suficiente gravedad para que la acción extintiva pueda prosperar. Ciertamente el trabajador tiene derecho a la percepción puntual y documentada de su salario –art. 29.1 del ET-, de ahí que, ya no el impago, sino también los retrasos en el abono de los salarios cuando no son esporádicos sino persistentes en el tiempo, se ha venido considerando como razón suficiente para que el trabajador pueda demandar la extinción indemnizada de su contrato con causa en el incumplimiento empresarial. Ahora bien, en el presente supuesto concurren circunstancias específicas que no pueden ser desconocidas y que han sido debidamente valoradas por la magistrada de instancia para desestimar la acción ejercitada. Y así nos encontramos con lo siguiente: a) Que no estamos ante una situación de impago sino de retrasos en el pago puntual del salario. De modo que tal y como hemos señalado en sentencia de esta Sala de 16 de enero de 2012 (rs.3055/2011) “Es cierto por otro lado que la doctrina citada ha considerado incumplimiento grave el impago de prestaciones delegadas, pero también lo es que en el presente caso no nos encontramos ante un impago sino ante un retraso (...). Situación que matiza los supuestos fácticos examinados por la Sala Cuarta en los casos anteriormente mencionados. Por lo tanto entendemos que no son reproducibles en el

presente caso los argumentos jurídicos que interpretan la rescisión por impago o retraso en el pago de salarios, ni tampoco los que rescinden por impago de prestaciones de IT, al considerar que existía un incumplimiento grave y culpable del empleador”; b) que tales retrasos son consecuencia de una situación de dificultad económica que ha venido atravesando la empresa demandada, que motivó la celebración de diversos acuerdos con los representantes de los trabajadores para fraccionar el pago de los salarios y que se expresó en la solicitud de concurso presentada en el mes de noviembre de 2014; c) y, particularmente, que la empresa se puso al corriente con el Sr. V. en el mes de mayo de 2015, de tal manera que cuando en el mes de diciembre de 2015 se celebró el juicio llevaba seis meses abonando puntualmente las retribuciones del demandante.

3. Por consiguiente y a la vista de lo expuesto, no se considera contraria a derecho la decisión de la sentencia recurrida que entendió que el incumplimiento empresarial no revestía la suficiente gravedad para legitimar la acción extintiva ejercitada por el trabajador. Es cierto que la doctrina jurisprudencial se pronuncia de una manera clara y constante en el sentido de no exigir que la falta de pago o los retrasos continuados en el abono del salario tengan su origen en una actuación culpable del empresario, pero también lo es que las normas deben de ser interpretadas en relación con la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (artículo 3.1 del Código Civil). De ahí que un supuesto como el presente en que la empresa se encuentra en una situación de crisis y en que, pese a ello, logró regularizar los pagos hasta ponerse al día con mucha anterioridad a la celebración del acto del juicio, la gravedad del incumplimiento empresarial queda muy matizada y, a juicio de la Sala, no sería razonable condenarla a abonar una indemnización que dista mucho de las previstas para tales situaciones de crisis.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON F.V.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 9 de Valencia de fecha 21 de diciembre de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.400, de 9 de noviembre de 2016

Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios como vigilante de seguridad en empresa demandada. Extinción relación laboral en virtud de despido disciplinario. Incumplimientos constitutivos de falta muy grave. El actor viene desarrollando trabajos en un local mientras se encuentra en situación de baja médica por trastorno distímico y stress derivado de acoso laboral.

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

Sala: Estima el recurso y declara improcedente la extinción de la relación laboral. La actividad que realiza el actor es puntual, no habiendo perjudicado al tratamiento médico.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del actor frente a la sentencia que desestimando su demanda por despido disciplinario, declara la procedencia del mismo.

1. El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando, en primer lugar, que el hecho probado segundo quede redactado del siguiente modo, “Segundo.-La empresa demandada notificó al demandante mediante burofax, carta fechada el 14 de julio de 2014, comunicándole el despido disciplinario con efectos del mismo día, la referida carta de despido no fue notificada al comité de empresa (folio 11) en dicha fecha como reglamentariamente es obligatorio, ya que como se puede ver en la carta de despido remitida al actor mediante Burofax no consta ningún sello o firma del comité de empresa según determina el artículo 57 del Convenio Colectivo de Vigilancia Integrada SA (folio 85-86); es más, una vez que el demandante alegó dichos hechos en su demanda, burdamente la demandada al darse cuenta que no había cumplido los trámites legales reglamentarios, ha manipulado el burofax que remitió originalmente al actor (folio 90), adjuntando incluso una burda fotocopia con el supuesto sello del comité de empresa, sin especificar el nombre y DNI del delegado sindical que supuestamente la firmó”.

El documento obrante al folio 11 es la carta de despido entrega al actor, en la que no consta sello de entrega el comité de empresa, y el folio 90 es una copia de dicha carta obrante en el ramo de prueba de la empresa, en la que aparece un sello del comité de empresa y una rúbrica sin identificación, tratándose como se ha dicho de una fotocopia, si bien, dado que dicha documental ya ha sido valorada por la Magistrada de instancia, y siendo que para que la revisión de los hechos declarados

probados por la sentencia de instancia pueda prosperar es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, no es posible acceder a la revisión, pues de la documental citada no se desprende directamente el texto postulado.

2. En segundo lugar interesa la revisión del hecho probado tercero, proponiendo la siguiente redacción, “Tercero.-D. A.R.F. cursó baja por incapacidad laboral por contingencias comunes durante los siguientes periodos: De fecha 21-01-04 hasta fecha 04-03-14 en que causó alta por mejoría. Desde fecha 26 de marzo de 2014, por un trastorno distímico, y por reacciones agudas al stress, folios 61, 62 y 63, todo ello derivado de una situación de acoso que sufría en su puesto de trabajo, como así lo refleja el informe de la Psiquiatra de la Seguridad Social, D^a S.M.A., folios 60. “En abril de 2014 sigue de vigilante de seguridad del Hospital de X.. Acude a un tercer episodio depresivo por motivos similares. Le deben 22.000€ de la empresa anterior. Refiere que tras protestar, solicitar la deuda empezaron a acosarlo. Aunque una empresa subrogó a otra el jefe de equipo es el mismo. “Así no puedo trabajar”. Se siente acosada en el trabajo, le niegan “el cuadrante automático”, lo tiene 8 horas de pie en urgencias, y tras un mes de baja se cogió el alta en febrero para recaer por empeoramiento”.

El texto que pretende introducir se refiere al informe del médico psiquiatra, en el que el médico refiere lo que el paciente le cuenta sobre su situación laboral, careciendo de fuerza revisoria lo meramente referido por la propia parte.

3. En tercer lugar, solicita la revisión del hecho probado cuarto, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “Cuarto.-El demandante durante los días 5, 10 y 13 de junio de 2014, cuando estaba de baja por el acoso que sufría en su puesto de trabajo, procedió a echar una mano en el bar denominado “T.G.” de la localidad de P., propiedad de la compañera sentimental del demandante Doña M.C.C.V.”.

No es posible acceder a lo solicitado, pues la Magistrada de instancia ha obtenido su convicción del informe de detective, que da íntegramente por reproducido, sin que se constate error patente ni evidente en LA valoración de la prueba.

4.- En cuarto lugar, interesa la revisión del hecho probado sexto, proponiendo la siguiente redacción al mismo, “Sexto.-El actor formuló denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en fecha 25-03-2014, un día antes de cogerse la baja por depresión, todo ello por la situación de acoso en el trabajo y discriminación sufrido por el jefe de Equipo de Vigilancia Integrada SA, Don J.A.M.A. (folio 66); es más, dicha situación de acoso personal de dicho señor, se puede ver en la denuncia que este último puso ante a Inspección de Trabajo frente al actor Don A.R.F. (folio 107). “En relación con la denuncia presentada por J.A.M.A. (ajeno a la empresa) en la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social contra el titular del establecimiento denominado T.G., ubicado en la localidad de P. Avenida x x bajo, cúmpleme informarle que el día 11-06-2014, en colaboración con el Subinspector de

Empleo y Seguridad Social C.G., se realizaron las actuaciones pertinentes en las materias de Seguridad Social y empleo en el centro de trabajo denunciado”.

El documento en que se apoya el recurrente es la contestación de la Inspección de Trabajo a la denuncia presentada por J.A.M.A. (ajeno a la empresa) a la empresa: A.R.F., contra el titular de la T.G., ubicada en la localidad de P. Avenida XX bajo, indicando “cúmpleme informarle que el día 11-06-2014, en colaboración con el Subinspector de Empleo y Seguridad Social C.G., se realizaron las actuaciones pertinentes en las materias de Seguridad Social y empleo en el centro de trabajo denunciado”, por lo que en estos términos se admite la adición.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, al amparo del art. 193-c) LRJS, se denuncia la infracción del art. 57 del Convenio Colectivo de Vigilancia Integrada SA (folio 85), alegando que no se dio traslado al comité del burofax remitido al actor notificándole el despido, a efectos de alegaciones o defensa del trabajador, que la empresa conocía que el actor era miembro de USO, que el actor fue baja por trastorno distímico-stress el 26-3-14, derivado de acoso laboral por el jefe de equipo Sr. M., por lo que había interpuesto denuncia la Inspección de Trabajo, habiendo interpuesto el Sr. M. una denuncia contra la T.G., cuya titular es la pareja del actor, razón por la cual le ayudó puntualmente, lo que no ha perjudicado el tratamiento médico sino todo lo contrario, y tampoco pone de manifiesto que fuese simulada, con cita de STS de 14-11-91, 29-1-87, 4-10-85.

2. El Convenio Colectivo de la demandada (BOE 6-8-2012), en su artículo 57, dice “Las sanciones graves y muy graves serán notificadas al Comité de Empresa o Delegados de Personal, considerándose a estos parte integrante del proceso desde el inicio”.

3. De la relación de hechos probados de la sentencia, con la revisión admitida, se constata que el actor está afiliado a USO, el cual no tiene representación en el Comité de Empresa, y que el despido del actor fue notificado al Comité de Empresa, sin que la norma convencional exija la tramitación de un expediente disciplinario, ni que la comunicación de la sanción al Comité de empresa deba ser previa a la notificación al trabajador. Asimismo, consta que el actor presentó denuncia a la Inspección de Trabajo el 25-3-14, por acoso por parte del jefe de equipo, y el 26-3-14 fue dado de baja médica por trastorno distímico, habiendo permanecido en la T.G., negocio de su pareja D^a C.C., el jueves 5-6-2014, desde las 14h hasta las 14,58h y desde las 19,03h hasta las 23,10h, el martes 10-6-2014, desde las 8,20h hasta las 10h, y desde las 13,59h hasta las 15,59h, y el viernes 13-6-2014, se encontraba en la T. a las 18,30h permaneciendo en la misma a las 21,30h, realizando dichos días en la T. la actividad que se detalla en el hecho probado cuarto. De lo que debe concluirse que dada la enfermedad por la que el actor fue dado de baja médica, “trastorno distímico” y stress, es evidente que la relación del actor con otras personas en la T. de su pareja, no perjudica el tratamiento médico sino todo lo contrario, pues lo médicamente recomendable es la distracción y el ejercicio, así como no permanecer aislado dentro de casa, y dado que la actividad realizada por el actor es meramente puntual ayudando a su pareja, tampoco puede tenerse por acreditado que la misma implique una

simulación de su patología psíquica, cuya realidad se evidencia por los partes de confirmación de la baja médica, todo lo cual lleva a estimar el recurso y revocar la sentencia de instancia, con declaración de improcedencia del despido, conforme a lo dispuesto en el art. 55.4 del ET, y art. 56 de la LRJS.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de A.R.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Alicante, de fecha 25-enero-2016; y, en consecuencia, estimamos la demanda instada por el recurrente contra V.I. SA y declaramos improcedente el despido objeto del enjuiciamiento de fecha de efectos 14-7-2014 y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que deberá realizar el empresario en el plazo de los CINCO días siguientes a partir de la notificación de la presente sentencia, proceda a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones anteriores al despido o le abone la indemnización de 21.420,15 euros y a que le abone, en caso de optar por la readmisión, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de esta resolución, en la cuantía diaria de 46,82€. Con advertencia de que, de no ejercitar expresamente la opción concedida, se entenderá que opta por la readmisión del trabajador.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.425, de 15 de noviembre de 2016

Materia: Determinación de contingencia. Trabajador que presta sus servicios en empresa constructora como encargado de albañilería con contrato por obra o servicio determinado. El actor sufre un ictus cerebral cuando volvía de prestar un servicio para su empresa. El demandante causa baja por IT señalándose como causa la enfermedad común. El actor solicita que se determine que la IT obedece a accidente de trabajo. Responsabilidad de la mutua con la que la empresa tiene cubiertas las prestaciones y subsidiariamente del INSS. Presunción de laboralidad.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la mutua demandada y subsidiariamente al INSS a las pensiones contenidas en su contra en el escrito de la demanda, debiendo determinarse que la IT del actor es por accidente de trabajo, así como a los efectos de las prestaciones presentes y futuras derivadas de la misma.

Sala: Estima el recurso y declara que la lesión que padece el actor no es consecuencia de accidente laboral. No concurre relación de causalidad entre el trabajo y la dolencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. J.B.G. interpone en su día demanda contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TGSS, la MUTUA X. y la empresa G.E. S.L., solicitando que se declare que el proceso de baja por incapacidad temporal iniciado el 20-1-14 deriva de accidente de trabajo. La sentencia de instancia estima la demanda, pronunciándose frente al que se alza la Mutua A. recurriéndolo en suplicación y solicitando que se revoque la sentencia de instancia y en su lugar se dicte otra por la que se desestime la demanda. Tanto el actor como la empresa impugnan el recurso.

SEGUNDO.- Para ello, la parte recurrente formula un único motivo de suplicación al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS, entendiéndose vulnerado el artículo 115-2 a) y e) de la LGSS, citando al efecto también la Jurisprudencia en relación con los accidentes in itinere. Señala así el recurrente que puesto que la propia Sentencia recurrida declara que estamos ante un accidente in itinere y que el mismo se limita a los accidentes en sentido estricto, así las lesiones súbitas y violentas producidas por agentes externos y no a dolencias de distinta etiología, es preciso acreditar la relación causa efecto entre el trabajo y el ictus y como no se acredita nada al respecto por la parte actora, no puede declararse derivado de accidente de trabajo.

Partiendo del hecho de que se entiende por la Sentencia de instancia tal y como así lo señala la Mutua en su recurso que el derrame cerebral o ictus sufrido por el actor se produce cuando regresaba de prestar servicios en la empresa y así indica expresamente con valor fáctico en los fundamentos de derecho que se produce fuera

del horario de trabajo y fuera del centro o lugar de trabajo, no habiendo discutido tal extremo a través del correspondiente recurso de suplicación ni la parte actora ni la empresa demandada que ahora impugnan el recurso y vienen a alegar que se produce en horario de trabajo, y así considera la Sentencia que estamos ante un accidente in itinere debe exponerse la Jurisprudencia existente en torno a tales accidentes. Así la STS 18-6-13 (R 1885/12) señala: *“Existe jurisprudencia muy reiterada de la Sala sobre la cuestión controvertida que deniega la calificación de accidente de trabajo para las enfermedades o dolencias surgidas o manifestadas en el trayecto de ida y vuelta al trabajo, por lo que el recurso, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, debe ser estimado. Son exponentes de esta doctrina jurisprudencial, además de la sentencia de contraste, las sentencias de esta Sala del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1995 (RJ 1995, 5906) (rcud 1499/1994), de 21 de septiembre de 1996 (RJ 1996, 6766) (rcud 2983/1993), y otras anteriores, como las de 24 de septiembre de 1992 (RJ 1992, 6810) , 27 de febrero de 1984 (RJ 1984, 934) y 23 de marzo de 1981 (RJ 1981, 1396) . Esta posición jurisprudencial ha sido mantenida en otras muchas resoluciones posteriores de esta misma Sala; entre ellas en las sentencias de 16 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 9825) (rcud 502/1998), 21 de diciembre de 1998 (RJ 1999, 314) (rcud 722/1998), 30 de mayo de 2000 (RJ 2000, 5891) (rcud 468/1999), 16 de julio de 2004 (RJ 2004, 8234) (rcud 3484/2003), 6 de marzo de 2007 (RJ 2007, 1867) (rcud 3415/2005) y 24 de junio de 2010 (RJ 2010, 6303) (rcud 3542/2009). El razonamiento en que se basan estas resoluciones puede sintetizarse como sigue: 1) la presunción de laboralidad del accidente o dolencia de trabajo establecida en el artículo 115.3 del vigente texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 (RCL 1994, 1825) (LGSS), sólo alcanza a los acaecidos en el tiempo y lugar de trabajo, y no a los ocurridos en el trayecto de ida al trabajo o vuelta del mismo ; 2) la asimilación a accidente de trabajo del accidente de trayecto (“in itinere”) se limita a los accidentes en sentido estricto (lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo) y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación; y 3) estos dos procedimientos técnicos de extensión de la protección de los accidentes de trabajo (la presunción iuris tantum y la inclusión expresa de un supuesto de frontera) son claramente diferenciados y no deben mezclarse”.*

En el supuesto de autos la propia Sentencia de instancia reconoce que estamos ante un accidente in itinere y señala que no es aplicable a los mismos la presunción recogida en el artículo 115-3 LGSS. Si bien en un accidente in itinere en el que se produce una lesión súbita y violenta por un agente externo sí se aplica la presunción de laboralidad recogida en tal precepto, como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo citada, sin embargo ello no sucede en las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y manifestación, siendo éste último el supuesto que ahora nos ocupa y que motiva por ello que la Sentencia de instancia considere que no es aplicable la presunción del artículo 115-3 LGSS. El trabajador según los hechos probados de la Sentencia, llevaba prestando servicios en la empresa tan solo seis días naturales y lo hacía como Encargado en virtud de un contrato de obra o servicio para en una obra de la empresa en Orihuela, siendo objeto del contrato también encargarse de la confección de presupuestos de obra en la comarca de la Vega Baja y Murcia. El día 20 de Enero del 2014 el actor acude a realizar una visita a la localidad de A. en Murcia sin que conste la hora concreta a la que acude, sólo que lo hizo desde la obra de la

empresa en Orihuela, y a las 17,20 horas manda por mail a la empresa las fotografías que había hecho en relación con el servicio de pintura que había sido presupuestado por la empresa en relación con el cliente G.L. S.L. Desde dicho lugar refleja la Sentencia que tras realizar la tarea inició camino de regreso desde esa localidad de Murcia, y aun cuando no lo señala de forma expresa, a la vista de los fundamentos de derecho y del propio hecho probado quinto que refleja que su domicilio estaba en Benidorm, se entiende que inició camino de regreso a su domicilio, lo que motiva que se califique el accidente como in itinere, acaecido en el trayecto de regreso desde el lugar del trabajo. En ese trayecto de vuelta tras haber realizado su trabajo, no constando la hora concreta del regreso ni tampoco la distancia que tenía que recorrer, el actor parece que se siente indispuerto y se para en una gasolinera en Molina de Segura y es atendido sobre las 19,35 horas por ambulancia UME del servicio 061 según refleja en los hechos probados de la Sentencia no combatidos, siendo trasladado primero a un hospital en Murcia y días más tarde a otro de Alicante. Se refleja también en la Sentencia como antecedentes que el actor padecía HTA en tratamiento que había sido retirado por encontrarse en niveles normales, sin reflejar la Sentencia fechas concretas del diagnóstico ni de la retirada.

Partiendo de tales hechos y de la Jurisprudencia expuesta dado que no nos encontramos ante una accidente in itinere en sentido estricto, -lesiones súbitas y violentas producidas por agente externo-, sino de una dolencia o proceso morbosos de distinta etiología, así un derrame cerebral o ictus hemorrágico como indica la Sentencia, debe acreditar el actor el nexo causal entre dicha enfermedad y el trabajo desempeñado. Al efecto parece que la Sentencia vincula tal dolencia con el trabajo del actor debido a que tenía que desplazarse a varios lugares en la misma jornada deduciendo de ello que el actor tenía estrés y que no se pueden descartar por ello la influencia de esos factores propios del puesto de trabajo en el ictus cerebral sufrido. Al efecto la Sentencia llega a tales conclusiones sin reflejar dato alguno ni en los hechos probados ni en los fundamentos de derecho de los que se pueda desprender y valorar ni la responsabilidad del trabajador en su trabajo, ni el estrés, ni tampoco el número de desplazamientos que realizaba al día, los kilómetros que había entre una obra y otra ni otras circunstancias de las que se pudiera deducir que su trabajo podía tener incidencia en el derrame cerebral sufrido que no puede olvidarse es una enfermedad y no una lesión súbita y producida por agentes externas. La Sentencia viene así a presumir que el trabajo pudo guardar alguna relación con tal dolencia, señalando que no puede descartarse la incidencia del trabajo en el ictus, aplicando así las reglas de la presunción de laboralidad cuando el mismo se produce en el centro o lugar de trabajo de manera que en ese caso salvo que se acredite que el trabajo no tuvo relación ni incidencia alguna con el suceso acaecido en tiempo y lugar de trabajo, el mismo debía calificarse de laboral y sin embargo en este caso no puede aplicarse la referida presunción como la propia Sentencia se encarga de señalar y por ello la parte actora debía acreditar los hechos y datos referidos a su trabajo habitual de los que pueda desprenderse que el mismo tuvo incidencia y relación con el ictus sufrido, es decir acreditar la relación de causalidad de forma directa entre la situación laboral y el ictus sufrido por el trabajador. Aunque se admitiera que el trabajador estuviera sometido a tensión ello sería insuficiente para determinar la concurrencia de la relación de causalidad entre el trabajo y la dolencia, pues debería constar una especial tensión

emocional, no la propia del trabajo en general. Debe advertirse como en este caso el actor sólo llevaba prestando servicios en la empresa desde el día 14 de enero del 2014, de manera que no llevaba ni una semana trabajando en la empresa, lo que revela que desde luego no podía tener tensión emocional o estrés acumulado y además como se ha señalado no consta ni los kilómetros que tenía que realizar para desplazarse desde su lugar de trabajo en Orihuela a los distintos encargos de la zona de Murcia, ni los desplazamientos que había hecho ese día o esa semana de los que pudiera desprenderse que podía estar estresado y que fue su trabajo el que provocó su derrame cerebral. A ello se une que como indica la Sentencia el actor padecía hipertensión arterial que es un claro factor de riesgo en la dolencia padecida por el actor y si bien se señala que se le había retirado el tratamiento pues estaba en niveles normales no constando la fecha en la que se le retiró el mismo pues nada se indica en la Sentencia, ello no implica que no presentara ya tal factor de riesgo y tal antecedente patológico que sí que tiene desde luego una incidencia clara en el derrame cerebral sufrido.

Estimamos por ello en contra del criterio seguido por la Sentencia de instancia que el accidente sufrido por el trabajador no puede por ello calificarse como accidente de trabajo, procede revocar la Sentencia que así lo entiende y en su lugar acordamos desestimar la demanda formulada.

TERCERO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 235 LRJS al haberse estimado el recurso formulado, no procede imposición de costas.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la MUTUA X contra la sentencia de fecha veinticinco de Junio del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de los de Benidorm en autos 923/2014 seguidos a instancias de D. J.B.G. frente al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LA TGSS, frente a la MUTUA X. que recurre y frente a la empresa G.E. S.L., debemos revocar dicha Sentencia y en su lugar acordar la desestimación de la demanda instada por el actor confirmando la resolución dictada por la Entidad Gestora sobre determinación de contingencia.

Sin costas.

Sentencia núm. 2.467, de 18 de noviembre de 2016

Materia: Despido, reclamación de cantidad y vulneración de los derechos fundamentales. Declaración de despido improcedente. Diferencias retributivas y abono de intereses por mora. Discriminación por razón de origen y de lengua.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido del trabajador así como el derecho al abono de determinada cantidad en concepto de diferencias salariales más intereses de mora.

Sala: Desestima los recursos de la parte demandante y demandada y confirma la sentencia de instancia. No hay diferenciación en la prestación de servicios del actor entre el primer y el segundo contrato ni se aprecia violación del derecho fundamental a la discriminación por razón de origen y lengua.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, declaratoria de la improcedencia del despido disciplinario del que fue objeto la parte actora, se alzan en suplicación tanto esta parte, como la empresa condenada J.G. SL, formulando ésta última recurso en base a los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, y el trabajador únicamente al amparo del apartado c) del citado precepto.

Comenzaremos con el estudio del recurso de la parte demandada y de la revisión fáctica que la misma propone, que empieza con la petición de modificación del hecho probado 1º, indicando que el mismo contiene alegaciones propias de antecedentes de hecho, por lo que deben ser suprimidas, debiendo quedar tal hecho redactado como propone la recurrente. Sin embargo, y si bien es cierto que la técnica empleada en la redacción de este hecho no es la propia de un factum, por recoger las alegaciones de una y otra parte, dado que los hechos probados 3º y 4º establecen los datos de la prestación de servicios con carácter fáctico, la supresión y modificación interesada se nos aparece como intrascendente a la vez que reiterativa, por lo que se rechaza.

Seguidamente, se solicita la revisión del hecho probado 6º en el que el juez, recogiendo que los hechos imputados en la carta además de genéricos, no han quedado debidamente acreditados, concluye, entre otros extremos, que el actor ha venido realizando las mismas funciones propias de un informático, tanto en el primer como en el segundo contrato, como jefe de un equipo formado por otros dos operarios rumanos y una ingeniera española. Que no ha quedado acreditado que el actor realizara una jornada superior a las 30 horas a la semana ni de la testifical, ni de los correos electrónicos que se adjuntan y que son de horario de mañana, así como que no ha quedado probado que se prohibiera hablar en rumano a ninguno de los otros dos operarios rumanos. El hecho propuesto por la recurrente quiere hacer

constar que el día 17-3-15 el actor envió un correo electrónico al gerente de la empresa en el que le decía que no sabía cómo ganar un cliente o que lo ganaba solo con mentiras; otro el día 18-3-15 en el que llamaba fracasado a J., que engaña a todos los socios, tiene mucha cara dura y mucha sinvergüenza; y en cuanto a las funciones, que no ha acreditado su condición de jefe de equipo, ni que realizara una jornada superior a 30 horas, ni ha quedado probado “que se prohibiera hablar en rumano a ninguno de los otros dos operarios rumanos”. Hay que decir que estos últimos extremos ya constan en el hecho probado 6º in fine. Damos por reproducido el texto propuesto que obra a los folios 17 y 18 de la carpetilla del recurso, pero no admitimos el mismo ya que, por un lado se trata de hechos coetáneos o posteriores a la comunicación verbal del despido; por otro, el recurrente está imponiendo su particular valoración probatoria a la del juzgador, sin que, en relación con los hechos motivadores (y por ello anteriores) relativos al despido y a las condiciones profesionales, ello se desprenda directamente y sin necesidad de interpretaciones y conjeturas de los documentos invocados. Documentos que ya son tenidos en cuenta por el juez de instancia, en conjunto con la prueba testifical de ambas partes y la de confesión del actor, sin que a su valoración probatoria, efectuada conforme a lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS y sobre la que no se patentiza error manifiesto alguno, pueda imponerse la visión subjetiva de la parte. Debemos indicar que en la jurisdicción laboral la valoración de la prueba testifical es facultad exclusiva del órgano judicial, se realiza discrecionalmente por el juzgador a quo aplicando las reglas de la sana crítica, lo que no es ningún caso equivalente a actuación arbitraria o infundada, y supone una apreciación razonada, motivada y responsable de tal prueba, tal y como aquí ha acontecido, donde ningún atisbo de arbitrariedad se vislumbra, estándole vedado al recurrente entrar en ella (art.196.3 LRJS). Además, el recurso de suplicación no tiene la naturaleza de la apelación ni de segunda instancia, sino que resulta ser – SSTC 18/1993 (RTC 1993\18), 294/1993 (RTC 1993\294) y 93/1997 (RTC 1997\93)– de naturaleza extraordinaria, casi casacional, en el que el Tribunal «ad quem» no puede valorar «ex novo» toda la prueba practicada en autos;

SEGUNDO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la recurrente denuncia la infracción por la sentencia recurrida del art.1.1 del ET y del art. 2.a) de la LRJS y jurisprudencia establecida, entre otras, en la STS de 20-7-2010, al declarar la sentencia a quo, laboral la relación existente entre las partes, desde el 27-7-2013 y no apreciar la alegación de incompetencia de jurisdicción, que se opone respecto del contrato que une a las partes de fecha 24-7-2013 “Acuerdo de Colaboración Laboral”, exponiendo jurisprudencia sobre los criterios determinantes de una relación laboral y alegando que, de la documentación aportada por ambas partes se ve claramente que, durante la prestación de servicios iniciada en julio de 2013, el actor realizaba su trabajo con total y absoluta independencia y autonomía, iniciando su relación laboral a partir de marzo de 2014.

La anterior censura jurídica no puede prosperar ya que, de los inmodificados hechos probados (a los que se llega tras la conjunta valoración de la prueba de confesión, testifical y documental) y de los extremos que con valor fáctico obran a la fundamentación jurídica, se desprende que no hay diferenciación en la prestación de servicios del actor entre el primer contrato y el segundo, habiendo efectuado el

demandante siempre las mismas funciones sobre proyectos de posicionamiento en Google, bajo dependencia de la demandada y con ajenidad, en sus instalaciones y sometido a un contrato de trabajo, concurriendo las notas propias de la relación laboral, que no han sido desvirtuadas por la demandada. Es por ello que ni cabe apreciar la falta de relación laboral de las partes en una primera etapa, ni menos aún, la excepción de incompetencia de jurisdicción.

TERCERO.- En el siguiente motivo de recurso la recurrente invoca el art. 193 c) de la LRJS por entender infringido el art. 59.2 del ET considerando que debe apreciarse la excepción por prescripción sobre la pretensión del actor de variar su categoría profesional, y en consecuencia la inadmisión de la reclamación de cantidad, por las diferencias existentes en lo que percibe el actor por la categoría contratada y la que él determina que ejerce de Jefe de Equipo de Informática. Alega que la supuesta obligación incumplida podría haberse realizado desde el 21 de marzo de 2014, siendo que el actor no la solicita hasta transcurrido más de un año, el 24 de abril de 2015. Y la acción individual pudo ejercitarse desde el momento en que inició su relación laboral.

De nuevo hemos de desestimar lo interesado ya que la recurrente está confundiendo el encuadramiento de una categoría profesional con los salarios a los que tiene derecho el actor por realizar las funciones de jefe de equipo de informática. Consta al hecho probado 6º que “el actor ha venido realizando las mismas funciones propias de un informático, posicionamiento en el buscador Google, tanto en el primer como en segundo contrato, como jefe de un equipo formado por otros dos operarios rumanos y una ingeniera española”, estableciendo el art. 39.3 del ET que el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente realice, salvo los casos de encomienda de funciones inferiores. Es por ello que, no reclamándose una categoría o un determinado encuadramiento, sino los salarios devengados por haber ejercido unas determinadas funciones, la prescripción que rige es la propiamente salarial de un año (art. 59 ET), que no se ha infringido al haberse solicitado los salarios devengados en ese plazo.

En el siguiente motivo de recurso se denuncia que la sentencia de instancia infringe el Convenio colectivo del Metal de Valencia, cp XVI Disposiciones Finales Sexta. Clasificación profesional, cp II del “Acuerdo para la sustitución de la Ordenanza de Comercio” aprobado por resolución de 21-3-1996 de la Dirección General de Trabajo, art. 6 en relación con el 8, y la remisión al acuerdo entre trabajador y empresario para el contenido de la prestación laboral objeto del contrato. Se insiste en que las funciones del actor eran SEO (técnica para implantar dentro de la web palabras clave), que ambas partes determinaron la categoría que se especificó en el contrato de auxiliar administrativo y que según el convenio solo requieren conocimientos elementales, por lo que siendo esa su categoría no corresponde el pago de diferencias reclamadas.

Los anteriores razonamientos no pueden prosperar desde el momento en que el juzgador de instancia ha llegado a la conclusión de que no hay diferenciación en la prestación de servicios del actor entre el primer contrato y el segundo, habiendo efectuado el demandante siempre las mismas funciones sobre proyectos de

posicionamiento en Google, funciones propias de un informático, como jefe de un equipo formado por otros dos operarios rumanos y una ingeniera española, no existiendo, por otra parte, requisito relativo a la titulación en jefe de equipo de informática.

Por último, el recurrente-empresa denuncia la infracción del art. 54 del ET, entendiendo que la sentencia debió reputar con la entidad y gravedad suficiente lo acaecido para calificar de procedente la decisión extintiva empresarial al amparo del art. 54.1 y 2 c) del ET, precepto infringido que tipifica como causa de despido “las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajen en la empresa o a los familiares que convivan con ellos”. Considera acreditados los correos electrónicos enviados al gerente de la empresa los días 17 y 18 de marzo de 2015, con amenazas e insultos dirigidos al administrador de la empresa y en el ámbito laboral.

Pues bien, como hemos adelantado anteriormente, la recurrente se está refiriendo a hechos posteriores (o remotamente coetáneos) al anuncio verbal de la comunicación de despido, efectuada el día 17-3-2015. Por ello, son acontecimientos ajenos a los causantes y motivadores del despido; pero además, nada de ello ha tenido acceso al factum, ni por lo tanto, ha quedado probado. Y sí, en cambio, que los hechos imputados en la carta de despido, además de genéricos, no han quedado debidamente acreditados, por lo que no habiendo prosperado revisión fáctica capaz de desvirtuar esta conclusión del juzgador de instancia, a la misma debemos estar, lo que determina la desestimación del recurso formulado por la parte demandada.

CUARTO.- El recurso planteado por la parte actora lo es en base al apartado c) del art. 193 de la LRJS con denuncia de la infracción, por interpretación errónea, del art. 14 de la CE, en relación con los arts.17 y 55 del ET. Alega dicha parte que concurre una discriminación personal y particular al actor por prohibirle el uso de su lengua materna, el rumano, que además viene expresamente señalada como causa de la carta de despido. Ello supone (para la recurrente) que no estamos ante un indicio sino ante un hecho de conducta discriminatoria, ya que la causa de despido es no acatar la orden de que no hablara en rumano, y la empresa no ha justificado otra razón objetiva para tomar la decisión de despedir al demandante. El despido es nulo por discriminación por razón de origen y por razón de la lengua.

Pues bien, planteada la cuestión en estos términos, hemos de recordar que el tema de los despidos atentatorios de derechos fundamentales ha dado lugar a una copiosa jurisprudencia en la que destacan las sentencias del Tribunal Constitucional. Por lo que respecta a la carga probatoria en los procesos en que se ventilan este tipo de cuestiones, se ha señalado que corresponde al trabajador aportar los indicios necesarios que permitan establecer una relación de correspondencia entre el proceder del empresario y el resultado lesivo, de modo que recae sobre el demandado la carga de probar plenamente el carácter objetivo, razonable y proporcional de la medida adoptada. En palabras del Tribunal Constitucional, el trabajador debe probar o aportar indicios racionales que permitan establecer una cierta presunción sobre la existencia de la alegada discriminación o lesión del derecho fundamental (STCO.55/83, de 21 de julio). Y sólo cuando se hayan conseguido acreditar tales indicios, es cuando el

empresario deberá destruir la presunción probando que existe una causa justificadora suficiente (SSTCO.34/84, de 14 de marzo; 94/84, de 16 de octubre y 112/84, de 28 de noviembre).

En el caso de autos y a la vista de lo recogido en el relato fáctico de la sentencia de instancia, ya desde ahora se adelanta que no apreciamos violación del derecho fundamental a la no discriminación por razón de origen y de lengua. Ciertamente es que el derecho a expresarse en la lengua materna está dentro de la esfera personalísima de todo ser humano y no pueden recaer prohibiciones ni vetos sobre tal conducta. Sin embargo, en el caso de autos concurren una serie de circunstancias que hacen que, la circunstancia de que obre en la carta de despido que la empresa hubiere avisado al menos en tres ocasiones al actor de que no hablara en rumano dentro de la empresa y en horario laboral, con otros compañeros, también de origen rumano, no suponga una violación de derecho fundamental. Por más que la prohibición en sí pueda constituir un indicio, hemos de valorar que el aviso está totalmente incardinado en ámbito laboral y dentro de las instrucciones que el empresario, en su poder de dirección, puede dar a los empleados (art. 20 ET) para la buena marcha de su negocio. Esta sumisión a la órdenes del empresario acontece siempre que se trate del ejercicio normal y regular de las directrices empresariales, y dado que la advertencia se refería a no hablar en rumano, pero no en general sino en horario laboral y por lo tanto en el ejercicio por el trabajador de la prestación de servicios, con otros compañeros de trabajo, y sin que tengamos constancia de que esas conversaciones en rumano eran necesarias para realizar el trabajo en sí, no se vislumbra un ánimo atentatorio de derecho fundamental ni discriminatorio. Existe un posible contexto de enfrentamientos en la empresa entre el actor y otros trabajadores o con la gerencia, y si se emplea por un trabajador un idioma que no es conocido por el empresario o por el supervisor que corresponda, la empresa no podrá conocer qué está realmente pasando. Llegados a este punto, al empresario no podemos exigirle la prueba completa de las imputaciones que constan en la carta de despido, puesto que si lo hace (y la tipificación de la conducta está clara), el acto extintivo será procedente. En este caso el juez a quo ha declarado la improcedencia del cese acordado ante la falta de acreditación de los hechos imputados. Y no podemos declarar la nulidad pedida por la parte actora (ahora recurrente), porque el empresario ha llevado en su momento al ánimo del juez a quo, y ahora (ante la no desvirtuación) al de la Sala, la convicción de que su decisión obedece a causas que la explican razonablemente, pero que sobre todo son causas extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, tanto en cuanto a la discriminación por origen como por lengua. Sabemos que no se está enjuiciando el despido de otros trabajadores rumanos, pero es revelador el que a los mismos nunca se les haya prohibido hablar en rumano.

Lo expuesto, nos lleva a la íntegra desestimación del recurso de la parte demandante.

CUARTO.-Desestimándose el recurso de la empresa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LRJS, se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad

objeto del depósito constituido para recurrir. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235.1 LRJS, procede la imposición de costas a la parte empresarial vencida en el recurso, al haber impugnado el letrado de la parte actora.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa J.G S.L., así como el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora D.P, ambos contra la sentencia de 06-05-2016 dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de Valencia; y, en consecuencia, confirmamos la citada sentencia.

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

Se condena a la parte empresarial recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 250 euros.

Sin costas.

2170

Sentencia núm. 2.492, de 22 de noviembre de 2016

Materia: Declaración de invalidez. Lesiones permanentes no invalidantes. Trabajador afecto de una lesión con deterioro auditivo. Exposición al ruido en el lugar de trabajo. El trabajador presta servicios como maquinista de tercer fuego viéndose sometido a nivel sonoro ambiental. Determinación lesiones. Responsabilidad de la Mutua.

Juzgado: Estima la demanda interpuesta por la Mutua demandante y se revoca la resolución del INSS por la que se declara al actor afecto a una lesión permanente no invalidante.

Sala: Estima el recurso y confirma resolución del INSS que declaró al recurrente afecto de lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo. La condena al pago debe recaer en la entidad aseguradora que en dicha fecha cubría las contingencias profesionales. Confirma la resolución administrativa impugnada en la demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada del trabajador demandado se formula recurso frente la sentencia de instancia, que estimó la demanda y revocó la resolución del INSS fechada el 14 de enero de 2014 por la que se declaraba a aquél afecto a lesiones permanentes no invalidantes, indemnizables por baremo 9, y responsabilizando del abono de dicha prestación a la mutua demandante.

El único motivo del recurso, que se ampara en el artículo 193 “c” de la LRJS, considera que la resolución judicial recurrida vulnera los artículos 150 al 152 de la LGSS, en relación con los artículos 46 al 50 de la OM de 15 de abril de 1969 y el baremo anexo de acuerdo con la Orden de 18 de abril de 2005.

Se argumenta en síntesis que en base a la hipoacusia neurosensorial bilateral en zona conversacional que padece el trabajador recurrente, se hace difícil a dicha parte comprender los razonamientos de la sentencia recurrida, que funda su decisión en que, si bien el nivel de ruido que sufre aquél en su puesto de trabajo supera los 80 db, los protectores auditivos que le facilita la empresa atenúan el ruido ambiental por debajo de dicho límite.

Desde ahora se adelanta que el motivo, y por extensión el recurso, deben prosperar. La decisión recurrida en realidad está extrapolando al supuesto enjuiciado la doctrina afirmada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, constituida en Sala General, fechada el 25 de noviembre de 2009, y que modificando doctrina precedente, consideraba que en el caso de que el nivel de ruido en el puesto de trabajo superara el límite arriba expresado, que en los convenios colectivos llevaba ordinariamente

aparejado el derecho al percibo del plus de penosidad por ruido a cargo de las empresas, y aun cuando aquél nivel se redujera por debajo de dicha cifra gracias a facilitar al trabajador medios de protección, no se tenía derecho a dicho complemento retributivo, criterio que se impuso a raíz de la entrada en vigor del RD 286/2006.

En cambio, en el caso sometido a consideración de la Sala no se está enjuiciando lo mismo, pues lo que se debate es solamente si el trabajador sufre un déficit auditivo merecedor de ser declarado como lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo, en este supuesto el 9, como supuesto de enfermedad profesional derivada de una larga exposición al ruido en el lugar de trabajo, lo que no guarda relación con la doctrina antedicha. Efectivamente, constan en los inalterados hechos probados las audiometrías practicadas al trabajador recurrente, la última realizada en el año 2014, lo que motivó la resolución recurrida en la demanda, de manera que lo que se dilucida aquí es si tiene o no derecho a la prestación económica reconocida como derivada de esa declaración, en la medida que de acuerdo con el RD 1299/2006, de 10 de noviembre, se considera enfermedad profesional la hipoacusia o sordera provocada por el ruido para trabajos expuestos a ruidos continuos cuyo nivel de ruido diario equivalente sea igual o superior a 80 decibelios. Que dicho nivel sonoro se amortigüe con la aplicación de medidas correctoras no empece al reconocimiento de las lesiones permanentes no invalidantes mencionadas, en la medida que el déficit auditivo que sufre el trabajador ha sido provocado sin duda por esa exposición al ruido, cuestión puramente singular que no supone que todos los trabajadores que soporten ese nivel de ruido, esté o no mitigado por los medios de protección facilitados por las empresas, tengan que padecer la patología que sí sufre el recurrente, plasmada en la sentencia recurrida.

Finalmente, en el escrito de impugnación del recurso, la representación de la mutua demandante plantea, obviamente para el caso de que se revoque la sentencia, su falta de responsabilidad en el abono de los 1.800 euros derivados de la prestación reconocida por el INSS, en cuanto que apunta que la pérdida auditiva que presenta el trabajador data al menos de junio de 2007, por tanto anterior al 1 de enero de 2008.

No se comparte dicha argumentación en tanto debe fijarse la responsabilidad en el abono de la prestación atendiendo a la fecha del hecho causante, que se debe situar en la del dictamen propuesta del EVI, máxime no constan periodos de IT por esa causa y además la evolución sufrida en la pérdida auditiva del trabajador se agravó en los últimos años, de modo que la condena al pago debe recaer en la entidad aseguradora que en dicha fecha cubre las contingencias profesionales.

Consecuentemente, se revocará la sentencia y se confirma la resolución administrativa impugnada en la demanda.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don E.A.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Castellón de 21 de septiembre de 2015, recaída en autos sobre lesiones permanentes no invalidantes instados por la U.M. contra el citado trabajador, INSS, TGSS y “E.C., SL”, y con revocación de la expresada resolución judicial, se confirma en todos sus términos la resolución del INSS emitida el 14 de enero de 2014 que declaró al recurrente afecto a lesiones permanentes no invalidantes indemnizables por baremo.

2171

Sentencia núm. 2.529, de 22 de noviembre de 2016

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Trabajador que desarrolla funciones de conductor en empresa dedicada al transporte de viajeros por carretera. Faltas laborales muy graves. Apropiación indebida del abono de determinados títulos de transporte. Reiteración conducta. Tránsito buena fe y abuso de confianza.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente el despido del trabajador, convalidando la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación. Estima la demanda del trabajador en concepto de reclamación de cantidad, condenando al abono de determinada cantidad más el 10% de la citada cantidad en concepto de deuda salarial.

Sala: Desestima el recurso del trabajador demandante y confirma la sentencia de instancia. El trabajador conculcó los deberes de buena fe y confianza mutua en su actuar, desplegando su actividad a espaldas de cualquier control empresarial y de manera reiterada. Falta de ética del trabajador. Procede el despido del actor.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada el 3 de febrero de 2016 por el Juzgado de lo social número 1 de Valencia por la que se estimaba parcialmente la demanda interpuesta por D. J.M.G. frente a la empresa L.M.G. S.L, interpone recurso de suplicación el trabajador, que ha sido impugnado por la mercantil demandada.

SEGUNDO.- Al primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se piden diversas revisiones del relato fáctico de la sentencia de instancia, que pasamos a analizar a continuación:

I.- Se pide en primer lugar la adición de un párrafo final al hecho probado segundo, con el siguiente tenor literal: “En la referida reunión del 4-6-14 la empresa no accedió a entregar copia de la nota interna elaborada por el Inspector en relación a los hechos, ni tampoco exhibió ni facilitó copia de los listados de funcionamiento e incidencias de las máquinas expendedoras de billetes aportadas por la misma en la vista oral de este procedimiento, obrantes a los folios 65 a 109”.

La revisión no puede prosperar, pues carece de trascendencia a efectos de resolución del recurso, pues al hecho probado segundo ya analiza el Juzgador el curso de los acontecimientos del expediente contradictorio, sin que se haya negado la falta de entrega de copia de los documentos referidos por el recurrente, evaluando el Magistrado a quo al fundamento de derecho primero tal circunstancia de forma adecuada, como a continuación se verá.

II.- Se pide la supresión íntegra del hecho probado cuarto, y su sustitución por otro, que se da por reproducido, y en el que en definitiva se haga constar que consta acreditado el mal funcionamiento de las máquinas expendedoras de billetes en los autobuses, y en concreto los días en que se le imputan las faltas al trabajador, concluyendo finalmente que “no constan acreditados los hechos imputados por la empresa en los mismos ordinales de la carta de despido, en cuanto a la sustracción del importe de los billetes por el actor usando la operatoria que se describe en los mismos”.

Tampoco se accede a la mentada sustitución, pues en definitiva lo que se pretende por el recurrente es negar el resultado de las facultades valorativas que reconoce el art. 97.2 LRJS, sustituyendo la conclusión alcanzada en la instancia, por la suya propia, fruto de la evaluación del conjunto de prueba documental que cita con carácter genérico y global. Y tampoco pueden incluirse en el relato previsiones negativas, pues lo que ha de reflejar aquél son los hechos acreditados y constatados, sin que puedan tener acceso datos fácticos en sentido opuesto a lo corroborado.

III.- En tercer lugar, se solicita añadir un párrafo final al hecho probado quinto, con la siguiente redacción: “En las actuaciones de la primera instancia penal, Juzgado de Instrucción nº 1 de Gandía, comparecieron como testigos por los mismos hechos que se imputan en el Despido los inspectores empleados de la empresa E.P.B. y W.R.T. que lo han hecho en la vista oral de las presentes actuaciones, basándose la Sentencia penal en su testimonio”. Y ello conforme documental obrante a los folios 112 y 113 de actuaciones.

Se desestima la petición, pues no alcanzamos a comprender la relevancia de dicha redacción para la posible modificación del fallo de la sentencia de instancia, máxime cuando el recurrente se limita a negar la imparcialidad de los citados testigos.

IV.- En cuarto lugar, se interesa la sustitución del redactado del hecho probado sexto, por uno nuevo, con el siguiente redactado: “En la empresa en casos similares en otras ocasiones se ha procedido a sancionar con suspensión de empleo valorando la conducta como falta muy grave”. Ello conforme a los folios 42 a 45 de autos consistente en sanción impuesta a otro trabajador.

Se desestima también esta petición, pues el objeto de autos es el despido del trabajador demandante, sin que puedan oponerse en términos de comparación otros expedientes disciplinarios pertenecientes a otros trabajadores, cuando se desconocen las circunstancias concretas que se valoraron por la empresa para sancionar acciones similares a las que nos ocupan.

V.- Se pide también la adición de un nuevo hecho probado Sexto Bis, proponiendo el siguiente texto: “El actor no había sido sancionado con anterioridad por la empresa por ningún incumplimiento laboral”.

No se accede a la misma, pues se basa en la declaración de la empresa y testifical practicada en juicio, inhábiles a los efectos pretendidos, aparte de intentar constatar un hecho negativo, que no puede tener acceso al relato de hechos probados.

VI.- Se solicita igualmente, se incluya un nuevo hecho probado sexto ter, con la siguiente redacción: “Es frecuente que los viajeros no recojan o tiren al suelo los billetes entregados por el conductor, hallándose en el piso del mismo a lo largo del recorrido del autobús, siendo recogidos y barridos por el conductor a veces, si disponen de tiempo, en las paradas de finalización e inicio del nuevo servicio para mantener limpio el vehículo”. Se indica igualmente declaración de la empresa y testifical como fundamento de la petición, reiteramos, inadecuados, para que la adición pueda prosperar.

Rechazadas así todas las peticiones que anteceden, se desestima el primer motivo de recurso.

TERCERO.- Al objeto de revisar las infracciones jurídicas y de la jurisprudencia, se plantea el motivo segundo de recurso, que se subdivide a su vez en tres apartados diferenciados que por su evidente interrelación y conexión, serán examinados de forma conjunta por la Sala al objeto de evitar reiteraciones innecesarias:

I.- En el primero de ellos, se dice infringido el art. 40 del Convenio de Transporte de Viajeros de la Provincia de Valencia del año 2006, o el art. 42 del Convenio de 2014, en relación con los arts. 88 y ss. ET, así como la infracción del art. 55.1 y 4 ET. En definitiva, se sostiene por el recurrente que ni en el pliego de cargos ni la posterior reunión con la empresa se propone una sanción concreta a imponer, contemplándose en términos genéricos la “suspensión de empleo y sueldo de 21 a 60 días, inhabilitación definitiva para el ascenso o el propio despido”. Argumento este que no fue invocado ni resuelto en la sentencia de instancia, y que por ende constituye un hecho nuevo que no puede ser resuelto en sede de suplicación, so pena de causar indefensión a la parte contraria.

Sí que tuvo respuesta, y así vuelve a plantearse, la falta de entrega de copia de la nota interna del inspector en que se basaron las imputaciones y la falta de entrega de la totalidad de la documentación del expediente, por lo que se incumplen las previsiones convencionales del procedimiento sancionador y de ello debe derivarse la declaración de improcedencia del despido.

En primer lugar, se ha de apuntar, tal y como bien constató el Juzgador de instancia, que el convenio colectivo de aplicación no puede ser en ningún caso el del año 2006, pues su vigencia temporal no abarca las fechas en que se cometieron las infracciones imputadas al trabajador; ni el de 2014, que comenzó su andadura en julio de 2014, salvo para los efectos económicos del mismo, se suerte que los hechos analizados transcurrieron entre abril y mayo de 2014. De manera que, con el mismo criterio que el Juzgador de instancia, se constata como norma colectiva de aplicación, la vigente en el año 2011 y que extendió su aplicación hasta el 31 de julio de 2014.

Dicho lo anterior, su art. 42 dispone que “Las sanciones por faltas graves o muy graves, habrá de imponerlas también la empresa, previa instrucción del oportuno expediente al trabajador. El interesado y la representación de los trabajadores o sindical tendrán derecho a una audiencia para descargos en el plazo de diez días, a contar desde la comunicación de los hechos que se le imputan (...). Una vez concluido el expediente sancionador, la empresa impondrá la sanción que corresponda tomando en consideración las alegaciones realizadas durante su tramitación por el trabajador y por la representación de los trabajadores o sindical. Cuando la empresa acuerde o imponga una sanción, deberá comunicarlo por escrito al interesado y a la representación de los trabajadores o sindical, quedándose éste con un ejemplar, firmando el duplicado, que devolverá a la Dirección. En cualquier caso, el trabajador podrá acudir a la vía jurisdiccional competente para instar la revisión de las sanciones impuestas en caso de desacuerdo.

Conforme a doctrina de la Sala Cuarta, el expediente contradictorio supone la realización -antes de la imposición de la sanción disciplinaria-, de una serie de trámites en los que se ha de dar noticia al expedientado de los hechos que se le imputan y también se le ha de dar la oportunidad de contestar a tales imputaciones, debiendo oírse también a los restantes miembros del comité o delegados de personal (STS 22-1-91 y 25-9-12), debiendo escuchar el empleador las razones esgrimidas por el trabajador, preservándose las garantías de contradicción, audiencia y defensa (STS 18-2-91).

De lo anteriormente expuesto se concluye que no se ha producido una infracción de las normas convencionales invocadas, pues al margen de la aplicación de otra norma convencional a la indicada, las previsiones relativas a la incoación de expediente contradictorio se mantienen prácticamente idénticas en las distintas redacciones de los convenios. Y todos ellos, y en concreto el aplicable al caso, disponen la necesidad de poner a disposición al interesado, en caso de imputación de faltas graves o muy graves, un periodo de alegaciones en el que aquél pueda llevar a término las que fueren precisas para su defensa.

Al margen de dicha exigencia, nada se especifica en relación a la apertura de un periodo probatorio, ni que la empresa deba poner a disposición del trabajador el conjunto de pruebas de las que disponga para constatar la infracción imputada. Nada invita a pensar que la apertura de expediente contradictorio suponga la apertura de un periodo probatorio como si de un pre-proceso se tratara.

Además, se ha de tener en cuenta que en el caso enjuiciado, la empresa sí procedió a la práctica de ese periodo, pese a no exigirlo la norma convencional, poniendo a disposición del actor, con exhibición de los mismos, tanto de los billetes como de la nota de servicio interior entregada por el Inspector. Tanto la representación legal del recurrente como la representación de los trabajadores ninguna alegación ni descargo realizaron en el acto de la exhibición, por lo que no puede ahora pretenderse vincular la declaración de improcedencia del despido operado con la inexistencia de un trámite no exigido convencionalmente, ni al que la

empresa, debía dar cumplimiento por imperativo legal, teniendo el trabajador conocimiento pleno y previo de los hechos que se le imputaban.

Dicho lo anterior, a continuación, se denuncia la infracción: Del art. 54.1 ET y art. 39 c) o 41 c) (faltas graves); y art. 40 c) o 42 c) del Convenio Colectivo de Transportes por carretera de la provincia de Valencia para el año 2006, al entender que no han resultado acreditadas las imputaciones realizadas por la empresa al trabajador y por no aplicación de la teoría gradualista e individualizada de la sanción por despido, al no haberse aplicado la sanción de suspensión de empleo y sueldo como en supuestos análogos al examinado.

Hemos de apuntar en primer término que “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 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 una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. 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”. SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010).

No es posible como así pretende el recurrente, sustentar su petición a través de la negación de los hechos que han resultado acreditados, eliminando cualquier valor al testimonio de los testigos que depusieron en juicio, en contra de lo expuesto por el Juzgador. La Sala no puede erigirse en tribunal de apelación, y apreciar error valorativo del Juez a quo cuando el recurrente no expone más que su versión particular y parcial de los hechos, cuando lo cierto y verdad es que, conforme al ordinal cuarto de la sentencia de instancia, se dan por acreditados los hechos imputados en la carta de despido, que aquí damos por reproducidos, y que consistían en la expedición de billetes que no eran recogidos por los viajeros, para apoderarse de ellos el trabajador, entregándolos a otros que pagaban su viaje pero haciéndoles entrega de los tickets expedidos con anterioridad, haciendo suyo el trabajador el importe de los mismos.

Tal actuar, comporta una clara transgresión de la buena fe contractual, y un abuso de confianza en la relación empresario-trabajador, máxime cuando los hechos se cometieron con reiteración, y en un espacio físico en el que el conductor del autobús despliega su actividad a la espalda de cualquier control empresarial, con especial aplicación de la relación de confianza y buen hacer mutuo.

Así se ha reiterado por nuestra jurisprudencia, que afirma el deber del trabajador de guardar fidelidad a la empresa en la que presta sus servicios, a su

obligación de no quebrantar la fe, la confianza en él depositada. Y que en todo caso, se requiere que los actos constitutivos de la transgresión de la buena fe o abuso de confianza se realicen con plena conciencia y voluntad de vulnerar tales deberes (STS 01/07/1988), sin que se exija que la conducta sea de carácter doloso, pues también se engloban las acciones simplemente culposas o negligentes, cuando esta negligencia sea grave e inexcusable (STS 19/01/1987, 30/06/1988 y 30/04/1991).

Y habrá que añadir respecto a la no aplicación de la teoría gradualista, que pese al escaso importe del valor de los billetes que se apropió el trabajador, no siendo este un hecho trascendente para justificar la actuación del actor a efectos del despido, lo cierto es que, dada la reiteración de los hechos, constatados en diversas fechas, y a la absoluta falta de ética del trabajador que con su actuación, conculcó los deberes de buena fe y confianza mutua en su actuar, procede confirmar la sentencia de instancia, y por ende la procedencia del despido operado por la empresa.

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

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. J.M.P. frente a la sentencia dictada el 3 de febrero de 2016 por el Juzgado de lo Social número 1 de Valencia, en autos número 708/2014 seguidos a instancia del precitado recurrente frente a la empresa L.M.G.S.L; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

2172

Sentencia núm. 2.576, de 29 de noviembre de 2016

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador conductor repartidor afiliado al RGSS.

Solicitud: declaración de incapacidad permanente parcial. Disminución del rendimiento y minoración en la capacidad del trabajo. Lesión en tobillo derecho como consecuencia de fractura previa que le impide cargar grandes pesos y determinadas posiciones.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los organismos demandados.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. A pesar de la mejoría experimentada por el trabajador, existen ciertas situaciones en que queda demostrada merma en el ejercicio de sus funciones. Procede estimar la declaración de incapacidad permanente en el grado de parcial para el ejercicio de su profesión habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la demanda del trabajador en su pretensión de incapacidad permanente parcial, siendo su profesión la de conductor-repartidor, se alza en suplicación la representación letrada de la parte actora al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, estructurando su recurso en dos apartados en los que se denuncia la infracción del art. 137.3 y 136 de la LGSS. En síntesis, alega la recurrente que cuando se trata de analizar la incapacidad permanente parcial, ha de tenerse en cuenta no solo la disminución del rendimiento sino también la minoración en la capacidad de trabajo producida, entendiéndose que aún sin merma del rendimiento se ha de reconocer la incapacidad propugnada siempre que el trabajador tenga que emplear un mayor esfuerzo físico para mantener tal rendimiento (STSJ Madrid 14-2-2005), indicando en concreto que es evidente que el estado patológico del actor dificulta, molesta y hace más penoso el desempeño de su trabajo.

Pues bien, el artículo 136.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, dispone textualmente: "En la modalidad contributiva, es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presente reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obsta a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo". Por su parte el artículo 137.4 del mismo texto legal señala que, "se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta". Debe destacarse asimismo que las Incapacidades Permanentes protegidas por la Seguridad Social, en su modalidad contributiva, son profesionales, por lo que es preciso para su declaración efectuar un riguroso análisis

comparativo de dos términos. El de las limitaciones funcionales y orgánicas que producen al trabajador las lesiones que padece, y el de los requerimientos físico-psíquicos de su profesión habitual (Incapacidad Permanente Parcial o Total) o de cualquier otra de las que pueda ofrecer el mercado laboral (Incapacidad Permanente Absoluta).

Finalmente, conforme establece el art. 137.3 de la Ley General de Seguridad Social, en su vieja redacción, actualmente aplicable por mor de la disposición transitoria quinta bis de la LGSS, se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma; en consecuencia procede la declaración de la invalidez permanente parcial cuando las lesiones residuales dificulten el rendimiento en la profesión habitual con una disminución igual o superior al 33%, sin que por otro lado, quede impedida la realización de todas o las más importantes tareas de la profesión habitual y sin que la circunstancia eventual de que el demandante pudiera continuar trabajando en la misma profesión o percibiendo igual salario influya en la calificación jurídica de la incapacidad que, de otro modo, quedaría a merced de quienes alteraran o mantuvieran la remuneración del trabajador parcialmente incapacitado (TCT 25-6-80 y 7-2-84).

SEGUNDO.- Siguiendo la anterior doctrina, y tal y como se desprende del relato fáctico, en el presente supuesto ha quedado acreditado que el actor: “sufrió fractura trimaleolar en tobillo derecho en julio de 2.012, tratada con reducción y osteosíntesis. Marcha autónoma sin cojera. Camina de puntillas y talones. Cucilllas incompletas. Movilidad de tobillo derecho limitada en los últimos grados de flexión plantar (40º) y flexión dorsal (15º), inversión y eversión conservadas. No existe atrofia muscular de pierna derecha respecto a la contralateral. No persiste la sintomatología de síndrome de Südeck que presentó durante su tratamiento. Fuerza peroneos 4/5. El actor no realiza tratamiento ni sigue controles desde su alta en rehabilitación en marzo de 2.014. Camina a diario unos 7-8 KM. (...) Debido a tales dolencias, el actor presenta limitaciones para realizar tareas que sobrecarguen de forma intensa y prolongada el tobillo derecho, como cargar grandes pesos, trabajar en cucilllas mantenidas, carrera y saltos.”

Debemos poner ello en relación con las funciones de su profesión habitual de conductor-repartidor (fue despedido el 31/12/13 en su trabajo repartidor de pedido de lavandería industrial en un hospital) que vienen expresadas al hecho probado 7º de la siguiente manera: “El trabajo de conductor repartidor de lavandería industrial comporta la carga de los carros de ropa limpia en el vehículo, transportar la ropa a su destino, descargar la ropa en las instalaciones del cliente, cargar la ropa sucia en los carros y estos en el vehículo en las instalaciones del cliente, entrega de los albaranes, revisión, mantenimiento y limpieza del vehículo y transmitir información entre el cliente y el jefe de planta. Es un trabajo con esfuerzo físico que provoca fatiga por las horas de conducción y por el traslado y los movimientos de los carros de la ropa por superficies llanas y por rampas. Transporta objetos pesados, como carros llenos de ropa, más de un tercio de su jornada.”

Así las cosas, nos encontramos con que pese a una buena recuperación de la fractura que el actor sufrió en su día, lo cierto es que la movilidad del tobillo está limitada en los últimos grados de flexión plantar (40º) y la flexión dorsal (15º) y que, ha sido declarado probado, el actor presenta limitaciones para realizar tareas que sobrecarguen de forma intensa y prolongada el tobillo derecho, como cargar grandes pesos, trabajar en cuclillas mantenidas, carrera y saltos. Estas sobrecargas expuestas son a título ejemplificativo, pudiendo existir otras, y entendemos que en el caso de autos el trabajo de conductor repartidor que el actor venía realizando, con su esfuerzo, movimientos repetitivos y soporte de cargas, incluso con auxilio de carros, que, no olvidemos deben ser conducidos hasta el camión y hasta las instalaciones del cliente (pudiendo existir bordillos, escalones y obstáculos), así como horas de conducción, implica una mayor dificultad y mayor esfuerzo, así como, en definitiva, una mayor penosidad y peligrosidad en el desempeño del trabajo, que ha de valorarse.

De este modo, cabe concluir que la parte demandante conserva el haz fundamental de las facultades integrantes de su profesión, pero está afectado de una disminución no inferior al 33% en su rendimiento normal. Por todo ello, el recurso planteado por el trabajador ha de ser estimado en su pretensión de incapacidad permanente parcial.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Don C.C.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante, de fecha 27 de marzo de 2013 y, con revocación de la misma, declaro que la parte actora se encuentra en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual, por lo que condeno a la parte demandada a estar y pasar por la anterior declaración y al INSS a que abone al actor la suma de 24 mensualidades a tanto alzado de la base reguladora, siendo la base reguladora de 807,64 euros mensuales.

Sin costas.

2173

Sentencia núm. 2.598, de 29 de noviembre de 2016

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada a la Seguridad Social en situación de alta o asimilada al alta en el RETA. Dolencias de trastorno físico y psicológico. Solicitud declaración incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual.

Juzgado: Desestima la demanda, confirmando la resolución impugnada, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las dolencias y limitaciones físicas y psicológicas que padece la actora le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 1 de Castellón el 13 de noviembre de 2015 por la que se desestimaba la demanda interpuesta por Doña C.O.P. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, recurre en suplicación la demandante, sin que su recurso haya sido impugnado por los Organismos demandados.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, y a través de un único motivo, se denuncia la infracción de los arts. 136 y 137 c) LGSS, sosteniendo que las dolencias que han resultado acreditadas, y que se constatan en la redacción fáctica de la resolución de instancia, suponen la imposibilidad de que la actora pueda llevar a cabo su profesión habitual de esteticista. 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.

Conviene resaltar -se dice literalmente en la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2.002 "que la valoración se realiza en función de la profesión (que no del puesto o concreta categoría profesional)", pues "la única incapacidad permanente que exige un examen completo de toda la capacidad funcional y laboral de una persona es la absoluta -y por supuesto, la gran invalidez; el resto, esto es, la parcial y la total exige un análisis concreto de unas determinadas lesiones en comparación con una determinada profesión."

Y dadas las dolencias y limitaciones que la actora presenta, puestas en relación con su profesión habitual, se ha de revocar la sentencia de instancia. Tal y como ha resultado acreditado, sin que el relato de hechos probados haya sido impugnado por la recurrente, las dolencias que la Sra. O. presenta son de tipo psicológico y físico. Las primeras, se concretan en un trastorno depresivo recurrente, definiéndose como episodio grave y cronicado en el informe del EVI de 07-11-2014, así como un trastorno de la personalidad con rasgos dependientes y clúster. Las segundas, en una fibromialgia (no consta la entidad ni su grado) y en una neuralgia del trigémino. Las limitaciones se definen como moderadas, en un contexto estructural de base, imbricadas en síndrome fibromiálgico y neuralgia del trigémino, suponiendo todo ello una discapacidad para tareas exigentes en ritmos, toma de decisiones, responsabilidad, jornadas muy prolongadas.....todo ello, en función de fase sintomática y modulación terapéutica.

Pero no es menos cierto que el informe de fecha 18-9-15, de fecha bastante posterior al informe del EVI concreta con mayor precisión la sintomatología que padece la demandante, que se concreta en trastorno depresivo recurrente, con agorafobia y trastorno por dolor. La clínica consiste en ánimo depresivo, llanto, anhedonia, evitación sociolaboral, aumento de peso, irritabilidad, ideación autolítica crónica (un gesto autolesivo –incisiones en brazos- en juventud), crisis de ansiedad con distintas conductas de evitación, junto a síntomas caracteriales en forma de inestabilidad afectiva, baja tolerancia al malestar, dependencia y ambivalencia en relaciones familiares, hipersensibilidad a la crítica, elevada expresividad.

Entendemos, a la vista de tales circunstancias, que pese a que el informe del EVI sostiene que la actora se encuentra incapacitada dependiendo de la fase sintomática y modulación terapéutica, la Sala se muestra proclive a reconocer a la demandante un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual. La profesión de esteticista se desarrolla en jornadas amplias, con moderados requerimientos físicos que exigen de la total profesionalidad para ofrecer al cliente el mejor servicio, máxime cuando se trata de tratamientos que inciden en la mejora de la estética de la persona que se somete a ellos. Y entendemos que la sintomatología que la actora presenta no permite desarrollar las tareas fundamentales de su profesión adecuadamente, máxime cuando la misma presenta una evitación sociolaboral (incompatible con una actividad que se ejerce fundamentalmente de cara al público), agorafobia, conductas de evitación y anhedonia. Todo ello, motivado por las dolencias físicas que padece y que se concretan en una fibromialgia y neuralgia del trigémino. Y ello sin perjuicio de que en caso de mejorar la sintomatología o incluso empeorar, pueda revisarse el grado de incapacidad que ahora reconocemos.

Por todo ello, con revocación de la sentencia de instancia, y estimación parcial de la demanda, procede declarar a la actora afecta a un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de esteticista, con derecho a percibir una pensión del 55% de su base reguladora de 749,73 euros, más las revalorizaciones que procedan, con fecha de efectos aquélla en la que la demandante cese en su trabajo, al

declararse probado que tras denegársele la incapacidad, volvió a reincorporarse al mismo.

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

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Doña C.O.P., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Castellón de fecha 13 de noviembre de 2015 en autos número 159/2015 seguidos a instancia de la precitada recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social, y en consecuencia debemos declarar y declaramos a la actora afecta de una Incapacidad Permanente Total por enfermedad común con fecha de efectos aquélla en la que cese en el trabajo y con derecho a percibir una pensión del 55% de una Base Reguladora de 749,73 euros, con las revalorizaciones que en su caso procedan, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y al INSS al abono de dicha prestación. Sin imposición de costas a ninguna de las partes.

2174

Sentencia núm. 2.665, de 2 de diciembre de 2016

Materia: Despido. Trabajador con contrato indefinido a tiempo completo que ejerce como camarero en empresa dedicada a la hostelería. Despido disciplinario en virtud del art. 54.2 c) del ET. Ofensas verbales y actitud amenazante al empresario. Además, el actor ha disminuido continuamente el rendimiento de su trabajo y ha quedado constatada desobediencia continuada.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente el despido del actor, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, absolviendo a la empresa demandada de la pretensión deducida en su contra. El despido se produce con motivo de las ofensas verbales y no por falta de rendimiento o desobediencia continuada.

Sala: Estima en parte el recurso, reconociendo diferencias en cuanto al salario del trabajador. Declara procedente el despido disciplinario. Se han proferido insultos de entidad, gravedad y publicidad suficiente para justificar el despido. Hay un menosprecio insultante y falta de consideración y respeto hacia el empresario que extingue el contrato de trabajo en virtud del despido del artículo 54.2 c) del E.T.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora de despido y declaró la procedencia del mismo de fecha 21 de enero de 2015, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación, absolviendo a la empresa demandada, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende una nueva redacción para el hecho probado primero con el tenor literal que se indica en su escrito de recurso, y que introduce como modificación de tal hecho de la sentencia impugnada para sustituir el salario bruto que en la misma se indica de 1.601,45 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas extras (aparte plus de transporte) por “percibiendo un salario bruto de 1.773,86 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas extras (e igualmente incluido el plus de transporte), basando tal modificación en el Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Valencia, así como en las Tablas salariales de dicho convenio, así como en la documental aportada por la parte recurrida en concreto los documentos 8 a 29 correspondientes a las nóminas del año 2013 y 2014. Pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito por cuanto se ampara en una norma jurídica (Convenio Colectivo) ineficaz a efectos revisorios. Y en cuanto a las nóminas de su contenido no resulta directamente, sin necesidad de conjeturas, ni de hipótesis, ni de razonamientos lo que se pretende modificar.

También se interesa la modificación del hecho probado tercero para que se dé el siguiente tenor literal: “Ha quedado acreditado que el día 2 de enero de 2015,

sobre las 13 horas, el empresario mandó al actor limpiar el lateral del toldo de la terraza a lo que éste le contestó que no era trabajo suyo, mantuvieron ambos una discusión, el actor le llamó ladrón al empresario, lo que oyó la cliente de la pizzería que se encontraba en la calle en la puerta del local contiguo, consistente en una casa de apuestas, existiendo más gente en la puerta de dicho local contiguo”, y pretende la modificación en base a la carta de despido y en la valoración conjunta del interrogatorio de las partes y la testigo, pero la revisión no puede alcanzar éxito, por cuanto su texto no resulta directamente sin necesidad de conjeturas del documento en que se basa, y no sirven para la revisión fáctica ni las manifestaciones e interrogatorio de las partes, ni la prueba testifical, como la propia parte reconoce. Sin olvidar que el texto de la carta de despido se contiene en el hecho probado segundo y su reiteración resulta innecesaria.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción e incorrecta aplicación del artículo 54 del E.T., alegando, en síntesis, que con relación a la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo de manera injustificada en el mes de noviembre de 2014, se remite a lo manifestado en la Sentencia, por considerar que es del todo genérica e inconcreta, pero tal alegación resulta indiferente en este trámite, por cuanto la sentencia impugnada ya indica que no puede examinarse dicha causa, por ausencia de comparación con el de otros empleados, sin que se haya practicado por el empresario prueba alguna y no la toma en consideración para acoger el despido.

A continuación, el recurso de suplicación denuncia la infracción del artículo 54.2 b) del E.T., desobediencia en el trabajo, pero siendo así que la sentencia de instancia aborda tal cuestión y concluye aunque se negara expresamente a su limpieza (refiriéndose al toldo) no constituye una desobediencia suficiente para su despido, y como mucho se trataría de una falta grave no sancionable con el despido, resulta innecesario abordar en este trámite tal cuestión, que no ha concluido con estimación de la infracción alegada como producida y determinante del despido del trabajador.

Con respecto a la infracción del artículo 54.2.c) relativa a la ofensa verbal, considera la parte recurrente que en la carta de despido no se utiliza la expresión “delincuente”, ni que las expresiones utilizadas se llevaran a cabo en voz alta, por lo que solo debe tenerse en cuenta la expresión “ladrón”. También interesa que se tenga en cuenta el escenario laboral que existía en la empresa, y que el actor lleva prestando sus servicios desde el 1 de octubre de 2012, sin que hasta la fecha de la carta de despido hubiera tenido el más mínimo problema con el empresario, ni fuera sancionado y que la sanción debe ser proporcionada a la entidad de la falta cometida.

Si bien la carta de despido es parca en la descripción de las conductas, es lo suficiente para que el actor pueda articular su defensa, y dado que no se discute que el trabajador llamó “ladrón” al empresario, aunque alega que lo hizo en un contexto de discusión entre ambos, si bien de la prueba no resulta que haya existido tal discusión, sino la negativa del empleado a realizar un cometido encargado al trabajador por el empresario, sin que conste que tal expresión se pronunciara fruto de un alboramiento. Por lo que habiéndose pronunciado tal expresión que fue oída por un

cliente de la pizzería que se encontraba en el local contiguo consistente en una casa de apuestas, existiendo más gente en la puerta del local contiguo. No resulta necesario que se especifique en la carta con que potencia de voz se produjo el insulto, pero sí que compete a la parte empresarial probar en el acto del juicio como se produjo y en qué circunstancias, para determinar el alcance de la expresión, lo que ha realizado aportando prueba testifical que acredita la utilización de la citada expresión por el actor dirigida al empresario, que fue escuchada por una cliente de la pizzería, existiendo más personas en la puerta del local contiguo. Y la ofensa verbal pronunciada por el trabajador frente al empresario constituye un incumplimiento grave y culpable del contrato de trabajo por conculcar la disciplina en la empresa y la pacífica convivencia de las personas que trabajan en la misma, habiéndose proferido tal expresión, con entidad, gravedad y publicidad suficiente para justificar el despido debatido, por existir menosprecio insultante y falta de consideración y respeto al empresario que extinguen el contrato de trabajo mediante el despido del artículo 54.2 c) del Estatuto de los Trabajadores. Y si bien es cierto que las ofensas verbales al empresario por parte de quienes trabajan en la empresa se han de ponderar de forma particularizada atendiendo a todos los aspectos que en la misma concurren, debe tenerse en cuenta que no existe justificación alguna que ampare la expresión proferida en el presente caso, tratándose de un insulto que atenta a la dignidad de la persona, a su consideración. Sin que incida en el presente supuesto que el trabajador no haya sido sancionado con anterioridad dado que su trayectoria profesional no es dilatada, sino tan solo de algo más de dos años.

Por último con respecto al salario que interesa el actor, en relación a las tres pagas extraordinarias y el plus de transporte, alega que se consideran infringidos los artículos 26 del E.T., el art. 19 del Convenio Colectivo y Acuerdo de 25 de julio de 2012 Anexo III-1, alegando que el salario establecido en la sentencia de instancia no es correcto, ya que tiene que ser de 1.773,86 euros mensuales, cuyo desglose es el siguiente: salario base 1.337,85 euros, más manutención 40,62 euros, más 334,46 euros por pagas extraordinarias y más 60,93 euros mes por el plus de transporte. De lo actuado resulta que con respecto al salario del actor en el año 2014, salvo el mes de enero, se le abonaron al trabajador mensualmente 1337,85 euros por el concepto salario base, 40,62 por manutención, 33,15 euros por transporte y 222,98 euros por gratificaciones de pagas extraordinarias, por lo que atendiendo a lo establecido en el artículo 19 del Convenio Colectivo aplicable de Hostelería de la Provincia de Valencia, donde se dispone que el trabajador percibirá tres pagas extraordinarias al año, consistentes en treinta días, de salario base más antigüedad, resulta que siendo el salario del actor de 1337,85 euros mensuales la prorrata de pagas extras es de 334,46 euros, por lo que su salario es de 1.712,93 euros mensuales (que se desglosa del siguiente modo: salario base 1.337,85 euros, más manutención 40,62 euros, más 334,46 euros por pagas extraordinarias). Respecto del Plus de Transporte que el Acuerdo de la Mesa Negociadora del Convenio aplicable sitúa en 60,93, euros al mes y no en 33,15 euros, como venía percibiendo el actor, debe tenerse en cuenta, que si bien el contrato indefinido del actor es a tiempo completo (40 horas semanales) en los hechos declarados probados se indica que “unas semanas con horario de tarde y otras de mañana y tarde”, pero no se concreta cuáles son las semanas que realiza trabajo de mañana y tarde para establecer la modificación de la cuantía, sin que se justifique la

expresión que pretende introducir en contra de la sentencia de que “(e igualmente incluido el plus de transporte)”. Por lo que tan solo debe prosperar la cuantía del salario mensual antes señalado de 1.712,93 euros y en este sentido se acoge el recurso.

FALLO

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor Don A.R.P. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Nueve de los de Valencia, de fecha 3 de mayo de 2.016, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar debemos declarar que el salario del actor asciende a la cantidad de 1.712,93 euros mensuales con inclusión de prorrata de pagas extraordinarias, condenando a la empresa demandada G.B. a estar y pasar por esta declaración. Manténgase el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se oponga a la presente resolución.

2175

Sentencia núm. 2.683, de 2 de diciembre de 2016

Materia: Pensión de orfandad. Demandante al que se deniega la pensión solicitada por ser mayor de 25 años y no estar incapacitado para el trabajo a fecha del fallecimiento del causante. El demandante tiene reconocido un grado de discapacidad del 52% y factores sociales complementarios con 13 puntos. Retraso mental ligero. Las patologías que presenta el demandante dan lugar a una incapacidad para el desarrollo de cualquier tipo de tareas que supongan un mínimo estrés psíquico y/o dificultad intelectual en su realización. Compatibilidad de la pensión de orfandad del actor con el desempeño de determinadas actividades lucrativas por cuenta propia o ajena.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho del demandante a la prestación por orfandad sobre determinada base reguladora y efectos desde determinada fecha, condenando a la entidad gestora a su abono.

Sala: Desestima el recurso de la entidad gestora y confirma la sentencia de instancia. En el momento del fallecimiento del causante de la prestación, el demandante sufría patologías causantes de limitaciones orgánicas y síquicas incompatibles con el desempeño de un trabajo reglado, con independencia de la compatibilidad de su trabajo por cuenta ajena.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son dos los motivos de que consta el recurso de suplicación entablado por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social frente a la sentencia del juzgado de lo social nº Dos de Elche que estima la demanda y declara el derecho del demandante a percibir la pensión de orfandad al considerar que el mismo se encuentra incapacitado para todo trabajo en la fecha del fallecimiento del causante, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, como se refirió en los antecedentes de hecho.

El primer motivo que se formula por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) tiene como objeto la revisión del hecho probado octavo para que se haga constar la fecha de evaluación por el médico forense y las patologías objetivadas por el mismo, siendo la redacción postulada la siguiente: “Por el médico forense, indica que, en fecha 5-2-2015, el actor se encuentra diagnosticado de las siguientes patologías: Retraso mental ligero y ansiedad. Estas patologías dan lugar a una incapacidad para el desarrollo de cualquier tipo de tareas que supongan un mínimo estrés psíquico y/o dificultad intelectual en su realización pudiendo llevar a cabo solo aquellas de ejecución muy simple, en las que no se necesite pensamiento abstracto, capacidad ejecutiva, y en todo caso, debiendo estar siempre supervisado por terceras personas durante la realización de las mismas.”

La meritada redacción que se apoya en el informe del médico forense y que se

desprende del mismo ha de ser acogida al ser relevante para la argumentación deducida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social en relación con el requisito de que la incapacidad permanente absoluta para todo trabajo ha de concurrir en la fecha del fallecimiento del causante a efectos de lucrar la pensión de orfandad solicitada.

SEGUNDO.- En el siguiente motivo destinado a la censura jurídica de la resolución recurrida que se introduce por el apartado c del art. 193 de la LJS se imputa a la sentencia de instancia la infracción de los arts. 175.1 y 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social (este último en su redacción original, vigente en virtud de la Disposición Transitoria Quinta Bis del mismo texto legal).

Razona la recurrente que es el en la fecha del hecho causante cuando se debe acreditar la incapacidad absoluta para todo trabajo y que de la declaración de hechos probados no queda acreditada dicha circunstancia porque el actor tiene reconocido un menoscabo del 65% desde enero de 2009, del que 13 puntos corresponde a factores sociales complementarios, porque la evaluación del médico forense es de 5-2-2015, sin que le conste cuál era la situación del actor en enero de 1989 que es cuando fallece el causante, además porque las patologías del demandante son ansiedad y retraso mental ligero que no son constitutivas del grado de incapacidad absoluto, habiendo realizado el actor actividad durante 1.342 días a lo largo de 11 años, por lo que concluye que no existen datos objetivos para considerar que el actor se encontraba en incapacidad absoluta para todo trabajo en enero de 1989.

Para dilucidar si el demandante se encuentra o no incapacitado para el trabajo en la fecha del hecho causante, es decir en la fecha del fallecimiento de su padre, se ha de estar al relato fáctico de la sentencia de instancia con la modificación que ha sido acogida del que ahora interesa destacar que el demandante que nació en el año 1968 y tiene reconocido desde enero de 2009 por la Conselleria de Benestar Social un menoscabo del 65% por retraso mental ligero con un grado de discapacidad del 52% y factores sociales 13 puntos, padece retraso mental ligero con lenguaje escaso y de contenido pobre, no aprendió a leer ni a escribir, solo sabe firmar, sabe cálculo a nivel muy básico (cambio cuando va a comprar). No ha completado los estudios primarios, siendo tratado en psiquiatría a los 10-11años. Según el EVI el retraso mental ligero que padece el actor le limita para actividades que requieran de mínima complejidad o que puedan superar su capacidad adaptativa a situación de cambios o estrés ligeros El médico forense, indica que, en fecha 5-2-2015, el actor se encuentra diagnosticado de las siguientes patologías: Retraso mental ligero y ansiedad. Estas patologías dan lugar a una incapacidad para el desarrollo de cualquier tipo de tareas que supongan un mínimo estrés psíquico y/o dificultad intelectual en su realización pudiendo llevar a cabo solo aquellas de ejecución muy simple, en las que no se necesite pensamiento abstracto, capacidad ejecutiva, y en todo caso, debiendo estar siempre supervisado por terceras personas durante la realización de las mismas.” Ha trabajado menos de cuatro años a lo largo de 11 años (desde mediados de 1990 hasta marzo de 2001), correspondiendo 1.005 al régimen especial agrario en el que estuvo desde el 1-7-1990 a 31-3-1993.

De las limitaciones orgánicas y funcionales derivadas de las patologías que aquejan al demandante se constata que el mismo no es ya que padezca un retraso mental ligero que pudiera ser compatible con trabajos de escasa complejidad a nivel psíquico, sino que el mismo tiene limitación para adaptarse a cualquier cambio o estrés ligeros, lo que es insoslayable en cualquier prestación de servicios, teniendo que ser supervisado por terceras personas durante la realización de dichos trabajos. En este punto conviene recordar la doctrina jurisprudencial según la cual la valoración de la teórica capacidad laboral, ha de verificarse teniendo en cuenta que, la prestación de un trabajo o actividad, debe ser realizado en condiciones normales de habitualidad, a los efectos de que, con un esfuerzo normal, se pueda obtener el rendimiento que sea razonablemente exigible (STS de 22-9-1989 [RJ 1989, 6472]); sin que por lo tanto, sea preciso para ello la adición, por parte del sujeto afectado, de un sobreesfuerzo que deba ser tenido como especial (como señalan las SSTs de 11-10-1979 [RJ 1979, 3551], 21-2-1981 [RJ 1981, 729] o 22-9-1989), y además, prestando ese trabajo concreto, o desarrollada la actividad, tanto con la necesaria profesionalidad (STS 14-2-1989 [RJ 1989, 752]), como conforme a las exigencias normales de continuidad, dedicación y eficacia, que son legalmente exigibles (STS de 7-3-1990 [RJ 1990, 1779]), y consecuentemente, con desempeño de un modo continuo y de acuerdo con la jornada laboral que sea la ordinaria en el sector de actividad o en la empresa concreta (SSTs 16-2-1989 [RJ 1989, 883] o de 23-2-1990 [RJ 1990, 1219]). Por último, cabe señalar que el desempeño de la teórica actividad, no debe de implicar un incremento del riesgo físico, propio o ajeno, de compañeros de trabajo o de terceros (conforme a diversas Sentencias de esta Sala, entre otras, de fechas 22-9-1992 [AS 1992, 4558], 5-11-1993, 22-2-1994, 25-4-1995, 14-3-1996 o 26-5-1996).

Aplicada la doctrina expuesta al presente caso, resulta difícil concluir que el demandante que presenta las importantes limitaciones reseñadas, sea capaz de desarrollar un trabajo por sencillo que el mismo sea si en todo caso necesita de supervisión, sin que a obste a dicha conclusión que sea con posterioridad al fallecimiento del causante sea cuando se ha emitido el informe del médico forense o del EVI o se le ha declarado la discapacidad por la Conselleria por cuanto el retraso mental ligero es de nacimiento como lo evidencia sus limitaciones en materia de escolarización y sus antecedentes siquiátricos a los 10-11 años. Por último, señalar como indica nuestro Alto Tribunal en sentencia de 10 de noviembre de 2009, Recurso: 61/2009 que "6.-La normativa de seguridad social en orden a las causas de incompatibilidad o compatibilidad de la pensión de orfandad por incapacidad para el trabajo del huérfano, dispone, por una parte, que la referida pensión es incompatible en este caso con la pensión de la Seguridad Social en razón de la misma incapacidad, pudiendo optar entre una y otra (art. 179.3 LGSS y art. 10.3 RD 1647/1997 de 31-octubre-1997, que desarrolla determinados aspectos de la Ley 24/1997) y, por otra parte, acepta la compatibilidad de la pensión de orfandad con las rentas de trabajo del huérfano mayor de 18 años incapacitado para el trabajo (arg. ex arts. 179.2.I LGSS y 10.1 RD 1647/1997 , disponiendo este último que " La pensión de orfandad de beneficiarios ... que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de IPA o GI, será compatible con cualquier renta de trabajo ... del propio huérfano ... ").

7.- Incluso, aunque ahora no es el caso, pero como referencia a tener en cuenta a efectos de la compatibilidad del trabajo que pueda desempeñar la persona afectada por una minusvalía en un grado igual o superior al 65%, en la modalidad no contributiva de las prestaciones familiares por hijo a cargo se establece que, en determinadas condiciones (convivencia y rendimientos del trabajo) no se pierde la condición de hijo a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena (arg. ex art. 181.a LGSS ; SSTS/IV 4-octubre-2006 -recurso 247/2005, 4-julio-2007 -recurso 338/2006, 27-noviembre-2007 -recurso 1523/2007).

Continua diciendo la indicada sentencia que “En interpretación del alcance de la compatibilidad entre las pensiones vitalicias de incapacidad permanente absoluta (IPA) o de gran invalidez (GI) con el desempeño de determinadas actividades, la jurisprudencia unificadora, a la luz del art. 141.2 LGSS que contiene un principio general de compatibilidad entre el percibo de la prestación por IPA o GI y aquellas actividades compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio en su capacidad de trabajo, ha señalado en Sala General (STS/IV 30-enero-2008 -recurso 480/2007, seguida, entre otras, por STS /IV 10-noviembre-2008 -recurso 56/2008), que " en la interpretación de tan críptico precepto -se dice literalmente en ella- y en la determinación de las actividades compatibles, el razonamiento interpretativo se enfrenta a dos preceptos (arts. 135.5 y 141.2 LGSS) que literalmente se muestran de difícil conciliación. En efecto, si bien la categórica definición de la IPA (art. 135.5 LGSS/74), al ir referida a toda profesión u oficio, determina que la actividad compatible con la pensión por fuerza hubiera de considerarse la que se corresponda con la capacidad de trabajo que reste al beneficiario (tradicionalmente denominada residual) y que -por la propia definición de la IPA- no integre cualquier profesión u oficio, muy contrariamente los amplios términos del art. 141.2 , invita a considerar que el maximalismo de la definición de IPA se relativice a la hora de tratar su compatibilidad con el trabajo ".

2.- Añade que "Ha sido criterio tradicional de la Sala (salvo alguna excepción ...), manifestado con anterioridad a la unificación de doctrina, el de que los trabajos compatibles resultan ser los cometidos laborales que no son objeto de usual contratación en el mercado de trabajo, muy particularmente por sus limitaciones en orden a la jornada y a la retribución; es más, se argumenta que en una lectura sistemática de la normativa aplicable, las actividades compatibles con el estado del inválido a que alude el art. 141.2 LGSS bien pudieran identificarse con las que refiere el art. 7.6 LGSS (para excluirlas del campo de aplicación del RGSS) y que el precepto define como aquellas que en atención a su jornada o a su retribución, pueda considerarse marginal y no constitutivo de medio fundamental de vida ".

3.- Advirtiéndose, no obstante, que "la cuestión que se plantea no ofrece la misma claridad si se atiende al dato de que el derecho al trabajo no puede negarse a quien se encuentra en situación de IPA o GI, porque así lo reconoce el art. 35 CE y lo corroboran los arts. 141.2 LGSS (antes, art. 138.2 LGSS/74), 2 RD 1071/1984 (23/mayo) y 18.4 OM 18/01/96 (en este sentido, las SSTS 06/10/87; 03/11/87; 23/11/87; 26/01/89; 26/01/89; y 20/02/89). Y también -con doctrina clásica de la Sala- si se atiende a la consideración de que si bien la propia definición de IPA determina una

cierta dificultad teórica para admitir la actividad laboral normal -no ocasional o discontinua- de quien se encuentra en tal situación (legalmente definida como la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio), la posibilidad de esa actividad profesional se deriva del hecho de que la calificación de IP es un juicio problemático de las expectativas de empleo, como evidencian el propio art. 138.2 LGSS/74 (STS 06/03/89); y de que ... los términos en que se expresa el legislador han de ser interpretados con cierta moderación dado el alcance de tales palabras de cierta infinidad de difícil percepción y adaptabilidad en la realidad sobre la que ha de actuarse ... de suerte que sólo cabe apreciarlo (el supuesto de IPA) cuando escapa a lo verosímil dentro de las innumerables posibilidades de la actividad laboral (STS 12/02/79)".

4.- Concluyendo que "En otras palabras, con la disposición del art. 141.2 LGSS (las pensiones vitalicias ... no impedirán el ejercicio de aquellas actividades ... compatibles con el estado del inválido y que no representen un cambio de su capacidad de trabajo a efectos de revisión), el propio legislador relativiza en apreciable medida el riguroso concepto de la IPA que proporciona el reproducido art. 135.5 LGSS/74 y que apuntaría a la imposibilidad jurídica de realizar trabajos en tal situación".

La aplicación de la anterior doctrina al supuesto ahora enjuiciado comporta la desestimación del recurso al constar que el actor en el momento del fallecimiento de su padre (el día 1-1-1989), causante, en su caso, de la prestación de orfandad por incapacidad para el trabajo que pretende, padecía, conforme resulta de la sentencia recurrida patologías que le causaban limitaciones orgánicas y síquicas incompatibles con el desempeño de un trabajo reglado, sin que obste el posterior trabajo por cuenta ajena del huérfano incapaz ya que en ningún momento se ha cuestionado que no fuera compatible " con el estado del inválido " o que pudiera representar " un cambio de su capacidad de trabajo " .

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 Dos de los de Elche y su provincia, de fecha 4 de mayo de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de D. J.A.M. contra la Entidad Gestora; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2176

Sentencia núm. 2.698, de 7 de diciembre de 2016

Materia: Despido. Trabajadora con contrato indefinido a jornada completa, que ejerce funciones de dependienta/cajera en supermercado. La actora inició su relación laboral en una empresa, subrogándose la actual empresa demandada en la instancia, en dicha relación laboral. Despido disciplinario de la trabajadora. Malas formas con compañeros y con clientes. Discusión con compañera en tiempo y lugar de trabajo. Tras varios intentos de reconducir la conducta de la trabajadora, ésta sigue manifestando actitudes despectivas hacia clientes. Conducta grave frente a muy grave.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido acordado, debiendo optar la empresa por la readmisión o la correspondiente indemnización.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda definida claramente en qué consiste la conducta muy grave de la trabajadora, asimilándose su contenido a la de conducta grave, cuya sanción no conlleva un despido disciplinario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la empresa J.F.F. SA la sentencia de 18-12-15, aclarada por Auto de 12-1-16 (en cuanto a que la jornada era parcial y no completa como se dice en HP1º, del Juzgado de lo Social 1 de Benidorm, que declaró improcedente el despido disciplinario de la demandante que con efectos de 20-8-15 había realizado la referida demandada, a la que condenó a las consecuencias legales que recoge en el fallo, absolviendo a la otra codemandada.

Articula el recurso a través de cuatro motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, el resto, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia que, con revocación de la recurrida, declare la procedencia del despido.

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

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados, solicita la adición de un nuevo hecho probado, que sitúa entre el Tercero y el Cuarto, del siguiente tenor: “En fecha 2 de junio de 2015, la Jefa de la Tienda efectuó la Evaluación de Desempeño a la trabajadora, constando en el Acta de la misma (Documento nº 11 del ramo de prueba de la empresa) como puntos de mejora “Cambiar los modales. No gritar por la tienda, no discutir con los clientes. No más quejas de clientes. No más insultos a compañeros (tolerancia cero)”. Así mismo en dicha Acta se le propone a la trabajadora un

compromiso por su parte para cambiar los modales, evitar quejas de clientes y no proferir más insultos a los compañeros”. Se argumenta que procede por cuanto acredita que había sido previamente advertida de que su trato a los clientes no era correcto.

No se acepta porque, además de ser una fotocopia y haber sido impugnado por la actora, en ella aparece el no conforme de la demandante y no ha sido averada siquiera por la Jefa de Tienda, por lo que no cumple el requisito de basarse en documental que verdaderamente tenga tal carácter y, de aceptarse como tal, sólo reflejaría documentalmente unas manifestaciones y consideraciones de la Jefa de Tienda que como testifical documentada, tampoco sería medio hábil para la revisión y desde luego no acredita que el contenido de lo indicado en él en cuanto a puntos de mejora sea cierto o se corresponda con la realidad, además de que no permitiría variar el sentido del fallo y debe tenerse en cuenta que, como dice la STS de 18-1-11 (recurso 98/09) y las en ella citadas (como la de 11-10-07 y 5-11-08) << 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.>>

TERCERO.- En los tres últimos motivos, que pueden ser examinados conjuntamente, se alega vulneración por la sentencia de los artículos 54.2 c) y 58 del ET en relación con el 35.3.LI) del Convenio Colectivo Supermercados, Autoservicios y Detallistas de Alimentación en general de la Provincia de Alicante, que tipifica como falta muy grave la derivada del apartado 2) m) que, a su vez, tipifica como falta grave “Las ofensas de palabras proferidas o de obra cometidas contra las personas, dentro del centro de trabajo, cuando revistan acusada gravedad”, en relación con el 36.1, c) que como sanciones para las faltas muy graves recoge las de suspensión de empleo y sueldo de catorce días a un mes y el despido disciplinario, así como doctrina jurisprudencial que indica que corresponde al empresario la facultad de imponer la sanción que estime apropiada dentro del margen que establezca la norma reguladora del régimen de faltas y sanciones (STS de 11-10-93), así como el 55 y 56 del ET y 108.1 y 110.1 de la LJS en cuanto aprecia la improcedencia del despido entendiendo la recurrente procede su procedencia, en síntesis, por considerar los hechos subsumibles en la falta muy grave indicada del Convenio y en la del artículo 54.2,c) del ET y cita otra STS de 20-11-86 sobre otro caso concreto y varias de Tribunales Superiores también sobre casos concretos.

Hemos de partir de los hechos probados (no de los imputados) y que son los siguientes:

“El fecha 8 de marzo de 2013 la empresa formuló a la trabajadora advertencia por escrito, firmado por dos trabajadores por no hacerlo la demandante, acerca de una

conducta no apropiada por la misma, sin imponer sanción alguna prevista en el convenio por ella (documento nº12).- HP3º-

“El día 6 de agosto de 2015 la trabajadora, que se hallaba prestando el servicio de caja, se vio envuelta en una discusión con un cliente, cuya identidad no consta, con origen en la voluntad del cliente, que iba en compañía de una mujer que era la portadora de una tarjeta de crédito o de débito con la que iban a abonar la compra, de que la trabajadora no tocara dicha tarjeta, siendo los clientes los que introdujeran la misma en el datáfono. Por tal motivo, y desconociéndose quien inició la citada discusión y como se desarrollaron inicialmente los acontecimientos, cliente y trabajadora iniciaron una disputa, a lo largo de la cual la trabajadora profirió al cliente expresiones tales como “idiota”. D.P., en ese momento encargado de la tienda y que se encontraba en la caja contigua, medió en la citada discusión, siendo sustituido en la caja por S.S.” - HP4º-

“Resulta acreditado que el cliente también elevó el tono y dio al menos un golpe en la caja, siendo que incluso el datáfono resulto roto” -Fundamento Tercero con valor fáctico-

Pasando al plano jurídico, el artículo 58.1 del ET efectivamente dice que los trabajadores podrán ser sancionados por la dirección de las empresas en virtud de incumplimientos laborales, de acuerdo con la graduación de faltas y sanciones que se establezcan en las disposiciones legales o en el convenio colectivo que sea de aplicación. Acudiendo al Convenio aquí aplicable, lo primero que se observa es que el artículo 35 tipifica a la vez como falta grave (apartado 2.m) y como muy grave (apartado 3 LI) “las ofensas proferidas de palabra o de obra cometidas contra las personas, dentro del centro de trabajo, cuando revistan acusada gravedad”, ya que para la muy grave no añade nada y, ante la duda en la interpretación de la tipificación como falta grave y muy grave de exactamente la misma conducta, hemos de estar al principio “pro operario” en relación con el carácter restrictivo o estricto y no extensivo en la interpretación en materia disciplinaria, con lo que, aun dándose el tipo, ha de estarse a la aplicación de la grave, sancionable, conforme al 36.1,b) del Convenio, con suspensión de empleo y sueldo de tres a catorce días. De este modo y, vía convenio, el despido, previsto únicamente para las muy graves, es improcedente como ha entendido la sentencia.

Si acudimos al Estatuto de los Trabajadores, en el artículo 54.2 señala incumplimientos contractuales del trabajador, pero para poder ser causa de despido, todos ellos han de reunir los requisitos del número 1 del referido precepto de ser graves y culpables y el Convenio, como se ha visto, exige “acusada gravedad” , circunstancias que tampoco se dan en el presente caso, ya que lo que se ha probado es un hecho aislado del día 6-8-15 en que atendiendo la caja la actora llama imbécil a un cliente en el marco de una situación en que éste no permitió que la trabajadora tocara la tarjeta de crédito o débito de la mujer que lo acompañaba y con la que iban a pagar, siendo los clientes los que introdujeran la misma en el datáfono y el referido cliente también elevó el tono y dio al menos un golpe en la caja, siendo que incluso el datáfono resultó roto, añadiendo la sentencia que se desconoce quien inició la discusión y como se desarrollaron inicialmente los acontecimientos, en que cliente y

trabajadora iniciaron una disputa, a lo largo de la cual la trabajadora profirió al cliente la palabra “imbécil”.

Por otra parte, lo que se refiere como probado en el hecho probado tercero, como dice la sentencia en el Fundamento Tercero, “Tampoco consta acreditado que la demandante fuera ya objeto de sanción en el año 2013, pues se aporta una carta, leída a la misma y que la misma se negó a firmar según consta en la misma, que no contempla la imposición de sanción alguna conforme ni al convenio ni al ET, sino simplemente una advertencia por unos presuntos hechos que se imputan a la misma, y que en ningún caso pueden tenerse en cuenta a efectos de reincidencia. No acreditada la certeza de tales hechos, no se hace necesario entrar en la prescripción”. A lo que cabe añadir que se alude a una conducta inapropiada de la trabajadora sin la más mínima precisión.

Por todo lo cual, no se dieron los requisitos de culpabilidad y gravedad, máxime cuando el Convenio, como se ha visto, exige “acusada gravedad” para la que tipifica a la vez como grave y muy grave, sin otra distinción.

En consecuencia, no apreciamos haya incurrido la sentencia en las infracciones imputadas, por lo que procede la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 204 de la Ley de la Jurisdicción Social, procede acordar 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 del depósito constituido para recurrir. Asimismo y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LJS, procede la imposición de costas a la parte recurrente vencida en el recurso.

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por J.F.F.SA contra la sentencia de 18-12-15, aclarada por Auto de 12-1-16, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Benidorm, en autos 916/15 sobre DESPIDO DISCIPLINARIO, siendo parte recurrida D^a M.D.C.C., confirmamos la referida Sentencia y Auto.

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

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado de la parte que ha impugnado el recurso la cantidad de 600 euros.

2177

Sentencia núm. 2.722, de 13 de diciembre de 2016

Materia: Reclamación de cantidad. Extinción de contrato de trabajo como consecuencia de expediente de regulación de empleo. Nulidad de despido. La empresa es declarada en concurso de acreedores. El demandante solicita al FOGASA prestaciones salariales. Cálculo de prestación salarial, indemnización e importe complemento ERE. Legislación aplicable a las responsabilidades del FOGASA. Doctrina jurisprudencial.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando al organismo demandado a abonar determinada cantidad en concepto de prestación de garantía salarial.

Sala: Estima el recurso de la parte demandante, condenando al organismo demandado en al abono de determinada cantidad, diferente a la reconocida en primera instancia, por aplicación de la legislación aplicable en el momento de la declaración del concurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del actor frente a la sentencia de instancia, por la que estimando en parte su demanda condena al FONDO DE GARANTIA SALARIAL a abonarle la cantidad adicional de 1914,65€ en concepto de prestación de garantía salarial.

El recurso se formula en un único motivo, por el cauce del art. 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, si bien antes de entrar en el estudio del mismo y dado que el demandado ha instado dos rectificaciones de hechos, comenzaremos con las mismas. Se solicita la rectificación del literal del último párrafo del HP primero para que quede así: “El demandante fue despedido con fecha de efectos del 6 de mayo de 2012 en virtud de Expediente de Regulación de Empleo.” No se acepta la misma ya que es prácticamente igual al texto que obra, no siendo trascendente la diferencia de matiz que entraña. En cuanto al hecho probado segundo se pide se añada al final del primer párrafo “...declarando extinguida la relación laboral en la fecha de la resolución y reconociendo la indemnización legal correspondiente”, lo que asimismo se desestima ya que no existe controversia sobre la fecha de extinción de la relación laboral sino que el litigio recae sobre la concreción de los efectos temporales de la reforma que modificó los topes del FGS.

SEGUNDO.-Entrando en el análisis del recurso planteado por la parte actora, en el mismo se denuncia la infracción del art. 33 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 3.1 del Código Civil y con el principio “in dubio pro operario”. Sostiene el recurrente que debe aplicarse el referido art. 33 ET en su redacción anterior a la reforma operada por el RDL 20/2012 de 13-julio; que existe certificación del administrador concursal reconociendo adeudar 75.864,10€ en concepto de indemnización y 16.240,28€ en concepto de salarios pendientes; que la deuda exigible es anterior a la reforma operada por RDL 20/12; y que la empresa fue

declarada en concurso el 11-4-12, por lo que debe aplicarse el triple del SMI con un máximo de 150 días.

A efectos de resolver el recurso conviene recordar los hechos más relevantes sobre los que se sustenta la controversia. Así, resulta lo siguiente: A) El 11 de abril de 2012 la empresa M., S.A. para la que el demandante prestaba servicios fue declarada en concurso de acreedores y al trabajador se le notificó su despido con fecha de efectos 6-5-2012 a consecuencia de un expediente de regulación de empleo. B) Impugnado el despido, por sentencia del Juzgado de lo Social nº.4 de Castellón de 12 de noviembre de 2012 se declaró la nulidad del despido. C) La administración concursal reconoció al demandante un crédito frente a la empresa de 75.864,10€ por indemnización y 16.240,28€ por salarios. D) El actor presentó solicitud de prestaciones ante el Fogasa que le reconoció el derecho a percibir 18.173,35€ por indemnización y 5.352,65€ por salarios. E) En el acto del juicio, el Fogasa reconoció la cantidad adicional de 1.914,65€ por salarios, pues entiende que por ese concepto sí que se debe aplicar el artículo 33 del ET en la redacción anterior al RDL 20/2012, toda vez que los salarios que se reclaman se devengaron en ese periodo anterior y se han reconocido mediante certificación del administrador concursal; pero, por el contrario, se opuso al importe reclamado para la indemnización al considerar que para este concepto se debe aplicar el momento en que se dicta la sentencia que declara la improcedencia o nulidad.

Planteada la cuestión en los términos indicados, el recurso debe ser estimado de acuerdo con lo resuelto por esta Sala de lo Social en sentencia de 8 de marzo de 2016 (rs.1713/2015) dictada al resolver el recurso interpuesto contra sentencia del mismo Juzgado por otro trabajador de la empresa M., S.A. Esta sentencia expresa el parecer mayoritario aunque no unánime de la Sala, por lo que pasamos a reproducir los razonamientos expuestos en ella: *“Esta Sala en ST de 4/2/2014, dictada en el recurso de suplicación 1973/2014 ya sostuvo en relación con la doctrina jurisprudencial recogida en las STS dictadas en los recursos 2388/1988 y 5583/1996 que en casos en los que la insolvencia pueda ser genérica se admite que se aplique una legislación anterior a la fecha de la resolución que declara en esta situación al empleador, siempre y cuando este ya hubiese sido declarado en tal situación bajo la vigencia de tal legislación y siempre y cuando el estado económico valorado en ambas resoluciones sea el mismo sin que exista solución de continuidad, alegando por otro lado, que dicha solución es la que más se ajusta a los principios de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y de irretroactividad de las normas restrictivas de derechos. 4.- La cuestión que ahora se suscita ya ha sido tratada en otros recursos planteados a consecuencia del cambio en la redacción que del art. 33.2 E.T supuso la promulgación del RDL 20/2.012 y que además ha sido objeto de análisis en diversas resoluciones dictadas por Salas de lo Social de distintos TSJ en el sentido que se propugna por el recurrente, y para lo cual, se ha acudido a la doctrina jurisprudencial que se contiene en las sentencias que se citan en el recurso. En este sentido, y por todas cabe citar la STSJ de Aragón de 30-9-2.013- rec. 403/2-.013. En la citada doctrina se parte de que la regla general según la cual la legislación aplicable para determinar la cuantificación de la responsabilidad subsidiaria del FOGASA ha de ser la vigente en la fecha de la declaración de insolvencia, si bien se indica que tal regla debe completarse con “fundamento en la doctrina jurisprudencial sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 6.3.1989, cuando matiza el punto de vista expuesto anteriormente ...en*

los casos en que, antes de esa declaración formal de insolvencia de la empresa, exista ya una constatación judicial de la misma, habiéndose comprobado que la insolvencia apreciada en la primera resolución, cuando aún no había entrado en vigor la norma modificadora, es también referible cuantitativamente a los créditos a los que se concreta la segunda, y que no hay solución de continuidad entre el estado económico de la empresa considerado en ambas resoluciones; supuesto en el que la norma que ha de tenerse en cuenta es la que regía al tiempo de esa primera declaración”.

En el presente caso al igual que hemos sostenido anteriormente entendemos que la legislación aplicable a las responsabilidades del FOGASA dentro del concurso es aquella que se encontraba vigente en el momento de la declaración del mismo y por lo tanto en el momento en el que se constata la situación de insolvencia, con intervención del Fondo en los términos previstos en los artículos 33.1 y 33.3 del ET, a partir de esta declaración que marca a todos los efectos la normativa aplicable no solo al desarrollo del proceso concursal con todas sus vicisitudes, incluida la extinción de contratos laborales y la cuantificación de las deudas salariales sino al régimen de garantías salariales previsto en los artículos 32 y 33 del ET que debieron aplicarse en la redacción vigente en el momento de declaración de concurso, sin que las posteriores modificaciones de dichos preceptos alteren las responsabilidades subsidiarias del Fondo en relación a un proceso al que queda vinculado desde su inicio conforme a las responsabilidades y límites vigentes a la fecha de dicha declaración, lo que hace que el recurso deba tener favorable acogida, con la consiguiente revocación de la sentencia impugnada y la condena del Organismo demandado a las cantidades que postulan los recurrentes en concepto de diferencias de prestaciones de garantía salarial al no haberse manifestado oposición a la cuantificación de las mismas en sede de recurso y sin que proceda el devengo de los intereses cuyo abono también reclaman los recurrentes por cuanto que no estamos ante reclamaciones de salarios o de indemnizaciones sino ante reclamaciones de prestaciones de garantía salarial a las que no le son aplicables el art. 29.3 del Estatuto de los Trabajadores ni el art. 1.108 del Código Civil”.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON V.A.I. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de Castellón de fecha 22 de septiembre de 2015; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida y con estimación de la demanda condenamos al Fondo de Garantía Salarial a abonar al demandante la cantidad de 11.288€.

Sin costas.

2178

Sentencia núm. 2.738, de 13 de diciembre de 2017

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador que cobra subsidio por desempleo para mayores de 52 años y que realiza una actividad puntual por cuenta propia. Acta de infracción a consecuencia de denuncia policial. Sanción por infracción muy grave. El actor solicita dejar sin efecto la sanción. Aplicación doctrina jurisprudencial.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la entidad demandada de la solicitud.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El actor no ha comunicado la incompatibilidad de cobrar un subsidio por desempleo con la realización de una actividad por cuenta propia, habiendo cobrado el subsidio, lo que conlleva una sanción por infracción muy grave, con extinción de la prestación. Existe una incompatibilidad absoluta conforme al artículo 221-1 LGSS entre las prestaciones por desempleo, contributivas o asistenciales y el trabajo por cuenta propia, ello aunque constituya una actividad marginal o secundaria.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. G.R. interpone en su día demanda contra el SPEE solicitando se deje sin efecto la sanción por infracción muy grave impuesta por la demandada en virtud de acta de infracción. La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza el actor, interponiendo recurso de suplicación en el que solicita la revocación de la sentencia dictada en la instancia, y que en su lugar se estime su demanda. El SPEE por su parte impugna el recurso.

SEGUNDO.- Para ello la recurrente, formula su recurso por un único motivo, al amparo del art. 193 c) LRJS, alegando la infracción del artículo 25-1 RDLeg 5/00 por su inaplicación e infracción del artículo 26-2 del mismo texto legal por aplicación indebida. Se alega así en el escrito de recurso que partiendo del relato fáctico de la Sentencia y en concreto de los hechos probados quinto y sexto, se puede concluir que la conducta del actor se circunscribe a un solo trabajo realizado un solo día, el 24-5-13, cuando el actor transporta diversos materiales para la formación de estructuras metálicas y lonas, considerando por ello que tal conducta se incardina en el artículo 25-1 y no en el 26-2 del RDLeg 5/00.

El artículo 25-1 del RDleg antes citado 5/00 contempla entre los supuestos de infracciones graves en materia de desempleo, “Efectuar trabajos por cuenta propia durante la percepción de prestaciones cuando exista incompatibilidad legal o reglamentaria establecida, **sin perjuicio de lo establecido en el punto 2 del artículo 26**”. El artículo 26-2 de tal norma legal considera por su parte entre las sanciones muy graves, la de compatibilizar las prestaciones de desempleo o el subsidio por desempleo con trabajo por cuenta propia. A la vista de tal redacción se ha considerado por la

Jurisprudencia, que el supuesto tipificado en el apartado 1 del artículo 25 de la LISOS hace referencia a la percepción de prestaciones diferentes a las de desempleo, como lo es en este caso el subsidio que percibía el actor, y que cuando estamos ante prestaciones o subsidio de desempleo ese mismo apartado 1 del artículo 25 remite al apartado 2 del artículo 26. Por ello la argumentación expuesta por la parte recurrente sobre la necesidad de aplicar el referido artículo 25-1 de la LISOS y sancionar así al trabajador con la suspensión de tres meses de prestación no puede acogerse, siendo por otro lado lo único que se denuncia en el escrito de recurso pese a que la Sentencia de instancia que no analiza si se aplica el artículo 25 o el 26 de la LISOS, contempla no sólo la conducta de efectuar trabajos incompatibles con la prestación aun cuando sólo se realizaran un solo día, sino también el hecho de que el actor no comunicó debidamente al SPEE la circunstancia de tal trabajo que iba a realizar para que se procediese a la suspensión cuando menos del periodo o cuantía que procediese, y se argumenta así que ello conlleva la extinción de la prestación. De este modo si bien es cierto como indica el escrito de recurso que la única conducta que se imputa al actor consiste en haber transportado el día 24-5-13 materiales de estructuras metálicas de una empresa percibiendo a cambio la suma de 500 euros y se trata así de un solo trabajo y una conducta concreta y determinada de uno solo día, como se desprende no sólo de los hechos probados quinto y sexto que hacen referencia tanto a las manifestaciones del actor como de un testigo propuesto por el mismo, sino también de los fundamentos de derecho, que parten de esa conducta concreta realizada un solo día de transporte de ida de materiales a Madrid para una empresa que se lo encarga a cambio de 500 euros, aun tratándose de un trabajo marginal de un solo día, se habría llegado a compatibilizar el subsidio por desempleo con la realización de un trabajo retribuido que es incompatible con tal percepción del subsidio pues no se sanciona al actor sino tras el acta de infracción que se levanta meses después de formulada la denuncia por la Guardia Civil. En todo caso, la falta de comunicación por el actor de una circunstancia que al menos daría lugar a la suspensión del subsidio al superarse el límite de ingresos exigido por el artículo 215 LGSS tal y como así lo indica la Sentencia de instancia, con arreglo al artículo 47-1 b) de la LISOS daría lugar a la misma sanción impuesta por la Entidad demandada como es la de extinción de la prestación, conllevando ello que aun considerando en una acepción estricta de lo que se entiende por compatibilizar y tal y como así lo alega el actor en su escrito de recurso aunque no se comparte aplicando precisamente la doctrina que cita la Sentencia de instancia, se entendiera que no estamos ante un supuesto de compatibilidad entre prestación por desempleo y trabajo por cuenta propia pues no consta que el demandante realizara con carácter habitual una actividad económica por cuenta propia y se trataba de un trabajo de un solo día, dado que la conducta del actor sí es incardinable no en el número 1 del artículo 25 sino en el número 3 del artículo 25 LISOS dadas las obligaciones de información que incumben a los beneficiarios de la Seguridad Social según el artículo 231 LGSS, la consecuencia en el caso de prestaciones por desempleo que conlleva tal infracción es la extinción del subsidio de desempleo como se ha acordado por la demandada, lo que motiva que la decisión de instancia deba confirmarse. Precisamente la Sentencia del Tribunal Supremo de 13-5-15 (RCUD 2785/14), analiza los artículos 25 y 26 de la LISOS en un supuesto similar al presente, concluyendo en los términos indicados, reiterándose tal doctrina en la Sentencia de 29-7-15 (RCUD 2788/14). Señala así la citada Sentencia de 13-5-15: “ *De lo expuesto ya*

se deduce que existen dudas sobre la aplicabilidad de una u otra norma a la conducta del recurrente. Puesto que nos encontramos dentro del Derecho Sancionador, operando los principios de legalidad y tipicidad, posee especial trascendencia el examen detallado de los preceptos que inciden sobre el caso. Recuérdese que los hechos conflictivos datan de mayo de 2012; por lo tanto, estaremos exclusivamente a la regulación coetánea.

1. La prohibición de compatibilidad del artículo 221.1 [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#) .

El [Título III](#) de la LGSS se rubrica como "Protección por desempleo" y está dividido en varios Capítulos: el I dedicado a las "Normas generales", el IV al "Régimen de las prestaciones" y el V al "Régimen financiero y gestión de las prestaciones", mientras que el VI establece el "Régimen de obligaciones, infracciones y sanciones"; el II al "Nivel contributivo" y el III al "Nivel asistencial". Puesto que el precepto clave (art. 221.1) se halla en el Capítulo IV, una primera conclusión es que resulta aplicable tanto a las prestaciones de nivel contributivo cuanto a los subsidios de nivel asistencial. Eso ha permitido realizar el contraste entre las sentencias comparadas, puesto que el Derecho aplicable es único, valiendo tanto para la prestación contributiva cuanto para el subsidio asistencial.

El tenor de la prescripción sobre incompatibilidad permaneció inmutable desde la promulgación de la LGSS hasta 15 de julio de 2012, fecha en la que entró en juego una redacción mucho más matizada para los supuestos de trabajo a tiempo parcial. Puesto que la infracción del caso ocurre en mayo de 2012, lo que hemos de examinar es la redacción originaria de la norma:

La prestación o el subsidio por desempleo serán incompatibles con el trabajo por cuenta propia, aunque su realización no implique la inclusión obligatoria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, o con el trabajo por cuenta ajena, excepto cuando éste se realice a tiempo parcial, en cuyo caso se deducirá del importe de la prestación o subsidio la parte proporcional al tiempo trabajado.

Ni la Inspección de Trabajo, ni la Resolución de la Entidad Gestora, ni los sucesivos recursos del interesado han argumentado sobre la eventual realización de un trabajo a tiempo parcial. El recurso expone que solo se ha trabajado durante unas pocas horas, pero ello no fue objeto de prueba.

2. El deber de comunicar las causas de suspensión o extinción del derecho.

Por su lado, el artículo 231.1.b) LGSS establece como uno de los deberes de los trabajadores el de " Proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones".

Asimismo, el artículo 231.1.e) LGSS contempla como obligación de los trabajadores la de "Solicitar la baja en las prestaciones por desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción".

3. Las consecuencias sancionadoras en la LGSS .

Conforme al art. 212.1.a) LGSS, el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se suspenderá por la entidad gestora durante el período que corresponda por imposición de sanción por infracciones leves y graves en los términos establecidos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Asimismo, dispone el artículo 213.1.c) LGSS que el derecho a la percepción de la prestación por desempleo se extinguirá en los casos de "Imposición de sanción en los términos previstos en la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social". En consecuencia, ha de acudirse a la [LISOS \(RCL 2000, 1804 y 2136\)](#) tanto para determinar si ha existido una conducta sancionable cuanto para aquilatar las consecuencias represivas.

4. Las consecuencias sancionadoras en la LISOS.

Conocida la existencia del deber de trasladar al SPEE cualquier causa de suspensión o extinción del derecho a la protección por desempleo, interesa examinar las consecuencias de su incumplimiento previstas en la LISOS.

A) Regulación general de las infracciones y sanciones administrativas de orden social.

El Capítulo III del Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones de Orden Social (LISOS) regula las "Infracciones en materia de Seguridad Social" y su Sección Segunda se ocupa de las "Infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones". El artículo 24 contempla las infracciones leves, el 25 las graves y el 26 las muy graves.

La escala de conductas antijurídicas tipificadas posee relevancia si se pone en conexión con las sanciones correspondientes. Por exclusiva referencia a las prestaciones por desempleo, en el artículo 47 LISOS se contempla el siguiente régimen:

Las infracciones graves de los números 2 y 3 se sancionan con la extinción de la prestación.

Las graves tipificadas en el número 4 se sancionarán conforme a la siguiente escala: 1. Infracción. Pérdida de 3 meses de prestaciones; 2. Infracción. Pérdida de 6 meses de prestaciones; 3. Infracción. Extinción de prestaciones.

Las infracciones muy graves acarrear la extinción de la prestación o subsidio por desempleo

B) Infracciones graves.

Para una recta comprensión del problema aquí suscitado, es necesario reproducir íntegramente el contenido del artículo 25 LISOS, donde se contienen las infracciones graves de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones:

1. *Efectuar trabajos por cuenta propia o ajena durante la percepción de prestaciones, cuando exista incompatibilidad legal o reglamentariamente establecida, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo siguiente.*

2. *No comparecer, salvo causa justificada, a los reconocimientos médicos ordenados por las entidades gestoras o colaboradoras, en los supuestos así establecidos, así como no presentar ante las mismas los antecedentes, justificantes o datos que no obren en la entidad, cuando a ello sean requeridos y afecten al derecho a la continuidad en la percepción de la prestación.*

3. *No comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, o cuando se dejen de reunir los requisitos para el derecho a su percepción cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación.*

4. *En el caso de solicitantes o beneficiarios de prestaciones por desempleo de nivel contributivo o asistencial, o de trabajadores por cuenta propia solicitantes o beneficiarios de la prestación por cese de actividad:*

a) *Rechazar una oferta de empleo adecuada, ya sea ofrecida por los servicios públicos de empleo o por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos, salvo causa justificada.*

b) *Negarse a participar en los trabajos de colaboración social, programas de empleo, incluidos los de inserción profesional, o en acciones de promoción, formación o reconversión profesional, salvo causa justificada, ofrecidos por los servicios públicos de empleo o en las acciones de orientación e información profesional ofrecidas por las agencias de colocación cuando desarrollen actividades en el ámbito de la colaboración con aquéllos.*

A los efectos previstos en esta Ley, se entenderá por colocación adecuada y por trabajos de colaboración social, los que reúnan los requisitos establecidos, respectivamente, en el artículo 231.3 y en el artículo 213.3 del [texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social \(RCL 1994, 1825\)](#).

C) *Infracciones muy graves.*

Finalmente, debe examinarse el tenor del artículo 26 LISOS, que enumera las infracciones muy graves de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y solicitantes de prestaciones.

1. *Actuar fraudulentamente con el fin de obtener prestaciones indebidas o superiores a las que correspondan, o prolongar indebidamente su disfrute mediante la aportación de datos o documentos falsos ; la simulación de la relación laboral ; y la omisión de declaraciones legalmente obligatorias u otros incumplimientos que puedan ocasionar percepciones fraudulentas.*

2. *Compatibilizar el percibo de prestaciones o subsidio por desempleo, así como la prestación por cese de actividad de los trabajadores autónomos con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial en los términos previstos en la normativa correspondiente. En el caso de subsidio por desempleo de los trabajadores eventuales agrarios, se entenderá que el trabajador ha compatibilizado el percibo de la prestación con el trabajo por cuenta ajena o propia cuando los días trabajados no hayan sido declarados en la forma prevista en su normativa específica de aplicación.*

3. *La connivencia con el empresario para la obtención indebida de cualesquiera prestaciones de la Seguridad Social.*

4. *La no aplicación o la desviación en la aplicación de las prestaciones por desempleo, que se perciban según lo que establezcan programas de fomento de empleo.*

TERCERO.-*La falta de comunicación de que se desarrolla un trabajo incompatible.*

1. *Planteamiento.*

Como queda expuesto, las sentencias enfrentadas valoran una misma conducta (silenciar la realización de trabajos incompatibles) pero llegan a conclusión diversa. La recurrida considera que el propio supuesto encaja en el artículo 26.2 [LISOS \(RCL 2000, 1804 y 2136\)](#) y la referencial considera que no llega a surgir la incompatibilidad porque el trabajador solo acaba percibiendo el salario ya que el SPEE no le abona el subsidio.

Para determinar la solución correcta habremos de reexaminar los términos en que se pronuncian los artículos 25 y 26 LISOS .

2. *La imposible aplicación del artículo 25.1 LISOS .*

El artículo 25 LISOS contempla las infracciones graves. Su número 1 alude a la compatibilización entre prestaciones y trabajo cuando ello esté prohibido. Pero es una prescripción inaplicable a casos como el presente pues basta su atenta lectura para advertir que tipifica esa conducta "sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo siguiente". Y el artículo 26.2 LISOS contempla, precisamente, la simultaneidad entre prestaciones o subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta propia o ajena.

En consecuencia, cuando la superposición ilegal entre percibo de prestaciones y trabajo va referida a las de desempleo debe acudir al artículo 26 (muy graves) y no al 25 (graves) tanto por la mayor especificidad de la regla cuanto por la remisión interna que la LISOS realiza.

3. *La posible aplicación del artículo 25.3 LISOS .*

El artículo 25.3 LISOS, como se ha visto, se refiere a la conducta consistente en "no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho".

La compleja estructura de la LISOS explica algo que la Resolución de 19 de abril del SPEE, recurrida por el trabajador puso de relieve: la parificación de consecuencias sancionadoras entre la infracción grave y la muy grave. El artículo 47.1.b) LISOS precisa que la consecuencia sancionadora para el supuesto del artículo 25.3 LISOS cuando se trata de perceptores de prestaciones o subsidios por desempleo es la misma que si nos encontramos en el caso del artículo 26.2 LISOS : "la sanción será de extinción de la prestación".

Dicho abiertamente: tanto si se considera que lo acaecido se subsume en la falta grave del artículo 25.3 cuanto en la muy grave del artículo 26.2 se llega a la misma conclusión, privando aparentemente de interés práctico al debate.

4. La extinción de las prestaciones por incumplimiento de deberes informativos.

A) La confusa estructura de los artículos 25 y 26 LISOS pudiera suscitar algún recelo a la hora de mantener una conclusión tan drástica como la acogida por la sentencia recurrida: que la mera pasividad en la información sobre el comienzo de actividad incompatible acarrea la extinción de las prestaciones.

Sin duda alguna, se trata de una sanción severa, aparentemente refractaria a los matices del caso. Sin embargo, si se observa el tenor de la tipicidad aparece un elemento clave en la locución "salvo causa justificada". Por eso poseen suma relevancia tanto los hechos declarados probados (fecha y hora en que realiza la actividad) cuanto las consideraciones de la sentencia recurrida acerca de las posibilidades (escrito, fax, teléfono) al alcance del trabajador para haber advertido acerca de su decisión de aceptar el trabajo incompatible.

En su pasaje principal, por eso mismo, el recurso del trabajador pretende reconducir los hechos probados hacia el supuesto del artículo 25.3 para desembocar en la ausencia de sanción, al entender que omitió la preceptiva comunicación previa por existir causa justificada para ello.

B) La mayor gravedad de la sanción anudada al incumplimiento del deber informativo respecto de trabajos incompatibles en caso de desempleo es una característica de nuestro ordenamiento que preexiste a la LISOS.

En este sentido es muy ilustrativo recordar la evolución inmediatamente anterior que han experimentado nuestras Leyes y las dudas que en algún momento surgieron:

La [Ley 8/1988 \(RCL 1988, 780\)](#) tipificó como falta muy grave compatibilizar el percibo de prestaciones con el trabajo por cuenta propia o ajena, salvo en el caso del trabajo a tiempo parcial (art. 30.2.2) y anudó a tal infracción la consecuencia de extinción de la prestación o subsidio por desempleo (art. 46.1.2).

La [Ley 22/1993, de 29 diciembre \(RCL 1993, 3600\)](#) (de Acompañamiento para 1994) , consideró como falta grave no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de

suspensión o extinción del derecho o cuando se dejen de recurrir los requisitos para el derecho a percibirlos, cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación (art. 30.2.2 de la Ley 8/1988 , en su nueva redacción), anudándose a la nueva descripción fáctica la misma consecuencia que antes: extinción de la prestación (art. 46.1.2 de la Ley 8/1988 , en su nueva redacción).

La [Ley 13/1996, de 30 diciembre \(RCL 1996, 3182\)](#) (de Acompañamiento para 1997) confirió nueva redacción al artículo 30 de la Ley 8/1988 pero, en lo que aquí interesa, mantuvo la consideración como infracción grave de la conducta reseñada (con ligeros cambios gramaticales), así como su sanción (pese a dar nueva redacción al artículo 46).

La [Ley 50/1998, de 30 diciembre \(RCL 1998, 3063 y RCL 1999, 1204\)](#) (de Acompañamiento para 1999) suprimió el apartado 2.2 del artículo 30 de la LISOS, precepto en el que se venía contemplando la infracción de la conducta irregular estudiada ([art. 35.16](#) de la Ley 50/1998). Sin embargo, su artículo 35.17 dio nueva redacción al artículo 17.3 de la LISOS, donde se configura como infracción grave "no comunicar, salvo causa justificada, las bajas en las prestaciones en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho o cuando se dejen de recurrir los requisitos para el derecho a percibirlos, cuando por cualquiera de dichas causas se haya percibido indebidamente la prestación".

C) A la vista de todo ello se discutió si la Ley 50/1998 había eliminado la antijuridicidad de la conducta otrora sancionada, porque desapareció el precepto correspondiente.

Nuestras [SSTS 25 octubre 2000 \(RJ 2000, 9684\)](#) (rec. 1194/2000) y [23 octubre 2000 \(RJ 2000, 9652\)](#) (rec. 755/2000), entre otras, concluyeron que la Ley 50/1998 no eliminó la sanción consistente en pérdida de la prestación cuando se realiza actividad productiva incompatible con la misma sin comunicarlo a la Entidad Gestora.

Conforme allí se explica, la gravísima sanción a la conducta omisiva persistía; "incluso, por aplicación de la Ley 50/98 tal conducta sigue constituyendo infracción grave", pues basta leer no ya el artículo donde se albergaba antes la tipificación, sino uno diverso para comprenderlo de inmediato. Lo que antes era una sección dedicada a "infracciones de los trabajadores en materia de empleo, prestación por desempleo y formación profesional ocupacional", luego se transformó en "infracciones de los trabajadores" en materia de empleo; y la conducta de referencia se trasladó a las "infracciones de los trabajadores o asimilados, beneficiarios y peticionarios", en el marco de las infracciones en materia de Seguridad Social.

En conclusión: el artículo 35 de la Ley 50 /1998 no eliminó la regla que contenía el artículo 30.2.2 de la Ley 8/1988, sino que se limitó simplemente a variar su encuadramiento sistemático incorporándola, de forma más correcta, al artículo 17 de dicha Ley 8/1988, que corresponde al capítulo III, en el que se regulan las infracciones en materia de Seguridad Social, en cuya acción protectora se integran las prestaciones de desempleo.

D) La [STS 7 diciembre 2006 \(RJ 2007, 378\)](#) (rec. 3344/2005) analizó si debe entenderse o no correctamente realizada la comunicación de haber obtenido nueva colocación, producida cerca de dos meses después de obtener el nuevo empleo.

En ella se explica que la comunicación del trabajo incompatible debe realizarse en el momento en que se produzcan situaciones determinantes de suspensión o extinción del derecho, lo que significa "de inmediato y en todo caso antes de que transcurra el tiempo -normalmente el final de mes- que determina la percepción de una nueva mensualidad indebida, pues esta percepción indebida por la falta de comunicación constituye el núcleo de la conducta que el referido precepto tipifica como falta grave".

En el supuesto estaba claro que se había producido la superposición de prestaciones públicas de desempleo y rentas salariales derivadas de un trabajo incompatible. La doble afirmación que se realiza (hay que comunicar de inmediato, pero se llega a tiempo si se evita el pago) posee sentido en ese contexto. No debe entenderse que se haya querido amparar la infracción del deber de comunicar anticipadamente la causa de suspensión.

E) En resumen: la redacción de la LISOS aplicable al caso examinado conserva la tradicional severidad sobre la materia: si el beneficiario de prestación o subsidio por desempleo no comunica sus actividades incompatibles "en el momento en que se produzcan" estamos ante infracción grave que comporta la extinción de la prestación.

5. La tipificación de la sentencia recurrida.

Sea por pensar que la falta grave del 25.3 LISOS comporta sanciones más tenues que las de la falta muy grave, sea por entender que no resulta aplicable al desempleo tal previsión LISOS, lo cierto es que la sentencia recurrida subsume lo acaecido en el artículo 26.2 LISOS. Sin embargo, lo cierto es que en la fundamentación jurídica se deja constancia de que " el actor debió solicitar la baja en la prestación por desempleo [...] y al no hacerlo incurrió en causa de extinción de la prestación". A pesar de ello asienta esa conclusión en el art. 26.2 y no en el artículo 25.3 LISOS .

Conforme a lo expuesto, sin embargo, entendemos que la conducta del trabajador sí tiene encaje en el tipo descrito por el artículo 25.3 LISOS. El recurrente omitió su deber de comunicación, sin que se haya acreditado la existencia de causa justificada y sin que pueda valorarse, en esta sede casacional, la existencia de hechos que no aparecen probados y aduce el recurso (como que fue llamado ese mismo día).

CUARTO.-El desarrollo de un trabajo incompatible.

El artículo 221.1 [LGSS \(RCL 1994, 1825\)](#), como se expuso, prohíbe compatibilizar la prestación o el subsidio por desempleo con el trabajo por cuenta ajena. El recurrente rechaza que se haya infringido esa prohibición, porque no ha llegado a percibir desempleo por el día en que prestó su actividad laboral. Aquí es donde se centra el núcleo de la contradicción entre las sentencias opuestas.

1. Concepto material de compatibilización.

La sentencia de contraste considera que en supuestos como el examinado no existe verdadera compatibilización. Aunque se traslada al SPEE la notica acerca del desarrollo del trabajo, la Entidad Gestora llega a tiempo de suspender el abono de la prestación por el tiempo trabajado (un solo día). En consecuencia, durante la fecha en que se trabaja solo se perciben salarios pero no subsidio por desempleo.

Se explica allí que existe una infracción (dejar de comunicar el alta en la empresa) pero que no constituye el hecho sancionado. Puede entenderse, por tanto, que se valora la compatibilidad como un resultado, no como una situación virtual; prevalece el enfoque posterior o material sobre el formal o simultáneo.

2. Concepto formal de compatibilización.

La sentencia recurrida, por el contrario, considera que la vulneración del deber de comunicar previamente la realización de un trabajo ya genera la infracción tipificada en el art. 26.2 [LISOS \(RCL 2000, 1804 y 2136\)](#): "el actor ha estado percibiendo la prestación por desempleo y trabajando que es la conducta tipificada en el artículo 26.2".

De este modo, se entiende que hay que estar al dato coetáneo al momento en que se realiza el trabajo productivo y no al formal o posterior en que se abona la prestación por desempleo.

3. Consideraciones del Tribunal.

Es necesario recordar que nos encontramos en el ámbito del Derecho Sancionador de carácter público. Los principios de tipicidad y legalidad aparecen como axiales, lo que explica su recepción por los primeros apartados del artículo 1º de la LISOS, pero también cabe recordar la concordancia del expediente administrativo con la posterior decisión administrativa que se imponga:

Constituyen infracciones administrativas en el orden social las acciones u omisiones de los distintos sujetos responsables tipificadas y sancionadas en la presente Ley y en las leyes del orden social.

Las infracciones no podrán ser objeto de sanción sin previa instrucción del oportuno expediente, de conformidad con el procedimiento administrativo especial en esta materia, a propuesta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, sin perjuicio de las responsabilidades de otro orden que puedan concurrir.

La tipificación de conductas sancionadoras no puede dar lugar a interpretaciones analógicas o extensivas, pues la restricción de derechos ha de entenderse en sentido estricto. Como se viene diciendo desde tiempo atrás, "el principio de legalidad (...) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial que el Juez se convierta en legislador" ([STC 133/1997 \(RTC 1997, 133\)](#)). En concordancia con ello, el [art.](#)

[129.4](#) de la [Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) dispone que " Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica".

Entendemos que la compatibilidad ha de interpretarse en sentido estricto y no ampliatorio. De hecho, si no se hiciera así acabaría atrayendo hacia este concepto (y al apartado 2 del artículo 26) las conductas omisivas del artículo 25.3, dejándolo sin aplicación práctica. Este argumento sistemático se añade al expuesto sobre evitación de interpretaciones ampliadoras.

Creemos, por tanto, que el artículo 26.2 LISOS no es el realmente infringido pero ello solo se conoce cuando se sabe lo que ha sucedido con posterioridad. Si se parte solo del conocimiento coetáneo de la realidad, cuando la Inspección de Trabajo detecta la prestación laboral es cierto que se ha devengado ya el derecho al salario por el trabajo prestado y el derecho a la prestación por desempleo del mismo periodo. En consecuencia, accede a primer plano la realidad material trasladada al trabajador a fin de que alegue y argumente cuanto a su derecho convenga.

Lo cierto es que la Inspección de Trabajo, el Juzgado de lo Social y el TSJ de Castilla y León han optado por una acepción amplia o coetánea de lo que significa compatibilizar prestación por desempleo y trabajo. Pero la han expuesto con claridad, han depurado adecuadamente la conducta considerada irregular y el trabajador ha podido ejercer su defensa respecto de tal imputación.

Conviene recordar, sin embargo, que la Resolución del SPEE que puso fin al expediente administrativo puso de relieve la existencia de dos infracciones y la aplicación, respectivamente, de los artículos 25.3 y 26.2 LISOS .

QUINTO.- Examen de los motivos del recurso.

A la vista de cuanto antecede, debemos afrontar ya el examen sumario de los motivos del recurso interpuesto por el Sr. L.A. Son tres los motivos de recurso que se han desarrollado y que el Ministerio Fiscal interesa que desestimemos.

1 .Indebida aplicación del artículo 26 [LISOS \(RCL 2000, 1804 y 2136\)](#) (Motivo 1º).

El trabajador postula la misma interpretación material de la compatibilidad que asume la STSJ Asturias invocada como referencial. Conforme a ella, la diligente actuación del SPEE ha evitado que por un mismo periodo el trabajador perciba prestación por desempleo y salario por su trabajo.

Ya ha quedado expuesto que el encaje más correcto de lo acaecido se encuentra en el artículo 25.3 LISOS y que el artículo 26.2 LISOS solo puede proyectarse sobre nuestro caso si se asume una interpretación laxa o analógica de lo que se considere "compatibilizar". También hemos advertido que esa interpretación, inadecuada cuando se está en el terreno sancionador, podría conducir a invadir el supuesto tipificado en el artículo 25.3, en contra de lo que una interpretación sistemática y el principio de especificidad aconsejan.

Por tanto, el primer motivo del recurso debería prosperar si se examinase aisladamente y sin tener en cuenta la existencia del artículo 25.3 LISOS.

2. Infracción del artículo 25.3 LISOS (motivo 2º).

El segundo motivo insiste en la indebida aplicación del artículo 26 LISOS y lo relaciona con la inaplicación del artículo 25, en los términos que seguidamente se explica. No aparece como motivo subsidiario del primero, por lo que en cierta forma hay una descomposición artificial y bien pudiera haberse abordado de forma conjunta.

Con arreglo a su argumentación, lo acaecido es que el trabajador no cumplió con su deber de comunicar previamente el trabajo y que ello le lleva al supuesto del artículo 25.3 LISOS, pero que el mismo tampoco puede aplicarse porque contaba con causa justificada para no haber comunicado con antelación su trabajo. Aporta hechos nuevos, valora los declarados probados y reconstruye lo acaecido para hacernos ver que el comportamiento del trabajador fue en todo momento ajustado a Derecho.

En este punto el motivo solo lleva razón en parte. La conducta acreditada se subsume en el artículo 25.3 LISOS, como hemos expuesto. Ahora bien, la existencia de justificación de la causa para no haber comunicado su trabajo es cuestión que ni compartimos (porque la sentencia recurrida expresamente expone lo contrario de manera convincente) ni podemos revisar (porque la sentencia de contraste no aborda ese problema).

El debate en la sentencia de contraste versa sobre la existencia de compatibilidad o no, pero en modo alguno entra a examinar la concurrencia de causa justificativa del silencio. Si lo hiciera, además, la contradicción en ese aspecto sería inexistente, como denunciaba el Abogado del Estado, por la diversidad de circunstancias de tiempo y lugar.

En suma: el motivo acierta cuando denuncia que debía haberse aplicado el artículo 25.3 pero yerra cuando considera concurrente la causa justificativa de incumplimiento.

3. Infracción de los artículos 25.1 y 51 LISOS, así como del [artículo 131.3 Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#).

De manera subsidiaria, alega que la infracción cometida se subsume en el art. 25.1 LISOS y expone que "dada la escasa entidad del trabajo realizado, esta sanción sería más acorde con el espíritu de la Ley" y con el artículo 131.3 LRJAP y PAC; esta norma prescribe que para imponer una sanción se tomen en cuenta la intencionalidad o reiteración, la naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia.

Ya han quedado expuestas las contundentes razones que impiden subsumir los hechos en el precepto cuya subsidiaria aplicación se interesa, por lo que el motivo está condenado al fracaso.

También entiende el recurso que es legal el comportamiento de la empresa, consistente en dar de alta el mismo día en que se desarrolla la actividad laboral. Sin embargo, lo cierto es que el art. 23.1.a) LISOS tipifica como infracción muy grave de las empresas el "dar ocupación como trabajadores a beneficiarios o solicitantes de pensiones u otras prestaciones periódicas de la Seguridad Social, cuyo disfrute sea incompatible con el trabajo por cuenta ajena, cuando no se les haya dado de alta en la Seguridad Social con carácter previo al inicio de su actividad ", lo que denota que en el caso examinado también se actuó de manera abiertamente ilegal por parte de la empresa.

El motivo subsidiario, por tanto, parte de premisas erradas y no podría prosperar en ningún caso.

SEXTO.- Resolución del recurso de casación.

Recapitemos nuestra conclusión en este complejo asunto: ha existido causa para que el trabajador fuera sancionado al amparo de un precepto y lo ha sido con fundamento en dos; a la vez, las sentencias judiciales han optado por activar la tipificación que consideramos errónea. ¿Cómo debe resolverse el recurso de casación unificadora en este supuesto?

Como ya hemos expuesto en muchas ocasiones, la existencia de soluciones contradictorias constituye un presupuesto del recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 219.1 [LRJS \(RCL 2011, 1845\)](#)). Pero el papel asignado por el art. 228.2 LRJS a la sentencia no es el de elegir, de forma necesaria, entre dos términos antagónicos de una disyuntiva sino que hemos de conferir al litigio la solución ajustada a Derecho, lógicamente siempre que se cumplan los presupuestos procesales para ello.

De acuerdo con esas premisas, hemos de reiterar que los hechos declarados probados poseen su más adecuada subsunción entre las faltas graves que tipifica el artículo 25.3 y no en el artículo 26.2 [LISOS \(RCL 2000, 1804 y 2136\)](#). La compatibilización entre prestaciones por desempleo y trabajo retribuido no llega a nacer propiamente cuando se ha trabajado durante un periodo por el cual la Entidad Gestora no abona cuantía alguna.

Recordemos que las consecuencias sancionadoras están parificadas cuando se comete una falta grave del artículo 25.3 o una muy grave del artículo 26.3 LISOS. Por tanto, la solución conferida al caso es la correcta, aunque la fundamentación sea errónea.

Queda por despejar la duda de si, al estar en juego el Derecho Sancionador Público, existe alguna regla que impida alterar la valoración jurídica de los hechos declarados probados. Cuando el Inspector de Trabajo calificó la conducta del trabajador la misma fue subsumida en el artículo 26.2 LISOS y ahora declaramos que ello es erróneo, pero que la adecuada subsunción de aquella conduce al mismo resultado que el impugnado.

Adicionalmente, la Resolución administrativa del SPEE que el trabajador trae ante la jurisdicción social se basa en dos incumplimientos (omitir la comunicación del trabajo, compatibilizar actividad laboral y desempleo) y en dos preceptos (arts. 25.3 y 26.2 LISOS). No hay en ello infracción normativa alguna pues los hechos tenidos en cuenta para la sanción son los mismos desde el principio. Además, el [artículo 138.2 de la Ley 30/1992 \(RCL 1992, 2512, 2775 y RCL 1993, 246\)](#) (ubicado en Capítulo dedicado a los "Principios de la potestad sancionadora") prescribe que en la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica.

Esa misma aproximación es válida para explicar el modo en que resolvemos el presente pleito: entendiendo que la sentencia recurrida ha errado en la fundamentación aplicada pero que la correcta valoración jurídica de los hechos declarados probados conduce a conclusión idéntica. No ha existido indefensión alguna, porque dicho queda que siempre se le ha achacado la misma conducta; el trabajador no acreditó la existencia de causa justificada para incumplir su obligación legal de informar al SPEE acerca de su trabajo; la propia Resolución administrativa recurrida, aunque erróneamente respecto del artículo 26.2 LISOS, advertía sobre la concurrencia de dos tipificaciones aplicables e invocaba el artículo 25.2 LISOS, que consideramos acertadamente interpretado y aplicad".

Considerando que esa misma doctrina es aplicable al presente supuesto que contempla un supuesto similar de realización por el beneficiario de un subsidio por desempleo de un trabajo marginal sin comunicar a la Entidad demandada la concurrencia de una circunstancia que motivaría la suspensión de la prestación y ello sin existir causa justificada para tal falta de comunicación, que no se alega en momento alguno ni en la demanda ni en el escrito de recurso, y siendo tal criterio el seguido por la sentencia de instancia debe desestimarse el recurso y confirmarse la Sentencia de instancia, pues además en este caso el actor sí habría llegado a percibir subsidio por desempleo y retribución por un trabajo por cuenta ajena compatibilizando trabajo y subsidio y existe una incompatibilidad absoluta conforme al artículo 221-1 LGSS entre las prestaciones por desempleo, contributivas o asistenciales y el trabajo por cuenta propia y ello aunque constituya una actividad marginal o secundaria, extendiendo tal prohibición incluso a los trabajos por cuenta propia que no impliquen encuadramiento obligatorio en alguno de los regímenes de la Seguridad Social.

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

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. G.R. contra la sentencia de fecha treinta de Junio del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social número 1 de Benidorm en autos 1073/2014 promovidos por el recurrente frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL sobre DESEMPLEO, debemos confirmar dicha Sentencia.

Sin costas.

2179

Sentencia núm. 2.833, de 21 de diciembre de 2016

Materia: Declaración de invalidez: Determinación base reguladora. Trabajadora afiliada al RGSS. Se declara a la actora afecta de una incapacidad permanente total para la profesión habitual, por enfermedad común con determinada base reguladora y porcentaje del 75%. Desacuerdo con la base reguladora de la prestación reconocida. Diferencias en el cálculo inferior a 3000 euros anuales. Competencia funcional por razón de la cuantía.

Juzgado: Desestima la demanda confirmando la resolución administrativa impugnada absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Declara la incompetencia funcional de la Sala, resultando improcedente la interposición del recurso de suplicación por razón de la cuantía.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia del Juzgado que desestima la reclamación de la demandante sobre reconocimiento de una mayor base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad común, interpone recurso de suplicación la parte actora que ha sido impugnado de contrario.

El recurso de la demandante se estructura en un único motivo que se fundamenta en el apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y antes de resolver, en su caso, dicho recurso, se ha de examinar si procedía la admisión del mismo habida cuenta que la Entidad Gestora se opone a dicha admisión en el escrito de impugnación por cuanto que la diferencia en cómputo anual entre el importe de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente que solicita la demandante y el importe de la base reguladora de la indicada prestación reconocida por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, asciende a 1.470,42 € por lo que no supera el mínimo de 3.000 € que para el acceso a la suplicación establece el art. 191.2 letra g de la LJS.

Para dilucidar si la sentencia recurrida tiene acceso a la suplicación se ha de tener en cuenta que en el presente caso no se está reclamando el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social sino que se reclama un mayor importe de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de enfermedad común que ya tiene reconocida la demandante. En concreto se solicita por la parte actora en su demanda que la base reguladora mensual de su prestación de incapacidad permanente se cifre en 558,77 euros mensuales, habiéndosele reconocido en vía administrativa como base reguladora un importe de 453,77 euros mensuales. Si se cuantifican las diferencias económicas que resultan entre la prestación de incapacidad permanente conforme a los parámetros que solicita

la demandante y la prestación de incapacidad permanente reconocida por la Entidad Gestora se constata que dichas diferencias no superan los 3.000 euros en cómputo anual, lo que veda a la sentencia de instancia el acceso al recurso de suplicación, de conformidad con lo establecido en el apartado g del núm. 2 del art. 191 de la LJS en relación con los núm. 3 y 4 del art. 192 del mismo texto legal. Tan solo si la cuestión debatida afectase a un gran número de beneficiarios de la Seguridad Social o tuviera un contenido de generalidad no puesto en duda por ninguna de las partes, la sentencia de instancia tendría acceso al indicado recurso, pero no se da ninguna de dichas circunstancias ya que la cuestión a resolver se ciñe a las concretas particularidades de la demandante en relación con la prestación reconocida y en concreto a si se han de tener en cuenta en el período en el que la misma ha percibido el subsidio de desempleo para mayores de 52 años las cotizaciones de dicho subsidio, conforme solicita la actora o se ha de integrar el indicado período con las bases mínimas de cotización al existir tan solo obligación de cotizar por la contingencia de jubilación, por lo que ni la naturaleza de la cuestión debatida, ni las circunstancias que en ella concurren, permiten apreciar afectación general, cuya notoriedad tampoco consta, ni la existencia de un número relevante de procesos con iguales pretensiones, por lo que se ha de concluir que no cabía recurso de suplicación al amparo de lo establecido en el artículo 191 3 b) de la LJS, ni al amparo del apartado c del nº 3 del indicado precepto que es al que se refiere la sentencia de instancia para dar acceso a la suplicación, sin tener en cuenta que no estamos ante el reconocimiento de una prestación de Seguridad Social sino ante la reclamación de una mayor base reguladora de una prestación de Seguridad Social reconocida.

Las razones expuestas obligan a considerar indebida la admisión del recurso, por lo que procede declarar la firmeza de la sentencia recurrida, así como la nulidad de todas las actuaciones practicadas, desde la publicación de la resolución judicial (Sentencia Tribunal Supremo 7/2/00 y 20/3/009).

FALLO

Declaramos la incompetencia funcional de la Sala al ser improcedente por razón de la cuantía el recurso de suplicación interpuesto por la demandante D.ª M.A.P.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. Cuatro de los de Valencia, de fecha 5 de noviembre de 2015, en proceso sobre reconocimiento de una mayor base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de la demandante, contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social y en consecuencia, anulamos las actuaciones practicadas por dicho Juzgado a partir del momento inmediatamente posterior al de la notificación de la sentencia, la cual alcanzó firmeza desde que fue dictada, así como las realizadas en la sustanciación del recurso de suplicación indebidamente interpuesto contra la misma.

2180

Sentencia núm. 2.845, de 21 de diciembre de 2016

Materia: Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Trabajador al servicio de empresa de ingeniería que presta sus servicios como auxiliar operador sondista. Accidente de trabajo con lesiones en pierna izquierda. Inspección de Trabajo: Acta de infracción calificando la conducta empresarial como infracción administrativa grave. Multa y recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Como consecuencia del accidente, tras un periodo de incapacidad temporal, el trabajador es declarado en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual. Solicitud declaración de imprudencia temeraria por parte del trabajador.

Juzgado: Desestima íntegramente la demanda de la empresa y confirma la resolución del organismo demandado impugnada en el proceso, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El trabajador no ha incurrido en una situación de imprudencia temeraria, habiendo incumplido la empresa demandada la normativa aplicable, provocando la situación de riesgo de accidente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó íntegramente la demanda interpuesta por la empresa T.C.I. S.L., contra el INSS, la TGSS y D. P.H.P., confirmó la resolución del INSS impugnada en el proceso y absolvió a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra, interpone recurso de suplicación la empresa actora, siendo impugnado el recurso por el trabajador demandado y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que se modifique el ordinal tercero para que se suprima que “ y la máquina, sin haberle dado orden de movimiento”, por “El sondista, accionó la máquina, poniéndose la misma en movimiento ...”, pero la modificación fáctica no puede alcanzar éxito por cuanto se ampara en el acta de infracción de la Inspección de Trabajo en el apartado que la misma destina a recoger el informe del accidente de trabajo aportado por la empresa, y ello constituye la transcripción de un documento de parte ineficaz a efectos revisorios, existiendo otras pruebas que desvirtúan esa afirmación y que han convencido más al Juzgador de Instancia.

SEGUNDO.- Con adecuado amparo procesal se postula la revisión del hecho probado cuarto para que se adicione un nuevo párrafo en la parte final del mismo para que quede redactado del siguiente modo: “Las operaciones de descarga de la máquina perforadora se llevaban a cabo por el sondista y el ayudante de sondista desde la propia caja del camión. Las operaciones de carga y descarga de la máquina perforadora Tcoinsa TP-50D, así como las operaciones de posicionamiento y

desplazamiento de dicho equipo de trabajo por la obra deben realizarse de manera que se evite la permanencia de personas en un radio no inferior a 20 metros respecto del equipo de trabajo precitado según la evaluación de riesgos laborales. El trabajador P.H.P., así como su compañero procedieron a realizar las operaciones de descarga e instalación de la maquina Tcoinsa TP-50D sin llevar a cabo las precauciones necesarias establecidas en la evaluación de riesgos laborales. El trabajador accidentado se encontraba formado e informado de los riesgos de su puesto de trabajo”.

Y la revisión fáctica no puede alcanzar éxito. En lo coincidente con el hecho que se pretende variar, por razones obvias de no reiteración, y en lo nuevo por lo siguiente: respecto de evitar la permanencia de personas en un radio no inferior a 20 metros, por cuanto se ampara en el acta de infracción, pero en el apartado que dedica a relatar la documentación aportada por la empresa y no es exactamente coincidente con el texto que se pretende incorporar, sin olvidar que implícitamente esa modificación ya se encuentra aludida en el hecho probado tercero. Con relación a que los trabajadores realizaron las operaciones sin llevar a cabo las precauciones necesarias establecidas en la evaluación de riesgos laborales, no puede aceptarse por cuanto contiene una valoración jurídica impropia de figurar en los hechos probados. Y con respecto a que el accidentado se encontraba formado e informado de los riesgos de su puesto de trabajo no consta que se le informara concretamente sobre el riesgo concreto que se produjo.

TERCERO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 123 de la Ley General de la Seguridad Social, así como de la jurisprudencia que lo interpreta. Sostiene la empresa recurrente, en síntesis, que la mercantil no infringió normas de seguridad e higiene en la medida que existían instrucciones que prohíben llevar a cabo la conducta que ocasionó el accidente y el trabajador accidentado tenía información y conocimiento de los mismos, por lo que de haber actuado de conformidad con los mismos, el accidente no se hubiera producido. Siendo la conducta imprudente del trabajador la desencadenante del riesgo. No existe culpa o negligencia por parte de la empresa. Inexistencia de relación de causalidad.

Los inalterados hechos declarados probados, tanto los asentados en la premisa histórica, como los establecidos impropriamente en la fundamentación jurídica de la sentencia, ponen de manifiesto que el trabajador demandado P.H.P. venía trabajando para la empresa T.C.I. S.L., con la categoría profesional de auxiliar de sondista y antigüedad de 14-02-2012 y el día 14 de marzo de 2012, cuando tan solo había transcurrido un mes en la empresa, sufrió un accidente de trabajo cuando se hallaba junto con el sondista, realizando las operaciones necesarias para bajar la máquina perforadora Tcoinsa TP-50D de la caja del camión en que se encontraba y la máquina, sin haberle dado orden de movimiento, se puso en funcionamiento, atrapando al trabajador demandado, que se hallaba en un radio inferior a 20 metros de la máquina, y que como consecuencia del siniestro sufrió lesiones en su pierna izquierda. Las operaciones de descarga de la máquina perforadora se llevaban a cabo por el sondista y el ayudante de sondista desde la propia caja del camión. A lo que se adiciona que el sondista Sr. M. manifestó que las ordenes eran que tenía que bajar la máquina de la caja, que no les explicaron nada, que era la primera vez que iba a realizar esta tarea,

que la máquina había tenido fallos con anterioridad que habían comunicado a la empresa, y que cuando accionó el mecanismo de rodadura sin tocar el joystick que debía poner la máquina en movimiento, ésta efectuó un movimiento brusco que atrapo al Sr. H.P. La puesta en marcha de la máquina perforadora, por su anómalo funcionamiento, suponía un peligro para la seguridad de los que allí se encontraban, habida cuenta que no respondió a las órdenes dadas por el compañero del demandante.

De los precedentes hechos se desprende que el accidente de trabajo se produjo por falta de medidas de seguridad, al no adoptarse por la empresa las medidas adecuadas que garanticen las operaciones de descarga e instalación del equipo de trabajo de modo seguro, consistente en máquina Tecoinsa TP-50D, y si bien es cierto que el trabajador accidentado se colocó en una situación de riesgo al quedarse dentro de la caja del camión, también lo es que lo hizo porque era preciso para bajar la máquina, dado que por la mecánica de trabajo establecida por la empresa, la descarga de la máquina perforadora debía realizarse desde la caja del camión, sin respetar por tanto la distancia mínima que permitiera al trabajador acceder a la máquina en condiciones de seguridad. También debe tenerse en cuenta que habiendo tenido la máquina fallos con anterioridad, la empresa debió adoptar las medidas necesarias para que, mediante un mantenimiento adecuado, los equipos de trabajo se conserven durante todo el tiempo de utilización en condiciones adecuadas de seguridad, por lo que el anómalo funcionamiento de la máquina perforadora suponía un peligro para la seguridad de los que allí se encontraban, habida cuenta de que no respondió a las órdenes dadas por el sondista, cuando estaba verificando la máquina sin llegar a accionar el mecanismo de puesta en marcha. Tampoco consta que al trabajador accidentado, que llevaba tan solo un mes en la empresa, se le informara de los riesgos concretos de bajar la máquina perforadora. Por lo que concurren las infracciones legales citadas en la sentencia impugnada, existe un nexo causal entre las omisiones empresariales y las consecuencias producidas, sin olvidar que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador. Sin que pueda calificarse de imprudencia temeraria la conducta del empleado accidentado.

Y debe recordarse a propósito de esta cuestión lo establecido en el artículo 14 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales donde se dispone que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo ... " y, en el apartado 4 del artículo 15, señala que "la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". También en el art. 18 de la citada Ley recoge la obligación del empresario de proporcionar al trabajador la información necesaria en relación a los riesgos de su puesto de trabajo y medidas de prevención. Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores". Y el mandato

constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

A la luz de estos preceptos y la reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000), en el presente caso, atendidos los hechos declarados probados no puede estimarse que el empleado haya cometido una imprudencia temeraria, habiendo incumplido la empresa la normativa aplicable, provocando la situación de riesgo que produjo el daño acontecido, por lo que es de aplicación al presente supuesto lo establecido en el artículo 123 de la LGSS procediendo el recargo de prestaciones, estando la empresa obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la representación letrada de T.C.I SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de Valencia y su provincia, de fecha 24 de junio de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y P.H.P; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal. La parte recurrente abonará en concepto de honorarios de letrado la cantidad de 250 euros.

2181

Sentencia núm. 2.933, de 30 de diciembre de 2016

Materia: Despido improcedente. Incidente de readmisión irregular. La actora es readmitida con derecho a recibir los salarios de tramitación hasta la fecha de readmisión. **Acción de despido:** Caducidad. Información errónea de la Administración sobre la forma del cómputo del plazo para el ejercicio de dicha acción. **Nulidad resolución de instancia.**

Juzgado: Desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción y estima la excepción de caducidad de la acción de despido, absolviendo al ayuntamiento demandado de las pretensiones por despido deducidas en su contra, sin necesidad de conocer el resto de las cuestiones objeto de debate.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de la resolución de instancia. Se produce un error en la resolución de la administración empleadora a la hora de computar plazos induciendo a la demandante a error y a actuar dentro de un plazo que la propia administración considera inaplicable. Se decreta la devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia a fin de que, con plena libertad de criterio, se dicte nueva sentencia entrando a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- La sentencia de instancia desestima la excepción de incompetencia de jurisdicción alegada por el Excmo. Ayuntamiento de S. demandado y estimando la excepción de caducidad de la acción de despido alegada por el Excmo. Ayuntamiento de S. frente a la demandada de despido interpuesta por la actora absuelve al Ayuntamiento de las pretensiones por despido deducidas sin necesidad de entrar a conocer del resto de las cuestiones objeto de debate. Frente a esta sentencia interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado por el Ayuntamiento de S. En el escrito de recurso sin cita de precepto procesal que lo ampare se alegan motivos jurídicos. El primero sostiene la infracción del artículo 58 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 59.3 del ET y los artículos 69.3 y 103 de la LRJS, con expresa contravención de la jurisprudencia de las sentencias del Tribunal Supremo que cita; y en el segundo motivo se alega contravención del artículo 24.1 CE y la sentencia del Tribunal Constitucional de 10/04/2014 sobre la obligación de resolver de forma expresa por parte de las Administraciones Públicas cualquier reclamación previa planteada, comenzando los plazos a correr desde tal resolución administrativa para acudir a la vía jurisdiccional.

En el escrito de recurso se transcriben los Decretos de la Alcaldía en lo relativo a los recursos y medios de impugnación, en el Decreto nº 1094/2014 se indica que con carácter potestativo se puede interponer recurso de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la

recepción de esta notificación. Si interpuesto transcurre un mes desde el día siguiente al de la interposición del recurso de reposición sin que este haya sido resuelto y debe entenderse desestimado y se puede interponer recurso contencioso administrativo delante del Juzgado Contencioso Administrativo de Valencia, en el término de seis meses. También alude al recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Valencia dentro del término de dos meses contados a partir del día siguiente de la recepción de esta notificación. Eso en cuanto a los aspectos administrativos. Y en cuanto a los aspectos laborales/sociales indica que pueden presentar reclamación previa a la vía judicial laboral delante del Ayuntamiento en el plazo de un mes contado desde la notificación, denegada la reclamación o transcurrido un mes de la interposición de la reclamación sin haber recibido notificación de la resolución, supuesto en que se entenderá desestimada la reclamación por silencio administrativo el interesado podrá presentar demanda delante del juzgado o Sala de lo social competente en el plazo de 2 meses. Todo ello sin perjuicio de poder ejercitar cualquier otro recurso o acción que considerase pertinente. Y en Edicto publicado se indica la posibilidad de interponer recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la CV en el plazo de dos meses desde la inserción en el BOP. Y en la contestación a la reclamación previa en el Decreto de la Alcaldía se indica a propósito de los recursos lo siguiente: recurso de reposición ante el mismo órgano que dictó la resolución en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación. Si interpuesto transcurre un mes desde el día siguiente al de la interposición del recurso de reposición sin que este haya sido resuelto y debe entenderse desestimado y se puede interponer recurso contencioso administrativo delante del Juzgado Contencioso Administrativo de Valencia, en el término de seis meses. También alude al recurso contencioso administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo de Valencia dentro del término de dos meses contados a partir del día siguiente de la recepción de esta notificación. Todo ello sin perjuicio de poder ejercitar cualquier otro recurso o acción que considere procedente.

Considera la parte recurrente que en la resolución de la administración empleadora no se indica correctamente ni los plazos, ni las formas, ni la jurisdicción competente para conocer de la acción de despido y efectuándolo de forma errónea tanto en la propia resolución inicial como en las posteriores y sucesivas fijando plazos y jurisdicción inadecuados, no puede la administración beneficiarse de sus propias irregularidades al haber inducido a la demandante a error y actuar dentro de un plazo, que posteriormente, la propia Administración demandada considera inaplicable.

En el presente supuesto debe tenerse en cuenta lo establecido en la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2013 rec 2090/2012 en cuyo fundamento de derecho segundo se establece: "SEGUNDO.- 1. Como ya se ha señalado, la cuestión controvertida en el presente recurso de casación unificadora se centra en determinar si debe tenerse en cuenta a los efectos de acoger o no la excepción de caducidad de la acción por despido, la información errónea de la Administración sobre la forma del cómputo del plazo para el ejercicio de dicha acción. Pues bien, esta cuestión ha sido ya resuelta por esta Sala en sus sentencias de 17 de diciembre de 2004 (Rcud. 6005/03) EDJ 2009/229526, reiterada en las de 17 de septiembre de 2009 (Rcud. 4089/08)

EDJ 2009/229121 y de 12 de abril de 2011 (Rcud. 1111/10) EDJ 2011/104022. En esta última --citada ya en la sentencia recurrida EDJ 2012/151524 - se razona que:

"Las sentencias del Tribunal Constitucional 193 EDJ 1992/11279 y 194/1992 EDJ 1992/11280, en doctrina que ha sido reiterada por la sentencia de 214/2002 EDJ 2002/50328, han establecido que las normas sobre la incidencia de la reclamación previa sobre la caducidad de la acción han de interpretarse con criterios de razonabilidad y proporcionalidad que respeten las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, que reconoce el artículo 24 de la Constitución EDL 1978/3879. Así estas sentencias señalan que, aunque "los mandatos del artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 son Derecho necesario", también "lo son aquellos preceptos de la Ley de Procedimiento Administración -hoy el artículo 58 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 - que se refieren a los efectos de las notificaciones administrativas defectuosas", "cuya aplicación hubiera supuesto la admisión de la demanda planteada ante el Juzgado de lo Social". Por otra parte, se afirma que "la prevalencia concedida al artículo 59.3 del Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475 supone que, de hecho, la Administración ha venido a beneficiarse de sus propias irregularidades, al haber inducido a los hoy demandantes a error, y a actuar dentro de un plazo que, posteriormente, la misma Administración consideró inaplicable". Por ello, "no puede calificarse de razonable una interpretación que prima los defectos en la actuación de la Administración, colocándola en mejor situación que si hubiera cumplido su deber de notificar con todos los requisitos legales (STC 204/1987 EDJ 1987/203)". Por el contrario, "resulta razonable estimar que el artículo 79.3 Ley de Procedimiento Administrativo EDL 1992/17271 -hoy artículo 58.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común EDL 1992/17271 - era aplicable al presente supuesto, de manera que la notificación, aun errónea, debió surtir efectos al interponerse la correspondiente demanda, que, por ello, quedaba dentro del plazo legalmente señalado".

El Tribunal Constitucional señala además que el hecho de que se contara con asistencia de Letrado "no desvirtúa el hecho de que, efectivamente, la Administración indujo a error a los recurrentes y se aprovechó en el proceso, conscientemente, de ese mismo error", añadiendo que "la protección de los administrados frente a las irregularidades administrativas que lleva a cabo la Ley de Procedimiento Administrativo EDL 1992/17271 no se hace depender de la presencia o no de Letrado". Por último, se concluye que, aunque las indicaciones de las Administraciones sobre las vías de impugnación de sus actos carecen de fuerza vinculante para las partes, no puede considerarse falta de diligencia el seguir las instrucciones contenidas en las notificaciones administrativas, relativas a los recursos procedentes y plazos para interponerlos, pues "lo contrario supondría colocar a los ciudadanos en una situación de inseguridad ante las notificaciones administrativas, y vendría a eliminar la garantía que supone para el administrado la regulación legal de los requisitos de esas notificaciones".

En este caso el error existe y es relevante en orden a la conducta procesal de la trabajadora demandante, en la forma de computar el plazo, pues se le informó que el plazo corría desde la notificación de la resolución y no desde la fecha de efectos del despido con el descuento de los días correspondientes a la reclamación previa.

Razones por las que procede acoger el recurso de suplicación y con anulación de la sentencia de instancia y las actuaciones posteriores, con devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia a fin de que, con plena libertad de criterio, dicte nueva sentencia entrando a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la actora Doña C.G.F. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Doce de los de Valencia, de fecha 13 de abril de 2016, a que se contrae el presente rollo, debemos declarar y declaramos la nulidad de la expresada resolución de instancia y las actuaciones posteriores, con devolución de los autos al Juzgado de lo Social de procedencia a fin de que, con plena libertad de criterio, se dicte nueva sentencia entrando a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

2182

Sentencia núm. 9, de 9 de enero de 2017

Materia: Pensión de viudedad. Convivencia ininterrumpida y estable de la demandante con el causante de la prestación. Denegación prestación por no cumplir con ninguno de los requisitos que dan lugar a la prestación, de conformidad con el art. 174 de la LGSS. Falta de inscripción pareja en el Registro de parejas de hecho.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados y confirmando la resolución impugnada.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El causante y la demandante no se han inscrito en el registro de parejas de hecho ni la relación ha quedado constituida en documento público alguno. No procede el reconocimiento del derecho a la prestación solicitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se recurre por la demandante la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda en solicitud de pensión de viudedad porque el legislador estatal ha optado por reconocer prestación de viudedad pero no a toda pareja de hecho, sino exclusivamente a las que cuenten con una inscripción en alguno de los registros especiales existentes en las Comunidades Autónomas del lugar de residencia o se hayan constituido como tales en documento público, nada de lo cual se da en este caso, con cita de numerosa jurisprudencia. Articula el recurso, que no ha sido impugnado, a través del apartado c) del artículo 193 de la LJS, en el que discrepa, alegando, infracción del artículo 174.3 de la LGSS y vulneración del artículo 14 de la Constitución, con cita de STS Madrid.

La demandante, D^a E.S.V., nacida el 7-2-74 convivió desde 17-5-05 en la misma vivienda con mismo empadronamiento y de forma ininterrumpida y estable con el causante hasta el fallecimiento de éste el 16-10-14, habiendo tenido una hija. Solicitada el 5-11-15 pensión de viudedad fue denegada por el INSS por no ser su relación ninguna de las que pueden dan lugar a pensión de viudedad según art. 174 LGSS.

La cuestión que se plantea ya sido reiteradamente resuelta por SSTS, como la de 30-3-16 (Recurso 2689), que trata también el tema de la inconstitucionalidad al que alude el recurso en relación con las Sentencias de Madrid y dice:

<<siguiendo la doctrina establecida por esta Sala, reunida en Pleno, entre otras, en sentencias de 22 de septiembre de 2014, recurso 759/2012 y recurso 1980/2012, en las que también concurría la circunstancia de convivencia de la demandante y el causante en el mismo domicilio, figurando empadronados en el citado domicilio y teniendo hijos comunes. La sentencia contiene el siguiente razonamiento:

"CUARTO.-1.- Las exigencias del art. 174.3 LGSS en la doctrina del Tribunal Constitucional.- Aunque el Tribunal Constitucional no sea el intérprete de la legalidad ordinaria y tal misión compete en exclusividad a los Juzgados y Tribunales de la Administración de Justicia, la autoridad de sus criterios justifica que hagamos también referencia a sus recientes manifestaciones en la materia, del todo coincidentes con las de este Tribunal Supremo, cuya doctrina llega incluso a reproducir de manera literal.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional reproduce literalmente nuestra doctrina [«como ha señalado el Tribunal Supremo...-»] -por ello nos remitimos a su texto, que plasmamos en el segundo fundamento jurídico- en lo que se refiere a los «requisitos simultáneos» necesarios para obtener pensión de Viudedad [la «convivencia estable y notoria» en las circunstancias que el precepto refiere; y la «publicidad de la situación» por inscripción en Registro específico o constitución en escritura pública, «con carácter constitutivo»]. Y en la misma dirección -de compartir en sus literales términos nuestra doctrina- también manifiesta que no se trata de una exigencia probatoria duplicada sobre un único extremo [la existencia de la pareja de hecho], sino de acreditar dos exigencias simultáneas y diversas [material de «convivencia» y formal de «verificación» de haberse constituido la pareja como tal ante el Derecho. «De este modo -concluye el TC-, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia» (SSTC 40/2014, de 11/marzo, FJ 3, dictada precisamente al resolver cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala ; 45/2014, de 7/Abril, FJ 3 ; y 60/2014, de 3/Junio , FJ 3).

2.- Concepto de pareja estable en la doctrina constitucional.- Asimismo, el Alto Tribunal añade que ello «quiere decir que, a los efectos de la Ley, no son parejas estables que queden amparadas por su regulación las que no reúnan todos esos precisos requisitos, lo que supone una opción adoptada por el legislador a la hora de acotar el supuesto de hecho regulado que no resulta prima facie arbitraria o irracional»; y que «el reconocimiento de esas realidades familiares no impone al legislador otorgar un idéntico tratamiento a la convivencia more uxorio acreditada y a la no acreditada, o a la que se verifique por medio de los mecanismos probatorios legalmente contemplados frente a la que carece de ellos, pues no es irrazonable definir a aquéllos como los que garantizan que la atribución de derechos asociada cumplirá las exigencias de la seguridad jurídica». Para concluir -como resumen-: a) que la exigencia de especial acreditación [inscripción/escritura] «no vulnera el derecho a la igualdad ante la ley»; y b) que «la exigencia de la constitución formal, ad solemnitatem, de la pareja de hecho... no carece de una finalidad constitucionalmente legítima, en tanto que atiende a constatar, a través de un medio idóneo, necesario y proporcionado, el compromiso de convivencia entre los miembros de una pareja de hecho» (SSTC 45/2014, de 7/Abril, FJ 3 ; 60/2014, de 3/Junio , FJ 3).

3.- Inexistente tratamiento desigual a las parejas de hecho.- Y finalmente -como

colatorio explicativo- también se afirma que «no es que a unas parejas de hecho se le reconozca el derecho a la prestación y a otras no, sino que, a los efectos de la Ley, unas no tienen la consideración de pareja de hecho y otras sí» (SSTC 51/2014, de 7/Abril, FJ 3 ; 60/2014, de 3/Junio , FJ 3).

QUINTO.- 1.- Declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS.- Como último argumento en justificación de nuestra parte dispositiva, revocatoria de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ, hemos de referirnos a que el segundo aspecto de su «ratio decidendi» [discriminación por el diverso grado de exigencias entre las legislaciones de las CCAA] se ha visto privada de presupuesto por efecto de la STC 40/2014, de 11/Marzo [cuestión nº 932/12], que dando respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala, decidió «declarar que el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social ... es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6». Párrafo quinto que -hemos de recordar a efectos expositivos- era expresivo de que: «En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

2.- Improcedente reinterpretación de la norma anulada.- Tal dato ha de complementarse con reproducción del referido FJ 6, en el que el máximo intérprete de la Constitución afirma: «Con el objeto de eliminar la desigualdad que se deriva del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS , en lo que a la forma de acreditación de la pareja de hecho se refiere ..., la Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad plantea como alternativa entender que la remisión del párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas tengan o no las mismas Derecho civil propio. Sin embargo, de aceptarse esta solución persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho...Por todo lo señalado, debemos ... declarar inconstitucional y nulo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por vulneración del art. 14 CE , en relación con el art. 149.1.17 CE ».

3.- Alcance de la declaración de inconstitucionalidad.- En cuanto al alcance que deba atribuirse a tal declaración de inconstitucionalidad, el mismo FJ 6 de la citada sentencia, sostiene que «no solo habrá de preservar la cosa juzgada (art. 40.1 LOTC), sino que, igualmente ... se extenderá en este caso a las posibles situaciones administrativas firmes, de suerte que esta declaración de inconstitucionalidad sólo será eficaz pro futuro, esto es, en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme».

4.- Incidencia de tal declaración de inconstitucionalidad en la «ratio decidendi» de la sentencia recurrida.- Significa todo lo anteriormente expuesto - expresamente reiterado en las ya citadas SSTC 45/2014; 51/2014; y 60/201- que ha desaparecido la base normativa que sustentaba el argumento de la sentencia recurrida. Recordemos

que se mantenía en ella que la diversidad legislativa en orden a la exigencia de requisitos para entenderse constituida pareja de hecho con derecho a pensión de Viudedad, habría de resolverse -por respeto al principio de igualdad- a favor de aplicar la normativa menos exigente; y que, en consecuencia, la existencia de pareja de hecho habría de entenderse no precisada de inscripción en Registro alguno o de su constitución en escritura pública, sino que para ello bastaba cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Pero desde el punto y hora en que por el Tribunal Constitucional se ha expulsado -por nula- la remisión a la legislación autonómica que llevaba a cabo el apartado quinto del art. 174.3 LGSS , el argumento decae por falta de apoyo normativo, y el rechazo de la pretensión viene impuesto -lo venía en todo caso- por el no cumplimiento de las exigencias impuestas por el art. 174.3 LGSS , interpretado en los términos que hasta la fecha lo ha venido haciendo la Sala y que en esta sentencia mantienen, por las razones que se han expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos".>>

Citaremos también como una de las más recientes la STS de 8-11-16 (Recurso 3469/14), que dice:

<<En cuanto al fondo del asunto, la cuestión ha sido abordada en numerosas sentencias de esta Sala, manteniéndose una doctrina constante sobre el carácter de requisito "ad solemnitate" el exigido por el inciso 2º del nº párrafo 4º del nº 3 del art. 174 de la LGSS , que podemos resumir, con la sentencia de 22/10/14 (rcud. 1025/12) del siguiente modo: "Que el apartado 3 del art. 174 LGSS establece la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro superviviente de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años; y b) de otro la publicidad de la situación de convivencia more uxorio, imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público".

"Que la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo, tal y como pudiera deducirse de la confusa redacción del precepto, sino que los dos mandatos legales van referidos a otras tantas exigencias diferentes: a) la material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de cinco años; y b) la formal - ad solemnitate - de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio)".

"De ahí que concluyéramos que " la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las "parejas

de derecho" y no a las genuinas "parejas de hecho"."

Y tal doctrina no quedó desestimada, sino todo lo contrario, a raíz de la STC 40/14, que declaró nulo el último inciso de dicho art. 174.3, párrafo cuarto LGSS, como ya hemos indicado también en la sentencia del Pleno de la Sala de 22/9/14 (rcud. 1980/12), cuando señala:

"Declaración de inconstitucionalidad del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS.- Como último argumento en justificación de nuestra parte dispositiva, revocatoria de la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ, hemos de referirnos a que el segundo aspecto de su «ratio decidendi» [discriminación por el diverso grado de exigencias entre las legislaciones de las CCAA] se ha visto privada de presupuesto por efecto de la STC 40/2014, de 11/Marzo [cuestión nº 932/12], que dando respuesta a la cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala, decidió «declarar que el párrafo quinto del art. 174.3 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social ... es inconstitucional y nulo con los efectos señalados en el fundamento jurídico 6». Párrafo quinto que -hemos de recordar a efectos expositivos- era expresivo de que: « En las comunidades autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica».

Improcedente reinterpretación de la norma anulada.- Tal dato ha de complementarse con reproducción del referido FJ 6, en el que el máximo intérprete de la Constitución afirma: «Con el objeto de eliminar la desigualdad que se deriva del párrafo quinto del art. 174.3 LGSS, en lo que a la forma de acreditación de la pareja de hecho se refiere ..., la Sala proponente de esta cuestión de inconstitucionalidad plantea como alternativa entender que la remisión del párrafo quinto a la legislación específica de las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio debe entenderse hecha a las leyes de parejas de hecho de las Comunidades Autónomas tengan o no las mismas Derecho civil propio. Sin embargo, de aceptarse esta solución persistiría la desigualdad dimanante de la propia diversidad de esas leyes autonómicas de parejas de hecho...Por todo lo señalado, debemos ... declarar inconstitucional y nulo el párrafo quinto del art. 174.3 LGSS por vulneración del art. 14 CE, en relación con el art. 149.1.17 CE ».

"Incidencia de tal declaración de inconstitucionalidad en la «ratio decidendi» de la sentencia recurrida.- Significa todo lo anteriormente expuesto -expresamente reiterado en las ya citadas SSTC 45/2014; 51/2014; y 60/201- que ha desaparecido la base normativa que sustentaba el argumento de la sentencia recurrida. Recordemos que se mantenía en ella que la diversidad legislativa en orden a la exigencia de requisitos para entenderse constituida pareja de hecho con derecho a pensión de Viudedad, habría de resolverse -por respeto al principio de igualdad- a favor de aplicar la normativa menos exigente; y que, en consecuencia, la existencia de pareja de hecho habría de entenderse no precisada de inscripción en Registro alguno o de su constitución en escritura pública, sino que para ello bastaba cualquier medio de prueba admitido en Derecho. Pero desde el punto y hora en que por el Tribunal Constitucional se ha expulsado -por nula- la remisión a la legislación autonómica que

llevaba a cabo el apartado quinto del art. 174.3 LGSS , el argumento decae por falta de apoyo normativo, y el rechazo de la pretensión viene impuesto -lo venía en todo caso- por el no cumplimiento de las exigencias impuestas por el art. 174.3 LGSS , interpretado en los términos que hasta la fecha lo ha venido haciendo la Sala y que en esta sentencia mantienen, por las razones que se han expuesto en los anteriores fundamentos jurídicos.>>

En consecuencia, no habiéndose inscrito la demandante y el causante como pareja de hecho en el correspondiente registro público, ni haberse constituido en documento público, la sentencia recurrida no ha incurrido en las infracciones imputadas, por lo que procede la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia.

Sin costas al gozar la demandante del derecho de justicia gratuita (artículo 235. 1 de la LJS, en relación con el 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por E.S.V. contra la Sentencia de 8 de julio de 2015 del Juzgado de lo Social número 15 de Valencia, habiendo sido recurrido el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, confirmamos la referida sentencia, sin costas.

2183

Sentencia núm. 13, de 10 de enero de 2017

Materia: Jubilación. Trabajador que ha cotizado en España y otros países. Aplicación para el cálculo pensión de la normativa establecida en los reglamentos 883/2004 y 987/2009 CE. Diferencias en la prorrata en el cálculo de los porcentajes para el cálculo de la prestación.

Juzgado: Estima la demanda, declarando el derecho de la parte actora a percibir la pensión de jubilación solicitada con prorrata a cargo de la Seguridad Social Española en determinado porcentaje, y abono de las diferencias económicas desde determinada fecha, condenando al organismo demandado a estar y pasar a los efectos por esta declaración.

Sala: Desestima el recurso del organismo demandado y confirma la sentencia de instancia. No se aprecian las infracciones imputadas, por lo que no procede estimar el recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se recurre por el INSS la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que, estimando la demanda, reconoció al actor el derecho a percibir la pensión de jubilación con una prorrata a cargo de la Seguridad Social española del 77'27%, en lugar del 67'61 reconocido, y al abono de las diferencias resultantes desde 7-5-14.

Articula el recurso, que ha sido impugnado por el demandante, a través de un único motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, en el que alega como infringidos los artículos 161.3, 162 y 163 de la LGSS, así como el 52 y 56 y el anexo II del Reglamento 883/2004 sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social, argumentando que la gestora interpreta que la normativa aplicable establece una duración máxima de cotización a los efectos de establecer la prorrata de 14.600 días, es decir, 40 años de cotización, que es la duración máxima de periodos de seguro que la legislación española exige para el reconocimiento de una pensión completa de jubilación anticipada (estamos ante una anticipada con coeficiente reductor), de donde resulta el porcentaje del 67'61% y no los 35 que aplica la sentencia obteniendo el 77'27% concedido.

Hemos de partir de los hechos probados inmodificados, según los cuales:

1) El demandante, nacido el 6 de mayo de 1950, afiliado al Régimen General de la Seguridad Social, solicitó en fecha 9 de junio de 2014 la prestación de jubilación.

2) Por Resolución del INSS de 27 de agosto de 2014, se reconoció al actor con fecha 26 de agosto de 2014 la prestación de jubilación solicitada, con los efectos económicos e importes que se señalarán a continuación, en aplicación de la normativa establecida en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009 CE.

DATOS DE CÁLCULO

Pensión: JUBILACIÓN

Régimen general

Efectos económicos: 07-05-2014

Base reguladora: 2683,51

Porcentaje por años de cotización: 100,00

Coeficiente reductor por edad: 0,94

Porcentaje aplicable a la base reguladora: 94,00

Pensión teórica: 2522,50

Días de cotización en España: 9872

Días de cotización en otros países: 5622

Porcentaje a cargo de España: 67,61

Límite de días: 14600

Pensión básica: 1705,46

Actualización

Revalorizaciones

Complemento a mínimos

Complemento por residencia

Total mensual: 1705,46

Retención IRPF (Tipo 10,00%): 170,55

Importe líquido mensual: 1534,91

No se aprecia haya incurrido la sentencia en las infracciones imputadas, porque, como la misma expone y esta Sala comparte, el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social, dispone en su artículo 52, relativo al pago de las prestaciones, lo siguiente:

“1. La institución competente calculará el importe de la prestación potencialmente adeudada:

a) en virtud de la legislación que aplique, únicamente si las condiciones exigidas para tener derecho a las prestaciones se han cumplido exclusivamente con arreglo a la legislación nacional (prestación nacional);

b) calculando un importe teórico y posteriormente un importe real (prestación prorrateada), de la siguiente manera:

i) el importe teórico de la prestación será igual a la prestación que el interesado habría causado en el supuesto de que todos los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos de acuerdo con las legislaciones de los demás Estados miembros se hubieran cumplido de acuerdo con la legislación que dicha institución aplique en la fecha en que se liquide la prestación. En caso de que, con arreglo a dicha legislación, el importe no dependa de la duración de los períodos cumplidos, se considerará que dicho importe constituye el importe teórico,

ii) la institución competente establecerá a continuación el importe real de la prestación prorrateada, aplicando al importe teórico la proporción

entre la duración de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con la legislación que la institución aplique y la duración total de los períodos cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo de acuerdo con las legislaciones de todos los Estados miembros afectados”

Por su parte, el artículo 56, relativo a las “disposiciones complementarias para el cálculo de las prestaciones”, establece:

“1. Para el cálculo de los importes teórico y prorrateado señalados en la letra b) del apartado 1 del artículo 52, se aplicarán las normas siguientes:

a) cuando la duración total de los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo con arreglo a las legislaciones de todos los Estados miembros afectados sea superior al período máximo requerido por la legislación de uno de dichos Estados miembros para la obtención de una prestación completa, la institución competente de ese Estado miembro tendrá en cuenta el citado período máximo en lugar de la duración total de los períodos cumplidos; este método de cálculo no deberá dar lugar a que se imponga a la institución el coste de una prestación superior a la prestación completa establecida por la legislación que ésta aplique. Esta disposición no se aplicará a las prestaciones cuyo importe no dependa de la duración de los períodos de seguro”.

En el caso que nos ocupa, consta que el INSS reconoció al actor un total de 15.494 días cotizados, período de cotización superior al período máximo exigido en España (12.775 días) para causar derecho a una pensión de jubilación completa o del 100%. De los 15.494 días cotizados en Bélgica y España, 9.872 días corresponden a las cotizaciones efectuadas en España y el resto, 5.622 días a las acreditadas en Bélgica.

Consta igualmente en el expediente administrativo que el INSS realizó el cálculo de la pensión computando los períodos cotizados en los dos Estados miembros, acudiendo al mecanismo de prorata temporis, de acuerdo con los artículos 52 y 56 del Reglamento 883/2004, pero estableciendo como duración máxima para el reconocimiento de una pensión completa de jubilación un total de 14.600 días, realizando el cálculo mediante una media aritmética teniendo en cuenta por una parte el período máximo exigido en España para una pensión completa y por otro lado el período máximo establecido en Bélgica para tener derecho a una pensión completa.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 56 del Reglamento 883/2004, que dispone que *“cuando la duración total de los períodos de seguro y/o de residencia cumplidos antes de la fecha de la materialización del riesgo con arreglo a las legislaciones de todos los Estados miembros afectados sea superior al período máximo requerido por la legislación de uno de dichos Estados miembros para la obtención de una prestación completa, la institución competente de ese Estado miembro tendrá en cuenta el citado período máximo en lugar de la duración total de los períodos cumplidos”*, ello determina que el INSS ha de tener en cuenta dicho período máximo exigido en España (12.775 días) en lugar de la duración total de los períodos cumplidos.

En este sentido, se pronunció la STS de 29-4-2009 (R, 4519/2007) con referencia al artículo 46.2 del Reglamento (CEE) n° 1408/71 (coincidente con el actual artículo 56 del Reglamento 883/2004) y, tal y como viene sosteniéndose por la doctrina científica, la institución competente española ha de totalizar únicamente los períodos de cotización foráneos necesarios hasta alcanzar la duración máxima exigida por la LGSS para obtener una prestación completa, esto es, los precisos para alcanzar los 35 años que dan derecho a una pensión completa o del 100%. De esta forma, los efectos beneficiosos de este límite a la totalización se manifiestan al determinar la prorrata temporis, pues al reducir el denominador de la fracción y mantenerse constante el numerador, el porcentaje de prorrata que le corresponde al trabajador emigrante es superior, sin perjudicarlo por haber trabajado más años en el extranjero.

Aplicando ese criterio, teniendo en cuenta que, si en España se han de computar 9.872 días, y el divisor no ha de ser 14.600 sino el período máximo para causar derecho a una pensión completa en España, esto es, 12.775 días equivalente a 35 años, el resultado de la prorrata a cargo del INSS será del 77,27% y no del 67,61%, como se reconoce en la resolución de 4 de diciembre de 2014.

En consecuencia, no apreciadas las infracciones imputadas (el coeficiente reductor por edad no se considera relevante), el recurso debe ser desestimado y la sentencia que reconoció el derecho del actor al abono de la pensión de jubilación, con una prorrata a cargo de la Seguridad Social española del 77,27%, con abono de las diferencias económicas a favor del actor que resulten desde la fecha de 7 de mayo de 2014.

Sin costas, al gozar la gestora del beneficio de justicia gratuita (artículo 235.1 de la LJS en relación con el 2 de la Ley de Asistencia Jurídica gratuita).

FALLAMOS

Desestimando el recurso de suplicación formulado por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la Sentencia de fecha 2 de septiembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 9 de Valencia, en autos 129/15 sobre SEGURIDAD SOCIAL, siendo parte recurrida D. B.B.M., confirmamos la referida Sentencia.

Sentencia núm. 15, de 10 de enero de 2017

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora al servicio de empresa que presta servicios como directora de ventas. Extinción de la relación laboral en virtud de despido colectivo. Reclamación de cantidad. Retraso continuado en el abono de las nóminas. Declaración improcedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda de despido y la resolución de contrato indemnizada, declarando procedente La extinción dela relación laboral.

Sala: Estima en parte el recurso, revocando en parte la sentencia de instancia. Mantiene la desestimación de la demanda de despido ejercitada con la declaración de procedencia del despido objetivo realizada en la Sentencia de instancia y revocando el pronunciamiento referido a la desestimación de la demanda de resolución de contrato, acuerda la estimación de la demanda de resolución de contrato instada por la trabajadora, así como la extinción de su relación laboral con la empresa, con derecho a percibir por el concepto de indemnización derivada de tal extinción indemnizada determinada cantidad manteniendo resto pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D^a. M.D.P.P. interpuso en su día demandas de resolución de contrato al amparo del artículo 50 E.T. y por despido con alegación de vulneración de derechos fundamentales contra las empresas G.M. S.A., L.C. SLP Y M.B.W. S.L., solicitando se declarara la extinción de la relación laboral de la demandante con la empresa por los retrasos e impagos continuados en el abono del salario a la trabajadora e interesando se declarara la nulidad del despido objetivo que le había sido comunicado por la empresa, así como la condena a la empresa a abonarle por el concepto de salarios impagados la suma de 7.712,56 euros.

La sentencia de instancia desestima tanto la demanda de despido como la de resolución de contrato indemnizada declarando procedente el despido de fecha 26 de Octubre del 2014 convalidando la extinción del contrato que aquel produjo y condenando a la empresa G.M.S.A. en situación de concurso de acreedores siendo administrador concursal L.C. SLP a abonar a la actora la cantidad de 10.581,46 euros y estimando en parte la reclamación de cantidad formulada condena a esa misma empresa a abonar a la actora la suma de 6.085,05 euros con los intereses legales. Frente a la citada Sentencia, la parte actora interpone recurso de suplicación solicitando que se anule la misma y se estime la demanda formulada por la parte recurrente. Dicho recurso ha sido impugnado por la empresa.

SEGUNDO.- Para ello formula la parte recurrente al amparo del artículo 193 b) LRJS un primer motivo destinado a la revisión de los hechos declarados probados y un

segundo motivo denunciando la infracción de normas sustantivas y de la Jurisprudencia.

Comenzando con el análisis del primer motivo del recurso destinado a la revisión de los hechos probados, en concreto del hecho probado décimo tercero, señalar en primer lugar que para que pueda operar la revisión de los hechos declarados probados propuesta por las partes viene exigiendo 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.

La parte recurrente propone la modificación del hecho probado décimo tercero de manera que el mismo quede redactado de la siguiente forma: “En el periodo comprendido desde enero de 2013 y mayo de 2014 la empresa incurrió en relación a la trabajadora demandante en los siguientes retrasos:

Mes/año	Fecha fin de pago	% nómina	Retraso
Diciembre 2.012	17/02/2014	10%	413 días
Enero 2.013	15/02/2013	30%	15 días
Febrero 2.013	07/03/2013	20%	7 días
Junio 2.013	24/07/2013	25%	24 días
Julio 2.013	22/08/2013	20%	22 días
Agosto 2.013	30/09/2013	30%	30 días
Septiembre 2.013	31/10/2013	60%	31 días
Octubre 2.013	02/01/2014	38%	62 días
Noviembre 2.013	11/02/2014	10%	71 días
Diciembre 2.013	Impago 90%		
Enero 2.014	Impago		
Febrero 2.014	26/03/2014	10%	27 días
Marzo 2.014	28/04/2014	30%	28 días
Abril 2.014	03/06/2014	10%	34 días
Mayo 2.014	Impago		

Dicha modificación se funda en el documento 20 de la parte demandada (aunque por error dice demandante) que obra al folio 328 de los autos, y documento 5 de la parte actora (folios 412 a 441). Sin embargo en el documento 20 aportado por la empresa y como así se indica en el folio 21 vuelta del recurso al recoger la relación de documental aportada al acto de juicio por la empresa, lo que se consignan son los retrasos e impagos de nóminas de la empresa en el periodo de Junio del 2013 a Mayo del 2014 que son precisamente los que refleja el hecho probado décimo tercero de la Sentencia, no mencionando tal documento retraso o impago alguno desde diciembre del 2012 como se viene a interesar ahora por el recurrente. En cuanto al documento 5 de la parte actora hace referencia a las distintas transferencias efectuadas por la empresa en pago de las nóminas de la actora, si bien en tales documentos no se refleja la nómina a que se refieren tales impagos, por lo que no puede llegarse a la conclusión pretendida por la parte actora de reflejar retrasos en el abono de la nómina de diciembre del 2012, enero y febrero del 2013 sin acudir a hipótesis y argumentaciones en relación a tales documentos aportados por la parte actora, no resultando por lo tanto un documento hábil a efectos revisorios al no desprenderse del mismo sin género de duda alguna el redactado y modificaciones que pretende la parte actora en su escrito de recurso. No puede por ello admitirse la revisión pretendida.

TERCERO.- Formula la parte actora un segundo motivo de recurso, esta vez al amparo del apartado c) del artículo 193 LRJS considerando infringida la Jurisprudencia de la Sala cuarta del Tribunal Supremo reflejada en la Sentencia de 5 de julio del 2013 en relación con el artículo 4-2 g) E.T. y el artículo 5 c) del Convenio 158 de la OIT.

La Jurisprudencia que considera vulnerada el escrito de recurso es la contenida en la STS 5-7-2013, Rec. 1683/2012. Señala dicha Sentencia: *“el derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface ... mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza ... En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos» (SSTC 14/1993, de 18/Enero, FJ 2;...125/2008, de 20/Octubre, FJ 3; y 92/2009, de 20/Abril, FJ 3. SSTS 17/06/08 -rcud 2862/07 -; y 24/10/08 -rcud 2463/07-). De ello «se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental» [tutela judicial], ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo [art. 4.2 apartado g ET] (recientes, SSTC 76/2010, de 19/Octubre, FJ 4; 6/2011, de 14/Febrero, FJ 2; y 10/2011, de 28/Febrero, FJ 4). Y asimismo se impone aclarar -seguimos las sentencias de la Sala más arriba citadas- que tampoco es preciso que la medida represaliante tenga lugar durante la vigencia del contrato, sino que la garantía de indemnidad incluso alcanza a los supuestos en que la ilegítima decisión empresarial incluso se materializa en la falta de contratación posterior al ejercicio de las acciones judiciales.*

Tratándose de tutelar derechos fundamentales, el legislador ha instrumentado un mecanismo de defensa del derecho fundamental, cual es la inversión probatoria prevista en el art. 179.2 LPL [«una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación..., corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas»]. Y al efecto se recuerda por el intérprete máximo de la Constitución que «precisamente, la prevalencia de los derechos fundamentales del trabajador y las especiales dificultades probatorias de su vulneración en aquellos casos constituyen las premisas bajo las que la jurisprudencia constitucional ha venido aplicando la específica distribución de la carga de la prueba en las relaciones de trabajo», hoy recogida en los arts. 96.1 y 181.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (SSTC 38/1981, de 23/noviembre ;... 138/2006, de 8/Mayo, FJ 5; y 342/2006, de 11/Diciembre, FJ 4. Y - a título de ejemplo- SSTS 20/01/09 -rcud. 1927/0 -;29/05/09 -rcud 152/08-; y 13/11/12 -rcud 3781/11-). Pero para que opere el desplazamiento al empresario del «onus probandi» no basta simplemente con que el trabajador afirme su carácter discriminatorio, sino que ha de acreditar la existencia de indicio que «debe permitir deducir la posibilidad de que aquella [la vulneración constitucional] se haya producido», que genere una razonable sospecha, apariencia o presunción en favor de semejante afirmación; es necesario que por parte del actor se aporte una «prueba verosímil» o «principio de prueba» revelador de la existencia de un panorama discriminatorio general o de hechos de los que surja la sospecha vehemente de una discriminación, sin que sea suficiente la mera afirmación de la discriminación (aparte de muchas otras anteriores, SSTC 92/2008, de 21/Julio, FJ 3; 125/2008, de 20/Octubre; y 2/2009, de 12/Enero, FJ 3. Y SSTS 14/04/11 -rco 164/10 -;25/06/12 -rcud 2370/11-; y 13/11/12 -rcud 3781/11-). Y presente la prueba indiciaria, «el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales; no se le impone, por tanto, la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales» (tras muchas anteriores, SSTC 183/2007, de 10/Septiembre, FJ 4; 257/2007, de 17/Diciembre, FJ 4; y 74/2008, de 23/Junio, FJ 2); «en lo que constituye ... una auténtica carga probatoria y no un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria» (aparte de las que en ellas se citan, SSTC 326/2005, de 12/Diciembre, FJ 6 EPV; 125/2008, de 20/Octubre; y 92/2009, de 20/Abril, FJ 7)».

Partiendo de tales criterios Jurisprudenciales, señalar que en el presente caso lo que alega la parte recurrente es que la demandante formuló una demanda de resolución de contrato por impagos y que es como consecuencia de la misma por lo que se ve afectada por el despido colectivo tramitado por la empresa pues no expresa correctamente la carta de despido el motivo de afectación que lleva a la empresa a incluir a la demandante en tal despido colectivo. Sin embargo en este caso pese a la existencia del ejercicio de una acción previa al despido por la parte de la trabajadora, debe valorarse en este caso como así lo hace la Sentencia de instancia que el despido objetivo de la actora se enmarca dentro de un proceso de despido colectivo instado por la empresa al poco tiempo de presentar la trabajadora la papeleta de extinción de

la relación laboral, siendo así que en tal proceso colectivo resultaron afectados un total de 395 trabajadores, reflejando además la Sentencia en los fundamentos de derecho y con valor fáctico aun cuando se mencione en un lugar erróneo como son los fundamentos de derecho, que entre el colectivo afectado por el despido colectivo había trabajadores que habían instado previamente una demanda de extinción de la relación laboral y otros que no la habían instado y que había trabajadores que habían instado demandas de extinción de la relación laboral que no fueron afectados por el despido colectivo, revelando ello que la decisión extintiva adoptada por la empresa con independencia de si la misma se ajusta o no a las previsiones y requisitos del artículo 53 E.T. y de si la misma justifica la extinción de la relación laboral de la actora al estar incluida dentro de los criterios de afectación recogidos en tal proceso de despido colectivo, extremo éste que podrá en su caso justificar la procedencia o no de la decisión extintiva tal decisión, estuvo motivada por razones objetivas ajenas a todos propósito vulnerador de los derechos fundamentales de la trabajadora, no procediendo por ello la declaración de nulidad interesada en primer término por la parte actora. Alega la recurrente que la manifestación recogida en la Sentencia haciendo constar que entre los afectados por el despido colectivo los había que habían demandado previamente por extinción de contrato y que no lo habían hecho y que había trabajadores que habían accionado por extinción de contrato que no fueron afectados por el despido, no estuvo apoyada en soporte probatorio alguno sino que se trata de una mera manifestación del Letrado de la empresa. Sin embargo consta en la documental aportada por la empresa que relaciona la propia parte recurrente en su recurso distintas sentencias dictadas por juzgados de lo Social con ocasión de demandas de extinción de contrato planteadas por distintos trabajadores, por lo que a la vista de las mismas pudo extraer el Juzgador a quo tal conclusión que en todo caso no trata la parte actora de rebatir en forma alguna introduciendo algún hecho en los hechos probados que refleje según el soporte probatorio que estime conveniente que todos los trabajadores que ejercitaron una acción en resolución del contrato al amparo del artículo 50 E.T. se vieron luego afectados por el despido colectivo. Como así no se hace por la parte recurrente, como fundamenta la Sentencia de instancia el despido objetivo de la actora tras la demanda instada por ésta sobre resolución de contrato, al tratarse de un despido enmarcado en un despido colectivo en el que se vieron afectados una parte importante de la plantilla de la empresa, no puede constituir un indicio de la vulneración de los derechos fundamentales alegada por la parte recurrente y como no se aporta algún otro dato revelador de que la decisión extintiva de la empresa vino motivada por tal intención de vulnerar sus derechos fundamentales al ejercitar tal demanda de extinción de contrato, se estima acertada la decisión de la Sentencia de instancia considerando que no cabe la declaración de nulidad pretendida. Debe tenerse en cuenta que como se refleja en la Sentencia de Instancia y no se ha combatido por la parte recurrente, por la misma no se discutía la concurrencia de las causas justificativas para llevar a cabo el despido colectivo y que en cuanto a los criterios de afectación que motivaron la inclusión de la demandante entre los trabajadores afectados, se reflejaron en la carta de despido. Puede la parte actora considerar justificados o no en relación a la actora tales criterios de afectación si bien ello daría lugar en su caso a la improcedencia del despido y no a la nulidad del mismo que es la única consecuencia que la recurrente anuda a tal falta de criterios y de razón objetiva para afectar a la demandante. En todo caso no trata la recurrente de incluir

vía revisión de hechos probados dato alguno que pueda revelar la falta absoluta de razonabilidad en la inclusión de la demandante entre los trabajadores afectados por el despido colectivo por lo que no pueden atenderse los argumentos vertidos por la misma en el escrito de recurso y consideramos que con independencia de la procedencia o no de la decisión extintiva, existían razones objetivas más allá de todo propósito vulnerador de los derechos fundamentales de la trabajadora que habrían llevado a la empresa a adoptar dicha decisión extintiva que por ello no puede declararse nula como pretende la recurrente que ni siquiera cita correctamente el precepto infringido a los efectos de poder dar lugar a tal consecuencia de la nulidad de la decisión extintiva como sería el artículo 53 E.T.

CUARTO.- Al amparo del mismo apartado c) del artículo 193 LRJS formula la recurrente otro motivo considerando infringida la doctrina de la sala de lo Social del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 17-12-09 (rj 2010, 2142) en relación con el artículo del Estatuto de los Trabajadores. No menciona así el escrito de recurso el artículo a que se refiere tal doctrina y se limita a transcribir parte de la citada Sentencia del Tribunal Supremo en relación a lo que debe entenderse por error inexcusable considerando que en este caso la discrepancia entre la indemnización fijada a la actora y la que le correspondía no obedecía a una discrepancia razonable pues la indemnización por despido en un supuesto de reducción de jornada debe ser calculada conforme al salario percibido a jornada completa.

Al respecto indicar en primer lugar como así lo señala la empresa al impugnar el recurso que pese a que la Sentencia de instancia considera que la indemnización que correspondía por el despido objetivo de la trabajadora ascendía a 10.581,46 euros y no a la suma reflejada en la carta de despido de 9.452,05 euros, sin aclarar los cálculos realizados para llegar a tal diferencia indemnizatoria, calculando la indemnización por despido objetivo a razón de 20 días por año de servicio y con el salario de la trabajadora a tiempo completo de 2.500,02 euros con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras, se llega a la suma de 9.452,13 euros que viene a coincidir prácticamente con la señalada en la carta de despido y no a la suma fijada en la Sentencia de 10.581,46 euros como se indica sin aclarar la razón de ser de tal cuantía. Si ello es así pese a que la empresa no haya formulado recurso en relación a tal cuantía indemnizatoria, no podríamos hablar de error excusable o inexcusable en la fijación de la indemnización por despido objetivo y debería desestimarse ya por esta sola razón el motivo formulado.

Además en este caso la parte recurrente alega que la diferencia indemnizatoria es inexcusable y que ello lleva a declarar la improcedencia del despido, pero sin embargo no discute la falta de puesta a disposición de la indemnización por parte de la empresa, de manera que viene a admitir la falta de liquidez de la empresa alegada por la misma en la carta de despido y que conforme al artículo 53 E.T. le permitía en el caso de alegación de causas económicas no abonar en la fecha de la entrega de la carta de despido la indemnización correspondiente. Partiendo de tal situación de iliquidez de la empresa fuera o no correcta la cuantía fijada en la carta de despido, de ello no podría derivarse la improcedencia del despido solicitada. Ello es así pues el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 13 de Marzo del 2012 (RCUD

743/2011) y así lo ha entendido también esta Sala entre otras en la Sentencia de 10-10-13 (RS 1749/2013), señala que en estos casos de falta de liquidez de la empresa para poner a disposición del trabajador la indemnización derivada del despido objetivo, el error en la cuantificación resulta intrascendente a efectos del despido. Señala así la misma que *" La finalidad del precepto, al exigir la puesta a disposición de la indemnización, es que el trabajador disponga de la cantidad legalmente fijada como indemnización en el mismo momento de la comunicación del acuerdo de extinción ("simultáneamente"). Por tanto, la doctrina señalada, relativa a las consecuencias del error en la fijación de la cantidad, guarda relación con la salvaguarda de ese derecho. Se ha entendido que el derecho no queda satisfecho si la suma puesta a disposición se aparta, de forma inexcusable, de la que hubiera correspondido con arreglo a los parámetros que la ley establece. Ahora bien, en el caso de la excepción a la puesta a disposición, prevista para el supuesto de efectiva imposibilidad económica material, el derecho del trabajador ya no es el de la aprehensión inmediata de la indemnización, sino que se concreta en "exigir de aquel su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva" (art. 53.1 b) párrafo segundo [ET \(RCL 1995, 997\)](#)). De ahí que el apartado 5 a) del art. 53, al establecer los efectos de la sentencia que declara la procedencia del despido, señale que "en caso de procedencia, el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo, consolidándola de haberla percibido ..." , como hemos puesto de relieve en la [STS de 7 de febrero de 2012 \(RJ 2012, 3364\)](#) (rcud. 649/2011). A sensu contrario, cuando no se haya percibido -y no siendo nulo el despido, sino procedente-, será la sentencia la que fije la indemnización. Por otra parte, si resulta que tal requisito se halla excluido en supuestos como el presente, por las razones económicas expuestas, habrá de colegirse necesariamente la dificultad de apreciar defectos en el cumplimiento de una obligación inexistente. El que la empresa hubiera señalado en la comunicación escrita cual era el resultado de sus cálculos sobre la eventual indemnización no puede llevarnos a confundir las distintas exigencias formales del despido."*

A la vista de ello en todo caso y como así lo indica la Sentencia de instancia, el despido debe declararse procedente desestimándose así el motivo tercero del recurso.

QUINTO.- Alega también el recurrente al amparo del mismo apartado c) antes citado, la infracción de la Jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias en Sentencia de 16/10/06 en relación con el artículo 222 LEC, considerando que como la Sentencia del Juzgado de lo Social 3 de Castellón de fecha 15 de Julio del 2015 en un supuesto idéntico al presente estima la demanda formulada de resolución del contrato instada por varios trabajadores de la empresa demandada, del mismo modo en la Sentencia de instancia ahora recurrida debió llegarse a la misma conclusión.

Al respecto señalar en primer término que la doctrina establecida por las Salas de los Tribunales superiores de Justicia no constituye Jurisprudencia a los efectos de poder alegar la infracción prevista en el apartado c) del artículo 193 LRJS. En todo caso nada se refleja en los hechos probados de la Sentencia acerca del dictado de una Sentencia por el Juzgado de lo Social 3 de Castellón en un supuesto idéntico al presente como alega la recurrente y menos aún que tal Sentencia sea firme y como

nada se ha tratado de fijar al respecto a través de la oportuna revisión de hechos probados, ni siquiera puede darse por acreditada la existencia de tal Sentencia. En todo caso en modo alguno podría apreciarse en este caso la cosa juzgada alegada pues no concurre la premisa fundamental para ello ni en su vertiente positiva ni negativa, pues es preciso que concurren las tres identidades de los sujetos, el objeto y la causa de pedir. En este caso como alega la parte recurrente en tal Sentencia dictada por el Juzgado de lo social 3 de Castellón se examinaba la demanda formulada por varios trabajadores de la demandada entre los que no consta desde luego estuviera la actora pues en otro caso ya se habría estimado su pretensión y carecería de acción para volver a plantearla y por ello aun cuando se ejercitara la misma acción de resolución del contrato en modo alguno podría apreciarse la cosa juzgada alegada. Dicha Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 3 de Castellón vendría así a analizar el supuesto concreto de varios trabajadores de la demandada que ejercitaban una demanda de resolución del contrato pero al no coincidir el elemento subjetivo de uno y otro, estaríamos sin más ante una Sentencia dictada por un Juzgado de lo Social que no constituye desde luego Jurisprudencia y cuyo criterio no tienen por qué atender otros Juzgados de lo social que examinen acciones y supuestos similares de otros trabajadores de la misma empresa, pues debe estarse a las circunstancias concurrentes en los trabajadores que reclaman en cada caso. Debe desestimarse por ello tal motivo formulado por la parte recurrente.

SEXTO.- Finalmente se denuncia como infringida al amparo también del referido apartado c) del artículo 193 LRJS la infracción de la doctrina dictada por la Sala cuarta del Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 3 de diciembre del 2013 en relación con el artículo 50 E.T. pasando seguidamente la recurrente a transcribir parte de dicha Sentencia para argumentar que en este caso los retrasos en el abono de los salarios por parte de la empresa durante 18 meses y el impago de prácticamente tres mensualidades revelan la existencia de un incumplimiento grave por parte de la empresa incardinable en el artículo 50 E.T., y que justifica la extinción indemnizada de la relación laboral.

En el presente caso aún sin estimarse la revisión de hechos probados instada por la parte actora, lo cierto es que se acreditan retrasos en el abono del salario a la trabajadora desde el mes de Junio del 2013 que hasta septiembre del 2013 son de menos de un tercio del salario y con una media de 24 días de retraso, pero que a partir del mes de septiembre del 2013 alcanzan ya a la mitad del salario y a un retraso de entre treinta y sesenta días en el pago de tales salarios. En diciembre del 2013 ya sólo se le abona un 10% de la nómina, no se abona el salario de enero del 2014 y el de febrero, marzo y abril del 2014 no se abona en su integridad hasta transcurridos más de veinte días desde la fecha del devengo. Además a la fecha del juicio además del salario de enero del 2014 y el 90% del mes de diciembre del 2013, se le adeuda a la trabajadora el salario de mayo del 2014. Ello supone el retraso continuado durante once meses en el abono del salario, que aunque se trate del retraso en el abono de parte de la nómina y no del salario íntegro del trabajador, unido a la falta de abono de prácticamente tres mensualidades de salario se estima sí justificaría con arreglo a la Jurisprudencia citada por el recurrente la extinción indemnizada de la relación laboral que había sido interesada por la actora. Así debe citarse además de la Sentencia

reflejada en el escrito de recurso, la STS de 19-11-13 que así lo aprecia en un supuesto en el que los retrasos consisten en el abono fraccionado de las nóminas dentro del mes siguiente a su devengo en varios plazos, no impidiendo ello calificar tal conducta de la empresa como de incumplimientos graves incardinables en el artículo 50-1 a) E.T. y que justifican tal extinción de la relación laboral. Señala así tal Sentencia: *“Pone de relieve la STS/IV de 9 de diciembre de 2010 (rcud. 3762/2009), recordando la de 10 de junio de 2009 (rcud. 2461/2008) que: "esta Sala viene señalando con reiteración, salvo precedentes temporalmente lejanos en que se ha exigido un incumplimiento grave y culpable, haciendo una paridad con las causas originadoras del despido disciplinario [así, SSTS 03/11/86; y 04/12/86], o en que más matizadamente se ha requerido que el retraso sea grave y culpable, continuado y persistente [STS 20/01/87], este Tribunal entiende que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que modela en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, y la culpabilidad no solamente no es requisito para generarlo, sino que incluso es indiferente que el impago o retraso continuado del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa (SSTS 24/03/92 -rcud 413/91-;29/12/94 -rcud 1169/94-; 13/07/98 -rcud 4808/97 -; 28/09/98-rcud 930/98 -; 25/01/99-rcud 4275/97-; y 22/12/08 -rcud 294/08 -). En este línea se mantiene que para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria -exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo [independiente de la culpabilidad de la empresa], temporal [continuado y persistente en el tiempo] y cuantitativo [montante de lo adeudado], por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos (así, SSTS 25/01/99 -rcud 4275/97-; y 26/06/08 -rcud 2196/07-, en obiter dicta).*

En el caso que hoy resolvemos la gravedad resulta evidente. Se producen retrasos en el pago, durante un largo espacio de tiempo. Situación que adquiere una especial gravedad cuando ha de presumirse que el salario es la fuente principal por la que el trabajador satisface sus necesidades. Lo expuesto indica que, oído el Ministerio Fiscal, proceda la desestimación del recurso con imposición de las costas causadas al recurrente".

Por otro lado, la STS/IV de 22 de diciembre de 2008 (rcud. 294/2008) -citada por las anteriores-, tras una exposición de la evolución de la jurisprudencia de esta Sala en materia de resolución del contrato de trabajo por la causa prevista en el apartado b) del art. 50 ET, y siguiendo la línea jurisprudencial que en la misma se marca aplicada al caso allí enjuiciado, señala que "nos encontramos con una situación en la que objetivamente y con independencia de que la empresa se encuentra en concurso, existen unos retrasos en el pago de los salarios del trabajador demandante que tienen gravedad suficiente para constituir la causa de extinción del contrato de trabajo postulada al amparo de lo establecido en el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, puesto que son continuados, persistentes en el tiempo y

cuantitativamente importantes, desde el momento en que en 336 días alcanzaron un promedio de retraso de 11,20 días. Como antes se dijo, en esa jurisprudencia unificada, en la que se fija la línea "objetiva" en el análisis del incumplimiento empresarial examinado, se ha negado que las dificultades económicas, la situación de concurso, constituya un factor que module esa situación de impago constatada, hasta el punto de entender, como razona la sentencia recurrida, que esa situación priva del requisito de "gravedad" a la conducta empresarial, solución ésta que, en consecuencia, se muestra como no ajustada a derecho y ha de ser revocada con la estimación del presente recurso de casación para la unificación de doctrina. La consecuencia legal prevista en el ámbito de las indemnizaciones ante ese incumplimiento empresarial no puede ser otra que la específicamente prevista en el número 2 del artículo 50, en relación con el 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, esto es, 45 días por año de antigüedad, con el límite previsto en dicho precepto". Por su parte, la sentencia de 16 de julio de 2013, recurso 2275/12 ha establecido: "Doctrina de aplicación al supuesto ahora enjuiciado, por razones de seguridad jurídica, al constar acreditado que, como queda dicho, según el cuadro recogido en el hecho probado segundo que comprende del mes de octubre 2010 al mes de diciembre de 2011, la empresa ha venido abonando a la actora el salario con el retraso que allí se constata que da un promedio anual alrededor de 22,5 días/mes de retraso. Resulta por cuanto antecede evidente en el caso, la gravedad requerida por la doctrina transcrita: Se producen retrasos en el pago, durante un largo espacio de tiempo, superándose con creces los porcentajes fijados en la sentencia designada de contraste, que ha de entenderse contiene la buena doctrina. Situación que adquiere una especial gravedad cuando ha de presumirse que el salario es la fuente principal por la que el trabajador satisface sus necesidades; y sin que a ello obste la notoria existencia de una situación de crisis generalizada en la economía española -a la que se refiere la sentencia recurrida-, pues ello a su vez tiene la consecuencia de agravar la situación económica de la trabajadora". En el caso ahora examinado procede la extinción del contrato a instancia del actor ya que se producen retrasos en el pago durante un periodo de 21 meses, procediendo la empresa a abonarle los salarios fraccionadamente, con entre uno y dos meses de retraso, lo que supone un retraso grave y continuado, sin que obste a tal conclusión la mala situación económica de la empresa pues, reiteradamente ha señalado esta Sala, que el requisito de la gravedad del comportamiento es el que determina en cada caso la concurrencia del incumplimiento empresarial, sin que se exija el elemento culpabilístico ya que es indiferente que el retraso continuado en el pago del salario venga determinado por la mala situación económica de la empresa, entre otras, sentencia de 22 de diciembre de 2008, recurso 294/08."

A la vista de tal doctrina estimamos que la situación de retrasos e impagos de la empresa hacia la trabajadora reúne el requisito de gravedad exigido por la Jurisprudencia para justificar la extinción indemnizada de la relación laboral y procede por ello estimar este motivo del recurso.

Pese a que el despido objetivo de la trabajadora se ha declarado procedente al haber iniciado la trabajadora previamente la acción de resolución del contrato por falta de pago y retrasos en el abono del salario mediante la interposición de la oportuna papeleta de conciliación, tal declaración de procedencia del despido no

enerva la acción de resolución de contrato que al estimarse conlleva el abono a la trabajadora de la indemnización que corresponde a la declaración de improcedencia del despido fijada a la fecha del despido precedente que es cuando se extingue la relación laboral, así el 26-10-14. En este sentido se ha pronunciado la STS de 21-9-16 (recurso 221/2015), al señalar: *“En el presente caso no hay duda de que se trata de acciones fundadas en una misma situación de conflicto, puesto que la acción resolutoria de los trabajadores se formula con base en la alegación de incumplimientos en el pago de los salarios y el despido objetivo acordado por la empresa se fundamenta en sus dificultades económicas. Ahora bien, yerra la sentencia recurrida cuando, tras señalar que los retrasos en el abono de los salarios y pagas extras derivan sin duda de la situación económica negativa de la empresa, y establecer como conclusión de ello que las acciones de extinción contractual y de despido están estrechamente vinculadas, declarando la procedencia del despido por la situación económica de la empresa, niega la legitimidad de la acción de extinción contractual instada por los trabajadores, porque dicha acción fue formulada después de que la empresa les hubiera notificado su intención de iniciar un procedimiento de despido colectivo el día 11-10-2013, con la finalidad -dice- de conseguir una mayor indemnización que la que les correspondería por el despido objetivo. Ahora bien, lo cierto es, sin embargo, y en primer lugar, que - como ya hemos señalado- las papeletas de conciliación instando la extinción contractual se presentaron no después sino antes de la comunicación empresarial de la iniciación de un procedimiento de despido colectivo, concretamente, las papeletas se presentaron el día 8 de octubre y la iniciación del procedimiento de despido se produjo el día 11 de octubre, tres días después. Pero, es que además, y en cualquier caso, "La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado", es una causa que, de concurrir, legitima al trabajador para solicitar la extinción del contrato, conforme dispone el artículo 50.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, sin que el precepto establezca ningún otro requisito o condición con respecto a la situación empresarial, razón ésta por lo que la Sala, a partir de la sentencia de 24/03/1992 (rcud 413/1991) viene adoptando, en interpretación de dicha causa, una palmaria línea objetiva.*

Así, en esta línea interpretativa, la sentencia de 19 de enero de 2015 (rcud. 569/2014), tras recordar que "En diversas ocasiones hemos advertido que para determinar la gravedad del incumplimiento, debe valorarse exclusivamente si el retraso o impago es o no grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario, partiendo de un criterio objetivo independiente de la culpabilidad de la empresa (continuación y persistencia en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado). En tal sentido, por ejemplo, pueden verse las SSTS de 24 de septiembre de 2013 (rec. 3850/2011); 2 diciembre 2013 (rec. 846/2013); 3 diciembre 2013 (rec. 141/2013) y 5 diciembre 2013 (rec. 141/2013), donde se explica el abandono del criterios culpabilista sostenido en alguna ocasión", "sin que pueda hacerse valer en contra la aquiescencia del trabajador por el largo tiempo transcurrido sin reclamar. Por ejemplo, véanse las SSTS de 10 de junio 2009 (rec. 246/2008); 16 julio 2013 (rec. 2275/2012); 19 noviembre 2013 (rec. 2800/2012) y 3 diciembre 2013 (rec. 540/2013)", concluye en que, "De este modo, para que prospere la causa resolutoria basada en «la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado», es necesaria - exclusivamente- la concurrencia del requisito de «gravedad» en el incumplimiento

empresarial, y a los efectos de determinar tal «gravedad» debe valorarse tan sólo si el retraso o impago es grave o trascendente en relación con la obligación de pago puntual del salario ex arts. 4.2 f) y 29.1 ET, partiendo de un criterio objetivo (independiente de la culpabilidad de la empresa), temporal (continuado y persistente en el tiempo) y cuantitativo (montante de lo adeudado), por lo que concurre tal gravedad cuando el impago de los salarios no es un mero retraso esporádico, sino un comportamiento persistente, de manera que la gravedad del incumplimiento se manifiesta mediante una conducta continuada del deber de abonar los salarios debidos". Es precisamente esta interpretación objetiva, la que ha llevado a esta Sala, entre otras en las sentencias de 5 de abril de 2001 (rcud. 2194/2000) y de 3 de diciembre de 2012 (rcud. 612/2012), a señalar "que la situación de dificultades económicas apreciada en la tramitación de un ERE o de la situación de concurso posterior a la presentación de las demandas de resolución de los contratos [...] no es óbice para el planteamiento de la correspondiente demanda para el ejercicio de las acciones resolutorias"; y, C) La aplicación de toda esta doctrina impone la estimación del recurso y, por ende, de la pretensión de los demandantes con respecto a la extinción contractual, en cuanto está acreditado, que la empresa adeudaba a los trabajadores demandantes los salarios correspondientes a la paga extra de Navidad de 2012 y de julio de 2012 y 2013, así como los salarios de agosto, septiembre, octubre y un número variable de días de noviembre según los casos. Además, cobraron con retraso los salarios de enero a julio de 2013, constituyendo sin duda todo ello una situación grave e insoportable para el mantenimiento del vínculo de los demandantes porque no se puede obligar al trabajador a mantener unas condiciones laborales que le puedan generar un grave perjuicio patrimonial o una pérdida de opciones patrimoniales, dándose en consecuencia las condiciones que permiten la extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador, conforme al art 50.1.b) del ET en relación con el 29.1 y con las consecuencias del 50.2 en relación con el 56.1 de dicho texto normativo y Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2012. QUINTO.- 1 En su consecuencia, y de conformidad con todo lo razonado, visto el informe del Ministerio Fiscal, la ya anticipada estimación del recurso de casación unificado, conlleva que casemos y anulemos la sentencia de suplicación recurrida y, estimando asimismo el recurso de esta última clase interpuesto por los trabajadores demandante, revoquemos en el concreto extremo impugnado (sin incidencia en la desestimación de la demanda por despido) la decisión de instancia y, en consecuencia, estimar la demanda en el extremo de la extinción contractual, fijando como fecha de la indemnización prevista en el artículo 50.2 del ET, la de la fecha del despido declarado procedente, o sea la de 19 de noviembre de 2013. Por consiguiente, la empresa demandada deberá abonar a los trabajadores demandantes sendas indemnizaciones calculadas conforme a los preceptos señalados... De estas indemnizaciones, deberán descontarse el importe de las indemnizaciones por despido en el caso que las hayan percibido".

De conformidad con dicha doctrina lo que procede en este caso es mantener la declaración de procedencia del despido objetivo, y dejar sin efecto el referido a la acción de extinción indemnizada de la relación laboral, acordando en su lugar declarar la extinción indemnizada de la relación laboral de la actora con la empresa en la fecha de tal decisión extintiva del 26-10-13 con derecho a percibir por el concepto de

indemnización la que resultaría de declarar la improcedencia del despido y así en este caso concreto la suma de 18.863,16 euros, que se desglosa en el importe de 11.404,20 euros a fecha 12-2-12 calculado a razón de 45 días por año de servicio más la suma de 7.458,96 euros a partir de dicha fecha calculada a razón de 33 días por año de servicio. Los demás pronunciamientos de la Sentencia de instancia se mantienen al no haber sido combatidos en el escrito de recurso.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 235 de la Ley de la Jurisdicción Social, ante la estimación parcial del recurso y 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,

FALLO

Que estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por D^a M.D.P.P. contra la Sentencia dictada en fecha 29 de Enero del Dos Mil Dieciséis por el Juzgado de lo Social 8 de Valencia en autos 861/14 y 1220/14 acumulados sobre EXTINCIÓN DE CONTRATO Y DESPIDO CON VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES seguidos a instancias de la recurrente frente a la empresa G.M. S.A. , su administrador concursal L.C.SLP, Y M.B.W. S.A. y habiendo sido llamado el FOGASA y citado el Ministerio Fiscal, y acordamos revocar en parte dicha Sentencia, manteniendo la desestimación de la demanda de despido ejercitada con la declaración de procedencia del despido objetivo de fecha 26 de Octubre del 2013 realizada en la Sentencia de instancia y revocando el pronunciamiento referido a la desestimación de la demanda de resolución de contrato, acordando en su lugar la estimación de la demanda de resolución de contrato instada por la trabajadora, así como la extinción de su relación laboral con la empresa en la fecha del 26 de Octubre del 2014 con derecho de la trabajadora a percibir por el concepto de indemnización derivada de tal extinción indemnizada la suma de 18.863,16 euros, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la Sentencia de instancia.

Sin costas.

2185

Sentencia núm. 27, de 10 de enero de 2017

Materia: Convenio colectivo. Impugnación. Empresa dedicada a la recolección de cítricos. Incumplimiento normativa prevista en el estatuto de los Trabajadores. Cumplimiento jornada de trabajo y horas extraordinarias: carácter voluntario de estas. Aplicación artículos 82.3, 84.1 y 84.2 ET. Aplicabilidad convenio colectivo de empresa.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda interpuesta contra los componentes de la comisión negociadora del convenio colectivo, declarando la inaplicabilidad de determinados artículos del mismo para la empresa.

Sala: Estima el recurso declarando la inaplicabilidad del convenio colectivo de empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación de CCOO del PV se formula recurso frente la sentencia que estimó parcialmente su demanda y declaró la inaplicabilidad de los artículos que se mencionan en la parte dispositiva de dicha resolución, todos ellos del Convenio Colectivo para la empresa “G.B., SL”, planteándose dicho recurso exclusivamente en cuanto la referida sentencia, por el contrario, estimó que debía ser mantenido el artículo 17 de aquél al considerar que no vulneraba el artículo 82 del ET, solicitándose que se declare la inaplicabilidad de este último.

Dicho recurso se estructura en un solo motivo, destinado al examen del derecho, entendiendo la parte recurrente que la sentencia de instancia infringe los artículos 82.3, 84.1 y 84.2 del ET, alegando en síntesis que si bien es correcta la argumentación de la sentencia en referencia al artículo 7 del citado convenio de empresa, precepto que se consideró no conculcaba la legalidad, en cambio la interpretación que se hacía acto seguido respecto el artículo 17, norma que la juez de instancia entendió similar a la anterior y de ahí tal análoga solución, no es compartida desde el momento en que si bien el artículo 7 se refiere al cumplimiento de la jornada de trabajo, por contra el precepto que se pretende ilegal converge sobre la obligatoriedad de realizar las horas extraordinarias, con una suerte de postergación en el caso de incumplimiento injustificado de estas, que queda fuera de la facultad otorgada por el artículo 84.2 del ET.

En definitiva, lo que se debe discernir no es otra cosa que determinar si el precepto convencional antes referido es o no es materia que resulta exceptuada de la regla general que predica el artículo acabado de citar en su párrafo primero, esto es, la prohibición de concurrencia de convenios de ámbito distinto, pues aquí concurriría ese convenio de empresa con el convenio sectorial autonómico. El artículo 17 del convenio de empresa dispone que “Se pacta la realización de horas extraordinarias dentro de la campaña hasta el límite legal, según necesidades productivas y organizativas de la

empresa, abonándose al precio de la hora ordinaria. El incumplimiento injustificado de esta obligación motivará la postergación en el orden de llamamiento frente los trabajadores que si la hayan cumplido. En todo caso se entenderá como negativa justificada el cuidado de familiares e hijos”.

Partiendo de dicha dicción, es evidente que lo que se regula en el convenio de empresa no es materia que se encuentre comprendida en alguna de las materias cuyo elenco se describe en los párrafos “a” al “g” del citado artículo 84.2 del ET, pues la referencia en estos a las horas extraordinarias alude exclusivamente a su abono o compensación, no a la fijación de estas como voluntarias u obligatorias. En el precepto paccionado aludido es evidente que se están pergeñando las horas extras como obligatorias, frente lo que el convenio autonómico dispone en su artículo 11, que prevé que las horas que se realicen por encima de la jornada ordinaria, según el periodo de trabajo, serán de libre aceptación por empresas y trabajadores, es decir las horas extraordinarias tienen en principio carácter voluntario, solo en el caso que se acepte su realización su incumplimiento tendrá las consecuencias que se prevén en el artículo 7, que ya se ha dicho se consideró no conculcaba el principio de no concurrencia.

En definitiva, se estimará el recurso aquí examinado y por extensión la demanda, en los términos solicitados exclusivamente en el escrito aludido.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por CCOO del PV frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Castellón de 7 de junio de 2016, recaída en autos sobre impugnación de convenio colectivo, y debemos declarar y declaramos la inaplicabilidad del convenio colectivo de empresa “G.B., SL”, publicado en el BOP de Castellón de 24 de enero de 2015, debiendo las partes estar y pasar por esta resolución, que se comunicará a la autoridad laboral a los efectos legales correspondientes.

2186

Sentencia núm. 28, de 10 de enero de 2017

Materia: Extinción de contrato. Trabajadora con contrato temporal eventual por circunstancias de la producción. La actora solicita el abono de determinadas cantidades devengadas y no pagadas. Extinción relación laboral por impago salarios.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las pretensiones de la demanda. Se deja sin efecto la medida cautelar acordada mediante auto.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda acreditado el impago de los salarios por lo que no procede la extinción del contrato.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Por la representación letrada de la demandante se formula recurso frente la sentencia que desestimó la demanda, donde se solicitaba por la ahora recurrente la extinción indemnizada del contrato de trabajo fundada en impago de los salarios.

El citado recurso se estructura en dos apartados, el primero destinado a la revisión de los hechos probados, con correcto encaje procesal, postulando la modificación parcial del cuarto ordinal, donde la sentencia recoge la circunstancia de que las nóminas de los meses de mayo a septiembre de 2015 aparecen firmadas por la trabajadora, así como las dos posteriores, aunque no conforme con lo que se le pagaba, pretendiendo que se consigne que la empresa admitió que a la trabajadora se le pagaban en metálico diversas cantidades. Pero dicha apostilla debe decaer, pues constituye tan solo, en el caso de que se admitiera, una alegación de parte que no forma parte de las pruebas que se admiten en este extraordinario recurso para alterar el relato histórico de la sentencia, independientemente de que su inclusión tampoco tendría incidencia relevante para alterar el signo del fallo.

Y precisamente por esta carencia de trascendencia a los expresados efectos, se desestima la inclusión de un nuevo hecho probado indicativo de que el juzgado acordó en su momento a través de medida cautelar la exoneración de la demandante de trabajar una vez producida el alta médica tras la situación de IT producida en enero de 2016, ya que la adopción de esta medida legal preventiva no prejuzga ulteriores pronunciamientos judiciales.

SEGUNDO. Respecto el derecho, el segundo motivo, sin cita procesal, censura a la sentencia la infracción del artículo 217 de la LEC, en relación con el artículo 29 del ET y del convenio colectivo --que no cita-- en lo que se refiere al complemento de IT a cargo de la empresa.

Se argumenta de una manera confusa que el hecho de que la empresa hiciera pagos a cuenta de los salarios (extremo que no se incluyó en el relato de hechos probados) acredita que la empresa adeudaba a la trabajadora parte de los mismos.

Para decidir el motivo se debe partir, primero, que no estamos en un proceso de reclamación de cantidad, sino de extinción del contrato de trabajo por impago de salarios, aún de forma parcial, pues en la demanda se insertan las cantidades que dice la actora no ha percibido en los meses que recogen en el segundo hecho probado, y segundo, que la ahora recurrente, al menos en la citada demanda no solicita acumuladamente el abono de tales salarios, aunque esto no excluye que lo pueda hacer en proceso separado.

Pero dicho motivo debe decaer por la sencilla razón de que las normas invocadas, en concreto la que regula la apreciación de la prueba por parte del juez, no han sido objeto de contravención en la sentencia, en la medida que el relato histórico se pergeñó con arreglo a las practicadas en la instancia, compitiendo al juez a quo la valoración del acervo probatorio de las partes, y en este concreto supuesto, como se ha visto anteriormente, siquiera a través de la revisión de los hechos probados se ha modificado el relato aludido. Al margen de ello, se aducen en el motivo cuestiones extrañas al proceso, al ser posteriores a la sentencia, en concreto la permanencia de la trabajadora en situación de IT y el hecho de que la empresa, según manifiesta la recurrente, no le abona la prestación por dicha contingencia. Como quiera que se trata de una materia ajena a la demanda, y además está avalada por documentos nuevos carentes de fuerza legal en este concreto recurso, la circunstancia de que no se acreditara, como acertadamente manifiesta la sentencia recurrida, el impago de los salarios en todo el periodo aducido en la demanda, a salvo de veinte días de enero de 2016, es razón para considerar correcto que no se accediera a la extinción del contrato por dicho impago, en tanto se fundaba dicha pretensión en el artículo 50 del ET.

Finalmente, el último motivo del presente recurso censura la “indebida aplicación de la jurisprudencia invocada por la juzgadora a quo” --que no menciona--, en referencia a la contradicción que implica, según su particular punto de vista, el hecho de que existen recibos manuscritos de entregas dinerarias a lo largo de la vida laboral de la trabajadora y en cambio se afirma que las hojas de salarios están firmadas por la trabajadora.

Motivo que debe decaer asimismo, pues aparte de que esa circunstancia no tuvo acogida en la sentencia, esta resolución es coherente y consecuente con lo solicitado en la demanda, y como quiera no se probó el impago de los salarios aducidos en el escrito de demanda, obviamente no se podía acceder a la extinción indemnizada del contrato de trabajo, de ahí que deba ser íntegramente confirmada, con desestimación del recurso.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de L.B.F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 DE CASTELLÓN de fecha 28 de junio de 2016 en virtud de demanda formulada contra B. S.A., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

2187

Sentencia núm. 52, de 11 de enero de 2017

Materia: Conflicto colectivo. Empresa municipal de transportes. Licencias con sueldo y permisos no retribuidos, subsidios y permisos para actividades sindicales. Entrada en vigor del Real Decreto-ley 20/2012. Modificación disposiciones establecidas en el convenio colectivo anterior. Aplicación laudo sobre cuestiones sometidas a arbitraje.

Juzgado: Desestima la demanda formulada por el sindicato demandante, absolviendo a la empresa municipal demandada de las pretensiones que en ella se contienen.

Sala: Estima el recurso del sindicato demandante y se reconoce el derecho de los trabajadores afectados por el conflicto colectivo a ser repuestos en las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de empresa para el periodo 2008-2011.

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, a los fines siguientes: A) Se revise el hecho probado primero, cuando en su párrafo tercero, al transcribir el artículo 46 del Convenio Colectivo, indica al final “A tal efecto la empresa, atendiendo a las necesidades del servicio, regulará el disfrute de las vacaciones”, señale en su lugar “A tal efecto la empresa, atendiendo a las necesidades del servicio, regulará el disfrute de esta licencia”. B) Se revise el hecho probado tercero indicando: “Como consecuencia de dicho Real Decreto-ley, la parte social y la representación de la empresa pactan en fecha 26 de julio de 2012 el “Acuerdo Convenio Colectivo EMT Valencia años 2012-2013” en el mismo se indican las medidas que se van a aplicar para cada uno de los dos años del acuerdo, titulándose la primera “Aplicación de las medidas enunciadas en el Real Decreto-ley 20/2012”, donde se establece la reducción de los días de convenio a tres, frente a los seis, y de obligado disfrute, se suprime el artículo 87 del Convenio Colectivo y se establece también complemento de empresa en los términos del artículo 9 del mencionado Real Decreto-ley”.

2. Las modificaciones fácticas propuestas merecen prosperar pues así se deducen directamente de la documental en que se apoyan.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se dedica al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, refiriéndose al examen de “las infracciones de los artículos 86.1 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a que corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio. De los artículos 2, 1.281 y

1.285 del Código Civil, en cuanto a error en la interpretación conjunta e integradora del acuerdo entre las partes de Convenio Colectivo EMT Valencia años 2012-2013 de fecha 26 de julio de 2012, error en la interpretación del artículo 5 y cláusula final tercera del Convenio Colectivo de la EMT años 2012 y 2013. Todo ello en apoyo de la jurisprudencia de la sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2012, procedimiento 343/12, de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014, recurso 156/13, de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2015, recurso 318/13, y error en la interpretación del laudo de fecha 27 de marzo de 2015 del Tribunal de Arbitraje Laboral de la Comunidad Valenciana en expediente PAV-33/15 de arbitraje de equidad al que se sometieron las partes aquí litigantes, todo ello al amparo de lo previsto en el art. 193 c) de la Ley de la Jurisdicción Social”. A continuación, en cuatro apartados argumenta en síntesis, que en el “Acuerdo Colectivo EMT Valencia años 2012-2013”, se contemplaban los permisos, complemento de empresa en los términos del artículo 9 del Real Decreto-Ley 20/2012, y la reducción de créditos sindicales, dentro de “las medidas enunciadas” en dicha norma legal, para que el Convenio Colectivo, entre otras cosas, se adaptase a los imperativos que con carácter temporal estableció el Real Decreto- ley de referencia, y que como se indica en el Laudo de Equidad de 27 de marzo de 2015, copia del cual se aportó por ambas partes, eran tácitamente medidas para los dos años de vigencia del convenio, extendiéndose en una crítica de la sentencia de instancia en cuanto que afirma que la nueva redacción de los artículos 46, 63 y 87 del Convenio Colectivo pudiera o no haber sido coincidente con lo establecido en el acuerdo adoptado para aplicar las medidas del Real Decreto-ley 20/2012, y que si la parte social lo había aceptado era exclusivamente por su carácter coyuntural, que en definitiva es como lo califica el laudo arbitral dictado, invocando en apoyo de su tesis las sentencias de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 21 de diciembre de 2012, procedimiento 343/12, y del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 2014, recurso 156/13, y de 3 de febrero de 2015, recurso 318/13.

2. Del relato histórico de la sentencia de instancia, complementado con los datos de que se hizo mérito en el fundamento jurídico anterior, destacamos: A) El Convenio Colectivo 2008, 2009, 2010 y 2011, afecta a todos los trabajadores de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia EMT S.A.U. (EMT), hasta la categoría de jefe de Departamento inclusive. El mismo tiene una vigencia de cuatro años que se computarán a partir del primero de mayo de 2008. El artículo 46 del mismo, referente a las licencias con sueldo y permisos no retribuidos dispone que “El trabajador, avisándolo con la posible antelación y justificándolo adecuadamente, podrá faltar o ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración con los conceptos de un día normal de trabajo efectivo, por alguno de los motivos y durante el tiempo que a continuación se exponen: f) durante 6 días al año, consecutivos o no, para atender necesidades familiares o sociales. A tal efecto la empresa, atendiendo a las necesidades del servicio, regulará el disfrute de esta licencia”. El artículo 63, referente al complemento de subsidio a enfermos y accidentados: “1º Los trabajadores que causen baja por enfermedad o accidente de trabajo, en tanto subsista la situación de incapacidad temporal, percibirán de la empresa un complemento de subsidio consistente en la diferencia entre la indemnización del correspondiente seguro y el 100% del salario de cotización ordinaria que haya servido de base a la misma (es decir,

sin incluir las pagas extraordinarias).” Y el artículo 87 dispone que “Se destinan a 3.624 horas para actividades sindicales, distribuidas proporcionalmente a los miembros del Comité de Empresa, con posibilidad de cesión a las Secciones Sindicales”. B) En fecha 14 de julio de 2012 se publica en el BOE el Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad estableciendo en su artículo 8.3 “Desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscrito por las Administraciones Públicas y sus organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza. Artículo 9.2.1º: “Cuando la situación de incapacidad temporal derive de contingencias comunes, durante los tres primeros días, se podrá reconocer un complemento retributivo hasta alcanzar como máximo el 50% de las retribuciones que se vengán percibiendo en el mes anterior al de causarse la incapacidad. Desde el día cuarto hasta el vigésimo, ambos inclusive, el complemento que se pueda sumar a la prestación económica reconocida por la Seguridad Social deberá ser tal que, en ningún caso, sumadas ambas cantidades, se supere el 75% de las retribuciones que vinieran correspondiendo al dicho personal en el mes anterior al de causarse la incapacidad”. Y el artículo 10: “En el ámbito de las Administraciones Públicas y organismos, entidades, universidades, fundaciones y sociedades dependientes de las mismas, a partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley, todos aquellos derechos sindicales, que bajo este título específico o bajo cualquier otra denominación, se contemplen en los Acuerdos para personal funcionario y estatutarios y en los Convenios Colectivos y Acuerdos para el personal laboral suscritos con representantes u organizaciones sindicales, cuyo contenido exceda de los establecidos en el Real Decreto Legislativo 171995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, la LO 11/1985, de 2 de agosto de Libertad Sindical y la ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, relativos a tiempo retribuido para realizar funciones sindicales y de representación, nombramiento de delegados sindicales, así como los relativos a dispensas totales de asistencia al trabajo y demás derechos sindicales, se ajustarán de forma estricta a lo establecido en dichas normas. A partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley dejarán por tanto de tener validez y surtir efectos, todos los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos que en esta materia hayan podido suscribirse y que excedan de dicho contenido. Todo ello sin perjuicio de los acuerdos que, exclusivamente en el ámbito de las Mesas Generales de Negociación, puedan establecerse, en lo sucesivo, en materia de modificación en la obligación o en el régimen de asistencia al trabajo de los representantes sindicales a efectos de que puedan desarrollar racionalmente el ejercicio de sus funciones de representación y negociación o adecuado desarrollo de los demás derechos sindicales”. C) “Como consecuencia de dicho Real Decreto-ley, la parte social y la representación de la empresa pactan en fecha 26 de julio de 2012 el “Acuerdo Convenio Colectivo EMT Valencia años 2012-2013” en el mismo se indican las medidas que se van a aplicar para cada uno de los dos años del acuerdo, titulándose la primera “Aplicación de las medidas enunciadas en el Real Decreto-ley 20/2012”, donde se establece la reducción de los días de convenio a tres, frente a los seis, y de obligado disfrute, se suprime el artículo 87 del Convenio Colectivo y se establece también complemento de empresa

en los términos del artículo 9 del mencionado Real Decreto-ley”. D) El 26/07/2012 se suscribe por la Comisión negociadora formada por la representación de la empresa y en representación de los trabajadores, por el Comité de Empresa y las Secciones Sindicales, nuevo Convenio Colectivo para los años 2012 y 2013, su vigencia y duración es de dos años, computándose a partir del primero de Mayo de 2012. E) Como consecuencia de las discrepancias existentes entre la empresa y el Comité de Empresa, en fecha 6 de febrero de 2015 suscribieron convenio arbitral solicitando arbitraje de equidad en relación a determinadas materias. En fecha 27 de marzo de 2015 se dicta laudo arbitral sobre las cuestiones sometidas a arbitraje: vigencia y prórroga, retribuciones, jornada y jubilación parcial.

3. Con los antecedentes indicados, consideramos que el motivo merece prosperar, por cuanto el tenor de lo pactado al respecto en el Convenio se correspondía en un todo con lo que se establecía en el Acuerdo Colectivo EMT Valencia años 2012-2013 (en las materias ahora controvertidas) para que el Convenio Colectivo, entre otras cosas, se adaptase a los imperativos que con carácter temporal estableció el Real Decreto-ley 20/2012, por lo que siendo ésta la voluntad de las partes, la misma debe prevalecer tal y como ordena el artículo 1.281 del Código Civil, para el caso en que las palabras parecieran contrarias a la intención evidente de los contratantes, en cuyo caso “prevalecerá ésta sobre aquéllas”, debiendo también considerarse “la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”, tal y como establece el artículo 3.1 in fine del Código Civil, y lo dispuesto en la Disposición Adicional Primera del Real Decreto-Ley 10/2015, de 11 de septiembre, así como en el T.R. de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (ejemplo de la evolución legislativa en las materias aquí concernidas – singularmente en lo atinente a los permisos de los funcionarios puede verse el artículo 48.k) de la última norma legal citada), y lo indicado respecto de la coyunturalidad de las medidas en el Laudo a que se refiere el hecho probado quinto, copia del cual obra a los folios 29 a 46 de los autos y 16 a 50 de la prueba documental de la demandada, especialmente en lo atinente a la rectificación 1ª del articulado del convenio 2012-2013, que establece en el artículo 2 la vigencia del convenio desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2016, por cuanto pese a que las materias traídas ahora a nuestra consideración el Laudo no entra a examinarlas, sí entendemos debe tenerse en cuenta el laudo (en general para determinar la vigencia del convenio) y a efectos interpretativos, en tanto tiene el valor de convenio colectivo (como los acuerdos a que se puede llegar en el período de consultas en la negociación colectiva) ex artículos 82.3, párrafo séptimo, y 91.2, párrafo primero de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, de ahí que terminada la vigencia del Convenio (antes del laudo) en 31 de diciembre de 2013, y debiendo considerarse el carácter coyuntural de las medidas allí referidas, al haber perdido su vigencia en dichas cuestiones el Convenio Colectivo EMT para los años 2012 y 2013, deban las mismas volver a regirse por la normativa anterior no coyuntural, teniendo en cuenta por analogía la ratio decidendi de las sentencias invocadas por el recurrente, así como la del Tribunal Supremo de **7 diciembre 2015 Tribunal Supremo(R.352/2014) respecto de la prestación económica en la situación de incapacidad temporal.**

4. Desde la perspectiva indicada, estimamos, a mayor abundamiento, que también deberíamos considerar lo señalado en el octavo motivo del laudo cuando indica que “La literalidad del pacto”, en cuanto se refiere a la aplicación del RDL 20/2012, “es tan clara que no suscita dudas interpretativas; es más la sistemática global del mismo conduce a esa misma conclusión (arts. 1.281 y 1.285 Código Civil) y ese pacto es el contexto y antecedente que lleva a la interpretación en el mismo sentido del convenio colectivo -a destacar que como se indica en el preámbulo del Convenio Colectivo el mismo se suscribe también el 26 de julio de 2012- (art. 3 del Código Civil y Cláusula final tercera del convenio 2012-2013). En las medidas del número uno del Acuerdo de fecha 26 de julio de 2012 (donde se encuentran las medidas cuya reposición se pretende en este conflicto) no era preciso contemplar la posibilidad de vuelta a la normalidad porque estaba implícita en el carácter con el que se acordaron (aplicación del RDL 20/2012), es decir, eran tácitamente medidas para los dos años de vigencia del convenio como una excepción a la situación de normalidad representada por lo vigente en el año 2011; de ahí que en el motivo sexto del laudo también se calificara de razonables –aunque no se entrara en su examen por no formar parte del compromiso arbitral - la recuperación de los días de libre disposición, de los créditos horarios sindicales y del complemento de empresa por incapacidad temporal.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia de instancia para dar lugar a la pretensión ejercitada. Sin costas, dado el signo revocatorio del fallo y lo expresamente instituido en el artículo 235.2 de la LJS.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Sindicato de Asociación Profesional de Transportes Urbanos de Valencia (APTTUV) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de los de Valencia el día veintiuno de junio de dos mil dieciséis en proceso de conflicto colectivo seguido a su instancia contra la Empresa EMT S.A.U., y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada reconocemos el derecho de los trabajadores afectados por este conflicto a ser repuestos en las condiciones de trabajo reconocidas en los artículos 46, 63 y 87 del Convenio Colectivo EMT años 2008-2011, al haber perdido su vigencia en dichas cuestiones el Convenio Colectivo EMT para los años 2012 y 2013, condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración. Sin costas.

Sentencia núm. 77, de 18 de enero de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la industria del metal. La empresa comunica a los trabajadores despido objetivo. Nulidad de despido colectivo. Solicitud declaración nulidad de los despidos individuales, con abono de los salarios dejados de percibir.

Juzgado: Desestima las excepciones de cosa juzgada, inadecuación de procedimiento y de variación sustancial de la demanda, condenando a la empresa al abono a los actores de determinada cantidad en concepto de salarios dejados de percibir desde que su respectivo despido tuvo lugar hasta determinada fecha.

Sala: Estima el recurso declarando que la sentencia de instancia es meramente declarativa y que no cabe declarar la nulidad de los despidos individuales producidos. La declaración de nulidad del despido colectivo no puede tener como consecuencia pretendida por los actores en su demanda el abono de los salarios dejados de percibir.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- D. E.M.L., D. A.L.P.J. Y D. L.A.H.C. formularon en su día demanda frente a la empresa C.I. y S. S.A. en ejercicio de acción de Reclamación de cantidad solicitando se les abone la cantidad de 71.000,16 euros, 90.680,90 euros y 93.362,55 euros respectivamente por el concepto de perjuicio económico producido y calculado en función del salario diario devengado desde la fecha de su despido de fecha 27-4-12 el primero de ellos y de fecha 25-4-12 los otros dos y a la fecha del acto de juicio, según se concretó por la parte actora. En su demanda los actores solicitan en el suplico de la demanda la actualización de la cantidad en el acto de juicio fijándose en las sumas señaladas.

La sentencia de instancia estima la demanda reconociendo a los actores respectivamente la suma de 71.000,00, 90.680,90 y 93.362,55 euros en concepto de salarios dejados de percibir desde que su respectivo despido tuvo lugar y hasta el 22-9-15, pronunciamiento frente al que se alza la parte demandada, interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo, el dictado de un nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se acuerde desestimar íntegramente las demandas interpuestas por los trabajadores, absolviendo a la empresa C.I. Y S. S.A.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción social solicita la empresa, y hoy recurrente la revisión de hechos probados.

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

- a) que se concrete con precisión y claridad el hecho que ha sido negado u omitido, en la resultancia fáctica que contenga la sentencia recurrida;
- b) que tal hecho resalte, de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas, puesto que concurriendo varias pruebas de tal naturaleza que ofrezcan conclusiones divergentes, o no coincidentes, han de prevalecer las conclusiones que el Juzgador ha elaborado apoyándose en tales pruebas.
- c) que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo alguno de sus puntos, bien completándola;
- d) que tal hecho tenga trascendencia para llegar a la modificación del fallo recurrido, pues, aun en la hipótesis de haberse incurrido en error, si carece de virtualidad a dicho fin, no puede ser acogida;
- e) que en modo alguno ha de tratarse de una nueva valoración global de la prueba incorporada al proceso.

En primer lugar se insta la revisión del hecho probado segundo de la Sentencia, solicitando la siguiente redacción del mismo: “ *SEGUNDO.-La empresa demandada notificó a los actores su respectivo despido objetivo con efectos del 27-4-12 a D. E.M.L. y con abono de la indemnización de 15.730,66 euros y con efectos del 25-4-12 a D. A.L.P.B. y D. L.A.H.C., con abono a cada uno de ellos de la indemnización de 17.000,00 euros, alcanzando posteriormente un “acuerdo de saldo y finiquito” escrito con cada uno de los demandantes, cuyo respectivo contenido aquí se tiene por reproducido, en los que se conviene el abono de la indemnización a D. E.M.L. de 19.663,32 euros y a los restantes actores la indemnización de 17.000,00 euros establecida en la carta de despido, importes que le fueron abonados a los demandantes en los términos convenidos.*

Con fecha 16-5-12 D. E.M.L. firmó el documento de saldo y finiquito en virtud del cual la empresa reconocía la improcedencia del despido y D. E.M.L. manifestaba haber recibido con anterioridad a dicho acto saldo y finiquito, sin tener nada que reclamar hasta la fecha de extinción de la relación laboral.

“Que con el mismo carácter liberatorio en derecho, puro, incondicional, e irrevocable declaro extinguida la relación laboral que hasta el 27- de abril del 2012 me ha vinculado con C.I. Y S. SA. aceptando la cantidad que como indemnización por despido se me abonó, renunciando al ejercicio de acciones judiciales en materia de despido, derecho y cantidad.

Y en prueba de conformidad firmo asesorado, libre y voluntariamente el presente documento de saldo y finiquito, concediendo al mismo carácter liberatorio, definitivo e inexpugnable.

En Valencia el 16 de Mayo del 2012.

En el documento se reconocía como las negociaciones habían sido llevadas a cabo por D. P.A. representante de D. E.M.L..

Que en los mismos términos suscribió documento de saldo y finiquito D. A.L.P.B. el 26 de abril del 2012 y D. L.A.H.C. el 26 de abril del 2012.

Como en el hecho probado segundo de la Sentencia ya se remite la misma a los acuerdos de finiquito suscritos dándolos por reproducidas, y además tales documentos no han sido discutidos por la parte actora, debe estarse al contenido de los mismos al que ya se remite la Sentencia sin necesidad por lo tanto de reflejar de forma expresa el texto que pretende la empresa recurrente. No puede por ello accederse a la revisión interesada.

Interesa la empresa recurrente también la revisión del hecho probado tercero de la Sentencia al amparo del mismo artículo 193-b) LRJS. Se propone así la siguiente redacción:

TERCERO.- En Sentencia de la Sala de lo social de la Audiencia Nacional número 92/2012 de 27 de Julio, confirmada por la del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 25-11-03, se declara la nulidad del despido colectivo que afectó a los actores.

Con posterioridad a los despidos de los actores, por el Sindicato CCOO se interpuso demanda de despido colectivo ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional contra la empresa C.I. y S. S.A., demanda de impugnación colectiva de despidos colectivos por la que se solicitaba que se declarase la nulidad del despido colectivo efectuado por la empresa y por tanto la nulidad de los despidos individuales descritos en la demanda condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración y a la readmisión y reincorporación de los trabajadores afectados.

Por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional se dictó Sentencia de fecha 27 de Julio del 2013 por la que se estimaba parcialmente la excepción de inadecuación de procedimiento en lo que se refiere a la nulidad de los despidos individuales, desestimándose la excepción de cosa juzgada y estimándose parcialmente la demanda declarando la nulidad del despido colectivo, entendiéndose incluidos en el mismo todos los despidos producidos en los 90 días anteriores al 15 de Mayo del 2012 por causas no imputables a los trabajadores y en consecuencia, condenando a la empresa C.I y S. S.A. a estar y pasar por dicha declaración, absolviéndose de los restantes pedimentos de la demanda.

Dicha demanda (será Sentencia) fue confirmada por el Tribunal Supremo.”

Tal pretensión de revisión la apoya la parte recurrente en el documento 2 y 3 de la parte demandada que efectivamente reflejan el redactado que pretende la empresa si bien con la precisión de que la Sentencia se dicta por la Audiencia Nacional no el 27 de Julio del 2013 como se indica en el escrito de recurso sino el 27-7-12, estimándose adecuado acceder a tal revisión a fin de completar los hechos probados y fijar los términos del debate y de las resoluciones dictadas en el proceso de despido colectivo en el que funda la demanda su petición, si bien reflejando como fecha en que se dicta la Sentencia por la Audiencia Nacional la del 27-7-12. La trascendencia de tal revisión se funda en el hecho de que la parte demandada formula la excepción de cosa juzgada a la vista de la petición formulada en tal proceso colectivo y el pronunciamiento dictado por la Audiencia Nacional, siendo por ello necesario reflejar con más detalle el contenido de tal demanda de proceso colectivo.

Como tercer motivo se solicita se incorpore un nuevo hecho probado, el cuarto, con el siguiente redactado: “ CUARTO.- Los actores han presentado demandas en las que en el hecho quinto de las mismas afirman que el 14 de septiembre de 2012 solicitaron la reincorporación al trabajo en virtud de la nulidad de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional que la demandada remitió escrito fechado el 1 de Octubre de 2012 no accediendo a la petición de reincorporación por haber alcanzado un acuerdo extintivo por ser firme la Sentencia. En el hecho sexto de sus demandas afirman que la negativa a la reincorporación les produce un perjuicio económico por falta de ocupación de salario y de cotización que cuantifican a 27 de Junio de 2013 en 24.333,12 euros a D. E.M.L., 31.166,96 euros a D. A.L.P. y a 32.095,72 euros D. L.A.H., cantidades que fueron modificadas en el acto de la vista hasta 71.000,00 a D. E.M.L., 90.680,90 euros a D. A.L.P. y 93.362,55 euros a D. L.A.H.”.

Apoya el recurrente tal revisión en los hechos quinto y sexto de la demanda, y dado que los mismos vienen reflejados en la demanda que da origen a este procedimiento y que obra unida a las actuaciones, se estima innecesario reproducir tales hechos incorporándolos en un hecho probado. En cuanto a la ampliación de la reclamación de cantidad cuantificando la misma a la fecha del acto de juicio, se refleja ya tal ampliación en el fundamento de derecho tercero indicando las cuantías reclamadas a la fecha del acto de juicio por lo que se estima innecesario reiterar tal petición adicionándola a los hechos probados.

TERCERO.- Por el cauce del art. 193 c) de la LRJS, formula la empresa distintos motivos de recurso, alegando así en primer lugar la infracción de los artículos 1265,1266 y 1809 C.C. y de la Jurisprudencia que los interpreta, y ello señalando que los actores firmaron un documento de saldo y finiquito como se refleja en los hechos probados, que el mismo es plenamente válido y que derivado de ello no tienen derecho los demandantes a percibir cantidad alguna más allá de la percibida en tal acuerdo de finiquito.

En este sentido y sobre la naturaleza y eficacia del documento de finiquito cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 3-12-14 (RCUD 2253/2013) que conceptúa el finiquito como un: “*documento, no sujeto a forma ad solemnitatem, que incorpora una declaración de voluntad del trabajador expresiva de su conformidad a la extinción de la relación laboral y de que mediante el percibo de la "cantidad saldada" no tiene ninguna reclamación pendiente frente al empleador*» (SSTS -SG- [28/02/00 \(RJ 2000, 2758\)](#) -rcud 4977/98 -;... [13/05/08 \(RJ 2008, 3041\)](#) - rcud 1157/07 -; [21/07/09 \(RJ 2009, 5528\)](#) -rcud 1067/08 -; [11/11/10 \(RJ 2010, 8828\)](#) - rcud 1163/10 -; y [22/03/11 \(RJ 2011, 3559\)](#) -rcud 91-).

Estando ante materia muy elaborada por sentencias anteriores, dictadas para unificar doctrina, debe comenzarse por recordar los criterios jurisprudenciales sobre el particular. La sentencia de contraste contiene una exposición extensa, a la que nos remitimos y que ahora sintetizamos.

A) Identificación.

Tradicionalmente el finiquito era el modo por el que quedaba formalizada la finalización de la relación laboral, por mutuo acuerdo. Más adelante también se incluyó en esta figura la extinción del contrato debida a baja voluntaria del trabajador o a dimisión expresamente aceptada por el empresario.

Actualmente el término se ha ampliado comprendiendo cualquier forma de extinción de la relación laboral que va seguida de un acuerdo entre empresario y trabajador. Es frecuente encontrar situaciones en las que, tras un despido disciplinario, empresario y trabajador llegan a un acuerdo y lo reflejan en el pertinente finiquito, entendiéndose por la jurisprudencia que a la inicial voluntad extintiva del empresario se superpone el mutuo acuerdo entre empresario y trabajador y es éste el que pone fin al contrato.

También se viene aceptando la denominación de "finiquito" para aquellos documentos que reflejan el acuerdo entre empresario y trabajador tras un ERE, un despido objetivo, una baja por jubilación, expiración del tiempo pactado.

Es manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes, que constituye causa de extinción de la relación laboral, según el artículo 49.1a) [ET \(RCL 1995, 997\)](#), es decir, expresión de un consentimiento que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y recaído sobre la cosa y causa que han de constituir el contrato, [artículo 1262 CC \(LEG 1889, 27\)](#) EDL 1889/1 y, por ello, para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato debe incorporar una voluntad unilateral del trabajador, un mutuo acuerdo sobre la extinción o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario, en palabras de la [STS. 26-11-01 \(RJ 2002, 983\)](#), recurso 4625/00.

El segundo aspecto que, aunque no necesario, suele contenerse en el finiquito, es la liquidación (se suele hacer referencia en el documento a "saldo y finiquito") de las cantidades pendientes de abono, como consecuencia de la relación laboral. Dicha liquidación puede contener conceptos laborales netamente salariales, o incluso de índole extralaboral.

Asimismo, el finiquito puede servir de recibo acreditativo de que se ha abonado efectivamente la cantidad en él consignada, por lo que suele contener expresiones como "en prueba de recibirlo firma...", "recibi" "no teniendo nada más que pedir ni reclamar".

B) Eficacia liberatoria.

Numerosas [SSTS como 24/06/98 \(RJ 1998, 5788\)](#) -rcud 3464/97 -; [22/11/04 \(RJ 2005, 1057\)](#) -rec. 642/04 -; [13/05/08 \(RJ 2008, 3041\)](#) -rcud 1157/07 -; [21/07/09 \(RJ 2009, 5528\)](#) -rcud 1067/08 -; y [14/06/11 \(RJ 2011, 5337\)](#) -rcud 3298/10 - vienen manifestando lo siguiente respecto de su eficacia: 1) Su valor liberatorio está en función del alcance de la declaración de voluntad que incorpora y de la ausencia de vicios en la formación y expresión de ésta. 2) Hay que distinguir lo que es simple constancia y conformidad a una liquidación de lo que es aceptación de la extinción de la relación laboral. 3) En el momento en que suele procederse a esta declaración - coincidiendo con la extinción del contrato de trabajo- existe un riesgo importante de

que estos dos aspectos se confundan, especialmente cuando la iniciativa de la extinción ha correspondido al empresario. 4) La ejecutividad de esta decisión, con su efecto inmediato de cese de las prestaciones básicas del contrato de trabajo, lleva a que la aceptación del pago de la liquidación de conceptos pendientes -normalmente, las partes proporcionales devengadas de conceptos de periodicidad superior a la mensual, pero también otros conceptos- coincida con el cese y pueda confundirse con la aceptación de éste. 5) La aceptación de estos pagos ante una decisión extintiva empresarial no supone conformidad con esa decisión, aunque la firma del documento parta de que se ha producido esa decisión y de sus efectos reales sobre el vínculo.

Su eficacia jurídica no supone en modo alguno que la fórmula de «saldo y finiquito» tenga un contenido o carácter sacramental con efectos preestablecidos y objetivados, de modo que aquella eficacia se imponga en todo caso, abstracción hecha de las circunstancias y condicionamientos que intervienen en su redacción ([SSTS 18/11/04 \(RJ 2005, 1588\)](#) -rcud 6438/03 -, con cita de muchas otras anteriores;...; [21/07/09 \(RJ 2009, 5528\)](#) -rcud 1067/08 -; [19/10/10 \(RJ 2010, 7814\)](#) -rcud 270/10 -; [11/11/10 \(RJ 2010, 8828\)](#) -rcud 1163/10 -; y [22/03/11 -rcud 804/10 -](#)).

C) Efecto extintivo.

Para que el finiquito produzca el efecto extintivo del contrato, es necesario que del mismo se derive una voluntad clara e inequívoca del trabajador de dar por concluida la relación laboral, puesto que «para que el finiquito suponga aceptación de la extinción del contrato, debería incorporar una voluntad unilateral del trabajador de extinguir la relación, un mutuo acuerdo sobre la extinción, o una transacción en la que se acepte el cese acordado por el empresario» ([SSTS 28/10/91 \(RJ 1991, 7676\)](#) -rcud 1093/90 -; [31/03/92 \(RJ 1992, 1896\)](#) -rcud 1009/91 -;...; [07/12/04 \(RJ 2005, 1990\)](#) -rcud 320/04 -; [13/05/08 \(RJ 2008, 3041\)](#) -rcud 1157/07 -; y [21/07/09 \(RJ 2009, 5528\)](#) -rcud 1067/08 -).

Hay que respetar el derecho del trabajador (art. 49.1 [ET \(RCL 1995, 997\)](#)) a extinguir voluntariamente su contrato o a conciliar sus intereses económicos con el empleador, y, también infringiría la norma común de contratación establecida en el [artículo 1256 del Código Civil \(LEG 1889, 27\)](#) que sanciona con nulidad el contrato cuyo cumplimiento quede al arbitrio de una de las partes contratantes ([SSTS SG 28/02/00 \(RJ 2000, 2758\)](#) -rcud 4977/98 -; y [28/04/04 \(RJ 2004, 4361\)](#) -rec. 4247/02 -. Reproducidas por muchas otras posteriores).

Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (...), sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprenden derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia» (Referidas -en concreto- a finiquito en despido, [SSTS 21/07/09 \(RJ 2009, 5528\)](#) -rcud 1067/08 -; [19/10/10 \(RJ 2010, 7814\)](#) -rcud 270/10 -; [11/11/10 \(RJ 2010, 8828\)](#) -rcud 1163/10 -; [22/03/11 \(RJ 2011, 3559\)](#) -rcud 804/10 -; y [14/06/11 \(RJ 2011, 5337\)](#) -rcud 3298/10 -).

D) Control judicial.

El finiquito viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial. Control que debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo -mutuo acuerdo, o en su caso transacción- en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca ([art. 1261](#) CC), ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros ([SSTS 28/02/00 \(RJ 2000, 2758\)](#) SG -rcud 4977/98 - ; [24/07/00 \(RJ 2000, 8199\)](#) -rcud 2520/99 -; y gran parte de las citadas en los apartados anteriores).

E) Reglas interpretativas.

Debe reconocerse a los finiquitos, como expresión que son de la libre voluntad de las partes, la eficacia liberatoria y extintiva definitiva que les corresponda en función del alcance de la declaración de voluntad que incorporan. Y que es posible que el documento no exteriorice, inequívocamente, una intención o voluntad extintiva o liquidatoria de las partes, o que su objeto no esté suficientemente precisado, como exige el [art. 1815.1](#) del CC. De ahí que las diversas fórmulas que se utilizan en tales documentos están sujetas a los reglas de interpretación de los contratos del Código Civil que, entre otros cánones, obligan a estar al superior valor que el art. 1.281 atribuye a la intención de las partes sobre las palabras, y a la prevención del art. 1.289 de que no deberán entenderse comprendidos cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, pues no se trata de una fórmula sacramental, con efectos preestablecidos y objetivados (próximas en el tiempo y con cita de muchas resoluciones anteriores, [SSTS 26/06/07 \(RJ 2007, 6124\)](#) -rcud 3314/06 -; [13/05/08 \(RJ 2008, 3041\)](#) -rcud 1157/07 -; [11/06/08 \(RJ 2008, 5158\)](#) -rcud 1954/07 -; [21/07/09 \(RJ 2009, 5528\)](#) -rcud 1067/08 -; y [10/11/09 \(RJ 2010, 1315\)](#) -rcud 475/09 -)." .

Argumenta la parte recurrente que los trabajadores y la empresa suscribieron un acuerdo transaccional con asesoramiento de su representante sindical para resolver el vínculo laboral que les unía y teniendo en cuenta tal acuerdo no procede pago de cantidad alguna con carácter adicional a la ya percibida. Frente a ello la Sentencia de instancia considera que existió un vicio en el consentimiento del actor al firmar tal finiquito por la concurrencia de error sobrevenido pues el despido colectivo del que dimanaba el de los actores se declara nulo con posterioridad a los mismos al exceder la empresa los umbrales del artículo 51-1 E.T. Se indica así en la Sentencia de instancia que el vicio del consentimiento estuvo inducido por el error en la sustancia de la cosa que sólo puede constatarse con posterioridad a la suscripción de los convenios de finiquito.

Tal argumento de la Sentencia de instancia visto el contenido de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional que confirma el Tribunal Supremo y las circunstancias concurrentes, debemos compartirlo, pues como hemos señalado en la Sentencia dictada el 5-7-16 en RS 2671/2015: "el trabajador cuando suscribe su

documento de finiquito no conoce ni puede conocer el alcance de las decisiones extintivas adoptadas por la empresa, desconociendo que se estaba preparando una demanda de despido colectivo. La empresa no tramitó despido colectivo alguno y derivado de ello al tratarse de un despido colectivo de hecho que no se declara hasta que se dicta la Sentencia por la Audiencia Nacional, se puede afirmar que el trabajador firmó el documento de finiquito desconociendo todas las circunstancias que rodeaban a la extinción de su contrato de trabajo y que podían dar lugar a que se declarara la existencia de un despido colectivo que al no haber seguido los trámites oportunos para ello tendría que ser declarado nulo. De hecho tal despido colectivo se declara nulo por no haber cumplido la empresa con las previsiones legales en orden a la tramitación del despido colectivo, como el periodo de consulta, entrega de la documentación prevista en el artículo 51 E.T. y respeto al procedimiento legalmente establecido. Se produjo así un error por parte del trabajador al suscribir tal documento de finiquito, que no podía conocer todas las circunstancias que rodeaban a tal decisión extintiva y no pudo por ello al firmar tal documento de finiquito contar con un perfecto conocimiento de todas las circunstancias que le permitieran valorar la procedencia de suscribir un acuerdo con la empresa y aceptar los términos que la misma le proponía. Como indica la STS número 107 de 28-1-02, el finiquito, sin perjuicio de su valor normalmente liberatorio –deducible, en principio, de la seguridad del tráfico jurídico e incluso de la buena fe del otro contratante– viene sometido como todo acto jurídico o pacto del que es emanación externa a un control judicial, y ese control puede y debe recaer, fundamentalmente, sobre todos aquellos elementos esenciales del pacto previo – mutuo acuerdo, o en su caso transacción– en virtud del cual aflora al exterior y es, con motivo de este examen e interpretación, cuando puede ocurrir que el finiquito pierda su eficacia normal liberatoria, sea por defectos esenciales en la declaración de la voluntad, ya por falta del objeto cierto que sea materia del contrato o de la causa de la obligación que se establezca (artículo 1.261 CC) ya por ser contrario a una norma imperativa, al orden público o perjudique a terceros. En este caso existe un defecto esencial en la declaración de la voluntad reflejada por el trabajador en el documento de finiquito, pues al no instar la empresa un procedimiento de despido colectivo optando por la vía de acudir a despidos individuales negociando con los trabajadores los acuerdos oportunos para finiquitar la relación laboral con los mismos, desconocía el alcance de la decisión extintiva empresarial y las posibles consecuencias derivadas de la misma, de manera que no llevó a cabo la transacción con la libertad de decisión que implica el conocer todas las circunstancias que rodeaban a tal decisión extintiva. En este caso los despidos de esos otros trabajadores que configuran la existencia de un despido colectivo se habrían producido en distintas fechas dentro de un periodo de noventa días, y además en distintas localidades, con la dificultad que ello entrañaba para el trabajador y para su representante para poder analizar el alcance de la decisión extintiva de la empresa y si la mejora en la indemnización que le ofrecía la empresa satisfacía sus expectativas. Como expresión de la extinción del vínculo laboral, el finiquito es la manifestación externa de un mutuo acuerdo de las partes -que constituye causa de extinción de la relación laboral, según el artículo 49.1.a) ET -; es decir, expresión de un consentimiento, que, en principio, debe presumirse libre y conscientemente emitido y manifestado -por lo tanto sin vicios que lo invaliden- y recaído sobre la cosa y causa, que han de constituir el contrato, según indica el art. 1262 CC. Sin embargo, en este caso tal consentimiento no pudo prestarse libre y

conscientemente por el trabajador pues la actuación de la empresa acudiendo a despedir individualmente a los trabajadores, entre otros el demandante, sin acudir a los trámites del despido colectivo cuando el número de trabajadores despedidos por motivos no inherentes a la persona del trabajador superaba los umbrales del artículo 51 E.T. y ya lo superaba en la fecha del despido del actor y haciéndolo por todo el territorio nacional con las dificultades que ello conlleva para computar tales despidos individuales tanto para el trabajador como también para el representante sindical que acudió con el mismo a firmar el finiquito, ocultaba la realidad del despido colectivo de hecho llevado a cabo por la empresa y tal ocultación ante el trabajador de tales hechos le impedía decidir libre y con conciencia clara de lo que estaba pactando con la empresa. En consecuencia, estimamos que tal actuación de la empresa propició que el trabajador firmara su finiquito sin un conocimiento claro y consciente de lo acaecido y en consecuencia con el consentimiento viciado, de manera que la firma del mismo no puede impedir que el trabajador ejercite ahora la presente reclamación en ejercicio de sus derechos, no pudiendo por ello acogerse los argumentos del recurso para declarar válido tal acuerdo. Si bien el finiquito se suscribió en presencia de un representante de los trabajadores, el mismo lo sería del centro de trabajo del demandante y conocería las extinciones en tal centro de trabajo, no existiendo constancia alguna de que conociera todas las extinciones llevadas a cabo a nivel nacional y menos aún de los despidos disciplinarios reconocidos improcedentes y que han sido tenidos en cuenta por la Audiencia Nacional para computar los umbrales referidos al despido colectivo. Por ello, tal presencia del representante sindical no desvirtúa el vicio del consentimiento que se aprecia en el trabajador demandante al suscribir su documento de finiquito y por ello no se pueden admitir tales alegaciones del escrito de recurso. En todo caso estuviera o no viciado el consentimiento del trabajador al suscribir tal documento de finiquito, la firma del mismo no puede impedir al mismo ejercitar la acción que es ahora objeto de este recurso que se funda no en tal decisión extintiva individual adoptada por la empresa sino en la declaración de nulidad del despido colectivo de hecho llevada a cabo por la Audiencia Nacional incluyendo en tal despido colectivo todos los despidos producidos en los noventa días anteriores al 15-5-12 por causas no imputables a los trabajadores, y así también el del trabajador demandante. El trabajador acciona en reclamación de daños y perjuicios a la vista de tal declaración de nulidad producida con posterioridad a la suscripción del finiquito, y como una consecuencia que se anuda a la misma, por lo que en todo caso no puede afectarle la firma de un documento de finiquito suscrito antes de que se efectuara tal declaración.”

En el presente caso al igual que declaramos en la Sentencia citada que analiza un supuesto similar al presente y cuyo criterio debe seguirse por motivos de seguridad jurídica, debe apreciarse el vicio del consentimiento al que se refiere la Sentencia de instancia y derivado de ello la firma que estamparon los trabajadores demandantes en el documento de finiquito no puede impedirles ejercitar ahora la presente reclamación de cantidad, pues en todo caso su acción se funda en la declaración de nulidad del despido colectivo acordada por Sentencia de la Audiencia Nacional, que se produce en fecha posterior al acuerdo de finiquito suscrito por los mismos, y en relación a dos de los trabajadores, los que percibieron 17.000 euros, dicha suma coincide con la reflejada en la carta de despido objetivo como indemnización, por lo que no llegaron a

acuerdo alguno con la empresa pues la misma en todo caso venía obligada a abonar dicha suma y nada más se ofrece a los trabajadores por encima de dicha suma a fin de que no ejercitaran acción judicial alguna. No podemos por ello apreciar la infracción denunciada.

CUARTO.- Se formula un quinto motivo de recurso alegando la infracción del artículo 222 LEC referida a la cosa juzgada considerando que los demandantes ya accionaron individualmente por despido solicitando la nulidad del mismo en la demanda instada ante la Audiencia Nacional, considerando que dado que en aquél procedimiento se desestimó la petición de los actores de despido nulo no se puede ahora reproducir y solicitar una indemnización de daños y perjuicios.

Del mismo modo debe rechazarse la denuncia formulada en este motivo y ello por los mismos argumentos ya expuestos en la Sentencia dictada por esta Sala en fecha 5-7-16 (RS 2671/2015) que se pasan a reproducir. Procede tal desestimación “pues en este caso ni siquiera concurren las identidades precisas para poder apreciar la excepción de cosa juzgada material, siendo distinta la acción ejercitada en uno y otro procedimiento, así una de despido colectivo por parte de un Sindicato y no desde luego de forma individual por el actor y otra de reclamación de daños y perjuicios por el trabajador demandante. Además, la citada Sentencia de la Audiencia Nacional aprecia la excepción de inadecuación de procedimiento respecto de la pretensión de declarar la nulidad de los despidos individuales que sí podría producir la vinculación positiva respecto de las acciones individuales que en su caso pudieran ejercitar los trabajadores sobre despido nulo, pero al apreciarse tal excepción señalando la Audiencia Nacional que no es posible legalmente declarar la nulidad de los despidos individuales pues los mismos deben litigarse por el procedimiento previsto en el artículo 124.11 LRJS, es claro que ni siquiera se ha entrado a conocer sobre la acción individual de despido nulo que además no es la ejercitada en este caso pues aquí se ventila una pretensión de reclamación de cantidad”.

QUINTO. – En sexto lugar se alega la infracción del artículo 56 E.T. en relación con el artículo 49 -1K del mismo cuerpo legal, considerando que dado que la indemnización derivada de un despido, viene tasada legalmente y la misma incluye la totalidad de los daños y perjuicios, no pueden añadirse otros como serían en este caso el lucro cesante. Sin embargo y aun siendo ciertas tales consecuencias derivadas del despido improcedente, tal motivo no puede estimarse tampoco pues como señala la Sentencia de fecha 5-7-16 dictada por esta Sala y cuyo criterio debe seguirse por motivos de seguridad jurídica “en este caso no se solicita una indemnización por despido improcedente sino que en la demanda se solicitan los perjuicios derivados de la no reincorporación del trabajador a la empresa pese a la declaración por Sentencia de la Audiencia Nacional de la nulidad de un despido colectivo en el marco del cual se incluye el individual del actor. De hecho, la Sentencia funda la indemnización no en dicho precepto sino en el artículo 1.101 y siguientes C.C. y además en todo caso no cabe estar a los efectos de la declaración de improcedencia del despido pues con arreglo a los argumentos de la Sentencia de instancia ante la declaración de nulidad del despido colectivo, las consecuencias de tal declaración si se accionara por despido individual serían las de la readmisión y abono de salarios de tramitación y ante la falta

de readmisión del trabajador es por lo que se calcula un importe indemnizatorio en la Sentencia equivalente a los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido”. Siguiendo tales argumentos, en este caso en el que igualmente se alega la obligación de resarcimiento de daños conforme al artículo 1101 C.C. y el artículo 113 LRJS referido a las consecuencias del despido nulo y así el abono de los salarios dejados de percibir, no puede tampoco estimarse la infracción alegada.

SEXTO.- En séptimo lugar se alega la interpretación errónea de los artículos 1.101 y 1902 C.C. y el principio de la congruencia establecido entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 9-3-11, alegándose que los actores lo que reclaman en su demanda son los salarios vencidos y su falta de ocupación efectiva desde el despido que se produce en abril del 2012, insistiendo en el hecho de que la petición de los actores es la de los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta la fecha de presentación de la demanda que se amplían luego hasta la fecha del acto de juicio, y que la Sentencia incurre en incongruencia respecto de lo solicitado por los actores y lo que resuelve la Sentencia de instancia. Se argumenta así que si la petición de los actores es el abono de salarios vencidos desde el despido y a la vista de la Sentencia que declaró la nulidad del despido colectivo, tal petición no puede ser admitida pues extinguida su relación laboral por despido, y desestimada su petición de nulidad de los despidos de carácter individual, no procede ni reincorporar a los trabajadores en la empresa ni el abono de los salarios de tramitación. Alega la parte recurrente que el Juzgador resuelve sobre una petición de indemnización de daños y perjuicios que no se contiene en el escrito de demanda, pero sin embargo de los fundamentos de derecho de la Sentencia se advierte que no sólo se pronuncia sobre un supuesto derecho a una indemnización por daños y perjuicios sino que también se pronuncia sobre la petición que dice la empresa formulan los recurrentes, así el abono de los salarios devengados desde la fecha del despido considerando que es procedente tal petición y que además es el fundamento inmediato de la condena de la empresa. Por ello no puede apreciarse la incongruencia alegada por la empresa al haber resuelto la Sentencia sobre la petición formulada por los trabajadores que se amplió como ya se anunciaba en el escrito de demanda a los salarios dejados de percibir hasta la fecha del acto de juicio.

A continuación, el escrito de recurso pasa a analizar la falta de fundamento de la condena al amparo del artículo 1101 C.C. alegando que no incurre la empresa en culpa o negligencia que esté obligada a reparar y que los actores no ponen de manifiesto las indemnizaciones de daños morales o patrimoniales que les hubiera podido ocasionar el incumplimiento por parte de la demandada de la Sentencia dictada por la Audiencia Nacional pues las acciones individuales fueron desestimadas y la colectiva es meramente declarativa.

En este caso la Sentencia de instancia tras analizar la doctrina Judicial existente en relación a la declaración judicial de nulidad de la resolución administrativa que autorizaba los Expedientes de regulación de empleo y que precisamente a la vista de que tales expedientes partían de una autorización de la autoridad laboral, considera que por ello la decisión judicial de la nulidad de tales resoluciones que autorizaban el despido no ocasionaba el derecho de los trabajadores a ser resarcidos de los daños y

perjuicios derivados de tal declaración, concluye que dado que en este caso el despido de los actores tiene lugar tras la Ley 3/12 y es también tras dicha norma cuando se dicta Sentencia por la Audiencia Nacional declarando la nulidad del despido colectivo llevado a cabo por la empresa entre los que se encuentra el de los actores, y puesto que ahora la decisión sí se adopta y debe vincularse directamente al empresario que la adopta, esta declaración de nulidad del despido colectivo implica la ilicitud de tal decisión y determina la culpabilidad del empresario en su adopción. Partiendo de tal argumento estima que el derecho de los actores a los salarios dejados de percibir tiene su fundamento remoto en el principio de la obligación del resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, negligencia o morosidad, pero tiene también su fundamento inmediato en la norma que determina las consecuencias del despido declarado nulo, así el artículo 113 LRJS, artículo 123-4-9 y 123-.2 LRJS.

A tenor del artículo 1.101 del Código Civil quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que de cualquier modo contravinieren al tenor literal de aquellas. Por lo tanto, los elementos que han de concurrir para que proceda la indemnización de daños y perjuicios son, en primer lugar, la existencia de un daño, en segundo lugar, el dolo, la negligencia o morosidad y, por último, la relación de causalidad entre la conducta dolosa o negligente y el daño causado. Así en el caso de que como consecuencia del incumplimiento grave y culpable de una obligación por parte de la empresa se originaran perjuicios al trabajador derivados directamente de tal incumplimiento, la empresa vendría obligada a indemnizar los referidos perjuicios.

Debe reproducirse en este motivo el criterio adoptado por la Sala en la Sentencia antes citada y en un supuesto similar, así la de 5-7-16 (RS 2671/2015) que señala: “Si bien efectivamente consta que la empresa procedió a llevar a cabo despidos individuales por todo el territorio nacional tanto de carácter objetivo como de carácter disciplinario pero con reconocimiento de improcedencia, superándose al computar los disciplinarios los umbrales para proceder a tramitar un despido colectivo, la consecuencia de tal conducta llevada a cabo por la empresa al margen de tal procedimiento de despido colectivo, no es otra que la declaración de nulidad del despido colectivo acordada por la Audiencia Nacional. Como indica la STS de 25-11-13, que confirma la dictada por la Audiencia Nacional la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en distintas Sentencias que se citan, venía sosteniendo que los despidos colectivos exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, de forma que para la existencia de un despido colectivo no basta en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo aunque el número de esos trabajadores supere los topes del artículo 51-1 E.T. sino que es preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción. Sin embargo, como señala la Sentencia citada, dicha doctrina fue revisada por las Sentencias de 3 de Julio y 8 de Julio del 2012 en las que se reconoce que si bien el artículo 51 E.T. parece vinculado a un elemento causal que se refiere a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, lo cierto es que en la

configuración final de esta modalidad extintiva resulta determinante el elemento cuantitativo pues el citado artículo prevé que para el cómputo del número de extinciones a efectos de establecer la existencia de un despido colectivo y aplicar las garantías del procedimiento deben tenerse en cuenta no sólo las extinciones por las causas ya mencionadas sino cualesquiera otras extinciones producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador, y de ahí que se concluya que del ámbito del despido colectivo sólo se deben excluir las extinciones en virtud de motivos no inherentes a la persona del trabajador, entre ellos los derivados de la conducta en el orden disciplinario y las que se produzcan por cumplimiento del término, pero si un despido disciplinario se declara improcedente y pese a ello el contrato se extingue el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo y tampoco la falsa alegación del vencimiento del término de un contrato que no es temporal. A la vista de ello dado que el cambio en la doctrina se produce a partir de las Sentencias indicadas de 3 y 8 de julio del 2012, a la fecha del despido del trabajador demandante en fecha 27-4-12 y de los otros trabajadores incluidos por la Sentencia de la Audiencia Nacional para concluir en la existencia de un despido colectivo, la empresa no tenía por qué conocer que no estaba actuando correctamente no acudiendo a la vía del despido colectivo, y su conducta no puede considerarse constituya un incumplimiento grave y culpable por su parte de la que pudiera derivarse la indemnización ahora reclamada por el trabajador. De hecho en la demanda el incumplimiento imputado a la empresa es el no haber procedido a readmitir al trabajador una vez dictada la Sentencia por la Audiencia Nacional, cuando tal reincorporación no procedía pues se trataba de una Sentencia meramente declarativa y en la que no se incluía previsión alguna expresa sobre los despidos individuales, como así lo confirmó el Tribunal Supremo y en la que se había declarado la inadecuación de procedimiento respecto de las peticiones de nulidad de los despidos individuales que se pretendían por la representación de los trabajadores. De este modo si la Sentencia era meramente declarativa y no imponía a la empresa la obligación de readmitir al trabajador demandante, no puede imputarse a la empresa conducta alguna grave y culpable de la que puedan derivarse la existencia de daños y perjuicios. En todo caso además el daño y perjuicio al trabajador que llegó en su momento a un acuerdo con la empresa percibiendo una indemnización superior a la referida al despido objetivo, ni se indica en la demanda cuál sea ni consta reflejado el mismo y ni tan siquiera las bases en los hechos probados de la Sentencia. Es cierto que se dicta una Sentencia por la Audiencia Nacional que declara la existencia de un despido colectivo de hecho en el que se incluyen los producidos desde el 15-2-12 al 15-5-12, y así también el del actor, pero más allá de ello no se refleja ningún dato en los hechos probados de la Sentencia a partir de los cuales se pueda concluir en la afirmación de que se han producido perjuicios al trabajador. Tales daños y perjuicios deben ser acreditados por la parte que así los invoca, el trabajador, que no formula recurso, y tampoco solicita revisión de hechos probados, y respecto del cual como se indica no aporta la Sentencia de instancia dato alguno que revele que la no readmisión del trabajador tras una petición del mismo, extremo que ni siquiera consta en los hechos probados pese a que se refleja en la demanda, le ocasionó al mismo un perjuicio derivado de la falta de percepción de salarios y de ocupación efectiva. Debería haber acreditado en todo caso el trabajador que no percibió retribución alguna tras el despido y que permaneció inactivo para al menos considerar así que

existió un daño a indemnizar y sin embargo en la demanda el módulo de cálculo que efectúa el trabajador para fijar sus perjuicios es computar el salario que habría percibido desde la fecha de su despido y hasta la fecha de la Sentencia que aunque no lo dice expresamente será la de la Audiencia Nacional, pretendiendo así unos salarios de tramitación que sólo se devengan en el caso de declaración de nulidad del despido individual del trabajador que en este caso ni se solicita ni se ha producido en ningún caso. Además, según la tesis de la demanda, que solicitó la reincorporación tras la Sentencia de la Audiencia Nacional y que la misma no se produjo, los daños y perjuicios en su caso se habrían producido desde tal Sentencia de la Audiencia Nacional y en concreto desde la petición del trabajador y no en periodos anteriores y como en tal periodo no se aporta dato alguno por el trabajador sobre sus circunstancias personales y perjuicios ocasionados ante la falta de reincorporación, ni siquiera se puede estimar que se ha acreditado la existencia de perjuicios al trabajador”.

De la misma forma que argumentamos en dicha Sentencia, en este caso aun cuando admitiéramos la culpabilidad del empresario en la decisión adoptada que da lugar al despido colectivo, lo que ni siquiera compartimos, no se acreditan los perjuicios ocasionados a los actores y que la empresa tendría que resarcir y si la cantidad reclamada deriva directamente de las consecuencias del despido nulo, como ya dejó patente la Sentencia de la Audiencia Nacional y la del Tribunal Supremo que la confirma, que dicha Sentencia es meramente declarativa y que no cabe declarar la nulidad de los despidos individuales producidos, la resolución meramente declarativa concluyendo en la nulidad del despido colectivo no puede tener la consecuencia pretendida por la parte actora en su demanda del abono de los salarios dejados de percibir al amparo de un precepto como es el artículo 113 LRJS de aplicación en el caso de declararse la nulidad del despido individual que como se indica en este caso no consta. Debe por ello estimarse este motivo del recurso considerando que no tienen derecho los actores a las cantidades interesadas referidas a salarios dejados de percibir, estimando así el recurso formulado y revocando la Sentencia de instancia.

La estimación de este motivo del recurso y así del referido recurso hace innecesario entrar a conocer del último motivo de recurso formulado en virtud del cual considera la recurrente que la Sentencia de instancia vulnera lo establecido en los artículos 278 y siguientes de la LRJS en relación con las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 y 12 de diciembre de 1990, referencias 9760 y 9820, de 1 de Julio de 1996, referencia 5628 y 17 de mayo del 2000, referencia 5160. En todo caso pese a las alegaciones del escrito de demanda nada argumenta la Sentencia acerca de una falta de ocupación efectiva y una falta de readmisión de los trabajadores sino que como ya se ha señalado aplica las consecuencias de la declaración de nulidad de los despidos individuales al supuesto concreto de los actores, lo que ya se ha indicado no procede en este caso en el que hay una declaración de nulidad del despido colectivo que tiene efectos meramente declarativos y que no produce por sí misma los efectos que la Sentencia de instancia recoge, así el abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido como si se tratara de un despido individual declarado nulo.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el [artículo 235.1 LJS \(RCL 2011, 1845 \)](#) no procede la imposición de costas. Conforme al artículo 203 LRJS se acuerda la devolución a la empresa de las consignaciones o aseguramientos realizados y del depósito constituido para recurrir

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa C. I. y S. S.A. contra la sentencia de fecha cinco de Octubre del Dos Mil Quince dictada por el Juzgado de lo Social nº dos de los de Valencia en autos número 1102/2013 y 1104/2013 seguidos a instancias de D. E.M.L., D. A.L.P.B., Y D. L.A.H.C. frente a la empresa recurrente sobre RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, debemos de revocar y revocamos dicha Sentencia, acordando desestimar la demanda iniciadora del procedimiento.

Todo ello sin costas y con devolución a la empresa del depósito constituido para recurrir y de las consignaciones o aseguramientos realizados al efecto.

2189

Sentencia núm. 86, de 17 de enero de 2017

Materia: Conflicto colectivo. Derecho de los trabajadores a recibir incremento porcentual anual por complemento de antigüedad previsto en el convenio colectivo de transporte sanitario. Interpretación acuerdos de inaplicación temporal del convenio. Reconocimiento porcentaje adicional a partir de que quedan sin efecto los acuerdos.

Juzgado: Desestima la demanda y absuelve a la empresa demandada de la pretensión en ella contenida. No procede el cobro del incremento adicional solicitado.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No procede cobrar el porcentaje de los incrementos durante los años de inaplicación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la representación de la parte actora, Comité de Empresa de la mercantil demandada A. SL, la sentencia que ha desestimado las demandas acumuladas de conflicto colectivo en la que se cuestiona la interpretación de los acuerdos de inaplicación temporal del Convenio Colectivo de Transporte Sanitario suscritos el 21-2-2013 y el 23-12 2013, en lo que se refiere al complemento de antigüedad previsto en el art. 39 del Convenio, y en las que se solicita la declaración y el reconocimiento expreso del derecho de los trabajadores afectados a percibir desde el 1 de enero de 2015, en que quedaron sin efecto dichos acuerdos, un 2% adicional sobre los importes percibidos a 31-12-2014.

El recurso, que impugna la empresa, se estructura en dos motivos. El primero, por el apartado b) del art. 193 de la LRJS, interesa la supresión en el hecho cuarto de la frase "...sobre la base de la existencia de error informático", por inexistencia de elemento probatorio alguno que pueda justificar la referida afirmación, lo que se rechaza, por ser absolutamente irrelevante para cambiar el signo del fallo, que el pago en el mes de enero de 2015 de la antigüedad en la forma solicitada por la recurrente, que luego fue corregido en las nóminas siguientes de febrero y marzo de 2015 se debiera a error informático o simple error corregido por la empresa inmediatamente para hacer valer su interpretación de los Acuerdos; además como señala la recurrida el error informático fue la causa que alegaron el testigo y el representante de la empresa en el interrogatorio, y la prueba negativa no sirve, cuando además está contradicha por otra no revisable en suplicación.

SEGUNDO.- En censura jurídica, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, denuncia el recurso en el segundo motivo, la infracción por interpretación errónea de los Acuerdos de inaplicación temporal de determinados arts. del Convenio Colectivo de Transporte Sanitario suscritos el 20 y 21/2/2013 y el 23/12/2013 por la representación de los trabajadores y la empresas A.T. SL y A. SL; así como los arts. 3, 4 y 1281 y

siguientes del Código Civil en materia de interpretación de normas y de contratos; y la falta de aplicación del principio “pro operario”, y de una reiterada jurisprudencia en materia de interpretación de Acuerdos y Convenios Colectivos.

Para resolver el conflicto hay que interpretar los Acuerdos en relación con el art. 39 del Convenio. La sentencia transcribe el contenido de los mismos y desestima la demanda aplicando el criterio de la literalidad. Dice la sentencia que en fecha 21 de febrero de 2013 la dirección de la empresa y la representación de los trabajadores firman Acuerdo para el descuelgue o la inaplicación de determinados artículos del citado Convenio Colectivo de aplicación a la relación jurídica de las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores; y que con efectos desde 1 de enero de ese año fue prorrogado, en otro acuerdo, para todo el año 2014; que el día 14 de diciembre de 2014 el Comité de Empresa de la empresas A. SL y A.T. SL comunica por escrito a la dirección de estas el deseo de no prorrogarlo, su denuncia; quedando sin efecto a partir del día 1 de enero de 2015; y que en la hoja de salarios correspondiente al mes de enero de 2015 la empresa abonó a los trabajadores el complemento de antigüedad aplicando el incremento de antigüedad del 1 por 100 por cada año en que estuvo congelado, además del correspondiente aquel año; y en la correspondiente al mes de febrero de 2015, sobre la base de la existencia de error informático, deja de hacerlo y descuenta lo abonado en la anterior. En los meses de marzo y abril de 2015 se abona únicamente un 1% adicional.

El Acuerdo de inaplicación del Convenio de fecha 21 de febrero de 2013, en relación al complemento de antigüedad dice: “ANTIGÜEDAD. (Sustituye a lo previsto en el artículo 39) El concepto de antigüedad tal y como está recogido en el convenio colectivo sectorial queda congelado. De esta forma los incrementos porcentuales correspondientes a los años que permanezca en vigor el presente Acuerdo de descuelgue no se aplicaran durante la duración del mismo. Los porcentajes de antigüedad aplicables a 31/12/2012 se seguirán aplicando durante la duración del presente Acuerdo.” “Dichas medidas entrarán en vigor con retroactividad al 1º de enero de 2013, y tendrán validez hasta el 31 de diciembre de 2013 o el tiempo de validez del actual convenio colectivo sectorial, sin que en ningún caso, las nuevas condiciones adoptadas puedan tener una duración superior al periodo de vigencia del convenio, ni exceder como máximo de los tres años”.

En el Acuerdo de prórroga de fecha 23 de diciembre de 2013 se dice que: “Dichas medidas entraran en vigor con efectos de 1 de enero de 2014, y tendrán validez hasta el tiempo que se extienda la ultra actividad del actual convenio colectivo sectorial, y en consecuencia hasta la firma de un nuevo Convenio Colectivo, sin que en ningún caso, las nuevas condiciones adoptadas puedan exceder un máximo de tres años. No obstante, las partes pactan que con carácter anual, entre los días 15 y 30 de diciembre del año natural, el presente acuerdo debe ser prorrogado expresamente entre el Comité de Empresa y la representación legal de la Empresa”.

El artículo 39 del Convenio Colectivo de Empresas de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia de la Comunidad Valenciana, para los años 2012 y 2013, dice: “Los trabajadores/as con alta posterior a 1 de enero de 1984, conforme a lo

establecido en el artículo 25 del Estatuto de los Trabajadores, percibirá por el concepto de complemento de Antigüedad:

- Cumplidos los tres años de permanencia, el 3 por 100.
- Un aumento del 1 por 100 por año de permanencia, a partir del cuarto año.
- A los veinte años o más de servicios interrumpidos, el 20 por 100.
- Respecto del complemento de antigüedad para trabajadores con alta anterior al 1 de enero de 1984, se estará a los convenios y/o contratos suscritos entre las partes.

El abono se efectuara en el recibo mensual de cada mes y el derecho se obtendrá en el mes en el que se cumpla la antigüedad de que se trate”.

La cuestión que debe resolverse en este conflicto, interpretando los Acuerdos de inaplicación temporal de determinados artículos del Convenio Colectivo de Transporte Sanitario de aplicación en las empresas, fusionadas a mediados de junio de 2015 por absorción de A.T. por A. SL, que conserva esta denominación, consiste en determinar si durante el periodo de inaplicación del Convenio, los años 2013 y 2014, la antigüedad que se aumentaba cada año en el 1% del salario base según establece el art. 39 del Convenio, quedo congelada solo en su retribución como sostiene la recurrente, o también en su devengo, de modo que el 1 de enero de 2015 cuando se vuelve a aplicar el convenio, debe partirse de la cantidad congelada que percibían los trabajadores en diciembre de 2012, como señala la sentencia, o debe aplicarse el 2% correspondientes a los incrementos devengados en los años 2013 y 2014 que no se percibieron por aplicación de los Acuerdos.

En lo que a la interpretación de convenios y acuerdos colectivos se refiere, la Sala IV del TS viene indicando:

a).- Que dado el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- su interpretación ha de atender tanto a las reglas hermenéuticas de las normas jurídicas como a aquellas otras que disciplinan la interpretación de los contratos, esto es, los arts. 3, 4 y 1281 a 1289 CC (recientes, SSTS 08/06/16 -rco 236/15 -; 07/07/16 -rco 174/15 -; y 20/07/16 -rco 197/15 -).

b).- Que «si bien entre las reglas hermenéuticas adquiere singular relevancia -efectivamente- ese elemento de la literalidad, y por el cual el intérprete ha de estar «al sentido propio de sus palabras» [entre otras muchas, SSTS 04/05/06 -rec. 2782/04 -; 13/03/07 -rco 39/06 -; y 09/12/10 -rcud 321/10 -], no menos cierto es que los fundamentales elementos interpretativos -lógico, gramatical e histórico- «han de ponderarse en el marco de una interpretación sistemática del conjunto de la disposición y de la finalidad perseguida por la misma [con muchas otras, SSTS 15/03/10 -rcud 584/09 -; y 18/06/10 -rco 152/09 -]; y con mayor motivo cuando aquellos primeros criterios hermenéuticos no llevan a solución clara alguna [SSTS 09/12/10 -

rcud 831/10 -; y 13/01/14 -rco 102/13 -]» (así, STS 06/07/16 -rcud 530/14 -).

c).- Que «en materia de interpretación de cláusulas de convenios y acuerdos colectivos, en cuyo esclarecimiento se combinan las reglas de interpretación de las normas con las de la interpretación de los contratos, debe atribuirse un amplio margen de apreciación a los órganos jurisdiccionales de instancia, ante los que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes» (entre muchas precedentes, SSTS 01/06/16 -rcud 2758/14 -; 08/06/16 -rco 236/15 -; y 07/07/16 -rco 174/15 -), de manera que su «cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual» (por ejemplo, SSTS 12/07/16 -rco 101/15 -; 07/07/16 -rco 174/15 -; y 20/07/16 -rco 197/15 -).

Pues bien, la sala considera acertada la decisión desestimatoria impugnada, que consideramos racional y coherente, y que siguiendo la interpretación literal de los Acuerdos, que no ofrecen duda sobre la intención de los contratantes, determina que lo que se congela es la antigüedad que establece el art. 39 del Convenio al que sustituye y por lo tanto la retribución del concepto y el devengo del incremento en los años de inaplicación 2103 y 2014, de modo que los trabajadores en esos años recibirán por el concepto cuestionado la cantidad percibida en diciembre de 2012 y una vez decaídos los acuerdos el 1 de enero de 2015, a esa cantidad de diciembre de 2012 se aplica el 1% correspondiente al 2015; pero no los incrementos que correspondían a 2013 y 2014 que se congelaron, y deben acogerse los argumentos contenidos en la sentencia, también los relacionados con la propuesta de la empresa en el año 2013, así como la interpretación que ha realizado el juzgador de Instancia. Y el error en el primer pago de enero de 2015, luego corregido, carece de valor a la hora de interpretar los Acuerdos, al tratarse de una actuación puntual que no produce efectos para decidir la cuestión controvertida. Y se desestimara el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del COMITÉ DE EMPRESA DE LA MERCANTIL A. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia de fecha 9 de febrero de 2016; en procedimiento de Conflicto Colectivo, interpuesto por la recurrente contra A. SL; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin Costas.

2190

Sentencia núm. 134, de 24 de enero de 2017

Materia: Recargo de prestaciones. Accidente de trabajo. Falta de medida de seguridad. Solicitud revocación resolución del organismo demandado en el que se establece el recargo de prestaciones. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, declarando la procedencia de absolver a los organismos codemandados de las pretensiones de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se han cometido las infracciones denunciadas, por lo que procede confirmar la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se recurre por la representación letrada de la empresa, la sentencia de instancia que desestimó la demanda interpuesta en solicitud de revocación de la resolución del INSS de 26/03/2012, (por la que se acuerda ampliar el recargo de prestaciones a la IT del periodo de 19/07/2010 al 24/02/2012 al determinar que dicha nueva IT es por accidente de trabajo derivada de recaída) y la resolución de 04/06/2012, por la que se declara a la empresa hoy demandante responsable del abono del recargo el 30% por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, sobre el importe de la prestación de la IP Parcial reconocida al trabajador William Morales. El recurso se plantea al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, y ha sido impugnado.

Comenzando por la revisión fáctica, la recurrente solicita la revisión de parte del hecho probado 2º para que se modifique la fecha de la resolución que declaró la falta de medidas de seguridad e impuso el recargo de prestaciones, que consta de 22-01-2008, por la de 24-4-2007; que aparezca que se trataba de las prestaciones relativas a la incapacidad temporal de dicho trabajador, que como se encontraba todavía en IT la ampliación del importe del recargo era hasta la fecha del alta, así como las que, derivadas del accidente se pudiera reconocer en un futuro, y que finalizado el proceso de IT en fecha 08-10-2007, en fecha 31-01-2008 se propone la declaración del trabajador como afecto de lesiones permanentes no invalidantes por baremos 99, con descripción de las secuelas; y que esta última declaración devino firme.

No admitimos lo interesado salvo en cuanto a la modificación de la fecha de 24-04-2007, que es la de la resolución que impuso el recargo a la empresa, figurando la otra fecha por error material. El resto del hecho propuesto no se admite ya que resulta reiterativo con lo declarado en el siguiente hecho probado 3º, y en lo que no, es intrascendente para alterar el signo del fallo.

Se propone seguidamente la eliminación del hecho probado 3º de la sentencia de instancia porque se dice que lo indicado en el mismo ya ha sido reflejado en el

hecho probado 2º, tras la modificación propuesta. Sin embargo, al no haber sido admitida, no procede la eliminación del citado hecho 3º como tampoco la adición de uno nuevo en su lugar (cuyo texto propuesto obra la folio 15 del recurso), pues en ningún momento se evidencia error patente y manifiesto en la valoración probatoria puesto de manifiesto por prueba documental o pericial sino una redacción más de gusto de la parte basada en su interpretación de lo acontecido, así como la inclusión de conclusiones y razonamientos de carácter jurídico impropios de figurar en el factum.

Recuérdese que para que una revisión prospere ha de deducirse directamente de los solos documentos alegados sin necesidad de interpretaciones (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002 sobre la ineficacia de los razonamientos e interpretaciones de los documentos y pruebas), y que cuando la modificación que se propone entra en contradicción con el contenido de otros medios de prueba, el requisito de la literosuficiencia no se cumple, dado que en la medida en que de los mismos puedan extraerse conclusiones contrarias o incompatibles, debe prevalecer la solución fáctica alcanzada por el juez a quo, órgano judicial soberano para la apreciación de la prueba (TSJ CV 3-3-2005).

SEGUNDO.-Al amparo del art. 193 c) de la LRJS la parte recurrente denuncia la infracción de los arts. 43.1 de la LGSS, por entender que debe aplicarse el plazo de 5 años para la prescripción del derecho a las prestaciones de la Seguridad Social, prescripción que la sentencia debió acoger ya que desde la fecha de la Resolución del INSS de 24-04-2007 imponiendo el recargo de prestaciones y la que impone un nuevo recargo de 26-03-2012, han transcurrido más de 5 años. E igual estimación entiende procede respecto de la prescripción de la resolución de 04-06-2012, imponiendo el recargo del 30% sobre la IP Parcial.

La anterior censura jurídica no puede prosperar ya que, impuesto un recargo de prestaciones ex art. 123 de la LGSS, el mismo recae sobre todas las prestaciones derivadas del accidente en cuestión, no solo sobre las presentes sino también sobre las futuras, de tal modo que hasta que las mismas no acontezcan, el recargo no se actualiza y no puede empezarse el cómputo del plazo general de prescripción en materia de seguridad social. El dato fundamental es que la situación protegida derive del accidente de trabajo en base al cual se impuso el recargo de prestaciones, lo que en este proceso no se discute, ni en cuanto a la nueva IT ni en cuanto a la IPP declarada. Por ello, es perfectamente posible que en fecha 26-03-2012 (en la que dicho sea de paso y pese a su irrelevancia no habían transcurrido los 5 años alegados) se impusiera un recargo de prestaciones por el periodo de IT que inicia el 19-07-2010, pues es en esta última fecha cuando surgió la situación a proteger de incapacidad temporal, finalmente considerada como recaída del accidente de trabajo. Y en cuanto a la declaración de Incapacidad Permanente Parcial, en todo caso arrancaría el cómputo prescriptivo cuando quedó objetivada médicamente (desde cuya fecha evidentemente no han transcurrido 5 años), no cuando a resultas de un accidente de trabajo se declaró el recargo en 24-04-2007. En dicha resolución del INSS se acordó declarar “la procedencia de la aplicación del mismo incremento con cargo a la empresa hoy demandante respecto de las prestaciones que, derivadas del accidente

anteriormente mencionado, se pudieran reconocer en el futuro” (hecho probado 3º). También consta en el mismo hecho y es de gran importancia que: “Contra la mencionada resolución no consta que se interpusiese la correspondiente reclamación previa, deviniendo firme la misma.”

Por lo expuesto, y porque en cualquier caso, los hechos probados nos muestran los sucesivos procedimientos y resoluciones administrativas existentes desde el accidente de trabajo en 9-10-2006, en materia de prestaciones, que actúan como interruptivos, desestimamos las alegaciones relativas a la prescripción.

TERCERO.-Con el mismo amparo procesal la recurrente considera producida la infracción de los arts. 31, 62 a) y c) o subsidiariamente 63 y 84.1 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, en relación con el art. 11.1, 2 y 4 de la OM de 18-1-1996, arts. 9.1, 24.1 y 105 c) de la CE y jurisprudencia que cita, alegando que los expedientes administrativos tramitados por el INSS y subsiguiente recargo de prestaciones adolecen de nulidad o subsidiariamente anulabilidad, al haberse tramitado sin seguir el procedimiento establecido, produciendo indefensión al interesado, dictándose las resoluciones “in audita parte”.

Tampoco puede prosperar esta censura jurídica ya que, los expedientes referenciados no fueron notificados al actor porque el mismo no era parte, lo que determina la ausencia de los vicios de forma que denuncia el recurrente. En el procedimiento de imposición de recargo, como parte del mismo, sí fue citado, y el mismo le fue oportunamente notificado, deviniendo firme la declaración final de recargo presente y posible a reconocer en el futuro, impuesto por resolución del INSS de 24-04-2007. Actualizado el recargo por una nueva IT, y por una declaración de IPP, el hoy recurrente no es parte en tales procedimientos, bien que la declaración de la contingencia en uno u otro sentido (común o laboral) haya de producirle consecuencias, que no olvidemos, arrancan de la imposición del recargo en 2007. El hoy demandante-recurrente ha acudido a la vía judicial, y es en ésta, y en la previa vía administrativa que concluyó por resoluciones desestimatorias de reclamación previa de 23-05-2012 y 03-07-2012, en la que debió hacer valer su postura sobre la contingencia de la IT, o sobre la procedencia o no de declarar una incapacidad parcial en base a unas determinadas secuelas (recordemos que una IPP siempre deriva de accidente de trabajo). No cabe entender que al actor se le haya privado de sus derechos ni se le haya producido indefensión, porque la impugnación de resoluciones administrativas a él afectantes y el acceso a la vía judicial, siempre la ha tenido, como ha hecho, sin que en esta sede se hayan aportado pruebas que desvirtúen su responsabilidad en las nuevas prestaciones ni discutido temas de fondo directamente relacionados con la ampliación del recargo.

Por lo expuesto, y no habiéndose cometido las infracciones denunciadas, el recurso ha de quedar íntegramente desestimado.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON F.L.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de BENIDORM, de fecha 25 de junio de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2191

Sentencia núm. 162, de 24 de enero de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta servicios como montador en empresa dedicada a la instalación y mantenimiento de climatización. Aplicación convenio colectivo del metal. El actor sufre un accidente mientras presta su actividad golpeándose un ojo. La empresa tiene contratado una póliza de seguro de responsabilidad civil con empresa aseguradora. Reclamación de cantidad por tiempo de incapacidad y secuelas (pérdida de visión). Responsabilidad subjetiva y culpabilística. Responsabilidad empresarial frente a imprudencia del trabajador.

Juzgado: Estima la demanda condenado a la empresa aseguradora a abonar al demandante determinada cantidad en concepto de indemnización por lesiones producidas.

Sala: Estima el recurso de la compañía aseguradora demandada en la instancia y revoca la sentencia de instancia. No cabe apreciar una conducta culposa de la empresa en el accidente sufrido por el trabajador, ya que éste no utilizó las medidas de seguridad a su alcance para evitar el mismo. No queda acreditada una conducta empresarial imprudente y culpable que haya llevado al resultado lesivo. Al eximirse al asegurado de la obligación de indemnizar no procede la condena a la empresa aseguradora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda interpuesta por Don J.V.R.A. contra A. Seguros (anteriormente (W.) y contra la mercantil L.F. S.L., condenó a AXA SEGUROS a abonar al actor la cantidad de 20.871,57 euros, y absolvió a la empresa L.F. S.L., de las pretensiones deducidas en su contra, interpone recurso de suplicación A. SEGUROS GENERALES, siendo impugnado el recurso por la parte actora, y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que se adicione al hecho probado tercero lo siguiente: “La empresa no tuvo constancia de la producción del accidente, ni prueba alguna de que el mismo hubiera acontecido, acudiendo el demandante a diversas revisiones médicas sin indicar a la empresa que las mismas tuvieran relación con un accidente laboral, hasta que en fecha 10 de octubre de 2011 solicita la baja por accidente laboral, lo que motiva la realización del parte de accidente, el cual se verifica cinco meses después de acontecidos los hechos. La descripción del accidente se efectúa atendiendo a las manifestaciones del trabajador, sin que nadie tuviera conocimiento de los hechos relatados por el mismo. En el presente supuesto no se ha impuesto a la empresa recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad. Tampoco existe acta de la inspección de trabajo que ponga de relieve ninguna infracción de medidas de seguridad”, pero la revisión fáctica no puede alcanzar éxito por cuanto el texto que se pretende introducir no resulta

directamente, sin necesidad de conjeturas, ni de hipótesis, ni razonamientos de los documentos a los que alude la parte recurrente. Sin olvidar que se pretenden incorporar a la resultancia fáctica hechos negativos, y estos por su carácter negativo no tendrían por qué constar en la sentencia, donde se deben reflejar los que han acaecido en sí, que en el proceso se reconocen bajo la denominación de positivos, pero, a mayor abundamiento, no es admisible la adición por cuanto la misma debía fundamentarse en la prueba documental o pericial realizada y los documentos aludidos no la constituyen.

También se postula una redacción alternativa al hecho probado noveno para el que propone un nuevo texto con el contenido que indica en su escrito de recurso, que aquí se tiene por reproducido, pero que no puede alcanzar éxito, por cuanto no resulta directamente sin necesidad de conjeturas, ni de razonamientos de los documentos en que se basa, habiendo efectuado el recurrente una valoración jurídica y una interpretación de los extremos a los que alude para construir su hecho en el que ofrece su particular visión de cómo ocurrieron los hechos. Y obvia que el trabajador declara y así se recoge en el informe de investigación del accidente que al día siguiente sábado 21 de mayo de 2011 el trabajador se dirigió a urgencias para que lo atendieran y de nuevo el lunes 23-5-2011 acudió al oftalmólogo para que se lo revisasen otra vez, lo que ha servido al Juzgador para construir el hecho noveno y está en contradicción con lo que pretende introducir la parte recurrente.

SEGUNDO.- En este motivo se postula, con adecuado amparo procesal, la adición en el hecho probado decimo de los siguientes extremos: “No consta infracción alguna de la normativa laboral, no interviniendo tras los hechos la inspección de trabajo, por lo que no se levantó acta de infracción. Tampoco existe condena alguna a la empresa por infracción de normativa laboral, no imponiéndose recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

Si consta que el trabajador tenía a su disposición en la empresa material de protección adecuado, en concreto gafas protectoras y que tenía formación adecuada al puesto que desempeñaba, existiendo evaluación de riesgos laborales de dicho puesto de trabajo”. La revisión fáctica no puede alcanzar éxito. En el primer párrafo de la pretendida adición, su texto, no resulta directamente, sin necesidad de conjeturas, ni de hipótesis, ni razonamientos de los documentos a los que alude la parte recurrente. Sin olvidar que se pretenden incorporar a la resultancia fáctica hechos negativos, y estos por su carácter negativo no tendrían por qué constar en la sentencia, donde se deben reflejar los que han acaecido en sí, que en el proceso se reconocen bajo la denominación de positivos, pero, a mayor abundamiento, no es admisible la adición por cuanto la misma debía fundamentarse en la prueba documental o pericial realizada y los documentos aludidos no la constituyen.

Y el segundo párrafo de la adición interesada ya se encuentra en lo sustancial recogido en el hecho probado séptimo por lo que resulta innecesaria su reiteración.

TERCERO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.902 del Código Civil y la jurisprudencia que los interpreta, estableciendo dos submotivos, uno relativo a la inexistencia de prueba sobre la realidad del accidente e inexistencia de reproche culpabilístico, y el otro relativo a la inexistencia de nexo causal entre las lesiones que se reclaman y la actuación que se imputa a las representadas por la parte recurrente.

Con respecto al primer submotivo se alega por la parte recurrente que no se ha probado ni la realidad del accidente de trabajo, ni que se produjera en tiempo y lugar de trabajo, ni que el mismo es imputable a título de culpa a la empresa, sino al trabajador. En relación con el segundo submotivo la parte recurrente sostiene que el error inicial de diagnóstico que no detecta las causas que ocasionaban las dolencias y no le realizan ningún tratamiento, supone una negligencia médica que motiva las lesiones que se reclaman, así como existencia de hechos posteriores culpables que interrumpen el nexo causal. Y esa ruptura del nexo causal debe motivar la absolución de la recurrente o al menos la disminución de la indemnización en un 50%.

Los inalterados hechos declarados probados ponen de manifiesto que el actor que venía prestando sus servicios para la empresa demandada L.F., S.L., dedicada a la actividad de “instalación/mantenimiento de clima (aire frío y calor) y con la categoría de oficial primera-montador/instalador, habiendo causado baja en la empresa el 29 de febrero de 2012, el día 23 de mayo de 2011 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital de la Ribera relatando que hacía dos días se había golpeado el ojo con un hierro, y en la hoja de informe de alta constan los siguientes extremos: “AV 0,7 /0,4 SC. PIO 9/13. BMC OD pequeña hemorragia subconjuntival temporal inferior. Cornea clara. TYNDALL-FO vítreo claro, papila, macula normales, retina a plano, no desgarro ni hemorragia”, posteriormente acudió en diversas ocasiones al médico y se le realizaron distintas pruebas, tal como se hace constar en el hecho probado segundo de la sentencia de instancia, siendo finalmente intervenido en octubre de 2011. A resultas del accidente le ha quedado como secuela una disminución de la agudeza visual en más del 50%. El actor permaneció en situación de baja por incapacidad temporal por la contingencia de accidente de trabajo desde el día 11 de octubre de 2011 hasta el 13 de septiembre de 2012 en que fue alta por mejoría que permite realizar su trabajo habitual percibiendo la correspondiente prestación que le fue abonada por la mutua Fraternidad conforme a una base reguladora de 47,26 euros y cuantía total de 11.556,70 euros. Se le reconocieron Lesiones Permanentes no invalidantes derivadas de accidente de trabajo indemnizables con arreglo al Baremo nº 3 (disminución de la agudeza visual en un ojo en más de un 50%) y el derecho a percibir una indemnización de 1600 euros con cargo a la Mutua. En el hecho probado noveno se establece que el día 20 de mayo de 2011, viernes, cuando el Sr. R.A. se encontraba recogiendo el material de trabajo al acabar la jornada laboral observó una anomalía en una herramienta (escarpe) y al intentar arreglar la misma, utilizando al efecto un martillo, le saltó algo al ojo derecho que con un espejo delante se quitó. En el momento en que estos hechos ocurrieron no llevaba las gafas de protección al haber terminado los trabajos y encontrase recogiendo. El demandante ha recibido

formación relativa a su puesto de trabajo de instalador de climatización y calefacción. Consta la entrega por parte de la empresa al trabajador de equipos de protección individual en fecha 25-09-2009 y entre estos de protección ocular. La mercantil cuenta, además, con un Plan de Prevención y con Evaluaciones de Riesgos. Tras el percance sufrido por el Sr. R.A. en la empresa se elaboraron unos folletos explicativos relativos al protocolo/procedimiento a seguir para guardar las herramientas. Las herramientas que utilizan los trabajadores las proporciona la empresa.

Esta Sala ha indicado con reiteración con respecto a la materia que nos ocupa que nos hallamos ante un sistema culpabilístico y no de responsabilidad objetiva. Se trata de una responsabilidad civil culposa, “la responsabilidad subjetiva y culpabilística en su sentido más clásico y tradicional” (Tribunal Supremo: 30-9-97, 20-7-00); no es responsabilidad civil objetiva, ni derivada de la creación del riesgo, ni es culpa extracontractual o aquiliana (del art. 1902 Código Civil), sino pura responsabilidad civil culposa contractual, por incumplimiento de obligaciones nacidas del contrato laboral. Será preciso probar una relevante y causal culpabilidad subjetiva que ha de ser imputada a la empresa según las circunstancias de personas, tiempo y lugar (art. 1.104 C.C.). No bastará el socorrido “deber de seguridad” de la empresa, que por sí obligaría a imponer una indemnización en todo accidente de trabajo, lo que no es posible al no tratarse de responsabilidad objetiva, pues hace falta dolo o negligencia (art. 1.101 C.C.).

No obstante, existe una cierta evolución jurisprudencial en la materia, y así, el Tribunal Supremo sigue diciendo en sentencia de 30 de junio de 2010 que: “Indudablemente, es requisito normativo de la responsabilidad civil que los daños y perjuicios se hayan causado mediante culpa o negligencia, tal como evidencia la utilización de tales palabras en los arts. 1.101, 1.103 y 1.902 CC. Aunque esta Sala IV ha sostenido tradicionalmente que la responsabilidad civil del empresario por el AT “es la responsabilidad subjetiva y culpabilística en su sentido más clásico y tradicional” (SSTS 02/02/98 –rcud 124/97-; 18/10/99 –rcud 315/99-; 22/01/02 –rcud 471/02-; y 07/02/03 –rcud 1648/02-), lo cierto es que más modernamente se ha venido abandonando esta rigurosa –por subjetiva- concepción originaria, insistiéndose en la simple exigencia de culpa –sin adjetivaciones- y en la exclusión de la responsabilidad objetiva (valgan como ejemplo las SSTS 18/07/08 –rcud 2277/07-; 14/07/09 –rcud 3576/08-; y 23/07/09 –rcud 4501/07-), ...”. Sigue diciendo que: “... No puede sostenerse la exigencia culpabilística en su sentido más clásico y sin rigor atenuatorio alguno, fundamentalmente porque no son parejas la respectiva posición de empresario y trabajador en orden a los riesgos derivados de la actividad laboral...”. Y que: “2.- La deuda de seguridad que al empresario corresponde determina que actualizado el riesgo (AT), para enervar su posible responsabilidad el empleador ha de acreditar haber agotado toda diligencia exigible, más allá –incluso- de las exigencias reglamentarias”.

En el presente supuesto tras la conjunta valoración de la prueba practicada, se estima que no se puede responsabilizar a la empresa del lamentable accidente sufrido por el trabajador, aun teniendo presente la evolución jurisprudencial antes apuntada. En efecto, partiendo del hecho de que el trabajador demandante

estaba instruido en los riesgos laborales de su cometido profesional ya que había recibido formación relativa a su puesto de trabajo de instalador de climatización y calefacción, que además consta la entrega por parte de la empresa al trabajador de equipos de protección individual en fecha 25-09-2009 y entre estos de protección ocular, que la mercantil cuenta, además, con un Plan de Prevención y con Evaluaciones de Riesgos y siendo así que en el hecho probado noveno se establece que el día 20 de mayo de 2011, viernes, cuando el Sr. R.A. se encontraba recogiendo el material de trabajo al acabar la jornada laboral observó una anomalía en una herramienta (escarpe) y al intentar arreglar la misma, utilizando al efecto un martillo, le saltó algo al ojo derecho y que en el momento en que estos hechos ocurrieron no llevaba las gafas de protección al haber terminado los trabajos y encontrarse recogiendo, este es un suceso que no pudo preverse, lo que se conecta con el hecho de que la empresa había tomado todas las medidas de diligencia exigibles para evitar los eventos dañosos, estando el trabajador provisto de los equipos de protección individual y entre estos los de protección ocular, y el trabajador debía haberlos utilizado, no solo mientras se encontraba trabajando, sino también cuando había terminado los trabajos y se encontraba recogiendo, por cuanto volvió a utilizar las herramientas realizando actuaciones propias de su trabajo, como golpear una herramienta (escarpe) utilizando al efecto un martillo, lo que exigía usar los medios de protección ocular. Sin que incida en la referida concreta conducta del trabajador de omitir el uso de la protección ocular, el que la empresa tras el percance sufrido por el Sr. Ruiz Armengol haya elaborado unos folletos explicativos relativos al protocolo/procedimiento a seguir para guardar las herramientas.

Y si bien es cierto que la empresa debe velar porque se cumplan las normas de seguridad y salud laboral, no es menos cierto que en supuestos como el presente no se le puede responsabilizar de unas consecuencias que no pudo razonablemente evitar, pues el accidente se produjo a virtud de la propia iniciativa del trabajador involucrado en el mismo, que al no adoptar mediante un comportamiento libre y voluntario todas las medidas de seguridad previstas para la evaluación de riesgos laborales elaborada por la empresa y en las propias instrucciones de la misma, así como utilizar las medidas de protección facilitadas de las que era conocedor el empleado accidentado generó la fatal consecuencia. Sin que conste que en ningún momento la empresa le ordenase tal proceder. Ni consta que por la Inspección de Trabajo se detectase infracción alguna, ni que el INSS iniciase procedimiento para la imposición de recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad.

En definitiva a la vista de todo lo expuesto, no es posible imputar una responsabilidad a la empresa por vía de culpa, que genere la consiguiente obligación civil de resarcimiento, pues en ningún momento ha quedado acreditada una conducta empresarial imprudente y culpable que haya llevado al resultado lesivo.

En el siguiente motivo del recurso se citan como infringidos por la sentencia de instancia a la hora de condenar a la parte recurrente el artículo 73 de la Ley de Contrato de Seguro, alegando que la sentencia de instancia absuelve a la empresa asegurada, siendo el motivo de la llamada a la Litis de la aseguradora A. su condición de aseguradora de la empresa L.F., S.L., tratándose de un seguro voluntario

concertado en beneficio del asegurado y no de terceros, por ello la obligación de indemnizar de la aseguradora requiere la condena del asegurado, hecho que determina el nacimiento de la obligación derivada del contrato de seguro. Y dado que en el presente supuesto se ha eximido al asegurado de la obligación de indemnizar, absolviéndole de la reclamación formulada en su contra, ello impide la condena de la aseguradora. Pero como en el presente recurso no se establece la responsabilidad de la empresa resulta innecesario el estudio de los siguientes motivos, por cuanto ello excluye la responsabilidad de la aseguradora. Razones por las que con estimación del recurso de suplicación debe revocarse la sentencia impugnada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la aseguradora A. Seguros Generales frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 8 de los de Valencia, de fecha 16 de marzo de 2.015, dictada en virtud de demanda interpuesta por Don J.V.R.A., a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con desestimación de la demanda debemos absolver y absolvemos a las partes demandas L.F. S.L., y A. Seguros Generales.

Se decreta la devolución del depósito y del aseguramiento efectuado para recurrir.