

Sentencia núm. 1.057, de 6 de mayo de 2014

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora al servicio de mercantil con contrato de trabajo indefinido y a tiempo completo. Ajustes salariales de plantilla. Descuelgue salarial y celebración de reunión para promover elecciones sindicales. La trabajadora pretende blindar su puesto de trabajo. Tránsito de la buena fe contractual.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente el despido de la demandante, convalidando la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización. Asimismo, estima la demanda reconventional de la mercantil convalidando la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización.

Sala: Estima el recurso y declara improcedente la extinción de la relación laboral.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Inmaculada Ballester Pastor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Frente a la Sentencia de instancia emitida por el Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia, de 24 de octubre de 2013, dictada en autos nº 90/2013, sobre despido, seguidos a instancias del letrado R.M.C., en nombre y representación de CGT PV, en interés de la afiliada C.G.C., contra la mercantil V.M. Cooperativa Valenciana, asistida por el Graduado Social D. J.M.H.Z., y la intervención del Ministerio Fiscal en la que se desestimó la demanda interpuesta por D^a C.G.C., declarando procedente el despido llevado a efecto en fecha de 28 de diciembre de 2012, convalidando la extinción del contrato sin derecho a indemnización, se alza en suplicación R.M.C., actuando en interés de C.G.C. en reclamación por despido y cantidad solicitando la anulación de la sentencia de instancia, o que se revoque la misma y se declare la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia del despido, sin perjuicio del pronunciamiento que considere procedente adoptar a la vista de la posible insuficiencia en los hechos declarados probados. Asimismo, se solicita igualmente se estime la condena económica a la trabajadora en 207,1 euros.

SEGUNDO. En primer lugar, formula el recurrente vulneración del apartado a) del art. 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, por infracción del art. 24 de la Constitución española en relación con el art. 97 de la Ley de procedimiento laboral, así como de los artículos 218.2º de la Ley de enjuiciamiento civil y del art. 248.2º de la Ley orgánica del poder judicial. Alega el recurrente, en suma, que existe una serie de datos o circunstancias que el Juez de instancia no ha incluido en el relato de Hechos Probados, causándole ello indefensión, en concreto que el Juez de instancia no hace referencia a la petición de la trabajadora de las vacaciones no disfrutadas y tampoco hace referencia a los documentos que sirven de base para la redacción del Hecho Probado Decimoquinto.

Al respecto, conforme a una constante doctrina jurisprudencial manifestada, entre otras, en las SSTs de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia, las pautas para analizar la nulidad de actuaciones solicitada son las siguientes: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003 que “la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”; b) ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; f) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones; y g) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

Pues bien, en el presente caso, no cabe estimar la nulidad solicitada, pues la sentencia de instancia esta razonada y motivada, no apreciándose las irregularidades denunciadas, como tampoco que se haya causado indefensión alguna al recurrente, ya que no cabe entender como tal la discrepancia del recurrente respecto a la valoración que de la prueba practicada ha efectuado la Magistrada de instancia, pudiendo la parte recurrente, a través del cauce adecuado de la letra b) del artículo 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, proponer la revisión de los hechos probados, pues conforme a doctrina constitucional (Sentencia del Tribunal Constitucional 44/1989, de 20 de febrero) corresponde en exclusiva a los Jueces y Tribunales ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado y trascendencia en orden o la fundamentación del fallo contenido en la sentencia, por ser facultad que pertenece a la potestad jurisdiccional, y que el Juez o Tribunal de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada (Sentencia del Tribunal Constitucional 24/1990, de 15 febrero), es decir, siempre que la resolución judicial razone sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico que ha seguido, y como se ha dicho, en el presente caso, en la sentencia de instancia se expresan las conclusiones fácticas alcanzadas tras la valoración de la prueba practicada, razonándose igualmente la conclusión jurídica alcanzada, por lo que el motivo debe desestimarse. A mayor abundamiento, el despido de la actora en nada tendría que verse afectado por la hipotética aceptación de este motivo que sólo podría tener algún tipo de eficacia sobre la reclamación de salarios instada igualmente en el presente procedimiento.

TERCERO. Al amparo del art. 193.b) de la Ley reguladora de la jurisdicción social el recurrente solicita que se añada un párrafo al Hecho Probado Decimoquinto, de forma que éste diga así: “Se reclama por la trabajadora que no se le (sic, la) ha abonado: la nómina del mes de diciembre de 2012, que asciende a la cantidad de

990,15 euros; la paga extra de Navidad del 2012, en la cantidad de 948,29 euros; la paga extra de verano, en la cantidad de 492,13 euros; la paga extra de marzo del 2013, en la cantidad de 821,13 euros; las vacaciones no disfrutadas del 2012 en cuantía de 568,08 euros”.

Se justifica esta redacción por el contenido del documento obrante en autos, documento que resulta ser la reproducción de la solicitud de la ampliación de la demanda donde se pide que efectivamente se añada a las reclamaciones de cantidad que ya constaban en autos la reclamación de las vacaciones que se dice no han sido disfrutadas en 2012, con su cuantía, cuestión a la que posteriormente no alude el juez de instancia, motivo por el que la mentada adición debe tener favorable acogida, sin perjuicio de que la cantidad efectiva de la deuda que deba abonarse o compensarse, en su caso, por empresa o trabajadora no sea objeto de resolución en este momento, pues se trata de una cuestión que forma parte de ulterior motivo.

CUARTO. Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS se denuncia la infracción del art. 28.1º de la Constitución y del art. 2º de la Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de libertad sindical, al entender que concurren indicios de actuación anti-sindical por parte de la mercantil.

Con relación a la garantía de indemnidad es doctrina del TC expresada entre otras muchas resoluciones en la STC 125/2.008 de 20 de octubre que: “... en orden las reglas de distribución de la carga de la prueba cuando de vulneraciones fundamentales se trata resulta de aplicación la inversión de la carga de la misma prevista en el art. 179.2 de la LPL, cuya aplicación se expresa modo en la ya citada STC 125/2.008 de la forma siguiente: "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 y 179.2 de la Ley de procedimiento laboral. La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria. El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5, y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba

indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo). La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4). En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de represalia empresarial. Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5 , y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3 , por todas).".

Al efecto de continuar con la argumentación, conviene repasar brevemente el relato de datos fácticos que resultan esenciales en este supuesto:

1º) No ha existido representación de los trabajadores ni afiliación sindical en la empresa y la primera convocatoria de elecciones sindicales se produce en enero de 2013, sólo unos días después del despido de la actora.

2º) La actora había venido participando como representante de los trabajadores, tras haber sido votada por trabajadores de la empresa, en ocasiones anteriores.

3º) Coincidiendo con el anuncio por parte de la empresa de que se van a adoptar medidas laborales para afrontar la crisis se celebran, al final del año 2012, una serie de reuniones, algunas de ellas con asesores sindicales del sindicato CGT, celebradas en diferentes lugares, incluido el domicilio de la actora, y el 29 de noviembre se elige a la actora como representante de los trabajadores; después de ello se aprueba no aceptar el descuelgue salarial, por lo que el 5 de diciembre finaliza el período de consultas sin acuerdo.

4º) A continuación de ello, el 7 de diciembre se celebra una reunión en el domicilio de la actora, con la finalidad de promover elecciones y se documenta la presencia en ella de una serie de trabajadores.

5º) El 10 de diciembre, a las 9 de la mañana, la actora facilita al representante de CGT la documentación necesaria para el preaviso de celebración de elecciones de la empresa, elecciones a realizar el día 3 de enero de 2013, y unido al mismo la candidatura única por el sindicato CGT de la actora.

6º) El mismo día 10 de diciembre se le comunica a la trabajadora su despido objetivo por causas económicas, con fecha de efectos 26 de diciembre de 2012.

7º) Se comunica a la empresa el 12 de diciembre la promoción de las elecciones sindicales.

8º) El 13 de diciembre se inicia por la empresa una labor de investigación de la autoría de las firmas estampadas en el documento que recoge lo abordado en la reunión del día 7 de diciembre, de promoción de elecciones sindicales, entrevistando personalmente a los trabajadores que intervinieron en ella.

9º) El 19 de diciembre la empresa inicia un expediente disciplinario contra la actora, al haberse detectado una falsedad documental en el documento de fecha de 7 de diciembre de 2012. Se retracta igualmente del despido objetivo de la actora.

10º) Desde el 26 de diciembre de 2012 la actora se encuentra de baja médica por incapacidad temporal.

10º) El 28 de diciembre se despide a la trabajadora por motivos disciplinarios por quebranto de la buena fe contractual por fraude y falsedad en sus gestiones, además de un maltrato de hecho a la empresa y a sus compañeros, todo ello en relación con lo ocurrido en la documentación relativa a la reunión celebrada el día 7 de diciembre de 2012.

11º) El día 13 de enero de 2013 se celebraron las elecciones resultando elegido un representante de los trabajadores por el grupo de los trabajadores.

12º) Consta una impugnación en materia electoral por parte de CGT contra la denegación de la reclamación previa de la mesa electoral.

13º) La empresa interpuso demanda en materia de conflicto colectivo contra el preaviso de elecciones sindicales contra la actora y contra CGT.

Así las cosas, entiende el recurrente que el indicio que sirve para apoyar el que la decisión extintiva disciplinaria empresarial tuviera por objetivo afectar al derecho de libertad sindical se identifica con el hecho de que la actuación investigadora del procedimiento de elecciones se produjo a instancias de la misma empresa y no a instancias de los trabajadores o de los representantes sindicales, lo que, unido a la existencia de una situación conflictiva en la empresa, debido a la proximidad de despidos anunciados, hiciera que los trabajadores sometidos a tal investigación se pudieran sentir de alguna forma coaccionados por ésta a la hora de firmar los documentos que sirven de prueba en el proceso posterior; incluso se alude a una posible situación de acoso que la mercantil habría infringido a los trabajadores cuando, en cada una de las reuniones celebradas por parte de las comisiones designadas para adoptar decisiones, se encontraba siempre presente un representante de la empresa.

Cierto es que la investigación que desarrolla la empresa el mismo 13 de diciembre (al día siguiente de que se le comunique la promoción de las elecciones) controlando la validez de la promoción del procedimiento electoral excede de

cualquier práctica empresarial habitual y debieran haber sido los mismos trabajadores y los asesores del sindicato los que procuraran y defendieran la validez de la documentación recabada, por lo que esta conducta podría disfrazar la conducta empresarial destinada a impedir la celebración misma de las elecciones o su invalidez posterior –por las irregularidades detectadas- pero también es cierto que, habiendo sido ya despedida la trabajadora –por causas objetivas- anteriormente al mismo comienzo de la investigación que provoca finalmente el despido disciplinario, hay que tener en cuenta que:

Lo primero, la empresa cuando despide a la trabajadora por causas objetivas no consta que tuviera conocimiento de la promoción de las elecciones –y no se aportan indicios suficientes para entender que se despidió entonces a la trabajadora alegando causas objetivas para impedir su actuación como candidata pues no se existen más datos de las circunstancias que rodearon a éste o de la concreta elección de la trabajadora para ser despedida-;

Y lo segundo, la actora a fecha de 13 de diciembre ya no podía actuar como candidata pues ya no pertenecía a la empresa, por lo que su despido disciplinario de 28 de diciembre no podía ir destinado a impedir su elección, pues ésta, como tal, resultaba ya difícil dado que ya había sido aceptada la indemnización por la trabajadora y no hubo reclamación contra tal despido por causas objetivas; tampoco su despido ya iba a impedir que se celebraran las elecciones, pues éstas se celebraron posteriormente, en enero de 2013.

Entendemos, pues, que la misma investigación de la empresa no puede ser indicio de una actuación sindical que surtiera efectos directos sobre las decisiones de despedir a la actora, y tampoco existe pruebas de que la empresa coaccionara directamente a los trabajadores para que éstos firmaran sus declaraciones por escrito, pero, como más adelante se verá, se trata de una investigación ésta que tampoco correspondía realizar a la empresa, pues no es ella la que debe controlar la validez o la irregularidad del procedimiento de promoción de las elecciones sindicales, procedimiento en el que sólo puede aparecer como mero espectador pero no como parte interesada, y, en su caso, existe un mecanismo para hacer valer sus intereses, interponiendo una reclamación en materia de proceso electoral (ex. Art. 76 Estatuto de los trabajadores).

Así las cosas, un aporte de indicios insuficiente acreditativo de que el despido disciplinario de la actora pretendiera ir contra el derecho de libertad sindical, con apoyo en la doctrina jurisprudencial antes relatada, hace decaer íntegramente este motivo.

CUARTO. Al amparo igualmente del art. 193.c) de la Ley reguladora de la jurisdicción social se denuncia existe vulneración del art. 56 del Estatuto de los Trabajadores puesto que se le imputa a la trabajadora fraude y deslealtad, pero ninguno de los hechos se cree puedan encajar en tal calificación jurídica dado que no ha existido ningún perjuicio para la empresa, y además, se le imputa a la trabajadora falta de buena fe contractual y abuso de confianza; pero tales hechos afectarían, en su caso, en relación a comportamientos que tendrían que ver con obligaciones legales impuestas y que hubieran ido en contra del resto de sus compañeros de trabajo, ya

que estos comportamientos han sido el no convocar de forma válida a los trabajadores y el que aparecieran firmas en el documento de promoción de las elecciones que resultaron posteriormente estar falsificadas.

Al respecto, según señalábamos en la Sentencia de esta Sala de 22 de noviembre de 2011, AS 2012, 1204), la causa de despido contemplada en el apartado d) del art. 54.2 del Estatuto de los Trabajadores, que también fue objeto de análisis en numerosas resoluciones de esta Sala, como en nuestra Sentencia de 4-10-2.005 (rec. 2170/2.005) con cita de las resoluciones anteriores de esta Sala de 7 marzo de 2001 (núm. 1252/2001), 13 de julio de 2000 (núm. 3070/2000), 20 de octubre de 2000 (núm. 4161/2000) o 25 de enero de 2001 , haciéndose eco de la doctrina emanada del Tribunal Supremo en sentencias de 18 mayo 1987, 30 octubre 1989, 14 febrero 1990, 26 febrero 1991, expresada a su vez en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 16 de noviembre de 1999, señalábamos que la causa de despido contemplada en el apartado d) del artículo 54.2 del ET, presenta los siguientes contornos: (...) La transgresión de la buena fe constituye una actuación contraria a los especiales deberes de conducta que deben presidir la ejecución del contrato de trabajo - arts. 5 a) y 20-1 del ET -, y el abuso de confianza constituye una modalidad cualificada de aquélla, consistente en el uso desviado de las facultades conferidas, con lesión o riesgo para los intereses de la empresa (Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de febrero 1991 y 18 mayo 1987).

La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traducándose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual. Así las cosas se alega en la carta de despido que la conducta de la trabajadora supone un quebranto de la buena fe contractual por fraude y falsedad en sus gestiones, y justifica la empresa ello en las actuaciones siguientes –no todas ellas probadas en el relato fáctico, que ha quedado incólume-:

- a. La actora no llevó a cabo una citación formal de la Asamblea de trabajadores, tal como obliga el Estatuto de los Trabajadores.
- b. La actora inició una actuación de recogida de firmas de los trabajadores y custodió el Acta de la Asamblea realizada.
- c. La actora entregó tal documento al asesor del sindicato para que éste presentara éste junto al documento de promoción de las elecciones.
- d. La actora escondió la celebración de tal reunión a 8 compañeras de trabajo, y, por último,
- e. La actora incluyó a cuatro trabajadoras que no estuvieron presentes en dicha reunión en el documento que se elaboró en el que constaba su celebración, falsificando ella tales firmas.

Además de todo ello la investigación que abre la empresa para conocer los detalles de la celebración de la promoción de las elecciones sindicales en la empresa excede completamente de las que debe llevar a cabo la empresa a tenor de lo

dispuesto en el art. 20.2 y 20.3º, que alude a la dirección y el control de la actividad laboral por parte de la empresa, y que ciñe las medidas de vigilancia y control por parte del empresario a las medidas que tengan por objetivo el control de las obligaciones y deberes que tengan contenido laboral.

Señala así el art. 20.2º y 3º que: “En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquél en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe. 3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana y teniendo en cuenta la capacidad real de los trabajadores disminuidos, en su caso”.

Señalábamos también, respecto a los contornos de la transgresión de la buena fe contractual en nuestra Sentencia de esta misma Sala de 22 de noviembre de 2011 (AS 2012, 1204), que:

-La buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traducándose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, y pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil) y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 enero 1986, 22 mayo 1986 y 26 enero 1987).

-La esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no queda enervada por la inexistencia de perjuicios (SSTS 8 febrero 1991 y 9 diciembre 1986), siquiera en ocasiones haya sido considerado el mismo como uno de los factores a ponderar en la valoración de la gravedad (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 octubre 1989).

-De igual manera que no es necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el art. 54.2 d) del ET, las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 abril 1991 , 4 febrero 1991 ,30 junio 1988 , 19 enero 1987, 25 septiembre 1986 y 7 de julio 1986).

-A los efectos de valorar la gravedad y culpabilidad de la infracción pasan a un primer plano la categoría profesional, la responsabilidad del puesto desempeñado y la confianza depositada, agravando la responsabilidad del personal directo (así en sentencias del Tribunal Supremo de 12 mayo 1988 y 19 diciembre 1989).

-En la materia de pérdida de confianza no debe establecer graduación alguna (SSTS 29 noviembre 1985 y 16 julio 1982 y STSJ Andalucía/Málaga 18 abril 1994), y el reintegro de la cantidad sustraída no obsta a la procedencia del despido (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 enero 1987, 9 mayo 1988 y 5 julio 1988).

Pero, en el actual supuesto no queda demostrada la absoluta culpabilidad o culpabilidad única de la trabajadora en la manipulación del documento, en el que obran firmas falsificadas, actuación que, de entre las relatadas y demostradas fácticamente, es la que puede resultar una transgresión de la buena fe contractual en el más puro sentido de suponer una conducta que no resulta ética o es éticamente reprobable. Al respecto, debe señalarse que estas actuaciones podrían suponer una falta de buena fe y un abuso de confianza respecto a las funciones que desarrollaba la actora en relación con la promoción de las elecciones, y que pudieran afectar al resto de sus compañeros y respecto a la falsificación de las firmas pudo falsificar ella misma las firmas estampadas en el documento que pretende la promoción de las elecciones sindicales de 7 de diciembre de 2012 o pudo sólo no custodiar bien el mentado documento y fueran otros quienes lo hicieran, lo que no queda de todas formas claro, en este sentido consta que tales asesores sindicales estuvieron presentes en algunos momentos en los que se recabaron tales firmas; también pudo ser que no informara de tal reunión a todos los trabajadores que pudieran verse implicados y hasta que ésta no realizara bien la convocatoria de las elecciones, por desconocer exactamente el procedimiento o por no estar bien asesorada por los asesores sindicales que sí estaban presentes en la realización de estas reuniones en otras ocasiones, tal como consta en el relato de los Hechos probados.

Pero, sobre todo, el procedimiento electoral está regulado en los arts. 69 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores y en tal articulado no se cita a la empresa como ente que puede controlar el efectivo cumplimiento de tales preceptos; en cambio, la empresa aparece como ente a quien debe comunicarse el transcurso de los diferentes actos y solamente a través del art. 76 del Estatuto de los Trabajadores se alude a la empresa como legitimada para llevar a cabo reclamaciones en materia electoral, debiendo tramitarse las mismas a través del procedimiento arbitral, cuando pudieran haberse detectado vicios graves que pudieran afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren su resultado.

No ha sido así la forma de proceder de la empresa quien ha participado de forma protagonista en la investigación del modo como se desarrolló el procedimiento de promoción previa de las elecciones sindicales. Al exceder tal actuación de los poderes de dirección y de los poderes de vigilancia y control que la empresa posee respecto a la trabajadora se ha de entender que las posibles irregularidades detectadas pudieran llegar a afectar a la validez del procedimiento en sí mismo, caso de que se impugnara éste por los cauces o mecanismos apropiados, pero no pudo la empresa interponer un expediente disciplinario ni investigar conductas que exceden de su poder de vigilancia, cuando, además lo que debió hacer fue llevar a cabo una reclamación en materia electoral.

Por todo ello, al no estar la empresa facultada para abrir un expediente disciplinario a la trabajadora tampoco se encontraba facultada para llevar a cabo el mentado despido disciplinario, pues las faltas muy graves detectadas –caso que de que

fueran sólo achacables a la trabajadora, lo que no aparece suficientemente demostrado, sólo que la actora fue la depositaria de tal documento- fueron conseguidas a través de un procedimiento de control que no pudo corresponder en modo alguno a la empresa. Todo lo anterior conduce a estimar que el despido de la trabajadora ha de considerarse improcedente.

QUINTO. En último término, también con amparo procesal en el art. 193.c) de la LRJS, se entiende infringido el art. 37 del convenio colectivo de estaciones de servicio de la Comunidad Valenciana, suscrito por la comisión negociadora el día 4 de marzo de 2010, vigente al momento del despido, precepto que establece que: Las vacaciones serán de treinta días naturales y se tomarán por turnos rotativos.

A juicio del recurrente, teniendo en cuenta que la empresa solamente acredita que la actora disfrutó de vacaciones del año 2012 del día 3 al 16 de diciembre y del 17 al 23 de diciembre de 2012, se habrían disfrutado un total de 24 días, quedando por disfrutar 5,75 días, dado que a la actora le corresponderían 29,75 días de derecho. Tal petición debe ser atendida, toda vez que no se ha acreditado el disfrute ni el pago de los mentados 5,75 días que le corresponderían a la trabajadora.

A la luz del relato fáctico (HP 15º) la trabajadora debe a la empresa 3.356,20 euros (indemnización por despido por causas objetivas y la cuantía de la cantidad en concepto de adelanto) y, por su parte, la empresa reconoce que debe a la trabajadora: 2.978 euros (nómina de diciembre de 2012, paga extra navidad 2012, paga de enero 2013, y paga de junio, marzo y navidad de 2013) a lo que debe añadirse según lo expresado anteriormente los 5,75 días de vacaciones no computados, es decir, más 204,12 euros (5,75 días X 35,5 euros), lo que significa que la empresa adeuda a la trabajadora un total de 3.182,11 euros.

La compensación entre ambas cantidades arroja una cifra a favor de la empresa que asciende a 174,09 que sería la cantidad que adeudaría la trabajadora a la empresa en el supuesto de que el despido fuera considerado procedente.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por R.M.C., actuando en interés de Dª C.G.C., contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Valencia, de 24 de octubre de 2013, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, y declaramos improcedente el despido acontecido el 28 de diciembre de 2012, condenando a V.M. COOPERATIVA a estar y pasar por la anterior declaración, y a que a su elección, o bien readmitan a la trabajadora en iguales circunstancias a las que regían con anterioridad al despido, o le indemnicen con la suma de 5.740,64, y le abonen, en el caso de optar por la readmisión, los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia a razón de 43,66 euros día. Se advierte a la empresa que la opción deberá realizarla dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente sentencia, y que si no la efectúa procederá la readmisión; caso de que se opte por ésta el trabajador deberá reintegrar la

indemnización recibida, y si la elección es por la indemnización, de la cantidad declarada se descontará aquello que ha sido abonado, lo que significa que debería descontarse de las cantidades así calculadas los 174,09 euros que la trabajadora debe a la empresa.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.081, de 6 de mayo de 2014

Materia: Prestación derivada de riesgo durante el embarazo. La trabajadora presta sus servicios como autónoma, siendo su actividad la de profesora de baile. Embarazo incidental. El embarazo de la trabajadora es de riesgo con independencia del puesto de trabajo que ocupa.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando a la mutua codemandada al abono a la actora de la prestación de riesgo durante el embarazo en el 100% de su base reguladora durante determinado periodo, sin perjuicio de compensar la prestación del IT del mismo periodo, con absolución del organismo codemandado en la instancia.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La situación de embarazo de la trabajadora es incompatible con su trabajo, sin olvidar los riesgos genéricos y específicos que su situación conlleva.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la mutua demandada se formula recurso contra la sentencia que estimó en parte la demanda y condenó a aquella aseguradora a abonar a la demandante determinada suma en concepto de prestación derivada de riesgo durante el embarazo.

El primer motivo del recurso, que se enmarca en el artículo 193 “b” de la LRJS, interesa que se proceda a modificar el cuarto hecho probado de la sentencia recurrida, allí donde se expresa la fecha en que la actora fue baja por IT derivada de embarazo incidental, pues se indica la de 8-3-2011 cuando debe ser el 3-8-2011 la data de inicio de la referida situación. Motivo que debe ser acogido en parte, pues la modificación de la citada fecha responde a la pura realidad, como se demuestra de otros pasajes de la sentencia donde sí se precisa como correcta esta segunda fecha, ya que en definitiva la consignación de la que obra en el pasaje aludido es lo que se denomina un “lapsus calami” que se subsana en este momento, pero sin que proceda, en cambio, eliminar el inciso del citado apartado que se menciona igualmente, al no responder a ningún criterio objetivo y menos fundarse en prueba hábil para tal finalidad.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado se censura a la sentencia la infracción del artículo 26 de la Ley 31 / 95, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, así como el artículo 37 del RD 295 / 2009, de 6 de marzo, que regula las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante lactancia natural.

La sentencia recurrida concede la prestación cuestionada a partir del día 8 de noviembre de 2011, fecha en que se cumplen cinco meses del embarazo de la

demandante, al considerar que a partir de ese momento la actividad laboral de aquella es incompatible con su estado de gestación. La recurrente argumenta que el embarazo citado es un embarazo de riesgo clínico, con independencia del puesto de trabajo ocupado, al subsistir ese riesgo aunque no se trabaje, pues en concreto se trata de un embarazo gemelar de una paciente añosa (de 42 años) y existe un aborto previo por mola, que se trata de una enfermedad o anomalía gestacional, de modo que al estar de baja por IT antes de la solicitud de prestación, obedeciendo aquella a un riesgo genérico, sin que conste que en la fecha de efectos que reconoce la sentencia hubiera cesado dicho riesgo genérico, no procede el reconocimiento de la prestación aludida.

Pero desde ahora se adelanta que el motivo, y por extensión el recurso, deben decaer, en la medida que en el relato fáctico se precisa que la demandante es profesora de baile, encuadrada en el RETA, y que la situación de embarazo es incompatible con dicho trabajo a partir del quinto mes de gestación, de acuerdo con la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia. Que la sentencia recurrida delimite los riesgos genéricos y los específicos derivados del trabajo aludido es la clave para entender correcta la decisión recurrida, pues el genérico derivado de su gestación, motivado por los antecedentes citados en el párrafo precedente, obviamente serían tributarios de la prestación de IT, pero los específicos, es decir, los riesgos que están claramente enraizados en las concretas condiciones del trabajo habitual, son los que motivan que a partir del quinto mes de gestación proceda reconocer la prestación reclamada en la demanda, en cuanto protege un riesgo concreto, no una efectiva patología. Esta solución implica, por tanto, la posibilidad de compensar la prestación de IT ya abonada en cuanto esta se hubiera prolongado más allá del quinto mes de embarazo, como expresamente señala la sentencia recurrida, que por lo expuesto, debe ser confirmada, con correlativa desestimación del recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre MUTUA X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia de fecha 20 marzo 2013, en virtud de demanda interpuesta por A.S.C. y en consecuencia confirmamos la resolución recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito y suma consignada para recurrir, y se condena a la recurrente al abono de los honorarios del graduado social impugnante, en la cuantía de 150 euros.

Sentencia núm. 1.092, de 7 de mayo de 2014

Materia: Expediente de regulación de empleo. Despido: causas productivas y organizativas. Trabajador al servicio de empresa codemandada que presta sus servicios como inspector de seguridad. Extinción de la relación laboral.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia del despido enjuiciado, condenando a la empresa a readmitir al trabajador con el abono de los salarios de tramitación o a indemnizarlo en virtud de despido improcedente. Absuelve a la Conselleria codemandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La sentencia de instancia no resulta conforme a derecho en cuanto a la declaración de improcedencia basada en la no concurrencia de las causas invocadas con carácter general para la adopción de la medida colectiva.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Contra la sentencia dictada por el Magistrado de Instancia, interpone recurso el abogado de la Generalidad Valenciana en nombre y representación de la empresa demandada. El recurso se formula con amparo en lo dispuesto en los apartados a, b y c del artículo 193 de la LRJS, y en términos similares a los consignados en el recurso formulado contra la sentencia dictada por el Juzgado número dos de dicha localidad, tramitado ante esta Sala como recurso 2536/2013 que fue resuelto en STSJCV de 15/01/2014, dando respuesta a las distintas cuestiones que aquí se plantean. Por lo que por razones de seguridad jurídica reproducimos la argumentación y doctrina allí recogidas.

En el primer motivo, redactado al amparo de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 193 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LRJS, se solicita la nulidad de la sentencia por entender en primer lugar, que la misma se dictó con infracción de lo dispuesto en el artículo 124.13 LRJS en relación al punto 1º del citado precepto legal, al haberse pronunciado sobre cuestiones que la parte considera no debieron ser objeto de la acción individual de despido colectivo.

2. Como ya entendió esta Sala “ *para resolver este primer motivo suscitado por la parte, debemos recordar que tal como viene sosteniendo esta Sala de forma reiterada y en aplicación de la Doctrina Jurisprudencial desarrollada en torno a la declaración de nulidad de actuaciones, nos encontramos ante una figura excepcional cuya integración procesal implica la aplicación de los siguientes elementos de control: a) La nulidad debe acordarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso*

63/2003) que *“la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”*; b) *Ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia*; c) *ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas*; d) *Ha de justificarse la infracción denunciada*; e) *debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante*; f) *La infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones*; y g) *no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad*.

3. En el presente caso y al igual que en el caso anteriormente mencionado, a pesar de lo alegado por la recurrente no se aprecia indefensión alguna para la parte, pues tal y como se desprende de lo actuado el actor ejerció una demanda individual de impugnación de despido objetivo derivado de un despido colectivo y en estos términos se generó el debate y la contradicción y se practicó la prueba propuesta. Tanto en la demanda como en la contestación, ambas partes se refirieron a la concurrencia de las causas alegadas por la empresa en la carta de despido. En este sentido no hay que olvidar que el artículo 124.13 de la LRJS remite al procedimiento previsto en los artículos 120 a 122 del citado texto legal y que el artículo 122 regula cuál debe ser el contenido y el alcance de la sentencia de esta modalidad procesal. El precepto en cuestión debe completarse con las especialidades previstas en el apartado 13 del artículo 124, pero la interpretación conjunta de ambos preceptos no permite sostener, tal y como afirma la parte, que la sentencia que declara la improcedencia del despido individual es incongruente. Debemos por lo tanto rechazar este primer motivo del recurso.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso, se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 LRJS la revisión del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida. En un primer apartado y con carácter general la recurrente dice querer llamar la atención sobre la redacción actual de los hechos probados primero a decimoséptimo para llegar a la conclusión de que de los mismos se desprende la concurrencia de las causas alegadas en la carta de despido. La parte acompaña esta afirmación de una serie de valoraciones y afirmaciones incompatibles con el ámbito procesal de la revisión fáctica propia del recurso de suplicación.

2. En segundo lugar solicita la adición al hecho probado duodécimo de un nuevo párrafo en el que se consigne el resultado de la votación efectuada para la aprobación del acuerdo alcanzado por las partes negociadoras. Tal adición no puede prosperar pues excede del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada de acuerdo con la doctrina recogida entre otras en las STS 11/12/2003 recurso 63/2003, STS 17/01/11 recurso 75/10; STS 18/01/11 recurso 98/09 STS 20/01/11 recurso 93/2010 y las más reciente STS 17/05/2011 recurso 147/2010, al no constatar error de valoración ni resultar controvertido el hecho en cuestión.

TERCERO.- 1. En el tercer y último motivo del recurso y al amparo procesal de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se solicita la revisión del

derecho aplicado y se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 51.1 c del ET en relación a la Disposición Adicional Vigésima del citado texto legal, así como lo dispuesto en el artículo 37 de la CE y el artículo 1255 del CC. La cuestión jurídica planteada ya ha sido resuelta en iguales términos por esta Sala.

Frente a la sentencia de instancia que enjuicia el despido objetivo individual del trabajador y llega a la conclusión de que este despido es improcedente porque no concurren las causas productivas y organizativas alegadas. Esta Sala sostiene que:

2. Para abordar las cuestiones jurídicas suscitadas en el presente recurso de suplicación debemos partir de la normativa procesal y sustantiva que en materia de despido colectivo introdujeron el RDL 3/2012 de 10 de febrero, la Ley 3/2012 de 6 de julio y el RDL 11/2013 de 3 de agosto. Reformas todas ellas que han venido a configurar la redacción actual de los artículos 51 del ET y 124 de la LRJS y en los que se apoya el control judicial de los nuevos despidos colectivos.

En el actual sistema procesal la impugnación del despido colectivo a instancia de los trabajadores se asienta en dos acciones diferenciadas: la acción colectiva reconocida a la representación de los trabajadores y cuyo fin es controlar la legalidad de la decisión empresarial en los términos que se recogen en el artículo 124.1LRJS y la acción individual reconocida a cada trabajador para impugnar su despido individual de acuerdo con las previsiones del artículo 124.13 de la LRJS. El control de esta medida se completa con la acción de jactancia reconocida al empleador (artículo 124.3 LRJS) y el proceso de oficio a instancia de la Autoridad laboral para el control de la legalidad del despido en los términos previstos en el artículo 148. b de la LRJS.

Centrándonos en las dos acciones reconocidas a los trabajadores y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 124 de la LRJS, resulta claro que nos encontramos ante dos acciones diferentes, tanto por el objeto de control como por la legitimación para su ejercicio, el órgano competente para su enjuiciamiento y el pronunciamiento judicial obtenido a través de cada una de ellas. Así, mientras que la sentencia que pretende la acción colectiva debe pronunciarse sobre la legalidad de la fase inicial del despido que concluye con la decisión del empleador o el acuerdo de las partes negociadoras, la sentencia recaída en el proceso individual ejerce el control del despido comunicado a cada trabajador y debe pronunciarse sobre la procedencia, la improcedencia o la nulidad del mismo. La primera de estas sentencias tiene efecto de cosa juzgada sobre los procesos de despido individual de manera que impide reproducir en estos pleitos las cuestiones tratadas en el proceso colectivo, mientras que la segunda únicamente afecta al trabajador que la ejercita en relación a su despido individual.

Por otro lado la acción de “jactancia”, introducida por el legislador en la reforma operada por la Ley 3/2012, para los casos en los que no existe acción colectiva frente a su decisión, pone de manifiesto la intención de garantizar una respuesta única en el control judicial de la fase colectiva, evitando así que los pleitos individuales puedan reproducir de forma independiente las cuestiones formales y sustantivas que afectan a la misma y que deben tratarse de forma unitaria y conjunta. El artículo 124.3 LRJS

contribuye además a reforzar el planteamiento sostenido por la recurrente, ya que dicha acción solo está prevista por falta de acuerdo y atribuye legitimación pasiva a los representantes de los trabajadores y no a los trabajadores de forma individual, lo que parece confirmar que la existencia de acuerdo lícito y legítimo excluye el control ordinario de la fase colectiva del despido en la acción individual.

3. En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida estima que el despido es improcedente por entender que no concurren las causas alegadas, y por lo tanto entra a analizar un elemento de la fase colectiva que afecta a todos los trabajadores despedidos. A la vista de la fundamentación expuesta resulta claro que la revisión del derecho aplicado debe partir de dos premisas básicas, por un lado la existencia de un acuerdo alcanzado en la fase de consultas que se proyecta tanto sobre el cumplimiento de las formalidades legales como sobre las causas productivas y organizativas alegadas por la empleadora y por otro la aplicación de los criterios Jurisprudenciales que ya ha establecido la Sala IV en relación al control Judicial de los despidos colectivos tras la reforma laboral. (STS 20/09/2013, recurso de casación ordinaria 11/2013).

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

4. De los hechos declarados probados en la sentencia resulta que las causas de despido colectivo alegadas por la empresa al inicio del proceso y reproducidas en la carta de despido de la actora son causas productivas (descenso de la actividad y promoción del suelo industrial) y organizativas (reorganización de los recursos personales por sobredimensión de la plantilla actual) en los términos contemplados por el artículo 51.1 ET., y que dichas causas son reconocidas y aceptadas como tales en el acuerdo

suscrito por las partes negociadoras el 16/01/2013, en su apartado V (hecho probado tercero). Además, consta informe técnico emitido por la Inspección de Trabajo el 14/02/2013 (hecho segundo) en el que tomando conocimiento de lo actuado concluye afirmando que no constata la existencia de elementos que desvirtúen la legalidad del acuerdo alcanzado, y por lo tanto la existencia de dolo, fraude, coacción o abuso de derecho en su conclusión, no se cuestiona tampoco la realidad del contenido del mismo ni la legitimidad de quienes suscribieron el acuerdo en representación de los trabajadores. Por todo lo cual entendemos que la sentencia de instancia no resulta conforme a derecho en cuanto a la declaración de improcedencia basada en la no concurrencia de las causas invocadas con carácter general para la adopción de la medida colectiva y debe ser revocada.

CUARTO- Sin costas

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto en nombre de SEPIVA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de CASTELLÓN de fecha 20/09/2013 y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y absolvemos a la empresa demandada de las peticiones efectuadas en su contra.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.139, de 8 de mayo de 2014

Materia: Despido. Extinción de la relación laboral por causas objetivas de carácter económico. Deficitaria situación económica de la empresa. La puesta a disposición de la indemnización no es simultánea a la comunicación de la decisión extintiva. Declaración de improcedencia del despido. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda declarando la decisión extintiva como procedente, absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara improcedente el despido al no haber consignado la empresa la indemnización al mismo tiempo que la comunicación de la decisión extintiva, ni haber expuesto las razones que le impedían efectuar la notificación del cese de tal puesta a disposición.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por F.J.A.P. la sentencia que dictó el día 22 de enero de 2012 el Juzgado de lo Social número 2 de los Alicante que desestimó la demanda que dedujo frente a la entidad H.B, S.L y el FOGASA sobre impugnación de despido fundada en causa económica al calificar el cese como procedente. El recurso, que se ha impugnado por la empresa demandada, se encuentra articulado en un motivo único que se destina a la censura jurídica.

Denuncia el recurrente que la resolución de instancia, al considerar que el despido objetivo se ha llevado a cabo con observancia de todos y cada unos de los requisitos formales exigidos para el despido objetivo en el artículo 53.1 del E.T ha infringido tanto el artículo 52, como ya el apartado b) del ya citado artículo 53.1 E.T, así como la jurisprudencia que los desarrolla citando al efecto la STS de 9-7-2.013, pues entiende que no se ha colmado el requisito de la puesta a disposición de la indemnización simultáneamente a la comunicación del cese, lo que ha de llevar a la declaración de improcedencia de éste.

El inalterado relato histórico de la resolución recurrida nos expone que la empresa comunicó al actor su despido fundado en causa objetiva el día 14-12-2.012, señalando como fecha de efectos del mismo el día 31-12-2-012, haciendo constar en la carta de despido el siguiente tenor: “En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53.1 b) del Estatuto de los Trabajadores, según redacción dada por la ley 3/2012, de 6 de julio referenciado, a la fecha de efectos de la decisión extintiva se pondrá a su disposición la indemnización legalmente procedente por importe de 11.495,47 euros, equivalentes a veinte días de salario por año de servicio...”, consta que la empresa el día 28 siguiente ordenó una transferencia bancaria en favor del actor por importe de 12.844,73 euros, en concepto de indemnización, P.P paga SJA, PP paga de Julio, Paga de estudios e IRPF.

Para resolver el motivo se debe señalar que el artículo 53 1 E.T. a la hora de establecer los mismos en su apartado b) “Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. Cuando la decisión extintiva se fundare en el artículo 52 c) de esta Ley, con alegación de causa económica, y como consecuencia de tal situación económica no se pudiera poner a disposición del trabajador la indemnización a que se refiere el párrafo anterior, el empresario, haciéndolo constar en la comunicación escrita, podrá dejar de hacerlo, sin perjuicio del derecho del trabajador de exigir de aquél su abono cuando tenga efectividad la decisión extintiva”. La Sala IV del TS ha venido entendiendo así por todas cabe citar la resolución de 17 de julio de 1998 (Recurso 151/1998) que el requisito de simultaneidad que el precepto exige, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de la cantidad legalmente prevista como indemnización en estos supuestos, implica que el trabajador en el momento en que recibe esa comunicación pueda disponer de la referida cantidad. Por otro lado, la excepción contemplada en este apartado ha sido objeto de análisis por parte la Doctrina Unificada, señalando la Sala IV del TS en Ss tales como las de 21 diciembre 2005, -rcud 5470/2004-, y de 25 de enero de 2005 (rcud 6290/2003) que en estas situaciones «no cabe duda acerca de que es la empresa, y no el trabajador, quien tiene la mayor disponibilidad de los elementos probatorios acerca de la falta de liquidez de aquélla; situación ésta que –se insiste en ello– es independiente y no necesariamente coincide con la de su mala situación económica. Al alcance de la empresa, y no del trabajador, se encuentra la pertinente documentación (amén de otros posibles elementos probatorios, tales como pericial contable, testifical a cargo del personal de contabilidad, etc.) de cuyo examen pueda desprenderse la situación de iliquidez, situación ésta que no siempre podrá acreditarse a través de una prueba plena, pero que sí será posible advenir introduciendo en el proceso determinados indicios, con apreciable grado de solidez, acerca de su realidad, lo que habrá de considerarse suficiente al respecto, pues en tal caso la destrucción o neutralización de esos indicios, si razonablemente hacen presumir la realidad de la iliquidez, incumbiría al trabajador "ex" apartado 3 del art. 217 de la LECiv.”.

Expuesto lo anterior, y partiendo de que la regla general, salvo en el supuesto excepcional a que acabamos de hacer referencia, es que la puesta a disposición de la indemnización sea simultánea a la comunicación de la decisión extintiva, lo que en nuestro caso habría de datarse en el día 14 de diciembre de 2.012, resulta que el motivo debe ser estimado, pues la empresa demoró la orden de transferencia hasta el día 28 de diciembre, sin exponer si quiera en la comunicación escrita las razones que le impedian efectuar a la fecha de la notificación del cese tal puesta a disposición; sin, que por otro lado, quepa deducir tal situación de imposibilidad del relato histórico de la sentencia, pues el hecho de que del mismo pueda deducirse la concurrencia de la causa económica invocada, como se ha expuesto, no exime de la prueba de la insuficiencia de numerario para hacer efectiva la indemnización. En este mismo sentido se ha resuelto por el TS un supuesto similar en la resolución de 9-7-2.013- rcud 2863/2.013 que cita el recurrente. Y todo lo cual nos llevará a calificar el cese como improcedente.

SEGUNDO.- Todo lo razonado habrá de llevarnos a estimar el recurso, con la consiguiente revocación de la sentencia recurrida, calificando el cese como improcedente, condenando a la demandada a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre indemnizar al actor con la cantidad de 27.623,80 euros – cantidad en que se cuantifica la indemnización por despido improcedente con arreglo a las previsiones de la Disposición Transitoria 5ª de la Ley 3/2.012- o readmitir al trabajador con abono de salarios de tramitación a razón de 47,20 euros, con derecho de la demandada a imputar a la condena dineraria aquellas cantidades que ya hayan sido percibidas por el trabajador en concepto de indemnización por despido objetivo. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por F.J.A.P. contra la sentencia dictada por el juzgado de lo social número 2 de Alicante el día 22 de enero de 2014- autos 202/2013- revocamos la misma en el sentido de estimar la demanda interpuesta por el actor calificando como improcedente el despido fechado el día 14-12-2.012 y condenando a la demandada a optar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución entre indemnizar al actor con la cantidad de 27.623,80 euros o readmitir al trabajador con abono de salarios de tramitación a razón de 47,20 euros, con derecho de la demandada a imputar a la condena dineraria aquellas cantidades que ya hayan sido percibidas por el trabajador en concepto de indemnización por el cese impugnado.

Sentencia núm. 1.145, de 8 de mayo de 2014

Materia: Sanción. Acta de infracción y sanción a empresa por ausencia y omisión de medidas adecuadas y exigibles de protección colectiva en la obra de ejecución llevada a cabo por esta empresa. Silencio administrativo. Prescripción de sanción. Anulación resolución por resultar contraria a derecho.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda anulando la resolución del organismo demandado por resultar contraria a derecho, declarando prescrita la sanción impuesta a la empresa y condenando a la empresa demandada a estar y pasar por esta resolución.

Sala: Estima el recurso declarando ajustada a derecho la resolución sancionadora recurrida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que anuló la resolución de la Conselleria de Educación, Formación y Empleo de fecha 22 de marzo de 2012 por resultar contraria a derecho, declarando prescrita la sanción impuesta a la empresa y condenó a la parte demandada a estar y pasar por esta resolución, interpone recurso de suplicación la parte demandada Conselleria de Educación Formación y Empleo de la Generalidad Valenciana, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción de los artículos 43.3, 115, 132.3 y 138.3 de la Ley 30/1992 y de la jurisprudencia recaída en aplicación de los mismos, singularmente de la dictada en interés de Ley en sentencias del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2004 y 22 de septiembre de 2008, alegando, en síntesis, que el hecho relevante a los efectos de la resolución del presente recurso es el fijado por la Sentencia recurrida, esto es, que dictada la resolución de 10 de octubre de 2005 del Director General de Trabajo por la que se impuso una sanción de 30.050,62 euros e interpuesto recurso de alzada contra ella, la Administración no desestimó el mismo de manera expresa hasta la fecha de 23 de abril de 2012, seis años después, por lo que erróneamente concluye que la sanción impuesta por la resolución de 10 de octubre de 2005, estaría prescrita por la tardanza de la Administración en resolver –de manera expresa- el recurso de alzada.

La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2008 dictada por la Sala Tercera en el recurso de casación en interés de la Ley nº 69/2005, establece que la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o Contencioso-Administrativo que resulte procedente (art. 43.3 de la Ley 30/1992 redactado por Ley 4/1999), subsistiendo en todo caso el deber que el artículo 42.1 de la misma Ley impone a la Administración de resolver expresamente y sin que esa ulterior resolución expresa

quede predeterminada por el sentido negativo del silencio (artículo 44.4.b) de la Ley 30/1992, redactado también por Ley 4/1999). De otra parte, el artículo 138.3 de la misma Ley 30/1992 establece que “la resolución será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa”, lo que significa que la resolución sancionadora carece de ejecutividad mientras no se resuelva el recurso administrativo dirigido contra ella; y durante este periodo no cabe apreciar la prescripción de la sanción pues según el artículo 132.3 de la propia Ley 30/1992 el plazo de prescripción de las sanciones no comienza a computarse hasta que no adquiera firmeza la resolución que impuso la sanción. La tardanza de la Administración en la resolución del recurso de alzada, aparte de permitir que el interesado formule impugnación en vía jurisdiccional contra la desestimación presunta, podrá tener diversas consecuencias, como pueden ser la responsabilidad personal de la autoridad o funcionario negligente o la responsabilidad patrimonial de la Administración incumplidora, pero en ningún caso esa tardanza determinará la firmeza ni, por tanto, la ejecutividad de la resolución sancionadora; y sin ello no podrá iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción. Concluyéndose en la sentencia del TS Sala 3ª de 22 de septiembre de 2008 que “interpuesto recurso de alzada contra una resolución sancionadora, el transcurso del plazo de tres meses para la resolución del mismo no supone que la sanción gane firmeza ni que se convierta en ejecutiva, de modo que no puede iniciarse el cómputo del plazo de prescripción de la sanción”.

Por lo tanto, en aplicación de esta doctrina al caso que nos ocupa procede acordar la revocación de la sentencia recurrida que acogió la prescripción de la sanción impuesta a la empresa. La sentencia impugnada no aprecia la prescripción de la infracción sin que sea objeto de controversia por la parte recurrente, por lo que debe estarse a lo establecido en la sentencia de instancia y lo mismo debe predicarse respecto de la nulidad del Acta de Infracción levantada tras la caducidad del Acta de Infracción anterior sin realizar nueva actividad inspectora, dado lo dispuesto en el artículo 7.5 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, que dispone que la caducidad declarada de un expediente administrativo sancionador, no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamento, cuando la infracción denunciada no haya prescrito, y mediante la práctica de nueva acta de infracción, por lo que no habiendo transcurrido el plazo de prescripción el levantamiento de nueva Acta de Infracción se considera ajustada a derecho. Y en cuanto al fondo de la litis debe estarse a los hechos declarados probados y no habiéndose desvirtuado el contenido de las Actas de Infracción procede con estimación del recurso desestimar íntegramente la demanda presentada por la parte actora y se declara ajustada a derecho la resolución sancionadora recurrida.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado de la Generalitat en la representación letrada de la Conselleria de Educació Formació y Empleo de la Generalidad Valenciana, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Ocho de los de Valencia, de fecha 25 de noviembre de 2.013, dictada en virtud de demanda interpuesta por la empresa L.L.F. S.L., a que se contrae el presente rollo,

la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con desestimación de la demanda presentada por la parte actora, se declara ajustada a derecho la resolución sancionadora recurrida y debemos absolver y absolvemos a la parte demandada.

1881

Sentencia núm. 1.191, de 14 de mayo de 2014

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como cocinera con contrato indefinido en empresa demandada. La empresa presta servicios en escuela infantil municipal. La empresa cesa en la prestación de servicios. Nueva empresa adjudicataria. Existencia de subrogación empresarial. Declaración improcedencia del despido.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando el despido de la trabajadora como improcedente. La antigua adjudicataria debe hacer frente al despido. Declara responsable subsidiario al organismo público codemandado.

Sala: Estima el recurso de la empresa demandada en la instancia condenando a la nueva adjudicataria a hacer frente a las consecuencias inherentes a la calificación de improcedencia del cese de la trabajadora contenida en la sentencia de instancia.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se recurre por la empresa S. SA la sentencia que dictó el día 25 de noviembre de 2.013 el Juzgado de lo Social número 1 de los de BENIDORM en la que se estimó la demanda de impugnación de despido frente a ella deducida por M.D.S.I., al calificar el cese impugnado como improcedente y se desestimó respecto de las empresas R.M., E. SA Y E.S.S. S.A, al descartar que se hubiese producido una subrogación legal o convencional entre la recurrente y las codemandadas que han resultado absueltas. El recurso se ha impugnado por las recurridas E. SA Y E.S.S. S.A.

Los dos primeros motivos del recurso se encuentran formulados con acomodo en el apartado b) del art. 193 de la LRJS y en ellos se proponen las revisiones fácticas siguientes:

Que sea incluido un hecho probado con el ordinal séptimo en el que se diga que el “el contrato de trabajo de la actora se regía por el convenio colectivo de hostelería de la provincia de Alicante” y al efecto cita la documental aportada con el número 1 por la propia recurrente, consistente en el contrato de trabajo de la actora, y la modificación se rechaza por contener un juicio valorativo de carácter jurídico, impropia del factum de una resolución judicial;

Que sea añadido el siguiente inciso tras el párrafo segundo del hecho cuarto: “empresa perteneciente al sector de la Hostelería y por lo tanto sometida al Convenio de Hostelería de la provincia de ALICANTE y al IV ALEHH. El pliego de condiciones técnicas del contrato de gestión del servicio público educativo de la escuela infantil E. T. (documento número 1 de E.S.S. y doc. 10 de S. S.A) incluye una relación nominal del personal de la Escuela infantil E. T., remitiéndose al Convenio Colectivo a efectos de

subrogación del mismo”. Y la revisión se rechaza, en cuanto al primer inciso por la misma razón que la primera de las revisiones que se propuso, y en cuanto a la segunda, por cuanto que de la relación a que se hace referencia y de su remisión al convenio colectivo ya se da cuenta en los hechos probados.

SEGUNDO.- Los dos siguientes motivos del recurso, erróneamente ordenados como tercero y quinto, son los que se destinan a la censura jurídica en ellos se denuncian las siguientes infracciones: en el primero de ellos, de los arts. 82.3 y 83.1 E.T, así como los arts. 58 y 59 del IV ALEH en relación con la disposición adicional novena del Convenio Colectivo de la Industria Hostelera de la Provincia de Alicante, por cuanto que se considera que la empresa E.S.S. SA en su condición de nueva adjudicataria de la contrata que prestaba la recurrente, debió subrogarse en su posición de empleador respecto de la actora; en el segundo, la denuncia se refiere al art, 44 E.T, y citando al efecto la Sentencia del TJCE de 20-11-2.003 (Sodexo), considera que debe apreciarse la existencia una sucesión de empresas entre la recurrente y la codemandada a la que arriba nos referíamos.

La resolución de las cuestiones jurídicas que se plantean, debe comenzar por relacionar los datos siguientes que obran en el inalterado relato histórico de la resolución recurrida: la actora venía prestando servicios por cuenta y orden de la recurrente en virtud de contrato indefinido, con antigüedad de 1-10-2.008, como cocinera en la guardería infantil “E. T.” de Benidorm; la recurrente el día 20-12-2.012 le comunicó a la actora que su relación contractual finalizaba por subrogación empresarial que tendría lugar a partir del día 1-1-2.013, debiendo subrogarse en la posición de empresarios las empresas E. Y E.S.S S.A, nuevas adjudicatarias del servicio de guardería la empresa adjudicataria del servicio de guardería infantil era la empresa R.M., quien haciendo uso de las facultades que le otorgaba el pliego de condiciones de la adjudicación había subcontratado con la recurrente el servicio de comedor y cocina; desde el día 2-1-2.013 la adjudicataria de los servicios de guardería es la empresa E.S.S. S.A, lo que le fue comunicada a la anterior contratista el día 27-12-2.013; todas las instalaciones mobiliario y material existentes en el centro infantil son propiedad del Ayuntamiento de Benidorm.

Pues bien, partiendo de lo anterior, debemos señalar en primer lugar que no podemos aplicar a la empresa E.S.S. S.L las previsiones del convenio colectivo de la industria hostelera por no ser una empresa incluida en el ámbito de aplicación de dicha norma colectiva, por lo que resulta ajustado a derecho y acorde con los preceptos que se citan como infringidos por la recurrente, la exclusión de dicha empresa de la aplicación de la norma sectorial, y ello porque la actividad principal desarrollada en nuestro caso por E.S.S. es la gestión de un centro de guardería, lo que hace, que, como razona la sentencia de instancia resulten de aplicación las previsiones del Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia y Educación Infantil, no constando que su actividad principal sea de la de catering por lo que no resulte de aplicación el Convenio provincial de Hostelería, norma sectorial esta que no fue negociada por la representación legal de la codemandada recurrida, lo que implica que devenga inaplicable- en este sentido debe traerse a colación la doctrina que al

respecto viene manteniendo la Sala IV del TS en resoluciones tales como la STS de 26-7-2.012-.

Descartada la existencia de una subrogación de origen convencional, debemos examinar si nos encontramos ante una sucesión de empresas. Al respecto, debe partirse que para que opere el instituto subrogatorio a que se refiere el apartado 1 del art. 44 del E.T, debe concurrir una efectiva transmisión de empresa en los términos previstos en el apartado 2 de dicho artículo, apartado este que señala que “A los efectos de lo previsto en el presente artículo, se considerará que existe sucesión de empresa cuando la transmisión afecte a una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesorio”, al socaire de este concepto de sucesión empresarial que trae causa de la jurisprudencia comunitaria emanada en la exégesis de las directivas 77/387, 98/50 y 2001/23, la doctrina judicial (así las Ss. de esta Sala de 5-4-2.011 y 29-6-2.007) ha venido entendiendo que el instituto de la sucesión empresarial requiere de “la concurrencia de dos elementos, uno, subjetivo, representado por el cambio de titularidad o transferencia del antiguo al nuevo empresario; y otro objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad empresarial; esto es, un conjunto organizado de elementos que permitan la continuidad de las actividades o de algunas de las actividades de forma estable”.

Trasladada la anterior doctrina al presente caso, resulta que la actividad que venía realizando la recurrente en su condición de subcontratista al haberse resuelto la contrata principal y haberse adjudicado a una nueva empresa, ha sido asumida por la empresa E.S.S. S.A, lo que implica que debemos apreciar la existencia del elemento subjetivo, esto es, la sustitución de un empresario por otro.

En lo que se refiere al elemento objetivo, esto es, si ha habido una transmisión de los elementos necesarios para llevar a cabo la actividad, debemos discrepar de lo que se razona en la sentencia de instancia que considera que los servicios de cocina y comedor de la guardería, esto es, la restauración colectiva, constituyen una actividad empresarial que descansa fundamentalmente en un conjunto organizado de elementos personales. Y al respecto debemos traer a colación la jurisprudencia comunitaria citada por la recurrente- STJUE de 20-11-2.003 – Sodexho- en la que examinado un supuesto de una empresa que había resultado adjudicataria del servicio de restauración de un hospital razonaba: “la restauración colectiva no puede considerarse como una actividad que se base esencialmente en la mano de obra, en la medida en que exige unos equipos importantes. Como lo señala la Comisión, en el asunto principal, Sodexho se hizo cargo de los elementos materiales indispensables para la actividad de que se trata -a saber, los locales, el agua y la energía así como los equipos, pequeños y grandes (en particular los elementos fijos necesarios para la preparación de las comidas y las lavadoras)-. Además, la situación controvertida en el litigio principal se caracteriza por la obligación, expresa y esencial, de preparar las comidas en la cocina del hospital y, por lo tanto, de hacerse cargo de dichos elementos materiales. La transmisión de los locales y de los equipos, puestos a disposición por el hospital, que es indispensable para la preparación y la distribución de las comidas a los

pacientes y al personal del hospital, basta para caracterizar, en estas circunstancias, la transmisión de la entidad económica. Además, es evidente que el nuevo adjudicatario se ha hecho cargo necesariamente de la clientela de su antecesor, por tener ésta carácter cautivo.”, razonamientos estos perfectamente extrapolables al caso de autos pues los locales, cocinas, suministros e instalaciones Y con los que contaba la recurrente para desarrollar su función han sido asumidos por E.S.S., así como la clientela, de la que cabe predicar el carácter cautivo al que se hacía referencia en la resolución comunitaria. Y al respecto resulta irrelevante que en uno y en otro caso, tales bienes sean de propiedad municipal, pues como resalta la propia resolución a la que nos hemos referido "de los propios términos del artículo 1 de la Directiva 77/187 se desprende que el ámbito de aplicación de esta última abarca a todos los supuestos de cambio, en el marco de relaciones contractuales, de la persona física o jurídica que sea responsable de la explotación de la empresa y que, por ello, contraiga las obligaciones del empresario frente a los empleados de la empresa, sin que importe si se ha transmitido la propiedad de los elementos materiales (sentencias de 17 de diciembre de 1987, Ny Mølle Kro, 287/86, Rec. p. 5465, apartado 12, y de 12 de noviembre de 1992, Watson Rask y Christensen, C-209/91, Rec. p. I-5755, apartado 15)". Por ello la asunción por parte de la codemandada recurrida de la actividad de la restauración en la guardería, valiéndose de los mismos medios materiales para llevarla a cabo que los que utilizaba la anterior subcontratista, ha de llevar a la obligación de asumir el personal por ella contratado.

TERCERO.-Todo lo razonado nos ha de llevar a la estimación del recurso, revocando la sentencia de instancia en el sentido a absolver a S. S.A de los pedimentos formulados en su contra por la actora, condenando a E.S.S. S.A a asumir las consecuencias inherentes a la calificación de improcedencia del cese que se contienen en la sentencia de instancia.

De conformidad con el art. 202 de la LRJS procede acordar la devolución a la recurrente del depósito constituido, así como la de las cantidades consignadas para recurrir.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de BENIDORM de fecha 25-11-2.013 en sus autos núm. 127/13 **REVOCAMOS LA RESOLUCIÓN RECURRIDA EN EL SENTIDO DE absolver a S. S.A de los pedimentos formulados en su contra por la actora, condenando a E.S.S. S.A a asumir las consecuencias inherentes a la calificación de improcedencia del cese que se contienen en la sentencia de instancia.**

Devuélvase a la recurrente el depósito constituido y las cantidades consignadas para recurrir.

Sentencia núm. 1.203, de 14 de mayo de 2014

Materia: Reconocimiento de derecho y reclamación de cantidad. Trabajadora que ha prestado servicios para empresa demandada y que se encuentra en situación de jubilación parcial. La empresa tiene suscritos unos compromisos por pensiones en el que se prevé unas prestaciones vinculadas a la jubilación. Diferenciación de colectivos. Cálculo de las prestaciones en función del colectivo. Reconocimiento a la actora de años de servicio adicionales por titulación ostentada. Validez titulación obtenida y presentada para méritos.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas contra las mismas. No procede el reconocimiento de la antigüedad.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Establece el derecho de la trabajadora a que se le reconozcan años adicionales en la prestación de servicios por titulación obtenida, con el fin de poder incrementar sus prestaciones económicas previstas en el plan de pensiones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia, desestimatoria de la pretensión relativa al derecho a computar 8 o subsidiariamente 5 años adicionales como trabajados, en la aplicación en su momento en el Plan de Pensiones de la entidad demandada, recurre la trabajadora a través de diversos recursos con el amparo procesal de los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS.

En los tres primeros se solicitan diversas revisiones fácticas del modo que a continuación se exponen:

1.- En relación con el hecho primero, para modificar el último inciso sobre el requerimiento del título para su puesto de trabajo que la sentencia señala que no le era requerido, para que diga: "...siéndole requerida titulación universitaria y formación específica del nivel superior en prevención de riesgos laborales, para el desempeño de dicho puesto". Señala como base documental el obrante al folio 83 de las actuaciones que hace referencia a la constitución del Servicio de prevención mancomunado, que en su cláusula 4^a dice: Todos los expertos, miembros del citado servicio, gozarán de la capacitación requerida a tenor de lo dispuesto en el art 15 del RD 39/1997, para las funciones a desarrollar", el cual recoge en su art. 34 la titulación universitaria y una formación mínima especificada en el programa e incluido en el Anexo VI de dicho Real Decreto. También señala que dicha titulación le fue requerida en el mismo folio, donde consta la actora al final de dicha página.

Pues bien puesta en relación dicha pretensión con la impugnación del recurso llevada a cabo por la parte demandada ASEVAL, estimamos que la correcta dicción del texto debería haber sido, como indica la parte impugnante, que no le fue requerida “título académico superior”, en el caso concreto, a pesar de que, según el documento obrante al folio 89 debía haberse hecho por así describirse al constituirse el citado servicio. Por ello, no procede acceder a la mención alternativa, si bien debe dejarse constancia del contenido del documento obrante al folio 83 pero en relación con el que consta al folio 89. Y de los arts 34 en relación con el 37 del RD39/1997 por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de prevención, que posteriormente se analizará.

2.- Para que en el hecho tercero se adicione, en relación con el nivel Superior de Prevención en Riesgos laborales y el Master en Prevención de Riesgos laborales (especialidad ergonomía y psicología aplicada), que “cada uno de ellos con una carga lectiva de 600 horas”, para lo cual señala los documentos 2.2, 2.3, 2.4 y 2.5 obrantes a los folios 95 a 98, cuya suma integraría los créditos requeridos para una formación superior. También señala que hoy en día tal formación es reconocida por el Ministerio de Educación y se acredita por las distintas Universidades. Es cierto que tal número de horas se desprende de los títulos recogidos en la documental que se cita, por lo que debemos entender que los datos relativos a las horas lectivas deben añadirse, con independencia de su trascendencia en el caso concreto, por así exigirse en el ya citado art. 37 del RD citado como requisito de formación del técnico en ergonomía y psicología aplicada.

3.- Por último, y en relación con el hecho cuarto, se solicita la modificación del primero de los dos párrafos que lo integran, por el siguiente texto alternativo: “D^a J.F.P. formuló reclamación verbal al departamento de RRHH de A. interesando el reconocimiento de cinco años de servicios adicionales por la titulación que la misma ostentaba, graduado social y técnico superior en prevención de riesgos laborales. Por la empresa se solicitó la emisión del correspondiente informe a la consultora M.C. SL que emitió nota en fecha 14.05.2009 donde informaba a la trabajadora que se le debía calcular un abono de 3 años por la posesión únicamente del título de graduada social, y no los cinco que pretendía, por no tratarse dicha titulación de graduada social de título expedido por facultad universitaria, escuelas especiales de arquitectura, ingenieros ni demás declaradas superiores, ni tampoco se consideró como título de grado superior expedido por otras escuelas o facultades no reconocidos oficialmente por el Ministerio de educación. Y ello, sin tener en consideración los títulos del nivel superior en prevención de riesgos laborales que la actora esgrimió para el reconocimiento de los cinco años de servicio que reclamaba”. Estima la actora que el informe emitido por la consultora no tomó en consideración su formación mediante la titulación de prevención de riesgos laborales, doc nº 5. Pero tampoco resulta ésta una adición con trascendencia en la resolución de éste recurso, pues tales documentos deberán ser objeto de interpretación, sin que la inclusión pretendida añada nada al resultado final.

SEGUNDO.- En el motivo cuarto se denuncia la infracción del derecho, por indebida aplicación del art 17.3 de las Especificaciones del Plan de Pensiones de la

entidad demandada, por su interpretación errónea, con cita de los arts 3.1 y 1281 del Código Civil, en relación con los arts. 40.2 de la CE y 4.2b) y 23 del RD legislativo 1/95 del ET. Entiende la recurrente que el núcleo del debate es puramente interpretativo, pues con independencia de los errores apuntados en la revisión fáctica, el objeto del recurso pretende se apliquen las normas hermenéuticas legales y la expresión de que el título al que se refiere el citado art 17 sea el “razonablemente vinculado con el mismo” en relación al puesto de trabajo. En el motivo quinto, vinculado directamente con el anterior se cita la infracción de la doctrina jurisprudencial en relación con la acción ejercitada, que no es declarativa de futuro, como señala la sentencia recurrida, sino de condena inmediata, previo el reconocimiento de los años adicionales que se solicitan 8 o subsidiariamente 5, pues dado que la actora está en situación de jubilación parcial, caso de estimarse su pretensión, debe iniciarse la dotación financiera de la capitalización de su derecho en su integridad, para cuando llegue a los 65 años.

Empezando el análisis por el segundo de los motivos, que obliga a tratar la cuestión de si la parte actora tenía o no acción para ejercitar el derecho objeto del recurso, debemos señalar con carácter previo cual es la doctrina aplicable a la posibilidad del ejercicio de las acciones declarativas en el ámbito de la Jurisdicción Social, y a tales efectos, el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 26-04-2010 (rec. 2290/2009), establece es que el ejercicio de dichas acciones declarativas ha sido admitido por el Tribunal Constitucional, en concreto, la STC 71/1991, de 8 de abril , en relación al entonces vigente art. 71.4 de la Ley de Procedimiento Laboral de 1980, que señaló que "no puede ponerse en duda la admisibilidad de las acciones declarativas en el proceso laboral", añadiendo que "dado que el art. 24.1 CE impone que cualquier interés legítimo obtenga tutela judicial efectiva, es claro que el citado precepto no puede ser interpretado como excluyente en todo caso de las acciones declarativas, de modo que un interés legítimo quede sin tutela judicial" (reiterado en las STC 210/1992, de 30 de noviembre , y 65/1995, de 8 de mayo). El mismo Tribunal matizó su propia doctrina posteriormente al añadir que su ejercicio "se halla condicionado a que la acción esté justificada por la presencia de los requisitos siguientes:

a) La existencia de una verdadera controversia: "...se entiende que no pueden plantearse «cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses del actor; se requiere que exista un caso o controversia, una verdadera «litis», pero no cabe solicitar del Juez una mera opinión o un consejo»" (sentencia de 6 de marzo de 2007 -rec. 4163/2005 -). Esta doctrina se reitera en las sentencias de 26 de junio de 2007 (rec. 856/2006), 18 de julio de 2007 (rec. 1798/2006), 7 de noviembre de 2007 (rec. 2263/2006), 27 de noviembre de 2007 (rec. 2691/2006) y 12 de febrero de 2008 (rec. 33/2007 -casación ordinaria-), por citar sólo las más recientes.

b) La concurrencia de una necesidad de protección jurídica: Se precisa de la "existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción " (sentencias de 18 de julio de 2002 -rec.c.o. 1289/2001, 30 de enero de 2006 -rec. 183/2005 - y 20 de septiembre de 2006 -rec. 81/2005 -)."

Por tanto, para el ejercicio de acciones declarativas resulta necesario que el titular acredite una lesión actual de su propio interés, lo que presupone la existencia de un derecho insatisfecho, al que se trata de tutelar mediante el ejercicio de la acción. No pueden pues plantearse al Juez cuestiones futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos e intereses de la parte demandante, ni cabe solicitarle una mera opinión o consejo. Por tanto, solo donde exista un derecho o interés legítimo digno de tutela, existirá un correlativo derecho a obtener una resolución judicial. Si concurre, habrá de admitirse la demanda y resolver el fondo de la correspondiente acción, y en caso contrario deberá estimarse la falta de acción.

A la vista de la acción ejercitada por la actora, que se encuentra en situación de jubilada parcial desde noviembre del 2009, hay que entresacar como destacable que la misma formuló una reclamación verbal al Departamento de RRHH interesando el reconocimiento de al menos 5 años de servicios adicionales en aplicación de lo establecido en el art. 17 del Reglamento de Especificaciones del Plan de Pensiones de Aguas Municipalizadas de Alicante, en el que se prevén unas prestaciones vinculadas a la jubilación, como resultado de la negociación colectiva, señalándose para el cómputo de los años de servicios, entre otras posibilidades, la de añadir, a aquellos que tuvieran un número de años en la empresa no inferior a 25, la posibilidad de abonarse 3, 5 u 8 años de servicios adicionales en la empresa, en atención a la titulación profesional obtenida se desempeñaren un puesto que razonablemente la precisare. Ello fue rechazado en la reunión de la Comisión de control de dicho Plan de Pensiones en fecha 128 de junio del 2009, tras informe de la consultora M.C. SL. Dicha petición fue reiterada, con la aportación de nueva titulación en fecha 29.7.2011 en solicitud de 8 años adicionales de servicios, lo que igualmente fue rechazado por la misma Comisión.

Pues bien, ésta Sala, y con base en la doctrina expuesta anteriormente entiende que no nos encontramos ante un supuesto de falta de acción. La actora, como el resto de empleados de la empresa Aguas Municipalizadas de Alicante, participa en un Plan de Pensiones de empleo y un seguro colectivo de vida complementario, encontrándose en el segmento de empleados con más de 25 años de servicios en la empresa, para los cuales se prevé que al llegar a la edad de jubilación, se le calculará un abono de años derivados de la posesión de determinados títulos profesionales relacionados con la plaza que se encuentren desempeñando a esa fecha. Estando la actora en situación de jubilación parcial, y habiendo solicitado a la empresa el cómputo de determinados años como adicionales en base a dicha causa, lo cual le ha sido rechazado, tiene a la fecha del ejercicio de su acción un interés directo derivado de una controversia suscitada ya con la empresa, y que tiene una incidencia en la esfera de derechos de la actora, como lo es su próxima jubilación. Se trata de un interés que la demandada no reconoce, por lo que a la vista de lo cercano de la fecha de la jubilación estimamos que es susceptible de análisis y resolución judicial, sin que sean admisibles los razonamientos alegados por una de las partes impugnantes de que no existe garantía de que la actora llegue a devengar la prestación complementaria, pues es evidente que salvo caso de fuerza mayor, lo que puede ocurrir en el ejercicio de cualquier acción ante los tribunales, lo presumible es que tal

momento llegue. Por tanto, debemos admitir tal motivo de recurso, lo que nos lleva a su vez a entrar en la interpretación requerida.

TERCERO.- Para proceder a la interpretación del artículo 17 del Reglamento citado, en relación con las condiciones objetivas alegadas por la actora, y en aplicación de los preceptos hermenéuticos también citados, debemos empezar por señalar que el citado Reglamento tiene por finalidad la regulación y concreción de las pensiones y demás prestaciones, para su complementación hasta los límites que se fijan. Para ello, y en relación con la pensión de jubilación se establece la posibilidad de computar un número adicional de años a aquellos trabajadores que tuvieran, al llegar a la edad de jubilación, un número efectivo de años trabajados en la empresa no inferior a 25 años. Los términos concretos para éste supuesto son que *“se le calculará un abono de años derivados de la posesión de un título profesional, siempre que ocupen plaza para el desempeño de la cual precisaren razonablemente la posesión del título”* Reseñando a continuación los que siguen:

- “-Títulos expedidos por facultades universitarias, escuelas especiales de Arquitectura, Ingenieros y demás declaradas superiores, se abonarán 8 años.*
- Títulos de grado superior expedidos por otras Escuelas o Facultades no reconocidas oficialmente por el Ministerio de Educación, se abonarán 5 años;*
- Peritos mercantiles, químicos o industriales, aparejadores y demás categorías similares, se abonarán 3 años.*

Cuando en el empleado recayese más de un título profesional, no se sumarán en ningún caso los beneficios de antigüedad, y será favorecido únicamente con el abono inherente al título más beneficioso”.

En base a la mención anterior de los términos en que se encuentra establecida esa posibilidad de adicionar años a la antigüedad de la trabajadora, según la titulación que ostentara a la fecha de la jubilación, y que razonablemente precisaren en la plaza desempeñada, debemos concretar cuáles eran las funciones que la actora desempeñaba, y cual la titulación que podría estimarse razonable de acuerdo con dicho puesto, para concluir si la aportada por la actora conlleva el derecho solicitado.

1.- En relación con las funciones que la parte actora ha venido desempeñando, no se discute que son las de técnico de Prevención de Riesgos Laborales, en el Departamento de calidad, medio ambiente y prevención, del área de RRHH y calidad, desarrollando a partir del año 2007 la especialidad de ergonomía y psicología aplicada, además de la de seguridad que venía desempeñando desde el año 2004.

2.- De acuerdo con lo dispuesto en el art 34 del RD 39/1997 las especialidades de ergonomía y psicología aplicada constituyen funciones correspondientes al nivel superior, las cuales, tal y como señala el siguiente artículo 37 que se centra en las funciones correspondientes a dicho nivel superior: “para desempeñar las funciones relacionadas...será preciso contar con una titulación universitaria y poseer una formación mínima con el contenido especificado en el programa a que se refiere el anexo VI y cuyo desarrollo tendrá una duración no inferior a 600 horas y una

distribución horaria adecuada a cada proyecto formativo, respetando la establecida en el anexo citado”. Por su parte, el anexo VI que menciona el contenido mínimo del programa de formación para el desempeño de las funciones de nivel superior, recoge una parte obligatoria común de 350 horas, una especialización optativa entre: a) Seguridad en el trabajo, b) Higiene industrial, y c) Ergonomía y psicología aplicada, cada una de las cuales tendrá una duración de 200 horas, y, por último, la realización de un trabajo final con una duración mínima equivalente a 150 horas. Tales datos se incorporan a la sentencia para determinar el grado de razonabilidad en la posesión de cualquiera de los títulos señalados en el citado art. 17 en atención a las funciones que la actora desempeñaba, que son, como se ha dicho las de nivel superior, por lo que según la normativa citada debía tener titulación universitaria y una formación especial en prevención no inferior a 600 horas según el programa que se incluye en el anexo VI del RD 39/97. Dado que se trata de la capacitación profesional que exige el RD 39/1997 que aprueba el Reglamento de Prevención, sin que las partes impugnantes hayan opuesto o alegado normativa distinta, debemos entender que se trata de la titulación razonable a los efectos de aplicación del artículo 17 discutida.

3.- La actora acredita a fecha de 29 de julio del 2011, en activo en la empresa, la Licenciatura de Ciencias del Trabajo, titulación de Graduada Social y formación en Prevención de Riesgos Laborales a través de dos cursos: un nivel superior de Prevención de Riesgos Laborales (especialidad en seguridad), por la Confederación Empresarial de la provincia de Alicante, y otro curso por la Fundación Empresa-Universidad de Alicante denominado “IX Master en Prevención de Riesgos Laborales (especialidad ergonomía y psicología aplicada), cada uno de los cuales tenía una carga lectiva de 600 horas.

Pues bien, a la vista de los anteriores datos debemos concluir que, con independencia de la titulación que efectivamente se le requirió a la trabajadora para realizar las funciones superiores encomendadas en materia de prevención de riesgos laborales, la titulación que razonablemente le podía ser exigida era una titulación universitaria, que acredita con el título de Licenciatura en Ciencias del Trabajo, y una formación correspondiente a 600 horas en cada una de las especialidades que desempeñaba: seguridad y ergonomía y psicología aplicada, además de la de Graduada Social. Por ello, integra claramente el supuesto previsto en el artículo 17 del Reglamento de Planes de Pensiones para la obtención de los 8 años adicionales, por lo que deberá estimarse su recurso y declarar su derecho.

CUARTO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA J.H.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº DOS de los de ALICANTE de fecha 22 de Marzo del 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos el derecho de la actora a que le sean reconocidos OCHO AÑOS adicionales

conforme al artículo 17 .3 de las especificaciones del Plan de Pensiones, condenando a la empresa A., al FONDO DE PENSIONES P., y al PLAN DE PENSIONES DE A., a estar y pasar por esta declaración, asumiendo las consecuencias prestacionales y económicas derivadas de dicho reconocimiento.

Sin costas.

1883

Sentencia núm. 1.221, de 20 de mayo de 2014

Materia: Reconocimiento prestación: Incorporación al programa Renta Activa de Inserción. La actora ha sido previamente beneficiaria de este programa en dos ocasiones, una por violencia de género y otra por minusvalía. La actora ha devuelto las cantidades indebidamente percibidas para un determinado periodo al no tener derecho tras sentencia absolutoria de malos tratos.

Juzgado: Desestima la demandada absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra. No procede la prestación.

Sala: Estima parcialmente el recurso y revoca la sentencia de instancia. La actora sólo ha sido beneficiaria del programa en dos ocasiones y no en tres como consta en primera instancia. Debe reconocérsele este derecho para el ejercicio 2012.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Amparo Esteve Segarra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia que desestimó la demanda en materia de reconocimiento de derecho a la prestación de renta activa de inserción (en adelante RAI), interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora, siendo debidamente impugnado de contrario. El recurso se estructura en dos motivos.

2.- En el primero, con adecuado amparo procesal, se solicita la modificación del hecho probado segundo estableciendo la redacción alternativa siguiente: “La actora, cuando solicitó la incorporación al programa RAI en el año 2012, sólo había sido beneficiaria de un programa de renta activa de inserción, concretamente el del año 2010, habida cuenta de que por Resolución anterior, de fecha 11-11-2010, ya se propuso su exclusión del programa de los años 2007 y 2009, con solicitud de reintegro de los derechos económicos percibidos, y de que, con fecha 25-1-2011, se dictó resolución por la que se acordaba de conformidad con la propuesta, procediendo la actora en fecha 4-2-2011 a la devolución de todos los derechos económicos percibidos como consecuencia de su inclusión en los programas de renta activa de inserción de los años 2007 y 2009”. Se propone esta redacción sobre la base de los documentos obrantes en los folios 111, 112 y 113, respecto de la resolución de 11-11-2010 y de los folios 120 y 121, respecto de la resolución de 25-1-2011, y el folio 121 respecto de la devolución efectuada por la actora de 9.125,79€, que se corresponde con la totalidad de las prestaciones percibidas por los programas de la RAI de 2007 y 2009. En esencia, considera la parte recurrente que cuando la recurrente solicitó su incorporación al programa de RAI del año 2012, las dos primeras incorporaciones del 2007 y 2009, habían sido nulas y no tendrían efectos respecto a la solicitud y reconocimiento del derecho, al haber sido declarada excluida de los mismos.

2.- No puede accederse a la revisión instada, por cuanto no se desprende error de la juzgadora de instancia. Y es que mediante la redacción alternativa propuesta por la parte se pretende prescindir de lo recogido en el hecho probado segundo de la

sentencia en relación con el reconocimiento del derecho y la incorporación de la actora a la RAI del año 2007 como víctima de violencia de género, presentando orden de protección de fecha de 7-11-2007, siendo su solicitud de la RAI de 12-11-2007; asimismo, se procura por la recurrente obviar la afirmación contenida en el hecho probado segundo, de que la actora no puso en conocimiento durante el cobro de la prestación, de la sentencia absolutoria contra el denunciado de fecha de 16-11-2007. De este modo, la redacción propuesta por el recurrente pretende sustituir la redacción del hecho probado segundo que detalla la incorporación por la actora al programa de renta activa de inserción en el 2007 y obviar la información relevante que no le interesa, tampoco ha de admitirse la revisión instada porque introduce elementos predeterminantes del fallo como que “la actora sólo había sido beneficiaria de un programa de renta activa de inserción”. Y en tercer lugar, el añadido de la parte recurrente no contiene información trascendente que revele error de la juzgadora, que da cuenta en el hecho probado quinto, sexto y séptimo de las resoluciones del SPEE de 11-11-10 y de la resolución definitiva de 25-1-2011 y del reintegro por la actora de las cantidades indebidamente cobradas.

SEGUNDO.- 1.- En el segundo motivo de recurso se denuncia con adecuado amparo procesal, la infracción del artículo 2.4 del Real Decreto 1369/2006. Considera, en síntesis, la parte recurrente que la declaración de la entidad gestora excluyendo a la actora de los programas del 2007 y del 2009 y solicitando el reintegro de la prestación económica percibida por indebida implica per se y a sensu contrario no haber disfrutado nunca de los beneficios legalmente establecidos para dicho programa; y en consecuencia, no haber sido nunca beneficiario de los mismos. Añade la parte recurrente que constituiría un abuso de derecho por parte del SPEE la consideración de los períodos del 2007 y 2009 como indebidos, y al mismo tiempo, la utilización de dichos períodos para el cómputo total de las incorporaciones máximas. En este sentido, cita la parte recurrente la STSJ de Andalucía de 14-5-2009, referida a la disposición adicional única del Real Decreto 393/2006, pero que al tener una redacción idéntica al art. 2.4 del Real Decreto 1396/2006, estima totalmente aplicable.

2.- Principiando por la última alegación ha de señalarse que la sentencia de suplicación citada por el recurrente en apoyo de este motivo de recurso, amén de no constituir jurisprudencia conforme al art. 1 del Código Civil, no resulta del todo aplicable por dos razones. En primer término, porque a diferencia de lo manifestado por el recurrente, el tenor legal de la disposición adicional primera del Real Decreto 393/2006, de 31 de marzo –en el que se basara la mencionada sentencia- no es idéntico al del artículo 4 del Real Decreto 1369/2006. En efecto, la redacción de la disposición adicional única del RD 393/2006 indicaba: “b) No haber sido beneficiario de tres programas anteriores de renta activa de inserción”, mientras que el art. 2.4 del Real Decreto 1396/2006, dispone: “b) No haber sido beneficiario de tres derechos al programa de renta activa de inserción anteriores aunque no se hubiera disfrutado por el período de duración máxima de la renta”. En segundo término, porque la sentencia citada por el recurrente, si bien considera que la revocación de la inclusión en el programa de renta activa de inserción provocó la anulación de los efectos de su

reconocimiento, tomó en consideración precisamente, entre otros elementos, que el sujeto no había consumido todo el período reconocido.

3.- En el pleito actual ha de partirse del incombustible relato fáctico conforme al cual la actora solicitó su incorporación al programa RAI el 12-11-2007 por ser víctima de violencia de género, y en fecha 16-11-2007, no puso en conocimiento del SPEE la sentencia absolutoria del denunciado como agresor dictada por el Juzgado de lo Penal en fecha de 16-11-2007 (hecho probado segundo). En segundo lugar, la actora presentó una segunda solicitud de incorporación al programa RAI en fecha 2-1-09, también sobre la base de ser víctima de violencia de género (hecho probado tercero). La actora efectuó una tercera solicitud de incorporación al programa RAI en fecha 9-2-2010 y le fue concedida por minusvalía con fecha de inicio del 4-2-2011 (hecho probado cuarto). El SPEE acordó declarar la percepción indebida de las prestaciones por desempleo correspondientes al período 16-11-07 al 2-12-2009, habiendo reintegrado su importe la actora (hechos probado sexto y séptimo). La actora efectuó una tercera solicitud de incorporación al programa RAI en fecha 9-2-2010, por minusvalía, que le fue concedida con fecha de inicio del 4-2-2011. Para dilucidar el derecho de la actora al programa solicitado el 21-2-2012, ha de enjuiciarse si la actora fue beneficiaria o no de tres programas anteriores. De lo anterior se deduce que en relación con el primer período, la actora devolvió parte del importe de la RAI del 2007 –desde el 16-11-2007–, aunque disfrutó de éste unos días. Por consiguiente, conforme al tenor legal respecto a la renta activa de inserción del 2007, sí fue beneficiaria, aunque sólo lo fuera por unos días porque el SPEE no le solicitó el reintegro de todos los derechos económicos percibidos desde su solicitud, sino de los que se lucraron con posterioridad al hecho impeditivo de su derecho, esto es, los posteriores a la sentencia absolutoria del demandado de 16-11-2007 (folio 120 de autos). Ha de tenerse en cuenta que respecto a ésta se señala que el tenor legal de la disposición aplicable establece literalmente el requisito de “tres derechos al programa” y “aunque no se hubieran disfrutado por el período de duración máxima de la renta”. En sentido cabe tomar en consideración la STSJ de Madrid de 6-4-2006, que ya alude a la variación en la redacción de este requisito y señala que “no es posible entender, como pretende la parte recurrente, que la exclusión se esté refiriendo a la necesidad de haber agotado el plazo máximo de duración de la percepción de la renta y ello porque ésta expira cuando concurren causas que impiden mantenerse en el programa y si no es posible permanecer en el mismo por no reunir las condiciones que permiten su inclusión, no es razonable considerar, a los efectos que nos ocupan, que por ello no se ha sido beneficiario del programa”.

4.- En cuanto al segundo derecho al programa, éste fue devuelto por la actora, por lo que al devolverse íntegramente, dicho período correspondiente al 2009 no puede ser tenido en cuenta para el cómputo total de las incorporaciones máximas, porque los efectos de la solicitud y el reconocimiento quedaron anulados totalmente a posteriori.

5.- Respecto al tercer período (solicitado el 9-2-2010), no se discute su disfrute, por lo que en relación a éste la actora fue beneficiaria.

6.- En consecuencia, procede estimar parcialmente el recurso y declarar que cuando la actora solicitó su incorporación al programa RAI en el año 2012, había sido beneficiaria de dos programas de renta activa de inserción en los años 2007 y 2011, por lo que no resulta ajustada a derecho la resolución del SPEE de 26-4-2012 que deniega a la actora su incorporación al programa de RAI por haber sido beneficiaria de tres programas de renta activa de inserción, pues sólo lo fue de dos.

FALLO

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de M.A.T.T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Elche de fecha de 10 de julio de 2013 en virtud de demanda formulada por ésta, y en su consecuencia, debemos revocar la sentencia recurrida declarando el derecho de M.A.T.T. a la incorporación al programa de renta activa de inserción en relación con la solicitud efectuada por ésta en fecha de 21-2-2012.

1884

Sentencia núm. 1.229, de 20 de mayo de 2014

Materia: Competencia de jurisdicción: orden jurisdiccional social. Seguridad Social. Reconocimiento periodo de cotización no cotizado por el tiempo en que se produjo un cambio de empresa de persona física a persona jurídica.

Juzgado: Estima la demanda reconociendo a la parte demandada determinado periodo cotizado, condenando a la entidad gestora a estar y pasar por esta declaración.

Sala: Estima la excepción de incompetencia de jurisdicción por razón de la materia. Corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa toda la materia correspondiente a liquidación de cuotas y actos de gestión recaudatoria.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En la demanda por la que se inicia este procedimiento dirigida frente a la Tesorería General de la Seguridad Social, y posteriormente ampliada contra las empresas D.V.H. y D.V. SL se solicita el reconocimiento como periodo cotizado del comprendido entre 1-11-1974 y 11-9-1977.

Contra la sentencia que estima la demanda se alza en suplicación la representación letrada de la Tesorería General de la Seguridad Social, formulando al efecto dos motivos de recurso, por infracción de normas adjetivas, denunciando:

1.- La violación, por no aplicación, del art. 3 f) de la LRJS en relación con el art. 5 de la misma Ley, al estimar que concurre la incompetencia de jurisdicción por razón de la materia, al tratarse de gestión recaudatoria, sin que sea posible estimar la acción declarativa interpuesta sin el previo ingreso efectivo de cotizaciones por la empresa responsable.

2.- De forma subsidiaria, plantea la inadmisión de la acción declarativa ejercitada formulada aisladamente, en cuanto carece de interés concreto, efectivo y actual para su admisibilidad en el proceso laboral, al no estar ligada al reconocimiento de una determinada prestación, alegando la doctrina contenida en las STS de 6-5-96 y 26-7-95.

Como es sabido, el tema de la incompetencia de la jurisdicción social es una cuestión de orden público procesal que debe ser resuelta por el Tribunal con libertad, sin sujetarse a los presupuestos y concretos motivos del recurso, sin someterse a los límites de la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia y con amplitud en el examen de toda la prueba practicada, para decidir,

fundadamente y con sujeción a derecho, sobre una cuestión cuya especial naturaleza la sustrae al poder dispositivo de las partes (STS 23 de octubre de 1989, 24 de enero, 5 de marzo, 6 de abril, 17 de mayo y 11 de julio de 1990, entre otras).

En la demanda se hace alusión al informe de vida laboral suministrado por la Tesorería a la demandante, y en el expediente consta comunicación de la Tesorería que contestando a la petición actora de inclusión en la vida laboral del periodo cotizado comprendido entre 1-11-1974 y 11-9-1977, requiere partes de alta y baja en la empresa y TC1 y TC2 del referido periodo.

Parece ser que la demandante quiere que se amplíe el periodo de cotización que consta en su informe de vida laboral, porque según explica en el cambio de las empresas de persona física a persona jurídica no se cotizó. En consecuencia, se trata de un reconocimiento de cotización sin ingreso de cuotas y sin que se determine la incidencia que pudiera tener para alguna prestación que en ningún momento se reclama, y como tal de la gestión recaudatoria que pudiera practicarse por la Tesorería, en su caso.

Lo primero que hay que precisar es que en la demanda no se impugna ninguna resolución concreta, lo segundo que en el fondo de la cuestión late un tema de cotizaciones no ingresadas y lo tercero que el periodo de cotización reclamado de forma declarativa, en su caso, podrá tener algún efecto para futuras prestaciones, que en el procedimiento no se discuten.

Así las cosas, no cabe sino estimar el recurso ya que contempla el art. 3 f), como materia excluida de la competencia de este orden jurisdiccional social toda la materia de liquidación de cuotas, o respecto a los actos de gestión recaudatoria, y los demás actos administrativos conexos a los anteriores dictados por la Tesorería General de la Seguridad Social. Y además se trata de una acción declarativa que no es admisible en el proceso laboral, en tanto en cuanto el periodo de cotización que se solicita no lo es para ninguna prestación, cuestión no reclamada y para la que sí que tendríamos competencia (art. 2 o) de la LRJS).

FALLO

Estimamos la excepción opuesta de Incompetencia de este orden social para conocer del litigio y del recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Alicante de fecha 15 de mayo de 2013; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida, declarando la incompetencia de este orden social por razón de la materia, advirtiendo a las partes que pueden plantear la cuestión ante los Tribunales del orden Contencioso-Administrativo.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.234, de 20 de mayo de 2014

Materia: Determinación de contingencia. Trabajador que ha prestado sus servicios como peón en empresa dedicada a la construcción. El trabajador se encuentra en su puesto de trabajo y al sentirse indispuerto acude a centro hospitalario donde ingresa con síndrome coronario agudo. Tras permanecer ingresado varios días se le concede situación de incapacidad permanente total para ejercicio de su profesión habitual derivada de enfermedad común. El actor solicita determinación de contingencia de accidente de trabajo.

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

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia y declarando como accidente de trabajo la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal iniciado por el trabajador y al que se posteriormente se le concedió una incapacidad permanente total para el ejercicio de sus profesión habitual, derivada de enfermedad común.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De tres motivos se compone el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia de instancia que desestima su demanda sobre determinación de contingencia del proceso de incapacidad temporal iniciado por el demandante en fecha 11-2-2011, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Los dos primeros motivos se destinan a la revisión de los hechos declarados probados por lo que se introducen por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), mientras que el tercero que, seguramente por error, se vuelve a denominar segundo, se formula por el apartado c del indicado precepto procesal y tiene como objeto el examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- Pretende la defensa del recurrente modificar el hecho probado cuarto para que se adicione al mismo que la hora en que el actor acudió el día 3/2/2011 a consulta del Centro de Salud fue a las 19:00 horas lo que se sustenta en el informe de consulta aportado como documento nº 1 del ramo de prueba de la parte actora y la misma ha de prosperar por desprenderse del indicado documento, si bien la información que se adiciona con la revisión interesada resulta intrascendente para modificar el sentido del fallo.

La segunda revisión solicitada por la defensa del recurrente atañe al hecho probado tercero para que se adicione el texto que se hace constar en negrita, siendo la redacción propuesta la siguiente: “El día 11 de febrero de 2011, cuando llegó al centro de trabajo el compañero del actor M.C. para iniciar el trabajo, el actor que había abierto el centro, le dijo que se encontraba mal y que se iba al médico, **acudiendo su hijo y llevándolo a urgencias**”.

Subsidiariamente solicita que se elimine del hecho controvertido la referencia a que el actor se fue al médico “por sus propios medios.”

Las modificaciones referidas se apoyan en la prueba testifical del Sr. C. que es la que ha tenido en cuenta el Magistrado de instancia para la redacción del hecho discutido y no siendo el indicado medio de prueba hábil para la revisión fáctica en este extraordinario recurso, como se desprende de lo establecido en el propio apartado del precepto en el que el motivo se ampara, se ha de desestimar.

TERCERO.- En el motivo último destinado a la censura jurídica de la sentencia del juzgado se imputa a la misma la infracción del art. 115-2 y 3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, por cuanto que entiende que el infarto agudo de miocardio sufrido por el actor se trata de una enfermedad manifestada durante el trabajo y ha de tener la consideración de accidente de trabajo, debiendo aplicarse la presunción de laboralidad de dicha enfermedad ya que el actor al sufrir la indicada dolencia se encontraba en tiempo y lugar de trabajo en el que se presume que ha estado realizando algún tipo de actividad o esfuerzo que determina una más fácil vinculación del acaecimiento con el trabajo y ello aunque la dolencia se hubiera manifestado durante toda la semana anterior, cumpliéndose lo establecido en el art. 115.2 f de la Ley General de la Seguridad Social.

Conforme señala la STS 27-9-07 (rcud 853/2006), es doctrina constante de la Sala IV del TS contenida en las sentencias de 23-3-68 , 9-10-70, 22-3-85, 4-11-88, 27-6-90, 27-12-95 (rcud 1213/95), 15-2-96 (rcud 2149/95), 18-10-96, (rcud 3751/95), 27-2-97 (rcud 2941/96), 23-1-98, (rcud 979/97), 18-3-99 (rcud 5194/97), 12-7-99, (rcud 4702/97) 23-11-99 (rcud. 2930/98), 25-11-02 (rcud.235/02), 13-10-03 (rcud. 1819/02) y 30-1-04 (rcud. 3221/02) entre otras, que el infarto de miocardio sufrido en tiempo y lugar de trabajo el carácter de accidente laboral. Y ello por las razones siguientes referidas en la STS de 18 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 6543/2013), Recurso: 726/2013:

1) La presunción del artículo 115.3 (antes, art. 84.3 LGSS del 74) de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.

2) Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta

o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

3º) La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

En el presente caso y conforme se desprende del relato fáctico de la sentencia del juzgado con la adición postulada por la defensa del recurrente y que ha sido acogida, se ha de tener en cuenta que el demandante cuando acudió el día 11-2-2011 al centro de trabajo y procedió a la apertura del mismo se encontró mal y dijo a su compañero de trabajo Sr. C. que se iba al médico lo que hizo con sus propios medios. Al acudir al Servicio de Urgencias del Hospital Arnau de Vilanova a las 9:07 horas del citado día, ingresó en el mismo, en el servicio de cardiología, siendo diagnosticado de IAM inferior. De lo expuesto se ha de concluir que el IAM que sufrió el actor ocurrió en tiempo y lugar de trabajo, pues, aunque solo hubiera procedido a la apertura del centro de trabajo no cabe duda que ello lo hizo en tiempo y lugar de trabajo, por lo que el referido IAM se ha de considerar accidente de trabajo en aplicación de lo establecido en el art 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, sin que obste a la conclusión expuesta que el demandante, según refirió el mismo y se recoge en el informe de alta médica, “la noche previa al ingreso se despierta con intenso dolor opresivo precordial irradiado a ambos brazos y asociando sudoración...” Ya que después de dicho episodio, no cabe duda que el demandante se recuperó, pues, de lo contrario, no hubiera acudido al centro de trabajo a desarrollar su prestación de servicios siendo ya en el lugar de trabajo y tras haber procedido a la apertura del mismo, conforme hacía diariamente, cuando vuelve a encontrarse mal y se marcha al médico.

Al regir la presunción de accidente de trabajo respecto al IAM sufrido por el actor y no haberse aportado datos que desvinculen por completo la referida lesión con la prestación de servicios llevada a cabo por el actor, se ha de estimar la demanda, en contra de lo resuelto por la sentencia de instancia que se ha de revocar, previa estimación del recurso contra ella interpuesto.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. I.C.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º dieciséis de los de Valencia y su provincia, de fecha 10 de septiembre de 2013, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, A. Mutua y la empresa C.B.G.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y declaramos accidente de trabajo la contingencia de la que deriva el proceso de incapacidad temporal iniciado por el actor el 11-2-2011, condenando a todos los codemandados a estar y pasar por dicha declaración con las consecuencias legales derivadas de la misma.

Sin costas.

1886

Sentencia núm. 1.248, de 20 de mayo de 2014

Materia: Tutela de los derechos fundamentales.

Juzgado: Estimando la excepción de falta de legitimación pasiva “ad causam” alegada por las demandas absuelve a las mismas de las pretensiones en su contra formuladas por el demandante, a quien se impone una multa por temeridad. Quedan desestimadas las excepciones de acumulación indebida de acciones e inadecuación de procedimiento.

Sala: Desestima el recurso confirmando la sentencia de instancia, con la salvedad de la sanción impuesta, la cual se deja sin efecto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia que desestimó su demanda instada en materia de Tutela de Derechos Fundamentales.

1. Los cuatro primeros motivos se redactan al amparo del art. 193-b) de la LRJS, interesando, en el primero, la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal duodécimo, en base al folio 15, 19, 20, 21 y 31 que diga, “Por providencia de fecha 18-06-2013 se acordó, previamente a la admisión de la demanda, dar traslado al Ministerio Fiscal y a la parte actora sobre la competencia del Juzgado a tenor de lo dispuesto en el art. 5 de la LRJS. El Fiscal, por escrito de fecha 24-06-2013, informó que la competencia correspondía a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por esta parte, por escrito de la misma fecha, se alegó que la competencia correspondía al Juzgado de lo Social. Por Diligencia de Ordenación de fecha 1-07-2013, por la Secretario Judicial del Juzgado se acordó lo siguiente: por presentado el anterior escrito del letrado D. J.A.R.S. en representación de D.C.C., así como el informe del Ministerio Fiscal, únase al expediente de su razón y pasen los autos a S.S^a para resolver lo procedente. En fecha 9-07-2013, por la Secretario Judicial del Juzgado Social 4 se dictó Decreto acordando dar a la demanda la tramitación correspondiente, sin que por su S.S^a. se dictase auto ni resolución alguna sobre la cuestión de competencia suscitada”.

El recurrente pretende relatar las resoluciones dictadas y escritos presentados en el presente procedimiento, lo que resulta innecesario.

2. En el segundo motivo, solicita, en base a los folios 680, 681 y los citados en el texto propuesto, que se adicione al hecho probado séptimo el texto que propone.

Conforme a reiterada doctrina 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, por lo que, sin perjuicio de dar por reproducidos los listados del Instituto Social de la Marina, el texto propuesto que incluye conclusiones valorativas no puede admitirse.

3. En el tercer motivo, interesa la revisión del hecho probado décimo, a fin de que contenga únicamente los dos primeros párrafos hasta, "...y ahí termina su intervención", suprimiendo el resto, extraído, según el recurrente, de la prueba de interrogatorio y testifical y es contradictorio con el texto postulado en el motivo anterior.

La revisión no se admite pues, por así disponerlo los artículos 193-b) y 196.3 LRJS, en el recurso de suplicación la pretensión de que se revisen los hechos declarados probados por la sentencia de instancia no puede fundarse en la errónea valoración de la prueba testifical o de interrogatorio de parte (confesión judicial).

4. En el cuarto motivo, solicita la adición de un nuevo hecho probado, de ordinal duodécimo, a fin de que quede redactado con el texto que propone.

La revisión no se admite, ya que la anterior demanda, de la que se desistió, resulta intrascendente a efectos de llegar a una modificación del fallo de la sentencia, al igual que el contenido de las diligencias preparatorias.

SEGUNDO.- En el quinto motivo, redactado al amparo del art. 193-a) de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 225.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 5.3 y 4 de la LRJS. Sostiene el recurrente que la Juzgadora de instancia, antes de la admisión de la demanda, suscitó cuestión de competencia que fue resuelta por Decreto del Secretario, por lo que dicha actuación es nula por falta de competencia, con cita de sentencia de esta Sala de 24-6-05 y 14-5-04 y art. 227.2 de la LEC. Subsidiariamente, se formula el motivo sexto, interesando nulidad de actuaciones conforme al art. 227.2 párrafo segundo de la LEC, por si el motivo tiene encaje a través del art. 193-a) de la LRJS. Igualmente, de forma subsidiaria, se formula el motivo séptimo, denunciando infracción del art. 225.6 de la LEC y art. 5.3 y 4 de la LRJS, indicando que el M. Fiscal alegó competencia contencioso-administrativa y la parte actora competencia social.

El motivo debe desestimarse, pues en cualquier caso, conforme dispone el art. 230 de la LEC, "la nulidad de un acto no implicara la de los sucesivos que fueren independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiere permanecido invariado aún sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad", y el recurrente ni cuestiona la competencia de este orden jurisdiccional ni alega que se le haya causado indefensión, -entendida como merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa-, por lo que en este trámite procesal de recurso de suplicación no procede la declaración de nulidad de actuaciones.

TERCERO.- En el octavo motivo, redactado al amparo del art. 193-a) de la LRJS, se denuncia infracción del art. 97.2 de la LRJS. Sostiene el recurrente que la sentencia

carece de hechos probados a efectos de resolver cuestiones como la indemnización de daños y perjuicios, que depende de los días trabajados por el conjunto de trabajadores eventuales contratados.

A efectos de analizar la nulidad de actuaciones solicitada, debe tenerse en cuenta que la nulidad: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003 que “la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”; b)) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; c) ha de justificarse la infracción denunciada; d) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; e) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones; y f) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad. Pues bien, la parte dispone del cauce procesal previsto en la letra b9 del art. 193 de la LRJS, para integrar cualquier dato fáctico en la relación de hechos probados, por lo que el motivo debe desestimarse.

CUARTO.- En el motivo noveno, redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del art. 316.1 y 376 de la LEC, en relación con el art. 24.1 de la Constitución. Sostiene el recurrente que existe una “bolsa de trabajo, lista o como se quiera” (sic), que supone que las empresas estibadoras del puerto de Castellón, cuando S. no puede atender con su personal fijo la demanda de trabajo, asigna el trabajo en los distintos buques y les remite, según peticiones formuladas por S., asignándoles nominativamente los trabajadores que, estando incluidos en el listados o bolsa, son contratados por empresas estibadoras como eventuales y dados de alta en el ISM; que la función de repartir y asignar el trabajo corresponde a la empresa estibadora y, en este caso, a su asociación A.; que buena parte de ese personal eventual son familiares en primer grado de los trabajadores fijos de S.; que los testigos carecen de imparcialidad, interesando la nulidad de la sentencia a fin de que se dicte otra valorando correctamente las pruebas practicadas.

Conforme a lo ya indicado en el anterior motivo, no procede acceder a la nulidad de actuaciones solicitada, pues la valoración de la prueba testifical corresponde a la Magistrado de instancia, conforme a la sana crítica (art. 376 LEC) y lo dispuesto en el art. 92 de la LRJS, y el recurrente no alega que se le haya impedido la practica de prueba tendente a acreditar datos relevantes, sino que discrepa de la valoración de la prueba practicada, lo que en ningún caso supone indefensión.

QUINTO.- En el décimo motivo, redactado al amparo del art. 193-c) de la LRJS, denuncia la infracción del art. 97.3 de la LRJS. Sostiene el recurrente que se le ha impuesto multa por temeridad, sin razonar ni justificar su imposición y sin concurrir los presupuestos requeridos.

Esta Sala de lo Social al enfrentarse al tema ahora suscitado, ha señalado que la sanción prevista en el artículo 97.3 de la LRJS no puede fundarse en la carencia total de soporte jurídico de la pretensión ejercitada, lo cual debe, en su caso, –como en definitiva así ocurrió– ser causa de desestimación de la petición efectuada. La temeridad a que alude el precepto procesal de referencia, implica más allá de la falta de tutela jurídica del interés pretendido, bien el conocimiento de la improcedencia de lo reclamado o bien la negligencia de desconocer lo que es notorio, como pueda ser el caso de una doctrina jurisprudencial consolidada y reiterada en el tiempo. Desde otro punto de vista, también se ha señalado que el concepto de temeridad tiene su radio de acción principal en el ámbito procesal, de forma que la conducta temeraria es aquella que no se ajusta a los cánones de una práctica jurídica dotada de una mínima solvencia, siendo sus manifestaciones más habituales, la producción de engaño o falsedad, la oscuridad deliberada en el planteamiento de las pretensiones, la inducción al error o la provocación de molestias inútiles.

Por tanto, como en el caso ahora enjuiciado la decisión judicial de imponer la sanción pecuniaria al demandante se fundó en la circunstancia de que el actor previamente a la demanda, únicamente dirigió escrito a la A. interesando trabajar, y que en los hechos de la demanda, de todos los codemandados, únicamente cita a S. y a la A., procede dejar sin efecto la multa impuesta.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. D.C.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de los de Castellón, de fecha 18-noviembre-2013; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida, salvo en el extremo referido a la imposición de la sanción de 300.-€ por temeridad que se deja sin efecto.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.271, de 20 de mayo de 2014

Materia: Prestación por desempleo: Reconocimiento prestación contributiva. Cálculo periodo de ocupación, días de derecho y base reguladora para el cobro de la prestación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al organismo demandado de todos los pedimentos en su contra formulados.

Sala: Estima en parte el recurso declarando el derecho de la actora al cobro de la prestación con la duración y base reguladora correspondiente a determinar en ejecución de sentencia. Se condena al organismo demandado al reconocimiento de tal derecho.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia, que desestimó la demanda presentada contra el Servicio Público de Empleo Estatal, se formula recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, planteándose al efecto un único motivo de impugnación encaminado a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

En el mismo se censura -amparándose en lo previsto en el art. 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) - la infracción de los arts. 203 y 227 de la LGSS, del art. 6.4 del Código Civil, y del contenido de diversas sentencias dictadas por distintos TSJ. Según su criterio, la actora inició su relación laboral con R.A.L. el 6/9/2005 debiendo entenderse que la misma fue ininterrumpida hasta la fecha de su despido definitivo producido el 11/2/2012 pues la interrupción de la relación laboral por extinción por causas objetivas durante los días 1 y 2 de marzo de 2010 fue considerada fraudulenta al ser la finalidad de aquella extinción la obtención de beneficios económicos y evitar la antigüedad de la trabajadora, sosteniendo que la misma no estuvo en situación legal de desempleo y si dicha situación fue un fraude de ley la consecuencia jurídica que se imponía era la de considerar la prestación por desempleo como indebida, siendo la entidad gestora la que debía exigir el reintegro de prestaciones, debiendo pues estimarse la demanda y considerar los días cotizados por la actora cuando solicitó la prestación por desempleo en fecha 17/2/2012 -2160 días- con derecho a la prestación por 720 días y base reguladora de 42,70 €/día.

Lo que se cuestiona en definitiva en el recurso no es otra cosa que la determinación de si procede considerar como un único derecho el correspondiente a la prestación por desempleo instada por parte de la actora con integración de todo el período cotizado desde el inicio de la relación laboral con su empleadora Sra. L.A., o si, al no haber impugnado aquella el cese acordado, y la prestación reconocida, mediante

resolución de fecha 2/3/2010, la indicada resolución ha devenido firme desplegando efectos, siendo en definitiva efectiva, por lo que cabría considerar ajustado el derecho de opción reconocido a la demandante.

Los hechos probados de la sentencia dan cuenta de que la demandante venía prestando servicios para la empresa R.L.A., solicitando prestación al cesar en los servicios, siéndole reconocida la prestación por resolución de fecha 2/3/2010 con fecha de inicio 1/3/2010 y percibiendo la prestación durante los días 1 y 2 de marzo al causar baja por colocación en la empresa R.G.A.. 3/3/2010 y prestando servicios para ésta hasta el 3/8/2011. Solicitada prestación por éste último cese la demandante optó por la prestación generada con anterioridad, pasando a percibir la misma desde el 4/8/2011 hasta el 30/11/2011 al haberse tenido conocimiento de la sentencia que declaraba la improcedencia del despido por causas objetivas de fecha 28/2/2010, siendo el mismo fraudulento con la finalidad de obtener beneficios económicos, evitando la antigüedad de la trabajadora, por lo que reconoce la de inicio de fecha 5/9/2005 y declara la improcedencia del despido impugnado de efectos 3/8/2011. La empresa optó por la readmisión. Iniciado procedimiento de revisión de oficio de la prestación por incompatibilidad con salarios de tramitación se dictó resolución declarando cobro indebido por el período 4/8/2011 a 24/11/2011. En fecha 11/2/2012 la actora es despedida por R.G.A. y solicitada la prestación por haber trabajado desde el 3/3/2010 al 11/2/2012 se le indica que opte entre la prestación anterior o la nueva, optando la actora por la primera. La demandante impugnó dicha resolución al no estar de acuerdo con el período de ocupación cotizada, los días de prestación y la base reguladora.

La sentencia de instancia desestimó la demanda al entender que como la actora no impugnó la resolución inicial ni tampoco el primer despido, constando que la sentencia de despido solo declara sucesión empresarial a efectos de la antigüedad concluye determinando que la primera resolución del SEPE era y sigue siendo efectiva y la opción a la trabajadora para que eligiera entre la nueva o la anterior prestación no agotada, era acertada.

Sin embargo, las circunstancias acaecidas tras la resolución del reconocimiento inicial de la prestación contributiva a favor de la actora dictada en fecha 2/3/2010 casa mal con el pronunciamiento judicial al que se alude en el hecho probado tercero de la sentencia y en el que si bien se impugnaba el despido de la trabajadora producido por la empleadora Sra. G.A. de fecha 3/8/2011, y no el anterior producido por su anterior empleadora de fecha 28/2/2010, no hay duda alguna de que la propia improcedencia del primero venía fundamentado en la conducta fraudulenta realizada por la primera empresaria dado que como se señala en la sentencia la extinción por causas objetivas del contrato de trabajo de la demandante el 28/2/2010 fue fraudulenta y con la finalidad de evitar la antigüedad que la trabajadora venía disfrutando por lo que la misma debía remontarse al inicio de la prestación laboral. Es sabido que el fraude de ley que define el artículo 6.4 del Código Civil es una conducta intencional de utilización desviada de una norma del ordenamiento jurídico para la cobertura de un resultado antijurídico. La sentencia del Tribunal Supremo de 24/9/2002 reitera que lo que dispone al artículo 6.4 del Código Civil que se invoca como infringido es que los actos

realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Es premisa básica de la norma que el comportamiento persiga un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él, invocando al efecto el texto de una norma que no ampara esa situación concreta y, conforme a reiterada jurisprudencia, la estimación del fraude no depende siquiera de la concurrencia de presunciones objetivas, sino de la intención probada de violar una ley que no protege suficientemente el acto, y aunque esta circunstancia no se haya exigido en todos los casos, siempre se precisa una serie de actos que, bajo una apariencia de legalidad, violen el contenido ético del precepto legal en que se amparan.

De otro lado conviene precisar que el hecho de que la demandante formalmente cesara en la primera empresa y no conste que prestara servicios efectivos durante los días 1 y 2 de marzo de 2010 no rompe la existencia de una auténtica continuidad en la relación laboral por parte de la demandante que el día 3 de marzo ya causó alta por colocación, no habiendo mediado una interrupción significativa del vínculo que se presume único en éstos casos (STS de 8/3/2007) por lo que la declaración en fraude de ley de aquel cese debe provocar inexorablemente la invalidez de los actos administrativos dictados en base a una situación declarada constitutiva de dicho fraude, y por lo tanto, correspondería al SPEE, y no a la trabajadora, la incoación del pertinente procedimiento de revisión para la anulación de la resolución de fecha 2/3/2010, así como la devolución, en su caso, de lo percibido por la trabajadora durante los días 1 y 2 de marzo de 2010, tal y como diligentemente parece haber efectuado respecto a la resolución de reconocimiento de la prestación posterior a la que se hace mención en el hecho probado segundo de la sentencia.

Los razonamientos expuestos nos conducen al acogimiento parcial del recurso entablado, debiendo regularizarse la prestación contributiva a favor de la actora en el sentido postulado en el recurso, computándose, al efecto, como una única prestación generada, y no como dos, si bien al no constar en autos hechos bastantes sobre el período íntegro de ocupación cotizada computable, ni tampoco sobre la base reguladora aplicable a extraer de las correspondientes bases de cotización, procederá que, en ejecución de sentencia, se determinen dichos efectos legales, en base a lo instituido en el art. 210 y 211 de la LGSS.

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

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por A.K. contra el SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL y con revocación de la misma, declaramos el

derecho de la demandante al percibo de la prestación por desempleo interesada, con la duración y base reguladora correspondiente a determinar en ejecución de sentencia, condenando al Servicio Público de Empleo Estatal al reconocimiento de tal derecho.

1888

Sentencia núm. 1.310, de 27 de mayo de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora que presta sus servicios como auxiliar de enfermería. Se reconoce a la actora pensión de incapacidad permanente total derivada de contingencia común. Solicitud reconocimiento revisión de grado: Incapacidad permanente absoluta. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda. No procede la declaración de incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las limitaciones físicas que padece la actora le impiden el ejercicio de cualquier actividad profesional. Se reconoce a la actora afecta de una incapacidad permanente absoluta derivada de enfermedad común, con derecho al percibo de una pensión mensual del 100% de determinada base reguladora, con las mejoras y revalorizaciones que procedan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de reconocimiento de incapacidad permanente absoluta, interpone el trabajador recurso de suplicación en dos motivos redactado respectivamente al amparo de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Por el primero de ellos solicita la modificación del hecho probado 3º, que recoge el cuadro clínico, para que se adicione al mismo: "...portadora de DVP, disfunción válvula ventriculoperitoneal (DVP) monotorizada PIC, utiliza sensor epidural (informe de valoración médica). Deterioro cognitivo con patrón fronto-subcortical: atención alterada, lenguaje normal, función visuoespacial normal, agnosia normal, orientación normal, praxia normal, velocidad de procesamiento de la información normal-baja, clave de números alterada y búsqueda de símbolos alterada (exploración neuropsicológica del Hospital La Fe)".

Damos lugar a la adición interesada por tener apoyo documental suficiente y ser importante a efectos de alteración del fallo.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS se denuncia la infracción del art. 137 de la LGSS. Alega dicha parte, en sustancia, que la patología de la trabajadora, con la hidrocefalia con la implantación de válvula y múltiples complicaciones, y sus consecuencias de déficit de atención, memoria, enlentecimiento del procesamiento de la información, además de los mareos y cefaleas occipitales, le hacen tributaria de un incapacidad permanente absoluta.

Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte el artículo 137.4 del mismo texto legal señala que, “se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”. Y el artículo 137.5 también del mismo texto legal señala que, “se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”.

TERCERO.-Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia y a los que esta Sala queda vinculada, entendemos que la solución alcanzada por la resolución recurrida debe ser revocada, a la vista del cuadro de dolencias residuales de la actora y de sus limitaciones que son los siguientes: “hidrocefalia secundaria a estenosis de acueducto de Silvio. Limitaciones orgánicas y funcionales: episodios de mareos y cefaleas occipitales secundarios a fallo de la válvula de derivación ventrículo peritoneal que lleva implantada, con limitación al esfuerzo, portadora de DVP, disfunción válvula ventriculoperitoneal (DVP) monotorizada PIC, utiliza sensor epidural (informe de valoración médica). Deterioro cognitivo con patrón fronto-subcortical: atención alterada, lenguaje normal, función visuoespacial normal, agnosia normal, orientación normal, praxia normal, velocidad de procesamiento de la información normal-baja, clave de números alterada y búsqueda de símbolos alterada (exploración neuropsicológica del Hospital La Fe).”

La demandante es auxiliar de enfermería, profesión para la que ha sido declarada incapacitada pues difícilmente va a poder realizarla con un mínimo de eficacia con las limitaciones que padece; pero precisamente estas limitaciones, al estar centradas y focalizadas en la limitación al esfuerzo y en los episodios de mareos y cefaleas secundarios a fallo de válvula que padece, determinan que la actora no sea capaz de realizar otro tipo de profesiones, ni siquiera los trabajos livianos y sedentarios, y las tareas propias de profesiones que no demanden un esfuerzo físico, dado que ha quedado acreditado su deterioro cognitivo con patrón fronto-subcortical que le ocasiona una atención alterada, una velocidad de procesamiento de la información normal-baja, además de una clave de números alterada y una búsqueda de símbolos alterada. Las deficiencias apuntadas impiden a la actora cumplir con un mínimo horario y unas instrucciones; en suma, no puede realizar ningún tipo de trabajo con el mínimo de profesionalidad, rendimiento y dedicación que exige cualquier profesión del mundo laboral. Aún en el supuesto de partir de la base de un mercado laboral moderno y flexible con posibilidad de trabajos más o menos livianos desde el propio domicilio gracias a las nuevas tecnologías (ordenador, faxes, internet, webs, etc...), la orientación, la memoria, la concentración y la atención, son requisitos imprescindibles para consumir un trabajo con un mínimo de rendimiento y diligencia, y de ellos, hoy por hoy, carece la demandante, a la que no se le puede exigir heroicidades en el desempeño de un trabajo, como tampoco al empresario una

tolerancia y comprensión por encima de la normal.

Por todo ello, procede la revocación de la sentencia de instancia para declarar a la demandante e situación de incapacidad permanente absoluta.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Doña I.V.R., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de VALENCIA de fecha 7 de junio de 2013, y con revocación de la misma, declaramos a la actora afecta de incapacidad permanente absoluta, derivada de enfermedad común, con derecho al percibo de una pensión mensual del 100% de la base reguladora de 1.416,60 €, con las mejoras y revalorizaciones que procedan, y fecha de efectos 22-9-2011.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.324, de 27 de mayo de 2014

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora que es declarada en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual de administrativa, por accidente no laboral. Expediente de revisión de oficio por parte de la Entidad Gestora. Se le declara no afecta de incapacidad permanente en ninguno de sus grados. Disconforme con el dictamen la actora interpone reclamación solicitando la declaración de situación de incapacidad permanente total.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al demandado de los pedimentos formulados en dicha demanda.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las dolencias básicas que padece la actora siguen siendo las mismas, no produciéndose mejoría alguna con independencia de las dolencias psíquicas que pudieran tener apoyo en doctrina jurisprudencia. Reconoce a la actora afecta de una situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual con derecho a percibir una pensión vitalicia mensual, más los incrementos y revalorizaciones que legalmente procedan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se dirige a la revisión de los hechos probados con el fin de que se modifique el ordinal cuarto del relato histórico para que se añada a la relación de enfermedades la siguiente: "...síndrome ansioso depresivo".

2. La adición propuesta debe prosperar pues así se deduce directamente de los dictámenes obrantes a los folios 23 y 58 de los autos.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se dedica al examen de infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia, denunciando "aplicación indebida de los arts.137.4 en relación con el 143.2 de la LGSS y de la jurisprudencia al respecto". Argumenta en síntesis que no existe mejoría en el cuadro clínico sino un empeoramiento del mismo.

2. Como recordó la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2005, "tanto la revisión por mejoría, como la procedente por agravación, exigen conceptualmente la comparación entre dos situaciones: la contemplada en la resolución que concedió la prestación, declarando el grado que se pretende revisar, y el estado actual del beneficiario, de tal modo que si la situación ha mejorado deberá efectuarse la revisión a la baja, pero si el estado actual del beneficiario coincide con el

pretérito que dio lugar al reconocimiento, no puede efectuarse la revisión por mejoría...”. Por su parte la sentencia del mismo Tribunal de 22-12-2009, subraya que “la mejoría ” que justifique la revisión exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias, sino -sobre todo- que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en IP, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada.”

4.Si comparamos las dolencias y secuelas padecidas por la actora que dieron lugar a la declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual (“secuelas de meniscectomía rodilla derecha en Marzo de 2008, estando limitada para trabajos que sobrecarguen rodilla derecha ”) con las padecidas en la actualidad, tal y como se indica en el inalterado hecho probado tercero (“ meniscectomía rodilla derecha, osteoartrosis cervical y como limitaciones orgánicas y funcionales presenta: gonalgia mecánica postmeniscectomía e imposibilidad para agacharse y cervicalgia. A la exploración: gonalgia mecánica, discreta atrofia de cuádriceps, dolor a la flexión máxima con limitación de los últimos grados y al agacharse; dolor cervical y de ambos trapecios, movilidad conservada, no focalidad neurológica, RN: cambios degenerativos y protusión discal”), observamos que las dolencias básicas que determinaron la declaración de incapacidad permanente siguen siendo sustancialmente las mismas, por lo que el motivo se estima, al continuar la actora en situación de incapacidad permanente y precisamente en el grado que tenía reconocido (137.4 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción originaria -DT 5ª bis de la misma-) al no poder aplicarse en razón de la doctrina jurisprudencial resumida en el apartado anterior de este fundamento jurídico el instituto de la revisión por mejoría, máxime atendiendo a la doctrina expresada por el Tribunal Supremo (por ejemplo en sentencia de 28 de noviembre de 2006) que, reiterando doctrina anterior indicó que “...no cabe duda, que la situación que se ha de tener de cuenta, a los efectos de la declaración de incapacidad permanente, es la que el trabajador presenta en el momento en que se inicia el expediente de invalidez. El párrafo primero del art. 136-1 de la LGSS dice que "es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral"; la dicción de este precepto es totalmente clara, quedando patente que las "reducciones anatómicas o funcionales" que se han de computar son todas las existentes en el momento último y actual en que se lleva a cabo el trámite del expediente de incapacidad, aunque debe también considerarse que, como subrayó la sentencia del mismo Tribunal de 7 de diciembre de 2004, iterando doctrina anterior, “ una tradición jurisprudencial reiterada no ha considerado hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias nuevas que sean agravación de otras anteriores -SSTS de 26.VI.1986, 30.VI.1987 ó 5.VII.1989 -, ni lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después -STS de 15.IX.1987 - ni lesiones o defectos que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectados por los

servicios médicos de la entidad por las causas que fueran -STS de 30.IV.1987 y 23.IX.1987 -...". Procede en consecuencia tener en cuenta también las dolencias psíquicas de referencia con apoyo en la doctrina indicada.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será, la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para dar lugar a la pretensión ejercitada. Respecto a la base reguladora y fecha de efectos, deberá estarse a lo indicado en el inalterado e incombatido ordinal quinto del relato histórico ("La base reguladora de la prestación solicitada, caso de reconocerse la Incapacidad Permanente asciende a la cuantía de 2.080,97 euros, y los efectos lo serian, en su caso, desde el 1 de mayo de 2012, extremos que no han sido controvertidos en juicio").

FALLO

Estimamos el recurso interpuesto en nombre de D^a T.M.W. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Cuatro de los de Valencia el día dieciocho de octubre de dos mil trece en proceso sobre prestaciones de incapacidad permanente seguido a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que la actora se encuentra en situación de incapacidad permanente en el grado de incapacidad permanente total para la profesión habitual con derecho a percibir la pensión vitalicia mensual que dicho grado conlleva sobre la base reguladora de 2.080,97 euros y con efecto de 1 de mayo de 2012, más los incrementos y revalorizaciones, que legal y reglamentariamente correspondan.

1890

Sentencia núm. 1.348, de 27 de mayo de 2014

Materia: Declaración de minusvalía. Revisión grado. El actor presenta unas dolencias susceptibles de incrementar el grado de minusvalía concedido.

Juzgado: Desestima la demanda confirmando las resoluciones impugnadas, en las que se reconoce al demandante un grado de minusvalía del 58%.

Sala: Estima el recurso revocando la resolución recurrida. En el momento del hecho causante el actor se encuentra afectado por una patología que tras informe forense conlleva un grado de discapacidad del 71%, a los que deben sumarse 9 puntos porcentuales más por factores sociales complementarios.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Ramos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por P.S.B. la sentencia que dictó el día 10-9-2.013 el Juzgado de lo Social número 2 de los de Elche que desestimó la demanda por ella deducida frente a la Conselleria de Trabajo y Servicios Sociales de la Generalitat Valenciana sobre reconocimiento de grado de minusvalía. El recurso se ha impugnado por el Letrado de la Generalitat. Si bien el primer motivo del recurso se destina a la censura jurídica y el segundo a la revisión fáctica, consideramos que, elementales razones de método nos obligan a abordar en primer lugar el segundo de los motivos, de manera que, con carácter previo al examen del Derecho aplicado, quede debidamente conformado el supuesto objeto de enjuiciamiento.

En la revisión que se plantea se pretende:

La modificación del hecho tercero, a fin de que, con sustento en el informe médico forense que obra en las actuaciones como diligencia final- folios 154 a 156 de los autos- se añada a dicho apartado que el actor presenta un carcinoma escamoso infiltrante en laringe con resección quirúrgica, laringectomía total- portador de trasqueostoma permanente con una minusvalía del 25% y además un trastorno del habla- articulación con una minusvalía del 28%”, a lo que se accede respecto de las dolencias, no respecto de la valoración, sin perjuicio de que se considere que los puntos porcentuales que se refieren son la valoración que de las mismas ha efectuado el médico forense, sin que conste que se haya efectuado otra por la Generalitat respecto de las mismas;

Y que se corrija en el hecho segundo que el porcentaje de minusvalía que ha reconocido la administración demandada es de un 58 por ciento, de los 9 puntos porcentuales se deben a factores complementarios, a lo que se accede por ser consonante con la resolución administrativa que se impugna.

SEGUNDO.- En el segundo de los motivos, que como se ha dicho se destina al examen del derecho, se formula con invocación del apartado c) del art. 193 de la LRJS,

se denuncia infracción del art. 85.1 de la LRJS en relación con la interpretación que del mismo se ha efectuado por la Sala IV del TS en Ss. tales como la de 2-2-2.005 y 25-6-1.998 puesto que se considera que a la hora de fijar el grado de minusvalía del actor, el juzgador a quo se ha limitado a considerar aquellas secuelas que estaban objetivadas en el momento del reconocimiento del actor por parte del EVO, mas no aquellas que han aparecido con posterioridad y que no son sino agravación de las que ya se presentaban en ese momento y que quedaron perfectamente objetivadas en el informe médico forense que se practicó como diligencia, y cuya propuesta de valoración ha servido al Juzgador a quo para establecer el grado de minusvalía del actor.

La Juez de Instancia, como aduce el recurrente a la hora de valorar las distintas secuelas que presenta el actor, consideró que no podían ser tenidas en cuenta aquellas dolencias que no aparecieron objetivadas a la fecha del hecho causante y que sí recoge el informe médico forense- en concreto la laringectomía total a la que se sometió al actor y el trastorno del habla- articulación que en la actualidad padece, por considerar que el juicio de instancia debía versar sobre la corrección de la resolución administrativa que se impugnaba, teniendo en cuenta únicamente aquellas dolencias que se presentaban a la fecha del hecho causante, más no aquellas aparecidas con posterioridad a dicha fecha, quedando abierta la puerta al actor a acudir a un nuevo expediente administrativo de revisión por agravación.

Pues bien, como se pone de manifiesto por el recurrente dicho razonamiento choca frontalmente con la doctrina que viene manteniendo desde antiguo la Sala IV, a la hora de valorar los grados de incapacidad permanente y que esta Sala considera perfectamente aplicables a la determinación del grado de minusvalía por no suponer sino la interpretación que se efectúa de preceptos procesales que también resultan de aplicación al presente caso como son los arts. 85.1, 142 y 143 de la derogada LPL, que se corresponden con los mismos artículos de la actual LRJS. En efecto, como expone de la referida por el recurrente, STS de 25-6-1.998, doctrina que se ha mantenido constantemente por el Alto Tribunal en resoluciones posteriores y que recuerda la STS de 2-2-2.005 "una tradición jurisprudencial reiterada no ha considerado hechos nuevos ajenos al expediente las dolencias nuevas que sean agravación de otras anteriores - SSTS de 26.VI.1986 , 30.VI.1987 ó 5.VII.1989 -, ni lesiones o enfermedades que ya existían con anterioridad y se ponen de manifiesto después -STS de 15.IX.1987 - ni lesiones o defectos que existían durante la tramitación del expediente, pero no fueron detectados por los servicios médicos de la entidad por las causas que fueran -STS de 30.IV.1987 y 23.IX.1987-.

Y dicho lo cual resulta que el actor a la fecha del hecho causante presentaba una "tumoración maligna de laringe limitada glotis con signos de parálisis de cuerda vocal izquierda", mientras que la fecha del juicio, cuando ya se había procedido a intervenir tal dolencia de tipo oncológico, ésta en la actualidad consiste en "un carcinoma escamoso infiltrante en laringe con resección quirúrgica, laringectomía total- portador de trasqueostoma permanente con una minusvalía del 25% y además un trastorno habla- articulación", y por ello, y no cuestionándose la valoración de las secuelas que se efectúa en la resolución de instancia que se aquietta con los

parámetros seguidos por el Informe forense, procede apreciar un grado de discapacidad del 71 por ciento, se deben sumar 9 puntos porcentuales más correspondientes a factores sociales complementarios.

TERCERO.- Todo lo razonado nos ha de llevar a la estimación del recurso, con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia, y con el reconocimiento al actor de un porcentaje de minusvalía del 80 por ciento con efectos desde el hecho causante, momento éste en el que las dolencias se encontraban sino objetivadas, sí latentes. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por D. P.S.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de ELCHE de fecha 10-9-2.013 en sus autos núm. 286/13 revocamos la resolución recurrida en el sentido de estimar la demanda por el deducida frente a la CONSELLERIA DE ASUNTOS SOCIALES Y TRABAJO DE LA GENERALITAT VALENCIANA, reconociendo al actor un grado de minusvalía del 80 por ciento con fecha de efectos de 21-9-2.012. Sin costas.

Sentencia núm. 1.375, de 28 de mayo de 2014

Materia: Determinación de contingencias. Trabajador afiliado al RGSS que ha prestado sus servicios como auxiliar trazador delineante en empresas dedicadas a la construcción naval. El actor ha sido prejubilado. Durante su actividad laboral el trabajador ha estado expuesto indirectamente a la inhalación de fibras de asbestos y amianto. Enfermedad profesional. El actor solicita prestación de incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional.

Juzgado: Estima la demanda declarando que la actora se encuentra en situación de invalidez permanente en grado de total para el ejercicio de su profesión habitual. La actora tiene derecho a una pensión vitalicia mensual en la cuantía del 75% de su base reguladora más los incrementos legales correspondientes.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia y dejándola sin efecto. Absuelve a las partes demandadas en la instancia de las peticiones formuladas contra ellas. El cuadro clínico del actor no entidad suficiente para impedirle las fundamentales tareas de su profesión habitual, sin que conste la exposición al riesgo al tiempo de la solicitud de la prestación, por lo que procede revocar la sentencia de instancia acogiendo el recurso planteado al no encontrarse el actor en el supuesto del artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora declaró al actor afecto de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual, derivada de enfermedad profesional, interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS y la empresa U.N.V. S.A. e I.M.M., S.A., siendo los recursos impugnados por la parte actora y en el único motivo de cada uno de los recursos se alega por las partes recurrentes con amparo procesal en el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que se han infringido los artículos 136.1, 137.2, 137.4 y 139 de la Ley General de la Seguridad Social y jurisprudencia de aplicación, alegando, en síntesis, que el trabajador no presenta síntomas objetivos ni limitación funcional para impedir la realización de las fundamentales tareas de su profesión habitual, sin perjuicio de adoptarse las medidas preventivas necesarias por lo que no se encuentra en situación de invalidez permanente en el grado de total, por lo que interesa la revocación de la sentencia impugnada y la absolución del INSS.

Los inalterados por inatacados hechos declarados probados tanto los debidamente asentados en la premisa histórica de la sentencia de instancia, como los impropriamente establecidos en la fundamentación jurídica de la misma, ponen de manifiesto que el actor desde el inicio de la relación laboral estuvo expuesto

indirectamente durante el tiempo de la prestación de servicios para las empresas citadas, a la inhalación de fibras de asbestos al ejercer su profesión habitual de auxiliar trazador delineante de 1ª con puesto de trabajo en la Oficina Técnica, desarrollando su trabajo tanto en los talleres y dentro de los buques, en todas las partes del buque habiendo estado expuesto indirectamente en la realización de sus tareas a la inhalación de fibras de asbestos. Con posterioridad ha sido sustituido en las mercantiles por lana de roca y fibra de vidrio, sustancias susceptibles de absorber por inhalación, que producen irritación en las vías respiratorias. El actor causó baja definitiva en la empresa por prejubilación al resultar afectado por el Expediente de Regulación de Empleo el día 30-4-2001. Habiendo solicitado del INSS ser declarado en situación de invalidez permanente total para su profesión habitual derivada de enfermedad profesional.

El actor presenta el siguiente cuadro clínico: Discretas placas pleurales, no calcificadas, de predominio en hemitórax izquierdo que asocia a engrosamiento intersticial (fundamentalmente en septos interlobares) de predominio subpleural y distribución bilateral, en relación a manifestaciones radiológicas de asbestosis. Si bien el trabajador ha estado expuesto a una sustancia causante de la enfermedad profesional y ejerciendo actividades de riesgo para contraerla, no ha desarrollado una enfermedad profesional. No se acredita, ni siquiera se alega, la repercusión funcional actual, si bien aconseja un control evolutivo durante toda su vida y evitar el contacto con sustancias irritantes sobre las vías respiratorias utilizadas habitualmente en astilleros (fibras minerales artificiales como la lana de roca y la fibra de vidrio, otros tóxicos ambientales, polvos o irritantes de las vías respiratorias como son los humos, gases, vapores, pinturas, disolventes...) que pueden hacer progresar las lesiones y agravar su patología respiratoria en el futuro con la posibilidad de aparición de graves enfermedades, algunas sin tratamiento específico y de funesto pronóstico.

En la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada se establece que se considera que la patología que sufre es debida a enfermedad profesional y aun cuando la misma en la actualidad no tiene repercusión alguna, dado el considerable riesgo del actor de padecer cáncer de pulmón, mesotelioma maligno y asbestosis, además de neoplasias en otras localizaciones, debe evitar el contacto con otras sustancias irritantes sobre las vías respiratorias (fibras minerales artificiales como la lana de roca y la fibra de vidrio, otros tóxicos ambientales, polvos o irritantes de las vías respiratorias como son los humos, gases, vapores, pinturas disolventes...) que pueden hacer progresar las lesiones y agravar su patología respiratoria en el futuro con la posibilidad de aparición de graves enfermedades, algunas sin tratamiento específico y de funesto pronóstico, y que no ha lugar a plantearse en este supuesto la reubicación del actor, por lo que declara al actor afecto de invalidez permanente en el grado de total, por cuanto considera que no ha resultado acreditado la existencia de otros puestos de trabajo de la categoría profesional del actor que permitan desarrollar su actividad profesional sin exposición a la lana de roca, a la fibra de vidrio o a los humos, gases y otros productos irritantes empleados en la construcción naval.

Como ya ha señalado la sentencia de esta Sala de fecha 30 de junio de 2010 (Rec 3142/2009), criterio que también se reitera en la sentencia también de esta sala

de 29 de marzo de 2011 (Rec. 1825/2010) “Es conveniente precisar que en relación a los grados de incapacidad permanente debe valorarse en primer lugar las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de individualizar cada situación concreta ante un hipotético reconocimiento de incapacidad permanente (distintas enfermedades, diverso desarrollo de las enfermedades supuestamente similares, edad del presunto incapaz, profesión habitual de cada uno con sus distintos matices) lo que hace que difícilmente puedan darse supuestos con idoneidad sustancial, de ahí que el traslado de soluciones judiciales tomadas en resoluciones precedentes resulte sumamente complicado. En segundo lugar, ha de valorarse las limitaciones funcionales, más que la índole y naturaleza de los padecimientos que 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. Indicábamos ello por cuanto el hecho de haberse dictado por ésta misma Sala pronunciamiento con signos divergentes no implicaba arbitrariedad sino mera sujeción a los condicionamientos fácticos de cada supuesto.”

En el presente caso, atendidos los hechos declarados probados resulta que las lesiones pleurales no le incapacitan para realizar su trabajo habitual, sino que en función de la evidencia radiológica de lesiones pleurales por exposición al amianto, debe evitar la exposición tanto a nivel laboral como ambiental, así como a cualquier tipo de tóxicos ambientales, polvos o irritantes de las vías respiratorias, ya sean humos, vapores o gases que puedan potenciar el efecto patógeno del amianto, estando entre dichos elementos nocivos la exposición a fibras minerales artificiales, como la lana de roca o la fibra de vidrio.

Todo lo cual revela que la enfermedad en su estadio más leve no tiene por qué ocasionar la invalidez permanente en el grado de total para la que se precisa limitación funcional que impida la realización del trabajo, lo que no acontece en el caso enjuiciado. Y así se ha mantenido, con alguna excepción, por las sentencias de esta Sala que han decidido supuestos parecidos a partir de la sentencia de 31-3-2009, que no contradice la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 2001, de aplicación a otros supuestos.

La STS de 11 de junio de 2001, contempla el supuesto de trabajadores en activo en una concreta empresa y puesto de trabajo, y en el caso allí analizado no hay otro puesto de trabajo en la empresa, ni esta lo acredita, que permita desarrollar la actividad lejos de ambiente pulvígeno, por lo que no es posible aplicar la Orden de 9 de mayo de 1962 y el alto Tribunal concede la invalidez permanente total, ante la inexistencia de ese puesto de trabajo sin riesgo, lo que resulta lógico, la enfermedad ya ha aparecido y la exposición al amianto la va a agravar (Sentencia de esta Sala 29-3-2011).

Como sostiene la sentencia de esta Sala de 29-3-2011, la enfermedad profesional, que de diagnosticarse exige la adopción de medidas preventivas que separen al enfermo del puesto de trabajo con riesgo, por sí sola no permite acceder a

una incapacidad permanente que se caracteriza por la presencia de reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyen o anulan la capacidad laboral (art. 136 de la LGSS), de modo que la incompatibilidad con el ambiente de trabajo, en un concreto puesto, por sensibilidad a sustancias o agentes operantes en el mismo, no permite conceder la prestación porque la profesión habitual -auxiliar trazador delineante de 1ª con puesto de trabajo en la Oficina Técnica, desarrollando su trabajo tanto en los talleres y dentro de los buques, en todas las partes del buque- puede desarrollarse en otros ambientes o con la adopción de medidas de seguridad que neutralicen el riesgo. Siendo necesario para acceder a la prestación acreditar la limitación funcional que impide realizar las tareas fundamentales que conforman la profesión, lo que no se da en el presente caso. En idénticos términos se expresa la sentencia de esta Sala al resolver los recursos de suplicación números 1071/2013 y 2361/2013.

La necesidad de considerar el supuesto concreto, ha llevado a esta Sala a decidir de forma distinta según el trabajador este integrado en empresa con todos los puestos expuestos a ambientes perjudiciales para el desarrollo de la enfermedad o se trate de trabajador que haya extinguido su contrato en aquellas empresas y pueda acceder a otras en las que desarrollar su profesión sin aquel riesgo. En nuestro supuesto de hecho se trata de un trabajador que ha cesado en la empresa demandada por causa de Expediente de Regulación de Empleo y que puede acceder a otra empresa del sector de la construcción naval o en actividad semejante que no exista tal riesgo de exposición al amianto, a la lana de roca o a la fibra de vidrio, o en la que se hayan adoptado las medidas preventivas adecuadas para evitarlo. Por lo que no presentando el cuadro clínico del actor entidad suficiente para impedirle las fundamentales tareas de su profesión habitual, sin que conste la exposición al riesgo al tiempo de la solicitud de la prestación, procede revocar la sentencia de instancia acogiendo el recurso planteado al no encontrarse el actor en el supuesto del artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el INSS y las empresas U.N.V. S.A., e I.M.M., S.A., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Nueve de los de Valencia, de fecha 20 de junio de 2013, dictada en virtud de demanda interpuesta por Don J.M.H.S., 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 demandadas.

Sentencia núm. 1.385, de 3 de junio de 2014

Materia: Recargo de prestaciones. Falta de medidas de seguridad en la empresas demandada. Trabajador que presta sus servicios en empresa dedicada a la actividad de matricería y estampación metálica. El actor ocupa puesto de trabajo como operario de prensas. Como consecuencia de su actividad laboral sufre varias situaciones de incapacidad temporal con diagnóstico de epicondilitis bilateral: Enfermedad profesional. Riesgo ergonómico. Posterior sanción a la empresa y expediente por falta de medidas de seguridad e higiene en la empresa: recargo en un 30% las prestaciones del sistema de Seguridad Social derivadas del accidente. Revocación sanción y recargo impuesto.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Queda probado que la empresa ha desatendido las obligaciones sobre evaluación de los riesgos ergonómicos del puesto de trabajo ocupado por el trabajador demandado, existiendo una relación de causalidad entre los incumplimientos empresariales y la epicondilitis bilateral padecida por mismo. Considera ajustado a derecho el recargo por faltas de medidas de seguridad e higiene en el trabajo impuesto por la Entidad Gestora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia del Juzgado que desestima la demanda interpuesta por la empresa demandante contra el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, recurre en suplicación la indicada empresa, articulando dos motivos que se amparan, respectivamente, en los apartados b y c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social y que han sido impugnados de contrario por el trabajador codemandado como se expuso en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- En el primero de los motivos se instan diversas revisiones fácticas. La primera de las cuales atañe al hecho probado décimo tercero, a fin de que se adicione al final del primer párrafo del mismo, el siguiente contenido: “Las evaluaciones de riesgos de los años 2002, 2005 y 2008 tienen evaluado en el puesto de operador de prensas los riesgos por “sobreesfuerzos, posturas inadecuadas o movimientos repetitivos”, proponiéndose en la Planificación Preventiva hasta 2005 la entrega a los trabajadores de formación e información a los trabajadores sobre posturas correctas y manejo de cargas.”

La adición solicitada se sustenta en los estudios de Evaluación de Riesgos de los años 2002, 2005 y 2008 obrantes a los folios 102 a 140 y en concreto en los folios 103,

110 y 131, sin que alcance éxito su acogimiento ya que en el hecho probado quinto ya se hace referencia a los resultados de vigilancia en los años 2003 a 2005 y en el hecho probado duodécimo se refleja la cobertura del Servicio de Prevención Externo concertado por la empresa demandada con U.M. que abarca entre otros extremos el diseño, aplicación y evaluación de los factores de riesgo y su planificación, la información de riesgos y medidas adoptadas y la formación de los trabajadores, por lo que nada novedoso se introduce con la adición postulada.

La segunda de las modificaciones afecta al hecho probado sexto para el que solicita la adición al final del mismo del siguiente contenido: “El informe pericial, concluye que el riesgo ergonómico del puesto obtiene una puntuación de riesgo BAJO-BAJO en el “control de medidas” y BAJO MEDIO en “depositar piezas en la máquina”, moderando además el resultado al indicarse en el inciso final que “la incidencia real del nivel de riesgo de estas posturas depende del tiempo de exposición de tal forma que cuando menos tiempo se adopten el nivel de riesgo es menor.”

El añadido solicitado se fundamenta en el informe ergonómico y, en concreto, en su apartado de “conclusiones,” folios 215 y 217 y el mismo no puede ser acogido por cuanto que de los indicados folios no se evidencia sin más que el puesto de trabajo del actor obtenga las referidas puntuaciones de riesgo.

La tercera y última de las modificaciones concierne al hecho probado quinto respecto al que se pide que se añada al final del mismo este texto: “Consta informe del facultativo D. J.V.C. (U.P.) informando que el trabajador no ha realizado ningún proceso que precisase la consideración de significativa sensibilidad.”

Dicha adición se obtiene del informe del indicado facultativo obrante al folio 226 de los autos y aunque se desprende del mismo tampoco puede ser estimada por cuanto que resulta contradictoria con los diversos procesos de incapacidad temporal cursados por el trabajador demandado y que se refieren en el hecho probado segundo así como con las constantes manifestaciones del mismo sobre las molestias que le ocasionaba el hecho de trabajar en la prensa denominada ERFURT y de las que se hace eco el informe de la Inspección de Trabajo que se reseña en el hecho probado séptimo.

TERCERO.- El motivo destinado a la censura jurídica se compone de dos apartados. En el primero se imputa a la sentencia de instancia la infracción por incorrecta interpretación y aplicación del art. 45.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y jurisprudencia interpretativa del mismo.

Aduce la defensa de la recurrente que la sentencia de instancia, pese a contener un detallado relato de hechos probados evita cualquier análisis de fondo, asumiendo sin más el pronunciamiento obtenido en el orden contencioso-administrativo por ser una sentencia firme a la que crítica por aplicar de manera indebida la figura del trabajador especialmente sensible, y que no pudo ser recurrida por su cuantía. Entiende que la vinculación de la sentencia del orden contencioso-administrativo respecto a la sentencia recaída en el presente proceso se ha de limitar a los hechos probados y nunca a su valoración jurídica y que además la sentencia del

orden contencioso-administrativo carece de hechos probados y que en cualquier caso el recargo de prestaciones constituye una normativa propia y específica, sin que resulte aplicable de modo directo ni analógico ninguna otra sobre responsabilidad empresarial.

Es cierto que de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia se evidencia que la misma asume las valoraciones jurídicas de la sentencia firme del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº Ocho de los de Valencia que declaró la existencia de las dos infracciones que se le imputaban a la empresa demandada tipificadas en el art. 12.1 b de la LISOS y en el art. 12.7 del mismo cuerpo legal, consistentes en no haber efectuado el estudio ergonómico de la máquina en la que el trabajador prestaba sus servicios, mejorando la funcionalidad de la máquina hasta junio de 2008 pese a las situaciones de bajas laborales repetidas por incapacidad temporal del trabajador y por haber continuado adscribiendo al trabajador a la prensa denominada ERFUR, conociendo la situación del trabajador y las constantes manifestaciones del mismo sobre las molestias que le ocasionaba el hecho de trabajar en dicha máquina, desconociendo el principio de acción preventiva de adaptar el puesto de trabajo a la persona y a sus especialidades psicofísicas y a partir de dicha premisa fáctica así como de la constatación de la epicondilitis sufrida por el actor y que ha determinado el reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad profesional, respecto al mismo, concluye que es evidente la existencia de nexo causal entre la falta de medidas de seguridad e higiene constatada y la dolencia del trabajador por lo que confirma el recargo impuesto. La conclusión jurídica alcanzada por la sentencia de instancia acerca de la procedencia del recargo por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, aunque se apoye en la sentencia del orden contencioso-administrativo, no rehúye analizar el fondo de la cuestión debatida sino que lo decide aunque en sentido contrario a los intereses de la empresa demandante pero es que además aplica correctamente el principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social al considerar que los medios de prueba practicados no han desvirtuado las conclusiones alcanzadas en la sentencia del orden contencioso-administrativo por lo que asume íntegramente su razonamiento jurídico. En este sentido, conviene recordar lo manifestado por nuestro Alto Tribunal en la sentencia de 13 de marzo de 2012 (ROJ: STS 2287/2012), Recurso: 3779/2010, en la que tras hacerse eco de la doctrina constitucional, establecida entre otras y más recientemente en la STC 21/2011 de 14-marzo, -- consistente en esencia en el respeto del principio general de vinculación de la sentencia firme del orden contencioso-administrativo respecto a la que deba dictarse posteriormente en el orden social pero posibilitando la existencia de pronunciamientos distintos si existe en la ulterior sentencia motivación suficiente que exteriorice el fundamento de la conclusión contradictoria --, se asume y comparte dicha doctrina, tanto por sus propios fundamentos como por imperativo, además, de lo establecido en el art. 5.1 LOPJ.

CUARTO.- En el segundo apartado del motivo destinado al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia, se imputa a la misma la infracción por aplicación incorrecta del artículo 123 del TRLGSS en relación con una aplicación indebida del

artículo 25 de la LPRL.

Razona la defensa de la empresa demandante que la misma adoptó las medidas propuestas por U.P., organismo asesor externo que realizó la evaluación inicial de riesgos y que estaban exclusivamente referidas a la formación e información de los trabajadores, que el trabajador codemandado había recibido una extensa formación en prevención de riesgos laborales habida cuenta de la antigüedad acreditada e información específica de los riesgos que podía encontrar en su puesto de trabajo, habiendo superado los estudios médicos integrantes del Plan de Vigilancia de la Salud de los trabajadores de la empresa, que el trabajador tras su reincorporación fue adscrito por razones organizativas como operario de máquina a equipos de trabajo distintos a la E-315 Transfer, pero que las tareas eran similares, aunque los movimientos repetitivos son menores, que en ningún momento la vigilancia de la salud puso de manifiesto que el puesto de trabajo del trabajador demandado entrañase el riesgo que ha derivado en su situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, que no se objetiva existencia de ningún proceso que precisase la consideración de significativa sensibilidad por parte del trabajador demandado, que no existe nexo causal entre la enfermedad de epicondilitis padecida por el trabajador demandado y la permanencia del mismo en el puesto de trabajo en la prensa ERFUR 315 en la que habitualmente desempeñaba sus tareas, desconociendo la empresa la conveniencia de un cambio, que los trabajos desempeñados por el trabajador demandado en la empresa no pudieron ocasionarle la enfermedad pues las tareas inherentes al puesto no requieren esfuerzo físico, que no hay análisis de nexo causal en la sentencia de instancia, que la adopción de las recomendaciones de INVASSAT en nada inciden sobre el riesgo de movimientos repetitivos, que siempre puede predicarse que la enfermedad del trabajador codemandado obedeciese a causas distintas que no implican dicha falta de medidas de seguridad y que el diagnóstico tardío de la enfermedad por parte de la Mutua (U.), hizo que la empresa no identificase al trabajador demandado como trabajador especialmente sensible, ni dio consignas recomendando medidas ni mucho menos un cambio de puesto de trabajo. En definitiva concluye que al no haberse acreditado la falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo no cabe apreciar relación de causalidad entre la dolencia del trabajador demandado y la permanencia del mismo en su puesto de trabajo.

Para resolver la cuestión planteada conviene recordar la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sobre la materia en sus sentencias de 12 de julio de 2007 (R. 938/2006) y 26 de mayo de 2009 (R. 2304/2008), entre otras. En la primera de ellas se dice: " El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los

empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, 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...". 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". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores".

"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".

"Además es de significar, que 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 reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) que la empresa haya cometida alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999), b) que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador, y c) que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998)."

"(...) Como ha afirmado esta Sala en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los preceptos antes descritos: artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de

protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones".

La aplicación de la anterior doctrina al caso de autos obliga a desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida ya que del inalterado relato fáctico de la misma se desprende que el trabajador codemandado D. B.M.V. ha venido prestando servicios para la empresa demandada, I.O., S.L., desde 1998, ocupando el puesto de trabajo de operario de prensas en la sección de prensas grandes. El indicado trabajador prestaba servicios habitualmente en la prensa ERFURT 314, siendo las tareas desarrolladas las siguientes: Alimentar manualmente la prensa con paquetes de piezas de metal, con un peso aproximado de 5 kg y una frecuencia de 10 minutos a lo largo de una jornada de ocho horas. Para ello el operario se sitúa frente de la prensa, coge las piezas que tiene en un contenedor y alimenta el equipo de trabajo. Las piezas fabricadas salen por una cinta transportadora cayendo en una caja. Una vez se llena la caja, es transportada por el trabajador con una traspaleta manual a la denominada zona de salida, sita a unos 10 metros del puesto de trabajo. Control de calidad de las piezas y de los mandos de la prensa. Retirada de chatarra sobrante en una caja una vez al día. El Sr. M. ha permanecido en situación de baja laboral por incapacidad temporal del 7 de marzo de 2006 al 11 de junio de 2006 por accidente de trabajo con el diagnóstico de epicondilitis, del 5 de febrero de 2007 al 27 de marzo de 2007 por recaída de accidente de trabajo y del 29 de agosto de 2007 al 12 de marzo de 2008 por enfermedad profesional con el diagnóstico de epicondilitis bilateral siendo alta con propuesta de incapacidad permanente sin que tras el alta se volviera a incorporar al puesto de trabajo. Por Resolución de la Dirección Provincial del INSS de 12 de septiembre de 2008 se declaró al referido trabajador en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual. De acuerdo con los resultados de vigilancia de la salud en los años 2003 a 2005 el operario es calificado como apto para su puesto de trabajo habitual como operario de prensas. A partir del año 2004 es calificado como apto con control de la Seguridad Social. En noviembre de 2006 la empresa realiza reconocimiento al trabajador siendo calificado como apto para su puesto de trabajo, si bien en dicho certificado consta como puesto de trabajo el de Técnico de Calidad no el de operario de prensas que efectivamente realizaba. El INVASSAT- Servicio Especial de Prevención realizó una visita a la empresa debido a la declaración de enfermedad profesional padecida por D. B.M.V. realizando una serie de recomendaciones en abril de 2008. U.P. realizó un estudio ergonómico en junio de 2008 y octubre de 2009 de los puestos de trabajo ERFURT 315/1 y PRESSIX 130. La Inspección de Trabajo levantó a la empresa Acta de Infracción el 5-3-2010 por vulneración de la normativa de prevención en materia de prevención de riesgos laborales. En el punto segundo del informe elaborado por la Inspección de Trabajo se hace consta que la empresa demandante conociendo la situación del trabajador y las constantes manifestaciones sobre las molestias que le ocasionaba el hecho de trabajar

en la prensa denominada ERFURT continuó adscribiendo, a sabiendas, a dicho operario a dicho puesto de trabajo, lo que considera una infracción administrativa grave conforme a lo dispuesto en el art. 15.1 letra d y art. 25 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, graduándola en su grado mínimo. En dicho informe también se recoge en el punto tercero que la empresa aporta un estudio ergonómico de las prensas ERFURT 315/1 y PRESSIX 130, realizado el 6-6-2008 y en el que se incluye como anexo una serie de medidas a implantar en la prensa ERFURT 315 con el fin de mejorar el puesto de trabajo, siendo dichas medidas implantadas, consistiendo las mismas en la elevación de las mesas de control, elevación de los carros de los contenedores, revisión de la altura de las máquinas teniendo como referencia los codos del operario, introducción de esterillas para mejorar el apoyo del operario o la incorporación de herramientas ergonómicas. La visita de la Inspección constata directamente el riesgo ergonómico y en particular el manejo de cargas pesadas, que supone la secuencia de tareas que realiza el operario de PRENSAS GRANDES, y en particular el operario de la ERFURT 315 y considera que la empresa debería haber realizado el estudio ergonómico de dicho puesto de trabajo que hubiera puesto de manifiesto las deficiencias del mismo, procediendo a implantar las medidas preventivas y de mejora que ha realizado a posteriori, lo que supone una infracción administrativa grave de lo dispuesto en el art. 14.2 de la Ley 31/1995, y los artículos 3.1 con carácter general 3.3, respecto de la verdadera evaluación de riesgos ergonómicos y 3.5, todos ellos del RD 1215/1997, de 18 de julio, por el que se aprobaron las disposiciones mínimas de seguridad y salud para la utilización por los trabajadores de los equipos de trabajo. Por Resolución de la Dirección Territorial de Empleo y Trabajo de 5/11/2010 se impuso a la empresa una sanción de multa de 4.092 € que fue recurrida sin éxito, dictándose sentencia por el Juzgado de lo contencioso-administrativo nº Ocho de los de Valencia que declara ajustada a derecho la Resolución recaída, habiendo devenido firme dicha sentencia.

De los datos expuestos se constata que la empresa demandante desatendió sus obligaciones sobre evaluación de los riesgos ergonómicos del puesto de trabajo ocupado por el trabajador demandado, pese a ser evidente que dicho puesto implicaba el manejo habitual y frecuente de cargas pesadas y que, por lo tanto, tenía un importante riesgo ergonómico que podría haber disminuido con la introducción de mejoras y adaptación del equipo de trabajo del operario, lo que no hizo hasta que el trabajador ya había cursado sucesivas situaciones de incapacidad temporal que finalmente desembocaron en la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual reconocida al Sr. M.. También se desprende de los indicados hechos que el trabajador había manifestado constantemente a la empresa las molestias que le ocasionaba el trabajo en la prensa que tenía asignada, pese a lo cual no le cambió de puesto de trabajo y tampoco le dio la posibilidad de alternar el mismo con otros puestos que no se requiriesen la movilización reiterada y frecuente de cargas pesadas, existiendo una indudable relación de causalidad entre los referidos incumplimientos empresariales y la epicondilitis bilateral padecida por el trabajador demandado habida cuenta que la misma se origina por movimientos repetitivos de extensión de la muñeca y supinación del antebrazo, que no solo eran inherentes al desempeño de su trabajo en la prensa ERFURT 315/1 en la que habitualmente trabajaba el operario demandado sino que además se veían agravados por el manejo de cargas pesadas, todo lo cual

lleva a considerar ajustado a derecho el recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo impuesto por la Entidad Gestora, al haberse constatado la infracciones que se le imputan a la empresa demandante en la Resolución de la Dirección Territorial de Empleo y Trabajo de 5-11-2010 y que se ha confirmado por la sentencia del Juzgado del orden contencioso-administrativo nº Ocho de los de Valencia que ha devenido firme, todo lo cual determina la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LJS, 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 LJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa Industrias Ochoa, S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Ocho de los de Valencia y su provincia, de fecha 13 de mayo de 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y D. Baudilio Marcos Vozmediano; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

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

Sentencia núm. 1.396, de 3 de junio de 2014

Materia: Incapacidad temporal: Subsidio. Trabajador afiliado a la Seguridad Social que presta sus servicios para empresa, la cual cubierta la incapacidad temporal por contingencias comunes con determinada mutua. El actor causa baja por estado de ansiedad. La mutua deniega el subsidio alegando actuación irregular y fraude de ley por parte del trabajador: dolencias anteriores a la contratación. El trabajador había sufrido previamente una patología cardíaca.

Juzgado: Desestima la demanda formulada por el sindicato demandante en nombre de su afiliado, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones dirigidas en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No queda probada la existencia de fraude de ley por parte del trabajador. Se condena a la mutua a abonar la prestación correspondiente para los periodos demandados en instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada designada por D. F.P.M., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la decisión de la Mutua X. de no abonarle el subsidio de incapacidad temporal por los periodos comprendidos entre el 10 de enero y el 30 de septiembre de 2011 y el 13 de octubre de 2011 y el 22 de febrero de 2012 en que estuvo de baja médica.

2. La decisión de la Mutua se plasmó en sendos acuerdos de fecha 27 de mayo de 2011 y 20 de diciembre de 2011, referidos a cada uno de aquellos periodos. En el primer acuerdo se dijo que se denegaba el pago del subsidio, “al ser la patología que motiva la baja anterior al momento en que fue dado de alta como autónomo y que en dicha fecha ya se encontraba incapacitado -hecho probado cuarto-; y en el segundo acuerdo, “que la patología que motiva su situación de baja es anterior al momento en que fue dado de alta en la empresa” -hecho probado sexto-.

3. Presentada demanda contra tales acuerdos de la Mutua, la sentencia de instancia desestimó la pretensión ejercitada al entender que había quedado acreditado el fraude denunciado por la Mutua dado “el corto espacio de tiempo transcurrido entre la contratación y la primera baja médica”. Se argumenta en la sentencia, que el demandante se encontraba en proceso de recuperación de un infarto y ya presentaba síntomas ansiosos, lo que unido al vínculo familiar que le une con el administrador de la sociedad que lo contrató, justifica la situación fraudulenta denunciada.

4. El recurso que interpone la parte actora se fundamenta en un motivo único

redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción del artículo 132.1 a) del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS). Se argumenta por el recurrente que el primer acuerdo de la Mutua no se sostiene pues el Sr. M. no padecía las dolencias antes de causar alta en autónomos. Y respecto del segundo acuerdo, en el que ya se hace referencia a que las dolencias eran anteriores a su contratación por la empresa P.J.M., S.L., se dice que tales dolencias no le impedían realizar las funciones de administrativo para las que fue contratado.

5. Dispone el artículo 132.1 a) de la LGSS que el derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido “Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación”. Como hemos expuesto, la causa por la que la Mutua denegó el pago del subsidio al Sr. M. –salvando el error que se cometió en el primer acuerdo con la mención al régimen de autónomos- fue porque consideraba que las dolencias del demandante eran anteriores a su contratación por la empresa P.J.M., S.L., de la que era administrador su sobrino. Pues bien, siendo ésta la causa que se alegó en los acuerdos impugnados, es claro que no se pueden introducir en el juicio motivos diferentes para justificar la decisión denegatoria, pues ello dejaría indefenso al demandante que no estaría preparado para defenderse de una causa diferente. Por tanto, cualquier referencia a una eventual falta de prestación de los servicios objeto del contrato de trabajo debe quedar excluida del debate, pues no siendo esta la causa de denegación alegada en su momento por la Mutua, el actor no pudo aportar al juicio los medios de prueba pertinentes para acreditar su efectiva prestación de servicios.

6. Así las cosas el motivo debe prosperar, pues el hecho de que se padezcan determinadas patologías no impide necesariamente y en todo caso acceder al mercado de trabajo y formalizar un contrato. En el presente caso, es cierto que el Sr. M. sufrió un infarto el 14 de septiembre de 2010 que le mantuvo hospitalizado durante tres días, pero su contratación se produjo tres meses más tarde y para un puesto de trabajo – jefe de administración- que no exige la realización de esfuerzos físicos ni consta que fuera especialmente estresante. Pero es que además, la primera baja por incapacidad se produce un mes después del inicio de la relación laboral y por una causa que nada tiene que ver con aquella patología, dado que se cursó por “estado de ansiedad no especificado” -hecho probado segundo-. La cardiopatía isquémica solo aparece como diagnóstico de la segunda baja que se inició en el mes de octubre de 2011 por angina de pecho -hecho probado quinto-. Como ha venido señalado la jurisprudencia reiteradamente, el fraude de Ley no se presume y ha de ser acreditado por el que lo invoca (SSTS 16 de febrero de 1993 -rec. 2655/91-; 21 de junio de 2004 -rec. 3143/03-; y 14 de marzo de 2005 -rco 6/04-) y la Sala considera, a la vista de lo expuesto, que en presente supuesto el fraude no ha quedado acreditado ni siquiera por la vía de las presunciones, por lo que procede estimar el recurso y con él, la pretensión ejercitada en la demanda.

SEGUNDO.- No ha lugar a imponer condena en costas (artículo 235.1 LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON F.P.M.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 14 de los de Valencia de fecha 23 de septiembre de 2013; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida, estimamos la demanda y condenamos a la MUTUA X. a abonar la prestación correspondiente a los dos periodos de incapacidad temporal comprendidos entre el 10 de enero de 2011 y el 30 de septiembre de 2011, el primero de ellos; y entre el 13 de octubre de 2011 y el 22 de febrero de 2012, el segundo.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.400, de 3 de junio de 2014

Materia: Extinción de contrato. Trabajador que presta sus servicios como cajero en sala de bingo. El actor es despedido alegando la empresa causas económicas. Error en el cálculo de la indemnización: error excusable frente a incumpliendo empresarial. Solicitud declaración improcedencia del despido. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de los pedimentos formulados de contrario.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El cómputo de una antigüedad menor a la real sobre la base de contrataciones temporales precedentes no se puede calificar como error excusable. Procede declarar la improcedencia del despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. La sentencia de instancia –aclarada por auto de 15 de julio de 2013- desestimó las acciones de extinción del contrato de trabajo y de impugnación de despido objetivo ejercitadas por D. J.C.M.P. contra la empresa J.B., S.A. y estimó la de reclamación de cantidad en el sentido de condenar a la citada empresa a abonarle 382,22 € por diferencias en la indemnización que le correspondía percibir por el despido objetivo, 1.454,9 € netos por salarios y 2.744,73 € brutos por complemento incapacidad temporal. Frente a esta resolución judicial se alzan en suplicación ambas partes. A efectos de dar una adecuada respuesta a los dos recursos, examinaremos en primer lugar las peticiones de revisión de los hechos probados que se proponen en ambos, para después entrar a resolver el de cada una de las partes comenzando por el interpuesto por el letrado designado por el demandante.

2. Ahora bien, previamente al examen de los motivos de los recursos, hemos de pronunciarnos sobre la admisión a trámite de los documentos aportados a autos por el graduado social que actúa en representación de la empresa demandada. Se trata del Acuerdo de la Dirección Territorial de Economía, Industria, Turismo y Empleo de la Generalitat Valenciana de 24 de junio de 2013, por el que se ordena el depósito del acuerdo de inaplicación de condiciones de trabajo para la empresa J.B., S.A.; así como el propio acuerdo de inaplicación suscrito el 20 de mayo de 2013 por D. J.S.M., en calidad de consejero delegado de la citada empresa, y por Dña. M.L.A., en calidad de delegado de personal.

3. El artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), dispone que la Sala no admitirá a las partes documento alguno o alegaciones de hechos que no resulten de autos. Este principio general solo cede en algunos de los supuestos que contempla el precepto, esto es: a) que se trate de aportar alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes; b) que se trate de documentos decisivos para la resolución del recurso que no se hubieren podido aportar

anteriormente al proceso por causas que no le fueren imputables a la parte; c) cuando pudiera darse lugar al posterior recurso de revisión; y d) o cuando fuere necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental.

4. Pues bien, en el presente caso consta que el acto del juicio se celebró el 7 de mayo de 2013, es decir, con anterioridad a la fecha del acuerdo de inaplicación del convenio colectivo -20 de mayo de 2013- y, evidentemente, a que se ordenara su registro -24 de junio de 2013-. Por consiguiente, dado que se trata de documentos que pudieran ser decisivos, proceder incorporarlos a las actuaciones, sin perjuicio de lo que se razonará en el momento oportuno sobre su trascendencia y eficacia.

SEGUNDO.- 1. Como ya hemos señalado, en ambos recursos se solicita la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS. Comenzando por el interpuesto por la parte actora, se solicitan en él las siguientes modificaciones fácticas:

a) Que se incorporen al hecho primero las siguientes consideraciones: 1ª) Que la antigüedad real del trabajador es la de 6 de septiembre de 1999. Petición que se rechaza pues la determinación de la antigüedad es una cuestión de carácter jurídico, que cuando es controvertida no debe acceder al relato de hechos probados de la sentencia, pues si así fuera se estaría predeterminando artificialmente el fallo de la sentencia. Por lo demás, la sentencia de instancia ya da cuenta en el hecho segundo de los distintos periodos de prestación de servicios, por lo que con estos datos se puede discutir la fecha de antigüedad a efectos de determinar el importe de la indemnización que le correspondía percibir al trabajador al tiempo de ser despedido. 2ª) Que en la comunicación de despido se hizo aplicación de un salario de 1.155,90€ mensuales. Esta petición se rechaza por superflua, pues la sentencia da por reproducida la carta de despido -hecho probado tercero-.

b) En relación con el hecho décimo se solicita la supresión de la frase en la que se dice que en el momento de suscribirse el acuerdo de 16 de agosto de 2011 había tres trabajadores en situación de baja médica, de un total de 15 trabajadores en plantilla. Esta petición se ampara en los documentos que obran a los folios 335 y 92 de los que resultaría que tanto el Sr. M. como el hoy actor iniciaron sus procesos de incapacidad temporal con posterioridad al mes de agosto de 2011. Esta rectificación, además de no desprenderse directamente de los mencionados documentos, pues la sentencia no identifica a los trabajadores que supuestamente estaban de baja en el mes de agosto de 2011, carece de relevancia para determinar la eficacia jurídica del acuerdo suscrito entre la empresa y la delegada de personal, así como la gravedad de la conducta empresarial a efectos de fundar la pretensión de extinción del contrato de trabajo.

c) A continuación se interesa que se reflejen en el hecho probado decimocuarto los datos de la actividad sujeta a IVA en los cuatro trimestres de 2011 y 2012. No existe inconveniente en aceptar esta adición en cuanto resulta de los documentos invocados en el escrito de recurso y sirve para completar los datos que se expresan en los hechos probados 14 y 15 de la sentencia recurrida, en los que se

recogen las cifras de ventas de cartones del bingo -hecho probado 14- y las fuentes de ingresos de las diversas actividades que realiza la empresa -hecho probado 15-.

d) Finalmente se solicita la adición al hecho probado decimoséptimo, de un texto –que se da por reproducido- que se refiere a la “vinculación” de la empresa demandada con las sociedades H., S.L., C.C., S.A. y C.O., S.L., así como que se deje constancia de las cantidades declaradas por la demandada en concepto de “recepción de servicios” y de las inversiones financieras a largo plazo realizadas en dichas sociedades. Se pretende acreditar con ello una supuesta contradicción entre la “mala situación económica de la empresa” –en expresión del recurrente-, con el abono a las citadas empresas de un cifra muy superior a la del ejercicio precedente al del despido y con el mantenimiento de las inversiones a corto y largo plazo. Petición que se rechaza pues, de un lado, tales datos no alteran los que se refieren al descenso de ventas de mercaderías, que se expresan en el hecho probado 14, ni tampoco inciden sobre los resultados económicos de los ejercicios correspondientes a las anualidades 2009, 2010 y 2011 que se recogen en el hecho probado 18; y, de otro lado, porque no corresponde a los órganos judiciales realizar un control de la gestión empresarial, sino que por imperativo legal el control se debe ceñir a constatar la existencia de la causa invocada por la empresa para proceder a la extinción del contrato de trabajo y su encaje en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

2. Resuelta la petición de revisión de los hechos probados propuesta por el letrado designado por el Sr. M.P., procede examinar la que plantea el graduado social de la J.B., S.A. Se pretende con ella la adición de un hecho nuevo en el que se deje constancia de la existencia del acuerdo de inaplicación del convenio colectivo del Juego de Bingo para el periodo 2011-2013, en virtud del cual aquella no vendría obligada a abonar el complemento de incapacidad temporal. La petición se basa en el documento aportado por la empresa por el cauce previsto en el artículo 233 de la LRJS, al que antes hemos hecho mención a efectos de su admisión a trámite.

La petición no puede ser estimada por dos razones. La primera de carácter formal, pues la revisión fáctica que se solicita no va acompañada de la correspondiente censura jurídica. Como se razona en la STS de 19 de enero de 2001, en el recurso de suplicación la revisión de hechos figura como posibilidad accesoria e instrumental a la auténtica finalidad del mismo que es precisamente la revisoria del derecho aplicado por la sentencia de instancia. Ha de tenerse en cuenta que los motivos fácticos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar, después, en derecho. En síntesis, un ataque a un hecho probado sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto, apoyado en una posterior argumentación jurídica dada por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia. Debe existir una interconexión entre los motivos a que se refiere el artículo 193 b) de la LRJS-, (los de "hechos") y los que se articulan al amparo del mismo precepto en su letra c) (los de "derechos"), pues si ello no se realiza de la manera indicada se produce una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos "fácticos", conforme sucede en el presente caso.

Pero es que además –y esta es la segunda razón de rechazo del motivo- el pacto de inaplicación o descuelgue suscrito el 20 de mayo de 2013, en el que se basa la revisión, no puede afectar a las cantidades y conceptos que se reclaman en este procedimiento, y ello porque en él no se estableció ningún efecto retroactivo y porque, en cualquier caso, cuando se suscribió, las cantidades ya habían sido devengadas por Sr. M.P. y habían sido objeto de enjuiciamiento, pues el acto de la vista se celebró el 7 de mayo de 2013.

TERCERO.- 1. Una vez fijados los hechos probados, procede entrar en el examen del apartado II del recurso presentado por el demandante, que se formula al amparo de la letra c) del artículo 193 de la LRJS y que, a su vez, está dividido en dos partes. En la primera de ellas se alega la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en el artículo 50 del ET, con base en que la empresa demandada ha venido abonando con retraso los salarios, las prestaciones inherentes a la incapacidad temporal y el complemento de ese subsidio establecido en el convenio colectivo sectorial.

2. La sentencia recurrida aun admitiendo el pago parcial y fraccionado de varias mensualidades desde octubre de 2011 hasta febrero de 2012 –con cierto retraso hasta agosto de 2012–, así como el impago de la paga extra de Navidad de 2011 y del complemento previsto para las situaciones de incapacidad temporal, entiende que el acuerdo de descuelgue suscrito por la empresa y la delegada de personal el 16 de agosto de 2011 con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2013, impide que se puedan apreciar las notas de gravedad y culpabilidad necesarias para que prospere la acción resolutoria del artículo 50 del ET.

3. Esta Sala de lo Social ha tenido ocasión de pronunciarse en sentencia de 11 de junio de 2013 (rs.969/2013) en un supuesto muy parecido que afectaba a otro trabajador de la misma empresa –D. J.M.L.- que se encontraba en situación semejante al hoy recurrente. Por tanto, dado que la referida sentencia ha alcanzado firmeza, procede reproducir los argumentos expresados en ella para rechazar la pretensión de extinción del contrato de trabajo amparada en el artículo 50 del ET. Se dijo en ella lo siguiente: *“La segunda cuestión se refiere al complemento de incapacidad temporal. Es cierto que el convenio colectivo aplicable a la demandada establece en su artículo 34, la obligación de las empresas de abonar un complemento durante las situaciones de incapacidad temporal de sus trabajadores por la diferencia entre la prestación que perciben y el 100% de la base de cotización del mes natural anterior a la baja; y también lo es, que en el presente supuesto consta acreditado que la empresa no ha abonado ninguna cantidad por tal concepto desde que el Sr. M. inició su baja por incapacidad temporal en el mes de septiembre de 2011. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha señalado que el impago de este tipo de complementos puede constituir un supuesto de incumplimiento empresarial grave que, atendidas las circunstancias, puede dar lugar a la extinción indemnizada del contrato de trabajo a instancia del trabajador (STS de 18 de febrero de 2013 –rcud.886/2012-).*

Ahora bien, como hemos señalado en sentencias de 29-11-2000, 17-11-2004 (rs.2419/2004) o 4-1-2006 (rs.3933/2005), recogiendo la doctrina jurisprudencial sobre

la materia expresada en la STS de 13 de febrero de 1984, no tiene la consideración de incumplimiento grave el que es de carácter episódico, de mínima cuantía o referido a un derecho controvertido que debe ser objeto de una acción procesal tendente a su abono o reconocimiento y no a la extinción contractual. Y esto es precisamente lo que acontece en el presente caso, pues según se relata en el hecho probado quinto de la sentencia, el impago del complemento vendría respaldado por el acuerdo suscrito el 16 de agosto de 2011 –esto es, con anterioridad al inicio de la incapacidad temporal del demandante- entre empresa y la delegada de personal de los trabajadores, en el que, ante la situación negativa que estaba atravesando aquella, se pactó la inaplicación del artículo 34 del convenio colectivo del Juego de la provincia de Valencia en el que se establecía la citada mejora de la acción protectora de la Seguridad Social. Se apunta por el recurrente que tal documento se pudo preconstituir para soslayar su reclamación, pero tal manifestación no encuentra ningún respaldo, ni siquiera indiciario, en la sentencia recurrida, por lo que puede ser estimado. En definitiva, sin perjuicio del derecho del demandante a impugnar el citado acuerdo y a reclamar el abono del complemento controvertido, es lo cierto que la misma existencia de la referida controversia sobre la legalidad del pacto suscrito, excluye que estemos ante un incumplimiento empresarial grave y culpable de suficiente entidad para apreciar la causa de extinción del contrato que se reclama en el presente procedimiento”. Solo resta por añadir, que este mismo argumento se puede aplicar al pago parcial y fraccionamiento de las demás retribuciones, en cuanto que también fueron objeto del pacto suscrito el 16 de diciembre de 2011 -hecho probado décimo de la sentencia-.

CUARTO.- 1. En el apartado II.2 del recurso del trabajador se plantean, a su vez, dos cuestiones en relación con la impugnación de su despido basado en causas objetivas, a saber: el incumplimiento empresarial en el abono de la indemnización que le correspondía percibir al Sr. M.P.; y la inexistencia de la causa alegada por la empresa para proceder a la extinción de su contrato de trabajo.

2. Por lo que respecta a la primera de las cuestiones enunciadas, se argumenta por el recurrente que la empresa no computó la antigüedad correcta del trabajador, pues la indemnización se calculó sobre una antigüedad de 27 de junio de 2000 y no sobre la correcta que era de 6 de septiembre de 1999. Se añade, además, que tampoco se tomó en consideración el salario correcto de 1.221,83€, sino el de 1.155,90€ que era el que venía percibiendo el demandante.

3. Si bien la referencia que se hace al módulo salarial no puede ser atendida, pues el cálculo se hizo con el que venía percibiendo el trabajador al tiempo de su despido, sin perjuicio de que con posterioridad se produjera la actualización de las tablas del convenio, no ocurre lo mismo con la antigüedad. En efecto, la sentencia recurrida tras describir en el hecho probado 2 los distintos periodos en que el demandante prestó servicios para la empresa, entiende, con criterio adecuado, que la antigüedad computable a efectos del cálculo de la indemnización por despido debió ser la de 6 de septiembre de 1999 y no la tomada por la empresa de 27 de junio de 2000, pues desde el 5 de junio de 2000 –fecha en que finalizó la anterior prestación de servicios- hasta el 27 de junio de 2000 no habían transcurrido veinte días hábiles. Ello no obstante, considera que se trata de un error excusable dada la escasa diferencia

entre la indemnización abonada por la empresa -5.702,44€- y la que le correspondía percibir al trabajador que cifra en 6.087,66€. Criterio este que la Sala no comparte, como pasamos a razonar.

4. El artículo 53.1 b) del ET exige como requisito de validez de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, “Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación extintiva, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades”. Como hemos señalado, consta que en el hecho probado 3 de la sentencia recurrida, que cuando la empresa comunicó el despido al Sr. M. puso a su disposición la cantidad de 5.702,44€ en concepto del 60% indemnización calculada sobre una antigüedad de 27 de junio de 2000. Y en el fundamento de derecho tercero de la citada sentencia, se fija esa cantidad en 6.087,66€ al considerar que el cálculo se debió realizar sobre una antigüedad de 6 de septiembre de 1999. Se trata, por tanto, de valorar si, como dice la sentencia recurrida, esa diferencia en el montante de la indemnización se puede considerar como un error excusable; o si, por el contrario, estamos ante el incumplimiento empresarial de la exigencia contemplada en el apartado b) del artículo 53.1 del ET.

5. Como se recuerda en nuestra reciente sentencia de 8 de mayo de 2014 (rs.594/2014), la indemnización se debe calcular sobre el tiempo total de prestación de servicios con independencia de la naturaleza temporal o indefinida del contrato. La claridad con se expresan los artículos 53.1 b) y 56 del ET y la interpretación constante de los tribunales al respecto, impiden que el ofrecimiento empresarial de una indemnización inferior a la debida se pueda calificar como error excusable cuando no se computa la total antigüedad del trabajador. Así lo hemos mantenido en esta Sala de lo Social en supuestos similares, como por ejemplo en la sentencia de 22 de mayo de 2012 (rs.1419) que se apoya, a su vez en la STS de 15 de noviembre de 2007 (rcud.3344/2006), en la que no se considera excusable la actuación errónea de la empresa que consignó la indemnización por despido sin tener en cuenta que el demandante había prestado servicios sin solución de continuidad, para la empresa demandada mediante contratos sucesivos de puesta a disposición, prorrogados todos ellos, y contrato celebrado directamente con la que había sido empresa usuaria. Se recuerda en la sentencia que *“la antigüedad de un trabajador en una empresa determinada no es otra cosa que el tiempo que el mismo viene prestando servicios a esa empresa sin solución de continuidad, aunque tal prestación de actividad laboral se haya llevado a cabo bajo el amparo de diferentes contratos de clases distintas, temporales e indefinidos (STS 12-11-93 (R-2812/92)); y esto es así, toda vez que la relación laboral es la misma, pues en estos casos esa diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones laborales diferentes (SSTS 12-11-93 (R-2812/92); 10-04-95 (R-546/94); 17-01-96 (R-1848/95); 22-06-98 (R-3355/97); 20-12-99 (R-2594/98)”*. Se argumenta en la sentencia recurrida que la diferencia entre la indemnización ofrecida y la debida tan solo representa un porcentaje del 6,33%, pero sin perjuicio de señalar que en la STS de 20 de junio de 2012 (rcud.2931/2011) –a la que se remite la STS de 18 de junio de 2013- se califica como no despreciable una diferencia porcentual del 9,27%, que no está muy alejada de la que se produce en este supuesto, el cómputo de una antigüedad menor a la real sobre la base de contrataciones temporales

precedentes no se puede calificar como “error” toda vez que, como se acaba de exponer, esta materia está jurisprudencialmente consolidada desde hace mucho años.

6. Así pues y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53.4 del ET, procede declarar la improcedencia del despido del Sr. M.P. con las consecuencias previstas en el artículo 56.1 del ET, y sin que se pueda entrar en el examen de las causas alegadas para justificar la decisión extintiva.

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

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

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON J.C.M.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.17 de los de Valencia de fecha 13 de junio de 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de declarar la improcedencia del despido del Sr. M.P. y condenamos a la empresa J.B., S.A. a que a su opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de esta resolución, readmita al trabajador en el mismo puesto y condiciones laborales abonándole los salarios dejados de percibir en la cuantía diaria de 40,73 euros, en cuyo caso el trabajador deberá devolver la indemnización percibida; o le indemnice en la cuantía de 22.909,31 euros, de la que se deberá descontar la ya percibida por el trabajador.

Desestimamos el recurso interpuesto por la empresa J.B., S.A. contra 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 empresa recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 400 euros.

1895

Sentencia núm. 1.436, de 5 de junio de 2014

Materia: Procedimiento de oficio. Existencia de relación laboral. Trabajadores que prestan servicio como traductores e intérpretes en empresa al servicio de la Generalitat. Además de estos trabajadores, la empresa subcontrata a otros trabajadores para la prestación de servicios de traducción e interpretación. Cumplimiento de los requisitos de dependencia y ajeneidad.

Juzgado: Estima la demanda interpuesto de oficio por la Inspección de Trabajo declarando que la relación entre siete trabajadores y la empresa codemandada es de naturaleza laboral, desestimando la demanda respecto al resto de trabajadores codemandados, no existiendo relación laboral entre los últimos y la empresa codemandada.

Sala: Desestima el recurso de la Inspección de Trabajo y estima el recurso de la empresa codemandada en la instancia, absolviendo a ésta y a la Generalitat de las pretensiones deducidas en la demanda.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia, que estimó en parte la demanda presentada, declarando la existencia de relación laboral respecto a siete de los codemandados y la empresa N. S.L., desestimando aquella petición en relación a los demás codemandados, se formula recurso de suplicación tanto por la representación letrada de la referida empresa, como por la Abogacía del Estado en nombre y representación de la Inspección Provincial de Trabajo y Seguridad Social de Valencia.

Ambos recursos deben entenderse articulados en atención a lo previsto en el art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral aunque la empresa alude al art. 193 c) de la LJS al haberse dictado la sentencia de instancia en fecha 19 de septiembre de 2011, sin ser aplicable, en consecuencia, la indicada Ley de la Jurisdicción Social que entró en vigor el 11 de diciembre de 2011. En los mismos, se censura la misma normativa que aparece concretada en los arts. 1 y 8.1 del Estatuto de los Trabajadores en cuanto a la determinación y concurrencia de los requisitos inherentes a la relación laboral, así como jurisprudencia que los interpreta, y bajo posturas o argumentaciones diametralmente opuestas dado que la parte demandante entiende que debió estimarse la demanda en su totalidad con declaración para todos los codemandados de la concurrencia de relación laboral con la indicada empresa, ésta por el contrario sostiene su recurso en la carencia de aquellos condicionamientos, respecto a los siete codemandados, instando la confirmación de la empresa en cuanto al resto de pronunciamientos.

Como quiera que en ambos recursos se discute en definitiva la existencia o no de relación laboral entre partes, una para afirmarla, y otra para negarla, entendemos

que no existe obstáculo alguno en realizar un único pronunciamiento en el que se ventile y analice dicha cuestión de manera unitaria.

La solución que se impone al no existir motivos que justifiquen un cambio de parecer o criterio es el mantenimiento de la postura precedente que adoptó esta Sala en recursos precedentes. Nos referimos a las sentencias resolutorias de recursos de suplicación nº 3238/2001 que motivó la sentencia de 14/2/2002 y la dictada en recurso nº 3188/2011 que a su vez provocó la sentencia de fecha 5/6/2012. En ambas se analizaba la misma problemática que se plantea en los recursos actuales y frente a la misma empresa empleadora, partiendo de una clara y patente similitud de situaciones fácticas. En la última de las indicadas también se accionaba en el marco de un procedimiento de oficio, como el actual, señalando la inexistencia de relación laboral e indicando en la misma que:

Como se preocupa de señalar nuestro Alto Tribunal en sentencia de 22 de julio de 2008, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3334/2007 *"La doctrina de la Sala en relación con la naturaleza de los contratos puede sistematizarse de la siguiente forma:*

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

2) La configuración de las obligaciones y prestaciones del contrato de arrendamiento de servicios regulado en el Código Civil, no es incompatible con la del contrato de trabajo propiamente dicho "al haberse desplazado su regulación, por evolución legislativa, del referido Código a la legislación laboral actualmente vigente" [STS 7-6-1986]: en el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un "precio" o remuneración de los servicios; en el contrato de trabajo dicho esquema o causa objetiva del tipo contractual es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada; cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

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

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

5) Otros indicios comunes de la nota de ajenidad son la entrega ó puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados ó de los servicios realizados [STS 31-3-1997], la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [STS 15-4-1990 y 29-12-199], el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [STS 20-9-199], y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones [STS 23-10-1989].”

La aplicación de los anteriores criterios a la prestación de servicios de los intérpretes para la empresa N., S.L. lleva a la desestimación del recurso examinado ya que conforme se desprende del inalterado relato fáctico de la sentencia del Juzgado, la empresa N., S.L. es la adjudicataria del contrato de servicio de interpretación y traducción de idiomas destinado a los órganos judiciales y fiscalías, habiendo formalizado los correspondientes contratos con la GVA desde mediados del año 2005 y hasta mediados del 2010. La empresa demandada cuando recibe el requerimiento del órgano judicial o de la fiscalía sobre la necesidad del servicio de interpretación en un determinado idioma localiza a la persona que en su base de datos reúne los conocimientos de la lengua solicitada y le comunica el servicio. La persona localizada es libre de atender la solicitud y en el caso de que la acepte se desplaza al lugar indicado y realiza la interpretación, solicitando un justificante de su actuación según modelo normalizado, que debe presentar en las oficinas de la mercantil. A cambio del indicado servicio la empresa abona una retribución preestablecida en función del tiempo que haya necesitado para concluirlo, siendo emitida a tales efectos la correspondiente factura. Caso de desplazarse y no realizarse el servicio requerido la empresa abona un importe mínimo y se repercuten los gastos de desplazamiento. Los codemandados L.Y. y C.T.L. que son de nacionalidad china y disponen de permiso de residencia como estudiantes, han prestado servicios de intérpretes en los órganos judiciales y fiscalías, atendiendo a la llamada de N., S.L. en el período que va de octubre 2005 a noviembre 2006 un total de 42 ocasiones L.C.T. y en el período que va de mayo 2007 a octubre 2008 un total de 51 ocasiones Y.L., habiendo abonado la indicada mercantil a L.C.T. en el ejercicio 2007 la cantidad de 339 euros y a Y.L. en el ejercicio 2008 la cantidad de 2.037,14 euros.

De los datos expuestos se evidencia que los codemandados Y.L. y L.C.T. no tienen obligación de aceptar los servicios de intérprete para los que son llamados por la mercantil codemandada, de manera que solo prestan dichos servicios si les conviene y si no lo hacen no pasa nada, no están sujetos a un horario determinado, ni tampoco están sujetos a supervisión alguna en el desempeño de su trabajo, tan solo han de acreditar su realización presentando en las oficinas de N., S.L. el correspondiente justificante de su actuación, según modelo normalizado. No hay inserción en el círculo rector de la mercantil demandada, ni sometimiento al ámbito de organización y dirección de la misma, la cual no planifica, ni controla, ni supervisa su actuación, teniendo los actores la libertad de decidir si trabajan o no, porque si no fuera así vendrían obligados a asistir en los días, jornadas y horarios que previamente hubiera programado la demandada, pero como esto no acontece, ni por la demandada se ejerce poder disciplinario alguno, al punto que si no acuden "no pasa nada", se concluye que con tales indicadores la prestación de sus servicios profesionales lo son en régimen de autonomía, faltando, en su consecuencia, la nota de dependencia entendida como acomodación a las exigencias organizativas de la empresa, por todo lo cual se impone, como ya se adelantó, desestimar el recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia de instancia que sigue por lo demás la doctrina establecida por esta Sala en un caso muy similar, en la sentencia núm. 980/2002 de 14 febrero, Recurso de Suplicación núm. 3238/2001, aunque en el presente caso concurre una circunstancia que no se daba en aquél como es el abono por parte de la mercantil demandada de un importe mínimo a los intérpretes cuando los mismos se desplazan para realizar el servicio requerido y este no se llega a prestar, repercutiéndose también los gastos de dicho desplazamiento, lo que no basta para afirmar el carácter laboral de la relación existente entre la mercantil codemandada y los intérpretes ya que ambas partes soportan las consecuencias negativas derivadas de la no realización del servicio aceptado y así los intérpretes no perciben más que una pequeña compensación por su desplazamiento y los gastos ocasionados por dicho desplazamiento que no es equivalente a la retribución que hubieran percibido si el servicio lo hubieran prestado, luego asumen parte del riesgo derivado de la actividad empresarial y la empresa al pagar el referido importe mínimo y los gastos de desplazamiento del intérprete aun cuando el servicio requerido no se lleve a cabo, asume también parte del indicado riesgo derivado de la actividad empresarial.

En definitiva, al no apreciarse en la prestación de servicios de Y.L. y L.C.T. para N., S.L. las notas de dependencia y ajenidad típicas de la relación laboral no cabe apreciar la existencia de la misma entre las referidas partes, tal y como concluye la sentencia de instancia que no ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas".

En el caso que contempla la sentencia que ahora se combate nos encontramos --al igual que en el supuesto anterior-- ante un colectivo que venía desarrollando funciones en calidad de traductores e intérpretes -48 codemandados- para la empresa N. S.L. adjudataria de los servicios de traducción e interpretación solicitados por los órganos judiciales y fiscalías encomendados por la Conselleria de Justicia y Administración Pública de la Generalitat Valenciana. Dichos servicios se venían realizando por personal al servicio de la empresa y también por colaboradores que giraban a la empresa facturas por horas empleadas y gastos de desplazamiento. Los

servicios se prestaban cuando los órganos judiciales llamaban a la empresa y ésta localizaba al traductor o interprete, según el idioma requerido, pudiendo aquel decidir si quería o no realizar el trabajo, abonando, en caso de aceptarse dicho trabajo, una retribución preestablecida en función del tiempo que se hubiera necesitado en concluirlo, según se establece en el inalterado hecho probado octavo de la sentencia, y emitiéndose por los servicios prestados las correspondientes facturas, contando varios de los intérpretes y traductores con una credencial de la empresa para su identificación (hechos probados noveno y décimo) reflejando la sentencia en el ordinal último el número de servicios de traducción e interpretación efectuado por los demandados en el período correspondiente a enero de 2005 a abril de 2009.

Pues bien, la similitud entre los dos supuestos ya resueltos por este TSJ y el contemplado en la sentencia recurrida hacen que la misma deba ser revocada, manteniendo al efecto el mismo criterio de decisión al encontrarse en definitiva ausentes los requisitos de dependencia y ajeneidad inherentes a toda relación laboral, sin que sea obstáculo para ello el argumento utilizado en la sentencia para la calificación de la relación laboral respecto al número de llamamientos y horas trabajadas durante un mes y reiteración de dicha situación para establecer la existencia de relación laboral respecto a siete codemandados, pues la asiduidad, frecuencia o reiteración en la prestación de los servicios por parte de algunos traductores o interpretes no resulta ser sin más datos indicativa de la concurrencia de una relación laboral ni determina la ausencia de aquellos para decidir con absoluta libertad la aceptación o no del trabajo requerido pudiendo obedecer en su caso a la propia escasez de profesionales sobre determinado idioma o a otros factores personales que no resultan ser determinantes de la existencia de relación laboral.

SEGUNDO.- De acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Estimamos el formulado por la empresa N. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Uno de los de Valencia y su provincia, de fecha 19 de septiembre de 2011, en virtud de demanda presentada de oficio contra dicha empresa y los codemandados N. SL, V.R, K.D.S. y otros cuarenta y cuatro y GENERALITAT VALENCIANA y con revocación de la misma, debemos absolver a la empresa demandada y a la Generalitat Valenciana de las pretensiones deducidas en la demanda.

Se condena a la parte actora recurrente a que abone a cada uno de los Letrados impugnantes la cantidad de 300 euros.

Sentencia núm. 1.452, de 11 de junio de 2014

Materia: Incapacidad temporal. Trabajador afiliado al Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social al servicio de empresa codemandada como cortador de uvas, El actor causa baja por IT como consecuencia de accidente de trabajo. La mutua pone fin a la IT por entender que se trata de un proceso derivado de contingencia común. Solicitud del pago directo de la prestación por IT al INSS, el cual es denegado. Reclamación subsidio.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la mutua demandada al abono de la cantidad que resulte de aplicar a la base reguladora los porcentajes correspondientes para determinado periodo sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS, absolviendo a la empresa codemandada de lo petitionado contra la misma.

Sala: Estima el recurso de la mutua codemandada en la instancia, debiendo ser el INSS el que haga frente al subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se recurre por la letrada de la Mutua codemandada la sentencia de instancia que estimó la demanda del actor, condenándola al pago del subsidio por incapacidad temporal derivada de contingencia común que reclamaba aquél.

SEGUNDO. 1. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión de los hechos declarados probados en la instancia. En él se propone, por un lado, la revisión del ordinal primero de la relación de hechos probados de la sentencia recurrida, con la intención de añadir a su redacción original el siguiente texto: “...*que tenía concertada la cobertura de las contingencias profesionales con la Mutua X. y la cobertura de las contingencias comunes con el INSS,...*”.

La adición propuesta debe ser aceptada por esta Sala, porque de los documentos invocados por el recurrente para justificar su petición (folios 130, 134 y 143), emana de forma clara y directa el error cometido por el juzgador de instancia al valorar las pruebas practicadas; además la revisión propuesta tiene trascendencia para el fallo, porque la identificación de la entidad aseguradora de las contingencias comunes determina su responsabilidad en orden al pago del subsidio por incapacidad temporal reclamado en el presente procedimiento.

2. En segundo término, interesa la recurrente la revisión de los ordinales tercero y cuarto de la relación de hechos declarados probados, con la finalidad de sustituir las fechas de 28 y 29 de octubre de 2.010 que figuran en el texto de aquéllos por las de 28 y 29 de noviembre de 2.011.

También deben ser aceptadas estas peticiones porque de los documentos seleccionados por el letrado recurrente para fundar su pretensión se evidencia el error material cometido por el juzgador “a quo” al fijar las fechas de alta y baja médica del trabajador demandante, que son las indicadas en el escrito de interposición del recurso que examinamos y no las que se consignan en el relato fáctico de la sentencia de instancia.

TERCERO. 1. En el segundo de los motivos de suplicación se formulan, al amparo del artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS), dos censuras jurídicas. En primer lugar, denuncia la recurrente la presunta infracción del artículo 128 de la Ley General de la Seguridad Social (en lo sucesivo, LGSS), en relación con los artículos 130 y 124.1 de la misma norma, así como del artículo 21 Real Decreto 2.123/1.971, de 23 de julio, por el que se regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, argumentando que en este régimen especial dichos preceptos exigen para tener derecho a la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, que el trabajador se encuentre prestando servicios en la fecha en que se inicie la enfermedad común o el accidente no laboral, requisito que, en opinión de la Mutua recurrente, no cumple el actor en el asunto que nos ocupa.

Señala el citado artículo 21 del Real Decreto 2.123/1.971 que *“sin perjuicio de lo establecido en el artículo 19, será condición indispensable para percibir la prestación económica por incapacidad laboral transitoria que el trabajador se encontrase prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se iniciara la enfermedad común o se produjera el accidente no laboral”*, norma que reitera el artículo 51 del Decreto 3.772/1.972, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Régimen Agrario.

Como ya puso de manifiesto la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (sentencia de 15 enero de 2001 [rec. núm. 1.802/2.000]) al resolver un conflicto similar al planteado en el presente recurso: la posibilidad de acceder al subsidio por incapacidad temporal desde la situación de maternidad, al aplicar la norma transcrita deben emplearse criterios interpretativos razonables (ex artículo 9 de la CE) y acordes con la finalidad perseguida por el sistema de Seguridad Social (artículo 41 de la CE), desechando una interpretación literal del mismo, porque la exigencia de *“encontrase prestando servicios por cuenta ajena”* en el momento de iniciarse la incapacidad temporal deviene de imposible cumplimiento en aquellos casos en los que el trabajador se encuentre en una situación protegida por el sistema de Seguridad Social incompatible con el trabajo (incapacidad temporal, maternidad, riesgo durante el embarazo,...). Por contra, debe efectuarse una interpretación integradora de los preceptos indicados, atendiendo, fundamentalmente, a su espíritu y finalidad cual es, garantizar que el subsidio por incapacidad temporal responda a una efectiva pérdida de rentas salariales. En consecuencia, *“el requisito de prestar servicios por cuenta ajena se refiere al momento desde el que se inicia una situación protegida durante la que no es posible trabajar. De esta forma ha de entenderse que los efectos de la cobertura del requisito de prestar servicios por cuenta ajena se han de retrotraer al momento en que realmente se cumplía el requisito y de ese modo superar la paradoja*

que produce la aplicación de la norma cuando, reuniendo todas las demás exigencias, la de trabajar o prestar servicios por cuenta ajena resulta legalmente imposible”.

Esta doctrina jurisprudencial debe completarse con la expuesta en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala IV), de 26 mayo 2.003 (rec. 2.724/2.002), conforme a la cual, la expresión *“encontrarse prestando servicios por cuenta ajena”* empleada en el citado artículo 21 del Real Decreto 2.123/1.971, no debe entenderse *“en un sentido físico de exigir que se esté realizando materialmente el trabajo en el momento de producirse la baja médica”*, pues *“lo que el precepto pretende es que la cobertura de la incapacidad temporal se refiera a períodos de actividad laboral, en los que precisamente como consecuencia de esa incapacidad hay una imposibilidad de trabajo y la correlativa pérdida de salarios, que es lo que define la situación protegida”*.

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso enjuiciado nos lleva a desestimar el primer motivo de censura jurídica formulado por la Mutua recurrente, ya que el trabajador demandante se encontraba prestando servicios cuando se le dio de baja médica como consecuencia de un accidente de trabajo, reconociéndole el subsidio por incapacidad temporal, y en dicha situación siguió hasta que la Mutua codemandada le dio de alta por curación y, sin solución de continuidad, se le dio de baja a causa de una enfermedad común que continuaba incapacitándolo para trabajar, con lo que al ser la baja por enfermedad común una situación superpuesta a la baja por accidente laboral, el requisito de encontrarse prestando servicios por cuenta ajena sí lo cumplía en la fecha en que el actor inició la situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

2. En segundo lugar, denuncia la Mutua recurrente la presunta infracción de los artículos 69.1, 70.2 y 71.1 del Real Decreto 1.993/1.995, de 7 de diciembre, así como del artículo 45 del Real Decreto 84/1.996, de 26 de enero. Alega que el subsidio por incapacidad temporal reclamado por el demandante en el presente procedimiento trae su causa de una enfermedad común por lo que *“ninguna responsabilidad puede recaer sobre ella puesto que la empresa para la que prestaba servicios el actor tenía documento de asociación con esta Mutua para la cobertura de las contingencias profesionales, pero no para las comunes (que las tiene con el INSS)”*.

Esta censura jurídica ha de ser aceptada porque como ha quedado acreditado tras la revisión del primero de los hechos probados de la sentencia recurrida, el aseguramiento del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes lo realizó el empleador del trabajador demandante con el INSS, no con la Mutua codemandada y ésta, conforme a lo previsto en el artículo 68.3 de la LGSS, sólo debe hacerse cargo de la gestión del subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes, *“en favor de los trabajadores empleados por los empresarios asociados que hayan ejercitado esta opción”*.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre y representación de la Mutua X. frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Alicante, de fecha 7 de diciembre de 2012, en el proceso promovido a instancia de D. I.M.M., en materia de Seguridad Social, y, en consecuencia, revocamos dicha sentencia, condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonar al demandante el subsidio por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, devengado entre el 28 de noviembre de 2010 y el 13 de octubre de 2011, con una base reguladora diaria de 48,24 €.

No procede imponer condena en costas.

Sentencia núm. 1.461, de 10 de junio de 2014

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios para organismo demandado.

La trabajadora se encuentra afiliada al RETA. La actora mantiene la existencia de una relación laboral con el organismo demandado. Notas de dependencia y ajenidad. Contratación realizada en fraude de ley. Extinción contractual inválida. Consideración de la extinción como despido improcedente.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso y declara la existencia de relación laboral entre las partes. La contratación se realiza en fraude de ley por lo que la extinción conlleva aparejada la consideración de un despido improcedente.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Amparo Esteve Segarra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia que desestima la demanda en materia de despido interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora. El recurso se articula en dos motivos, siendo debidamente impugnado de contrario.

2.- Con adecuado amparo procesal, se insta la revisión de tres hechos probados. En primer lugar, se propone la supresión del tercer párrafo “in fine” del hecho probado tercero de la sentencia, y su sustitución por un añadido del siguiente tenor: «Que mediante RESOLUCIÓN N^o 1052, de fecha de salida 6 de Marzo de 2013, “Resolución relativa a los expedientes n^o 14, 15 y 16 de Contratación de Servicios para el Departamento de Prensa”, se comunica al actor que se deja sin efecto la resolución de aprobación de los expedientes n^o 911, 912 y 913, de fecha 20 de febrero de 2013, entre los que se encuentra el suyo, basándose en un Informe técnico de contratación de fecha 28 de febrero, con la siguiente y literal fundamentación: “a fin de que los licitadores identifiquen más claramente aquello que esta administración desea valorar y ponderar” (folios 89 y 90 de los autos). Sin embargo, NO ha existido posteriormente actividad administrativa alguna a favor de dicha identificación solicitada por este Ayuntamiento conforme se desprende del expediente administrativo. Los servicios prestados por el demandante continúan en la actualidad realizándose por otra persona, mediante la suscripción de un “contrato menor” de los que se contemplan administrativamente». La redacción instada por la parte recurrente la fundamenta en la documental obrante en los folios 89 y 90 de autos, así como en dos testificales. Considera la parte recurrente que la nueva redacción pondría de manifiesto las irregularidades del ayuntamiento que tras proceder al cese la actora, a continuación realizó una nueva contratación por el procedimiento llamado de contrato menor.

3.- No procede acceder a la revisión fáctica puesto que no se evidencia error del juzgador, que en el último párrafo del hecho probado tercero da cuenta de la resolución de 6-3-2013, obrante en los folios 89 y 90 de autos. En segundo lugar,

tampoco procede la revisión al basarse la nueva redacción pretendida en prueba testifical inhábil a estos efectos.

4.- En segundo lugar, insta la parte recurrente la adición al hecho quinto del siguiente añadido: “Asimismo, consta acreditado documentalmente que en dichos períodos, en los que al estar de baja, no se realizaba la prestación de servicios, se abonaba igualmente la factura correspondiente (según consta en los folios 111 y 112 de los autos). Lo mismo ocurría cuando la actora estaba de vacaciones, pues durante el período 23 de julio a 22 de agosto de 2011, la actora estuvo de viaje en Brasil (según consta de la copia del pasaporte obrante al folio 129 de los autos, así como de la prueba de audio obrante al folio 199), donde se refleja que en la emisión directa de la radio, se le desea a la actora felices vacaciones) y sin embargo percibió la remuneración correspondiente a las facturas de esos meses”. Esta adición no se fundamenta en ninguna prueba concreta más allá de las documentales citadas en la propia redacción de la adición que se pretende introducir. Se limita la parte a señalar que con las variaciones propuestas esta redacción se relaciona con el hecho probado séptimo (que en un momento posterior del recurso trata también de modificar) y que dichas variaciones evidenciarían la laboralidad de la relación, por la cobertura de situaciones de incapacidad temporal o vacaciones, sin que la empresa diera de baja a la actora pese a la falta de prestación de servicios.

5.- No procede acceder a la revisión instada puesto que el recurrente no evidencia error alguno de la juzgadora, que se limita a acreditar en el hecho probado quinto los dos períodos de baja de la actora. En los documentos obrantes en los folios 111 y 112 sólo consta copia de factura de los honorarios profesionales de la actora correspondientes a los meses de mayo y junio del año 2012, correspondiente a uno de los períodos de baja, pero ello no permite deducir sin necesidad de conjeturas e hipótesis que ocurriera otro tanto en el otro período de baja de la actora, amén de que el cobro de sus honorarios durante el período de baja no evidencia en sí mismo la laboralidad de la relación. En segundo lugar, tampoco ha de accederse a la revisión porque la cita del documento, copia del pasaporte, obrante en el folio 199 de autos, no es tampoco una prueba que por sí sola demuestre el error o equivocación del juzgador de una manera evidente y clara. Debe recordarse que la documental que fundamente la revisión fáctica ha de ser una prueba fehaciente, sin necesidad de que el tribunal tenga que acudir a conjeturas ni razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones. Y, sin que este carácter fehaciente pueda apoyarse en prueba de audio, que no constituiría prueba hábil a estos efectos, por no ser prueba documental a efectos del recurso (en este sentido, STSJ de la Comunidad Valenciana de 31-1-03, rec. 3255/02).

6.- En tercer lugar, insta la parte recurrente la siguiente redacción alternativa al hecho probado séptimo: “Consta documentalmente acreditada la existencia de uso de material propiedad municipal a la actora, concretamente de vehículo y autorización de estacionamiento en zonas reservadas a servicio oficial de vehículo particular del actor semejante al que se concede a funcionarios y contratados laborales (según obra en los folios 115); e igualmente se acreditaba a la actora mediante tarjetas de visita con el logotipo y todos los datos del Ayuntamiento de Benidorm (folio 116).

La actora junto con el compañero A.R. se encargaban todos los días de la emisión radiofónica en directo del Informativo Onda Benidorm a las 13'45 horas cuyos contenidos eran preparados y dirigidos por el jefe de prensa del ayuntamiento en las horas previas al mismo (folios 172, 173 y 174).

Asimismo, consta documentalmente por los correos electrónicos remitidos a la actora que la misma recibía órdenes y supervisión de su trabajo del Jefe de prensa D. J.F., de D. L.C., coordinador del departamento de protocolo, así como de las distintas concejalías, especialmente la de turismo, que le indicaban los distintos eventos a cubrir según programa de actos (folios 134 a 194 y especialmente 139, 140, 141, 152, 155, 165, 178, 183, 187 y 191).

Respecto a su horario, y pese a que como señalaban los testigos no se fichaba, es claro que para cumplir sus funciones debía realizar sus trabajos mayoritariamente en las oficinas que el ayuntamiento le facilitaba, o bien acudiendo a los eventos que le ordenaban cubrir por parte del departamento de prensa (folios 193 a 198 de los autos, y testificales de D. J.F. y D. P. LL.)". La parte recurrente apoya la modificación del primer párrafo en la documental citada en la propia redacción del motivo, considerando que dicha documental contradice la redacción original del ordinal fáctico y que es trascendente por ser indicios diáfanos de la laboralidad de la relación. Y en cuanto al segundo y tercer párrafo, considera que la función de presentador diario es un indicio claro de laboralidad así como la recepción de órdenes y la organización y supervisión del trabajo de la actora, por lo que la modificación sería trascendente.

7.- No procede acceder a la revisión fáctica por las siguientes razones. En primer lugar, porque el recurrente trata de sustituir la valoración realizada por la juzgadora "a quo" que, ha conformado la redacción del hecho probado séptimo sobre la base de la prueba documental y de testificales practicadas en autos. Olvida la parte recurrente que el recurso de suplicación, no se configura como una segunda instancia. En segundo lugar, tampoco puede accederse a la revisión propuesta pues por ejemplo, en el último párrafo se basa en prueba testifical inhábil a los efectos revisorios conforme preceptúa el art. 193.b) LRJS. Además, en otros apartados el letrado recurrente yerra en la cita de documental en la que fundamentar la revisión. Así, en cuanto a los documentos obrantes en los folios 172, 173 y 174 se trata de copias de correos electrónicos, que no tienen relación con Onda Benidorm. En otros casos, la cita de documental de autos es correcta, por ejemplo, en relación con el primer párrafo, pero no puede admitirse la acreditación del uso del vehículo pues en el documento 115 citado por el recurrente consta la autorización anual para estacionar un vehículo en la zona reservada, pero no se ha acreditado debidamente que dicho vehículo fuera el de la actora. En tercer lugar, el documento obrante en el folio 166 de autos, consistente en una tarjeta de visita de la actora, tampoco acredita la laboralidad de la relación, puesto que el uso del logotipo o datos del ayuntamiento podía derivar de multitud de factores, no relacionados necesariamente con el desempeño del trabajo de periodista en régimen de ajenidad y dependencia. Finalmente, en cuanto al tercer párrafo de la redacción pretendida, donde el recurrente cita una extensa documental para fundamentar que de los correos electrónicos remitidos a la actora la misma

recibía órdenes y supervisión en el trabajo, aunque dicha documental da cuenta de esta realidad, lo cierto es que la defectuosa formulación del letrado impide que prospere la revisión, ya que se dicho párrafo se encuentra inserto en una propuesta de redacción alternativa al hecho probado séptimo, sin que pueda admitirse por las razones expuestas anteriormente la revisión del resto de párrafos propuestos. Además éste se propone como redacción alternativa al hecho probado séptimo redactado por la juzgadora “a quo” y respecto del que no se ha evidenciado error de ésta.

SEGUNDO.- 1.- En un segundo motivo de recurso, con adecuado amparo procesal se denuncia la infracción de diversas sentencias, citando en particular la STS de 31 de marzo de 1997, rec. 3555/1996, así como diversas sentencias de suplicación en relación con la laboralidad de la relación, por el carácter fijo o periódico de la remuneración, la puesta a disposición por el empresario de los materiales, utilización de instalaciones, asistencia al centro de trabajo y sometimiento a horario, así como inserción en la organización del trabajo del empleador. Asimismo, en un subapartado de este motivo de recurso, denuncia la parte recurrente la infracción del art. 19 y el anexo II de la Ley 30/2007.

2.- De entrada, ha de señalarse por la Sala que no constituyen jurisprudencia en los términos del artículo 1.6 LRJS, la invocación por el recurrente de doctrina judicial de suplicación, amén de que buena parte de las sentencias citadas se refieren a asuntos que difieren del aquí enjuiciado. Tampoco cabe estimar infringido el art. 19 de la Ley 30/2007, pues dicho precepto establece que: “Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo”; y en el caso de autos, la actividad del actor como redactor no quedaba incluido en ninguna de las categorías especificadas en el mencionado precepto, y menos en el Anexo II de la mencionada Ley. Amén de que la mencionada ley ha sido derogada por el Real Decreto 3/2011 del Texto Refundido de Contratos del Sector Público. En todo caso, como el recurrente sí cita jurisprudencia relacionada con la laboralidad de la relación de los servicios de un colaborador de prensa, ha de abordarse la posible infracción de la doctrina jurisprudencial. La sentencia de instancia habría desestimado la laboralidad de la relación sobre la base de considerar que pese a que se habría acreditado que la parte actora realizaba su actividad profesional en las instalaciones municipales y que incluso utilizaba los medios materiales del propio ente local, se trataría de una contrata externa de la prestación de servicios por el Ayuntamiento, donde se facturaría – si bien mensualmente- por el global del servicio realizado, no existiría control horario, ni de asistencia al trabajo habiéndose tomado la actora dos meses por asuntos personales sin justificación alguna y que las directrices del trabajo se realizaban entre quienes conforman el equipo y prácticamente de forma diaria según los eventos que debían cubrirse.

3.- Para determinar la laboralidad o no de la relación discutida de prestación de servicios informativos para el Ayuntamiento demandado en régimen de

externalización, la Sala ha de estar a los hechos declarados probados en la sentencia, donde en esencia se establece: A) La actora se encuentra en situación de alta en el Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia desde el día inicio de la actividad. B) La actora tenía suscrito con el Ayuntamiento de Benidorm un contrato administrativo de servicio como redactor para la elaboración de los contenidos de la página web para el departamento de prensa y comunicación por un período de 12 meses a partir del día 1 de abril de 2008 por un importe anual de 29.500 euros, si bien en la práctica se facturaba la parte proporcional de forma mensual. Se trataba de un contrato administrativo adjudicado según pliego de cláusulas administrativas, mediante procedimiento negociado sin publicidad. Se mantuvo la contratación y las condiciones para los años 2009, 2010 y 2011. Para el 2012 se aprobó la partida presupuestaria, así como para el período de 1-1-2013 al 30 de abril del 2013, momento en el que cesa en la prestación de servicios al ayuntamiento. Por resolución de 6-3-2013 se deja sin efecto las resoluciones de los expedientes 911, 912 y 913, y los trámites licitadores posteriores y ordena rectificación del criterio de adjudicación, y una vez verificado, proceder a la aprobación de los nuevos expedientes (hecho probado tercero). C) La parte actora presentaba al ayuntamiento desde el inició de la relación, las facturas por los servicios prestados. D) La parte actora estuvo en situación de incapacidad temporal desde el 24-5-2012 hasta el 12-6-2012 y desde el 1-1-2013 al 30-1-2013. D) En el pliego de cláusulas del contrato se hacía constar el carácter exclusivamente administrativo del contrato, y que el personal no tendría ninguna relación laboral con el ayuntamiento (hecho sexto). E) La actora solía acudir a las 8'30 o 9 de la mañana y se iba al acabar no estando sujeto a horario de 8 de la mañana a 3 de la tarde (aunque según los testigos nadie ficha), sin que hubiese de justificar sus ausencias por enfermedad o cualquier problema personal, ni se le exigía por el Ayuntamiento tal justificación, de hecho estuvo uno o dos meses continuados sin acudir por problemas personales, no acudiendo tampoco a trabajar cuando tenía eventos de su empresa textil (teniendo unos 2 o 3 eventos de 3 o 4 días cada año), sin exigirle nadie que lo justificara. Un testigo sostiene que nadie del ayuntamiento les controlaba el horario y cobraba aparte los gastos por desplazamiento (hecho probado séptimo).

4.- Debe partirse de que la determinación de la naturaleza laboral o administrativa no depende de cómo hayan sido denominados por las partes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto (entre otras muchas, STS 11-12-89 y STS 16-12-2008, recud. 4301/2007, esta última precisamente en el caso de un periodista). Y ello porque la naturaleza de la relación escapa de la libre disposición de las partes, y se ha de determinar a la luz del contenido real de las prestaciones concertadas y de los actos exteriorizados por los interesados en la efectiva ejecución, pues los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean. En el caso de autos, el actor ha cotizado en el RETA y propio contrato se autocalifica de administrativo y excluye la laboralidad de la relación, pero ello no determina automáticamente que deba ser ésta la calificación jurídica del contrato. La jurisprudencia ha señalado que *“la naturaleza de los contratos es la que resulte de su contenido, abstracción hecha de la denominación dada por las partes”*. En este sentido, los indicios formales (alta en el régimen de autónomos, nombre del contrato, etc.) pueden quedar relegados ante datos

relevantes de la prestación laboral. A este respecto, es de aplicación el conocido principio de irrelevancia del "*nomen iuris*": ha de estarse a la verdadera naturaleza jurídica del contrato que prima sobre la voluntad declarada por las partes. Conforme al art. 1.1 del ET, el ámbito de aplicación de dicha Ley- y por consiguiente, la laboralidad de la relación-, se ciñe "a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario". Los elementos definitorios de la laboralidad de una relación son el carácter personal de la prestación laboral, la voluntariedad, la retribución, y en particular las notas de dependencia y ajenidad. A este respecto, no puede perderse de vista que dependencia y ajenidad integran la causa del contrato de trabajo y lo dotan de especificidad jurídica al diferenciarlo de otros contratos próximos, que también se producen en régimen de alteridad, como el de determinados contratos administrativos. En el caso de autos existen indicios de ajenidad, como el hecho de que se pactara una retribución global y anual por los servicios de la actora, que se pagaba proporcional y mensualmente. Frente a esta valoración de la realidad en cuanto a la forma de pago de los servicios, el hecho de que la actora haya presentado facturas de forma mensual y con pago de IVA, desde el inicio de la relación en abril de 2008, constituyen indicios de extralaboralidad de la relación meramente formales.

En el caso de autos, ha existido una ajenidad en los riesgos que se deriva del carácter fijo y periódico de la remuneración percibida, con una contraprestación económica de 29.500 euros anuales fraccionados en el pago de 12 mensualidades, cuya cuantía, por lo demás, es similar a la de los salarios de los trabajadores con la misma actividad. La Sala no comparte el criterio del juzgador "a quo" en cuanto a que el hecho de que la actora facturara "sin tener en cuenta las asistencias concretas y por el servicio global realizado da cuenta de la autonomía organizativa y de la autoorganización en las asistencias prestadas", por cuanto precisamente la ajenidad en los riesgos se ha definido como tener garantizado un "salario" con independencia de los resultados, y es indicio de ajenidad el carácter fijo y periódico de la remuneración percibida, mientras que la retribución por acto o servicio es frecuente en profesionales o colaboradores por cuenta propia. Así, en otras sentencias de suplicación en relación con casos de colaboradores de prensa, se ha estimado la laboralidad de la relación por la existencia de una contraprestación remuneratoria fija e invariable que compensa los servicios prestados por el trabajador, cuya utilidad y frutos se transfieren al empresario y éste los adquiere en el marco de la actividad productiva, señalándose expresamente que es "irrelevante que la cantidad convenida se instrumentara por la actora mediante facturas, pues ha de concluirse que el régimen o sistema de retribución seguido -cantidad mensual fija sea cual fuere el volumen del trabajo desempeñado- denota aún más en el presente caso la ajenidad" (STSJ de Madrid de 31-3-2008, rec. 621/2008). También es un dato a considerar que en el caso de autos, la entidad local abone aparte los gastos de desplazamiento (como consta en el hecho probado séptimo), pues en otras sentencias de suplicación ello ha sido considerado un indicio de ajenidad en casos donde se ha enjuiciado la relación de reporteros (por ejemplo, STSJ de las Islas Baleares de 28-1-2006, rec. 349/06). Asimismo, el que se haya mantenido la retribución durante dos meses sin asistencia al trabajo por asuntos personales (fundamento jurídico cuarto) es también un indicio de ajenidad.

Ciertamente, la sentencia recurrida habría considerado ello como un elemento de extralaboralidad en el sentido de dar cuenta de la autonomía organizativa del actor, por lo que procede abordar la concurrencia o no de la nota de dependencia.

5.- Ha de señalarse que el concepto de dependencia, ha tenido distintas acepciones (técnica, económica y jurídica) y se ha definido en este último sentido, como sumisión del trabajador a los poderes del empresario, como sometimiento a la esfera organizativa, rectora y disciplinaria de la empresa. Pues bien, de los hechos probados existen diversos indicios de dependencia, puesto que la prestación de servicios se realiza en las instalaciones municipales, refleja la asistencia regular y continuada al lugar del trabajo (en el hecho probado segundo, consta que el propio ayuntamiento reconoce que acudía la mayoría de días). Si bien es cierto que no existe un control de horario ni se había pactado horario específico, ha de tenerse en cuenta que nuevamente en el hecho probado segundo consta que el propio ayuntamiento reconoce que la actora acudía en un horario de 8 de la mañana a 3 de la tarde, aunque no existía obligación de cumplirlo. Igualmente figura en un sentido similar, en el hecho probado séptimo, que la actora no estaba sujeto a horario, pero solía acudir a las 8'30 h. o 9 h. de la mañana y se iba al acabar, señalándose en el mencionado hecho que, según testifical, nadie fichaba en el ayuntamiento. Es menester apuntar que aunque el seguimiento de un horario preestablecido es un indicio claro de laboralidad, la ausencia de este indicio no impide calificar el contrato como laboral. Y es que la dependencia admite gradaciones diversas según las características especiales del contrato. Así, en ocasiones la dependencia aparece como una subordinación estricta en todos los aspectos y circunstancias (de tiempo, de lugar, y de modo) de la prestación de trabajo. Otras veces, en cambio no pasa de ser una adaptación o acomodación de la propia actividad laboral a los objetivos de la organización productiva. Un factor muy influyente en el grado de dependencia es la propia configuración de la cualificación profesional del periodista. Y es que en este ámbito, son frecuentes que los trabajos se prestan con frecuencia en régimen de autonomía o de "ejercicio libre". Así, conviene recordar lo declarado en la STS de 31 de marzo de 1997, recud. 3555/1996, que estableció la configuración como laboral de la relación de un reportero gráfico sobre la base de que: "El colaborador o reportero gráfico demandante no hace los trabajos fotográficos por propia iniciativa y para sí mismo, con propósito de ofrecerlos luego en el mercado de la información, sino que los realiza atendiendo a precisas indicaciones temáticas o de objeto de una empresa periodística, que tiene la facultad de seleccionar a precio preestablecido las fotografías que más le interesan de los reportajes realizados, y que adquiere así el principal resultado del trabajo, que son los derechos de explotación y publicación en prensa de las fotografías seleccionadas....presta sus servicios en régimen de dependencia o subordinación, régimen compatible con el reconocimiento al profesional de los márgenes lógicos de decisión sobre el modo de ejecución del trabajo, el cual, además, por hipótesis, ha de realizarse principalmente fuera de los locales o dependencias de la empresa. No nos encontramos en el caso ante un colaborador libre, que presta servicios esporádicamente o por actos o acontecimientos singulares, sino ante un reportero gráfico -con esta denominación expresa figura el actor en el medio de comunicación- incorporado plenamente y con continuidad a la organización del trabajo de la empresa

informativa, que programa diariamente el trabajo a realizar y que encarga incluso en ocasiones trabajos o reportajes imprevistos”.

6.- En el caso de autos, la dependencia se constata de la asistencia regular a las dependencias del ayuntamiento, en un horario similar al de los otros trabajadores, aunque no existiera control, por tanto, con continuidad y asiduidad. Además, habría señalado la sentencia recurrida en el fundamento de derecho cuarto que “las directrices del trabajo se realizaban entre quienes conforman el equipo y prácticamente de forma diaria según los eventos que debían cubrirse”, sin embargo, la Sala no comparte el razonamiento de la juzgadora “a quo”, de que ello fuera determinante de la ausencia de relación laboral, Y es que el hecho de que a la actora se le impartieran directrices de forma diaria, según los eventos que como colaborador de prensa debía cubrir es otro indicio de dependencia. En cuanto a la utilización de medios materiales para la realización del trabajo, ha de partirse de lo establecido en la sentencia recurrida como probado. No obstante, la Sala ha de señalar que el hecho probado séptimo en su primer párrafo tiene una redacción poco clara, por cuanto establece que “según certifica el Ayuntamiento de Benidorm no existen documentos en los que figuren las entregas y devoluciones tanto de terminales de móviles como de cámaras fotográficas o de venido ni de ningún material utilizado habitualmente por el Gabinete de Prensa, al menos desde el mes de septiembre de 2009, aunque según el testigo P.LI, sí usaban los medios propiedad del ayuntamiento”, sin embargo, en el fundamento de derecho cuarto establece el órgano judicial “a quo” que el ayuntamiento es el que ponía la infraestructura para la prestación de servicios informativos y utilizando los medios materiales del propio ente local. Por consiguiente es un indicio de dependencia la ausencia de organización empresarial propia del trabajador. Lo anterior, junto con la utilización de las instalaciones e infraestructura municipal, la asistencia regular al ayuntamiento y la impartición de directrices diarias daría cuenta de una inserción del actor en el “*círculo rector y organizativo del empresario*”. Esta dimensión acogida en el artículo 1.1 ET ha permitido incorporar a la legislación laboral a trabajadores intelectuales o profesionales con cierto grado de independencia técnica, siempre que desarrollen su trabajo dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona. En este sentido, ha de señalarse que en doctrina judicial ya se ha declarado la laboralidad de relaciones de colaboración periodística articuladas –como aquí ocurre- mediante sucesivos contratos administrativos de carácter menor con un Ayuntamiento, donde existía una facturación mensual y figuraba el contratado en el RETA. La laboralidad de la relación se ha deducido de la inadecuación de la utilización de los contratos administrativos menores para realizar la prestación de servicios como redactores y ello a pesar de que los contratos se denominasen formalmente como contratos administrativos (por ejemplo, SSTSJ de Andalucía, Málaga, de 17 de septiembre de 2012, rec. 970/2012). En este sentido, señala dicho pronunciamiento que: “tras delimitar el artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas-vigente al tiempo de suscripción de los contratos, aunque derogado en la actualidad -el objeto de los contratos de asistencia y consultoría, el artículo 197.1 establecía como requisitos de capacidad y compatibilidad que las empresas adjudicatarias deberían ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato y se acredite debidamente que disponían de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato. En definitiva,

estos contratos de asistencia y consultoría sólo podrán ser celebrados por la Administración con empresas físicas o jurídicas, condición que en modo alguno ostentaba la actora, pues carecía de cualquier tipo de estructura organizativa propia de una empresa, ni tenía medios personales o materiales propios y suficientes para la debida ejecución del contrato". Por consiguiente, aplicando esta doctrina judicial, ha de señalarse la inadecuación de la suscripción de contratos administrativos para este tipo de prestaciones de servicios. En este sentido, cabe rechazar lo argumentado por el letrado del Ayuntamiento demandado, impugnante del recurso, sobre que debería excluirse la laboralidad de la relación contractual por el hecho de haberse utilizado indebidamente la figura de la contratación administrativa menor, no existir proceso previo de selección de la actora, y una cuasi dependencia política de ésta de la alcaldía. Sin embargo, este principio de valoración de la realidad se mantiene en cuanto que la calificación otorgada por las partes no condiciona la calificación judicial. Sin embargo, la eventual existencia de irregularidades en la contratación administrativa y sus efectos perniciosos en otros planos, no ha de condicionar la calificación judicial que ha de valorar la realidad de la prestación de servicios. Las irregularidades en la contratación administrativa, de existir, si bien podrían tener trascendencia en el plano político o administrativo, no determinan automáticamente la exclusión la laboralidad de la relación, como pretende la parte impugnante, si existen datos relevantes de la existencia de la prestación laboral, como ocurre en el caso. En consecuencia, habida cuenta de que la contratación se realizó en fraude de ley, no podría admitirse como válida la extinción contractual producida el 30-4-2013, y por lo tanto, debiendo reputarse como despido dicha extinción, éste, conforme a lo expuesto, había de calificarse de improcedente, con los efectos que a tal calificación imprime el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores. Por lo que siendo el salario anual de 29.500€, el salario diario módulo del despido sería de 80'82 euros, siendo su antigüedad desde el 1-4-2008 hasta 30 de abril del 2013, momento en que cesa en la prestación de sus servicios en el ayuntamiento, lo que da lugar a una indemnización de 17.590,47€, aplicando la disposición transitoria quinta de la Ley 3/2012.

7.- Por lo que la sentencia recurrida al no haberlo estimado así, ha vulnerado la jurisprudencia invocada como infringida, por lo que procede estimar el recurso de la parte actora, y declarar la existencia de relación laboral, así como que la extinción de la misma resulta improcedente.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por Doña L.L.A. contra la sentencia dictada el 13-12-2013 por el Juzgado de lo Social número 1 de Benidorm, en demanda de despido, y como consecuencia revocamos dicha sentencia y declaramos la improcedencia del despido de Doña L.L.A. condenando al Organismo demandado a optar en el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia, mediante escrito o por comparecencia ante esta Sala, entre la readmisión de Doña L., o el abono de una indemnización ascendente a 17.590,47 euros y, de optarse por la readmisión, al abono de los salarios dejados de percibir, a razón de 80'82 euros/día incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia que declarase la improcedencia del mismo o

hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación.

1898

Sentencia núm. 1.500, de 10 de junio de 2014

Materia: Pensión de jubilación. Trabajadora que presta sus servicios como empleada de hogar y que solicita prestación de jubilación a la edad de 60 años. El INNS le deniega la prestación por no tener cumplidos los 65 años ni ser mutualista y por no estar prevista la jubilación anticipada dentro de la acción protectora del régimen de empleadas de hogar. La actora tiene nacionalidad rumana y ha cotizado a la seguridad social de su país. Fecha del hecho causante a tener en cuenta para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones formuladas en su contra. No procede la prestación.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de la actora a percibir una pensión de jubilación a partir de determinada fecha y con la base reguladora peticionada en la instancia.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por M.P. la sentencia que dictó el día 16 de octubre de 2013 el Juzgado de lo Social número 2 de los de Alicante que desestimó la demanda por ella deducida frente al INSS y la TGSS en la que reclamaba se le reconociese pensión por jubilación al alcanzar la edad de 60 años. No se ha presentado escrito de impugnación del recurso por parte de los recurridos.

Los dos primeros motivos del recurso se destinan a la revisión fáctica de forma que se propone:

a) que, con sustento en la documental aportada por la parte como documento número 8 – folio 79 de las actuaciones-, se añada al hecho cuarto de la sentencia de instancia la frase: “percibiendo un salario”, a lo que se accede pues del informe de vida laboral traducido al castellano que aportó la actora se deduce que percibía un salario de “602”, mientras trabajó en Rumanía como aprendiz;

b) que sea sustituida la fecha del hecho causante y la cuantía de la base reguladora, de forma que señale como fecha del hecho causante el día 5-3-2.012 y como base reguladora la de 326 euros, para lo cual cita los folios 74, donde se certifica por la propia TGSS que la actora cesó en su actividad como empleada de hogar el 5-3-2.012, y el informe de vida laboral, mientras que la base la deduce las cotizaciones efectuadas folios 21, 22 y 81, y del auto-cálculo de la pensión, y tratándose de cuestiones jurídicas controvertidas se rechazará el motivo, sin perjuicio, de puedan tenerse por acreditados los datos objetivos que se desprenden de la documental citada a efectos de la censura jurídica y de que la fecha del hecho causante y la base de cotización que constan el hecho quinto en cuanto que se refieren a cuestiones jurídicas objeto de discusión por las partes, no puedan vincular a la Sala como hecho probado.

SEGUNDO.- En los motivos que se destinan a la censura jurídica se denuncia:

En el primero de ellos, infracción de los arts. 3 de la Orden de 18-1-1.967 por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de la pensión de vejez en el RGSS, por cuanto que la fecha del hecho causante debe ser no la de fecha en la que la actora tenía previsto jubilarse, sino la de su efectivo cese en el trabajo; y del art. 162 de la LGSS, en cuanto que considera que si se calcula la base reguladora con relación a esta fecha resultaría una base reguladora de 326,04 euros mensuales;

En el segundo, las infracciones que se denuncian se refieren a los siguientes preceptos: art. único de la ley 47/1998, 3 y 8 de la Orden del Ministerio de Trabajo de 10-9-1.954 por el que se aprueba el Reglamento General de Mutualidades Laborales, que otorga el carácter de mutualista a los trabajadores por cuenta ajena; arts. 1.2.3 y 6 del libro I del TR de Ley de Contrato de Trabajo aprobado por D 26-1-1.944 y art. 122 del libro II de la meritada Ley, aprobado por D de 31-3-1.944; art. 3 de la Orden 4-3-1.955 del Ministerio de Trabajo por la que se aprueban los Estatutos de la Caja de Jubilaciones y Subsidios Textil que incluye la sección de géneros de punto; y, finalmente, a la Disposición Transitoria 1.9 de la Orden de 18-1-1.967 y D. Transitoria 3ª, 1.2ª que concede el derecho a jubilarse a partir de los 60 años a quienes a fecha 1-1-1.967 tuvieran la condición de mutualista.

Para resolver las cuestiones que se plantean hemos de partir de los datos siguientes que se deducen todos ellos del relato fáctico de la sentencia recurrida con las modificaciones derivadas de lo resuelto en el primero de los fundamentos de derecho de esta sentencia: la actora, de nacionalidad rumana, nacida el día 15-12-1.949, solicitó el día 11-7-2.011 pensión de jubilación al haber alcanzado la edad de 60 años, fijando como fecha prevista para el cese en su actividad laboral como empleada de hogar el día 10-10-2.011, petición que fue rechazada por resolución del INSS de fecha 12-4-2.012, en la que se denegaba la petición por las siguientes razones: por no tener la condición de mutualista en cualquier mutualidad de trabajadores por cuenta ajena a fecha 1-1-1.967, no resultado de aplicación el punto 9 de la D. Transitoria 9ª de la Orden de 18-1-1.967, no estando prevista la jubilación anticipada; por otro lado, en la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de las Empleadas de Hogar, y no cumplir con las previsiones del art.161.3 de la LGSS; la actora prestó servicios como empleada de hogar hasta el día 5-3-2.012, acredita unas cotizaciones a la Seguridad Social en su país de origen por un total de 12.439 días, entre el 1-8-1.966 hasta el 30-9-2.003, y 2.422 días en España como empleada de hogar. Entre los días 1-8-1.966 y 10-6-1.967 la actora trabajó en Rumanía como tejedora en formación-aprendiz- percibiendo una retribución; de fijarse la fecha hecho causante el día 5-3-2012, como pretende la actora, la base reguladora de la pensión sería de 326,04 euros mensuales.

A la vista de estos datos, la sentencia de instancia, haciendo aplicación de la D. transitoria 3ª. 1.2ª del TRLGSS y del Reglamento Comunitario 883/2.004 denegó a la actora el derecho a jubilarse al cumplir los 60 años, por considerar que los servicios que prestó en Rumanía con anterioridad al 1-1-1.967, de haberse prestado en España

no hubieran dado lugar a la cotización en cualquiera de las mutualidades laborales, apoyándose en una sentencia de esta Sala de 25-4-2.003 en la que se consideró que la realización de un curso de capacitación profesional desarrollado entre los días 28-12-1.966 y el 20-6-1967, fecha en que se celebra el contrato de trabajo, no otorgaría condición de mutualista ni de afiliado al SOVI. Por otro lado, razona la sentencia de instancia, que la fecha del hecho causante de la prestación debe, en todo caso en la fecha señalada por la actor como prevista para el cese de su actividad, ya que datarla en fecha 5-3-2.012, fecha pretendida en la demanda, causaría indefensión a la entidad gestora pues supone una variación sustancial de lo pretendido en el expediente administrativo.

La censura jurídica debe ser apreciada en su totalidad por las siguientes razones:

En cuanto concierne al segundo de los motivos, resulta claro y patente que la aplicación de los preceptos que se citan como infringidos ha de llevarnos a considerar que la actora, de haber trabajado y cotizado entre el 1-8-1.966 y el 31-12-1.966 hubiera estado afiliada a la Caja de Pensiones y Jubilaciones del sector textil, y ello porque acredita haber mantenido un vínculo que de conformidad con los preceptos que se citan de la derogada Ley de Contrato de Trabajo le hubiera otorgado a la actora la condición de trabajadora por cuenta ajena, lo que de conformidad con lo preceptuado en la orden de 10-9-1.954, le hubiera otorgado la condición de mutualista, debiendo afiliarse en la mutualidad a que se acaba de hacer referencia, conforme se preveía en los Estatutos de la misma que la recurrente cita como infringidos. El hecho de que la actora tuviera la condición de aprendiz no desvincula el carácter laboral de su contratación, pues la propia LCT consideraba en sus arts. 6 y 122 trabajadores por cuenta ajena a los aprendices, y ello no colisiona con lo resuelto por esta Sala en la sentencia referida en la instancia, en la que el peticionario, únicamente acreditaba haber comenzado a fecha 28-12-1.966 un curso de capacitación profesional, sin que conste la existencia de vínculo contractual, previo al 20-6-1.967, fecha en la que se celebra contrato de trabajo, contrato de trabajo que en las presentes actuaciones y de conformidad con la legislación española vigente existe desde el día 1-8-1.966 en el que la actora empieza a prestar servicios retribuidos como tejedora.

Y, acreditado el derecho a la pensión, la fecha del hecho causante, conforme al art. 3 del Orden de 18-1-1.967, ha de ser la del efectivo cese en el trabajo, siendo esta fecha la que debe ser tomada en consideración para el cómputo de la base reguladora con arreglo al art. 162 de la LGSS, y sin que suponga una variación sustancial de lo pretendido en vía administrativa, pues la petición contenida en la demanda de la actora se encuentra fundada en hechos ocurridos con posterioridad a la petición inicial, por lo que resulta perfectamente alegable en la demanda con arreglo las previsiones del art. 72 de la LRJS, estimándose en todo caso, que no hay variación sustancial, sino mera concreción de una fecha que en la solicitud se alegó como prevista.

TERCERO.- Todo lo razonado nos ha de llevar a la estimación del recurso, con la

consiguiente revocación de la sentencia recurrida en el sentido de estimar la demanda que en su día dedujo la actora.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por M.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de ALICANTE de fecha 16 de octubre de 2013 en sus autos núm. 644/12 revocamos la resolución recurrida y en consecuencia estimamos la demanda que la actora interpuso contra el INSS y la TGSS declarando su derecho a percibir una pensión de jubilación con fecha de efectos de 6-3-2.012 y con una base reguladora de 326,04 euros, condenando a las demandas a estar y pasar por dicha declaración así como al abono de la pensión correspondiente con las actualizaciones y revalorizaciones que procedan.

Sentencia núm. 1.519, de 12 de junio de 2014

Materia: Pensión de viudedad: Solicitud prestación. La actora se encuentra divorciada de su primer esposo y ha convivido con el causante durante al menos diez años. La pareja no se encuentra formalmente constituida como pareja de hecho ni inscrita como unión de hecho, si bien está pendiente de contraer matrimonio.

Juzgado: Estima la demanda declarando que procede reconocer a la parte actora el derecho a la prestación de viudedad respecto del causante, con el pago de una pensión vitalicia mensual consistente en un 52% de la base reguladora, fijándose determinada cuantía y fecha de efectos.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No se da el requisito básico de publicidad de la situación de convivencia para poder reconocer a la actora la pensión solicitada. Doctrina jurisprudencial. La entidad gestora queda absuelta de los pedimentos formulados en su contra.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y revocó la resolución del Instituto Nacional de Seguridad Social reconociendo el derecho de la actora a percibir la pensión de viudedad, interpone la entidad gestora recurso de suplicación.

En el primer y único motivo del recurso con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el INSS denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 174.3 de la LGSS así como la doctrina Judicial recogida entre otras en las recientes STS11/06/2012

La sentencia de instancia considera que el elemento constitutivo del derecho a la pensión de viudedad radica en la existencia de la pareja de hecho y no en la inscripción de hecho como tal por lo que entiende acreditada su existencia y reconoce el derecho a la prestación.

La cuestión planteada en el presente recurso ha sido ya resuelta por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo a partir de la Sentencia de 20/7/2010 (Recurso 3715/2009), cuya doctrina fue confirmada en Sentencias de 3/5/2011 (dos: Recurso 2897/2010 y 2170/2010), 15/6/2011 (Recurso 3447/2010), 29/6/2011 (Recurso 3702/2010), 22/11/2011 (Recurso 433/2011), 26/12/2011 (Recurso 245/2011), 24/05/2012 (Recurso 1148/2011), y la más reciente de 16/07/2013 (Recurso 2924/2012). La citada doctrina judicial construida en torno a los requisitos de aplicación de lo dispuesto en el artículo 174.3 de la LGSS se apoya en las siguientes premisas: "a).- Que el apartado «3» establece -aparte de otros que al caso no vienen-- la exigencia de dos simultáneos requisitos para que el miembro supérstite de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad: a) de un lado, la convivencia

estable e interrumpida 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 o la constancia de su constitución como tal pareja en documento público. b).- Que la solución por la que ha optado el legislador no consiste en una exigencia probatoria duplicada sobre un mismo extremo [la existencia de la «pareja de hecho»], tal 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 solemnitatem- 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]. c).- O lo que es igual, 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" .

Del relato de hechos probados resulta claro que en el momento del fallecimiento la actora no reunía los requisitos legales a efectos de que se le reconozca el derecho reclamado, pues no había constituido pareja de hecho en forma, motivo por el que debemos estimar el recurso y revocar la sentencia recurrida al entender que la misma infringe la doctrina Judicial expuesta. No es por el contrario de aplicación al presente caso la doctrina que recoge la STS 6/07/2011 invocada por la actora en su escrito de impugnación pues tal como se desprende de la citada resolución en ese caso la pensión no se solicitaba por la vía de pareja de hecho, pues existía vínculo matrimonial, por lo que tal y como afirma el propio Tribunal en su sentencia, la acreditación del periodo de convivencia anterior no exige la rigidez del párrafo 4, apartado 3 del art. 174 LGSS, sino que cabe acudir a cualquier medio de prueba admitido en derecho.

SEGUNDO.- Sin costas

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de BENIDORM de fecha 10/01/2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y absolvemos a la entidad gestora de los pedimentos efectuados en su contra.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.525, de 12 de junio de 2014

Materia: Determinación de contingencia: accidente de trabajo. Trabajador afiliado al RGSS que sufre un shock cardiogénico irreversible con resultado de muerte mientras realizaba sus funciones en empresa codemandada. El actor padecía una miocardiopatía, tenía problemas de tiroides, diabetes y era fumador. En la revisión médica de empresa había sido declarado apto aunque se había detectado un bloqueo incompleto aunque sin significación patológica. La viuda solicita pensión de viudedad derivada de accidente de trabajo. Presunción laboralidad.

Juzgado: Desestimando la excepción de falta de reclamación previa alegada por la mutua demandada, estima la demanda y declara que el fallecimiento del actor deriva de accidente de trabajo y de tal contingencia deriva la pensión de viudedad y la indemnización especial a tanto alzado.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El trabajador padecía una lesión coronaria que no le incapacitaba para el ejercicio de su profesión, habiendo sido declarado apto en la revisión médica. Sin embargo, al efectuar sus tareas laborales se desencadena el proceso que provoca la muerte súbita. Rige la presunción de accidente de trabajo al no constar datos que desvinculen por completo la lesión con la prestación de servicios llevada a cabo por el fallecido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia, que estimó la demanda presentada, se formula recurso de suplicación por la representación letrada de la entidad X. MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL N^o X. planteándose al efecto dos motivos de revisión fáctica por error en la valoración de la prueba, y un tercero destinado al examen del derecho aplicado en la sentencia.

Se interesa la modificación del hecho probado segundo de la sentencia para que se adicione al mismo que el actor presentaba a su vez como antecedente médico que suponía factor de riesgo una obesidad y antecedentes familiares de diabetes y una miocardiopatía dilatada, así como que tomaba otros medicamentos además del Trankimazin. Se fundamenta la revisión tanto en el informe pericial practicado a instancia de la Mutua como en el emitido por el Servicio de Prevención.

La pretendida revisión no podrá alcanzar éxito pues junto a dichos informes también se practicó en la instancia otro a instancia de la parte actora por lo que la Magistrada a quo pudo alcanzar conclusiones fácticas divergentes a las solicitadas en el recurso habiendo la misma constatado los antecedentes que estimó más relevantes en cuanto a la incidencia sobre el accidente que nos ocupa.

Se pretende asimismo la modificación del hecho probado tercero discrepando de la valoración de la prueba testifical que sirvió para la extracción del contenido fáctico y de la existencia reiterada en el tiempo de horas extras efectuadas por el trabajador.

A lo que tampoco accederemos pues la apreciación de la prueba testifical corresponde a la juzgadora de instancia sin que pueda ser objeto de revisión mediante el presente recurso y en cuanto a la realización de horas extras la propia entidad recurrente reconoce que el trabajador las hizo en el mes de febrero de 2012 constando en definitiva su real y efectiva ejecución tal y como señala la sentencia.

SEGUNDO.- Al amparo del art. 193 c) de la LRJS se denuncia la infracción del art. 115.1, 2 y 3, y 117.2 de la LGSS. Se argumenta en el motivo que no toda patología cardiovascular ocurrida en el trabajo debe calificarse de laboral, siendo preciso que concurra relación causal entre trabajo y lesión discrepando de lo argumentado por la Juzgadora en cuanto a la presunción de laboralidad dado que el fallecimiento del trabajador no se produjo por una afección del músculo cardíaco sino por una interrupción o limitación del estímulo o conducción del impulso eléctrico que regula la acción de bombeo que se ve interrumpida de forma súbita sin relación alguna con esfuerzos físicos o alteraciones por situaciones estresantes por lo que la patología que presentaba ya el trabajador que derivó en aquella muerte súbita de origen idiomático sin relación causal con el trabajo impediría la aflicción de la presunción de laboralidad a la que alude la sentencia y citando la recurrente en apoyo de su argumentación diversas sentencias dictadas por esta Sala de lo Social y por parte de otros TSJ postulando en definitiva la revocación de la resolución que se combate.

Como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2013 - Recurso: 726/2013- :

1º) La presunción del artículo 115.3 (antes, art. 84.3 LGSS del 74) de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.

2º) Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

3º) La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art.

115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

El relato histórico de la sentencia recurrida da cuenta de la causa que provocó el fallecimiento del trabajador producido en tiempo y lugar de trabajo el día 14/2/2012, siendo aquella una taquiarritmia ventricular –causa inmediata- por miocardiopatía dilatada –causa mediata-. Consta probado que el trabajador presentaba problema de tiroides y diabetes, encontrándose dichas enfermedades tratadas médicamente, y siendo aquel fumador de 30 cigarrillos al día, sin presentar hipertensión, ni otro síntoma de trastorno cardiaco. El mismo había pasado revisión médica por el servicio de prevención de la empresa el día 23/1/2012 apreciándose un “bloqueo incompleto de rama derecha sin significación patológica”, siendo declarado apto para el trabajo y sin seguimiento médico. El trabajador falleció tras cargar un palé con material que iba a ser elevado con una grúa a la zona de trabajo. Dicha zona se encontraba a unos 20 metros de altura y se accedía a través de 6 tramos de escaleras formados por conjuntos de 15 a 17 peldaños cada tramo. Tras el acceso a la cuarta planta y una vez retirada la sujeción del palé el trabajador dio unos pasos hacia atrás, y se desvaneció, desplomándose sobre el suelo.

Lo que se discutió en la instancia era si el fallecimiento del trabajador derivaba de contingencia laboral o común. La resolución judicial concluyó con la estimación de la demanda al entender que regía la presunción de laboralidad y que no se descartaba que el esfuerzo realizado durante la actividad laboral hubiera influido en la muerte súbita del trabajador.

Dicha solución resulta ser acertada y correcta compartiendo la Sala las conclusiones al efecto vertidas en la razonada sentencia de instancia por cuanto si bien es cierto que el actor presentaba una lesión cardiaca previa al accidente, siendo así detectada por el propio servicio de prevención de la empresa empleadora, también figura que la mencionada patología no requirió de ningún seguimiento médico al no apreciarse significación relevante, de tal forma que producido el posterior fallecimiento en tiempo y lugar de trabajo no se alcanza a romper por aquella precedente patología la presunción contenida en el art.115.3 de la LGSS dado que la misma no ocasionó en el trabajador ninguna disfunción ni merma en su capacidad física siendo de hecho declarado apto para el trabajo y produciéndose el desgraciado fallecimiento tras un constatado esfuerzo físico –carga de un palé con material y posterior subida de escaleras hasta un cuarto piso- figurando acreditado que si bien el trabajador ya presentaba una miocardiopatía sin síntomas previos ni tratamiento alguno fue cuando efectuó las tareas laborales cuando se desencadenó el proceso fatal que provocó la muerte súbita por un shock cardígeno irreversible, y aunque como señala la Magistrada de instancia no habían quedado definitivamente probadas la realización del trabajo por parte del fallecido en condiciones estresantes la ausencia de aquella falta de certeza ante la presunción existente en el precepto no excluía que la actividad laboral hubiera influido en la producción del fallecimiento, atendiendo además a que la pericial médica practicada en su presencia no había excluido ni eliminado totalmente aquella posibilidad, lo que permite aplicar lo instituido en el art 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social rigiendo en consecuencia la presunción de

accidente de trabajo al no constar datos que desvinculen por completo la referida lesión con la prestación de servicios llevada a cabo por el trabajador fallecido.

TERCERO. Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal, con mantenimiento de la consignación en cuanto al capital importe de la prestación ingresada ante la Tesorería General de la Seguridad Social por parte de la Mutua recurrente, condenándose a la entidad recurrente a que abone en concepto de honorarios al letrado impugnante del recurso la cantidad de 500 euros, todo ello a la firmeza de la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Castellón de fecha 3 de julio de 2013 en virtud de demanda formulada por D^a I.L.L.D. contra dicha Mutua, el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y la empresa H.R. SL y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino legal, con mantenimiento de la consignación efectuada y condenándose al recurrente a que abone en concepto de honorarios al letrado impugnante la cantidad de 500 euros, todo ello a la firmeza de la sentencia.

1901

Sentencia núm. 1.552, de 17 de junio de 2014

Materia: Prestación por desempleo. Personal funcionario interino al servicio de la Administración General Autonómica. Relación administrativa de interinidad. La actora sufre una reducción de jornada del 33% en virtud del RD Ley 1/2002. Solicitud prestación contributiva por desempleo parcial.

Juzgado: Estima la demanda y reconoce a la actora el derecho a la prestación por desempleo parcial con determinada base reguladora y porcentaje, por un periodo de 720 días.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La demandante no ha visto extinguida su relación administrativa, sino reducida su jornada de trabajo. No está legalmente prevista la prestación de desempleo parcial en el supuesto de reducción de jornada de trabajo en el marco de una relación administrativa de interinidad que se ha mantenido vigente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada del Servicio Público de Empleo Estatal frente a la sentencia que estimó la demanda del actor instada en reclamación de prestación de desempleo parcial. Y en el único motivo del recurso con adecuado amparo procesal en la letra c) del art. 193 de la LRJS se denuncia infracción, por inaplicación, del artículo 205.1 y 203.3 en relación con los arts. 208.1.3 y 208.2.2 de la LGSS, art. 1.2 del RD 625/1985 de 2 de abril y su relación con el art. 47.1 y 2 del ET, con el RD Ley 3/2012 de 10 de febrero y RD 1167/1983 de 27 de abril y de la pacífica doctrina y jurisprudencia que se ha dictado en aplicación del mismo.

Viene a decir la parte recurrente, en esencia y entre otros extremos, que el personal funcionario interino se rige por normas de derecho administrativo y que a pesar de que el art. 205.1 de la LGSS lo comprende dentro del ámbito subjetivo de la protección por desempleo, tan solo pueden acceder a dicha cobertura como consecuencia de la extinción de la relación administrativa, a través de la certificación de la Administración Pública correspondiente. Cita el artículo Único punto segundo del RD 1167/1983 de 27 de abril y el art. 1.2 del RD 625/1985 de 2 de abril, que establece que la situación legal de desempleo se acreditará mediante certificación de la Administración Pública correspondiente cuando se extinga la relación administrativa. Por lo tanto, los funcionarios interinos solo pueden acceder a la cobertura de desempleo como consecuencia de la extinción de la relación, y la administración pública tiene vedado expresamente (tras el RD 3/2012 de 10 de febrero) el recurso al art. 47 del ET (suspensión y reducción de jornada). Indica asimismo que no existe diferencia de trato entre los funcionarios interinos y el personal laboral pues ambos no pueden acceder a la prestación por desempleo por reducción o suspensión de la jornada de trabajo (salvo el caso de la financiación mayoritaria con operaciones de

mercado).

SEGUNDO.- La presente controversia ha sido resuelta por esta Sala en su sentencia número 735/2014, de fecha 26 de marzo de 2014, recurso de suplicación 1977/2013, al establecer el Pleno de la misma lo siguiente: “1. En el segundo motivo, redactado al amparo del art. 193-c) de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 205.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Sostiene la recurrente que los funcionarios interinos están al servicio de la Administración Pública en régimen de Derecho Administrativo, se les aplica el Estatuto Básico del Empleado Público, y están incluidos entre las personas protegidas en el art. 205.1 de la LGSS; que el RD 1167/1983, de 27 de abril, incluye en la protección por desempleo a los funcionarios de empleo, acreditando la situación de desempleo mediante certificación de terminación de servicios, regulando como única situación posible la terminación de servicios, y el art. 1.2 del RD 625/1985, de 2 de abril, establece que la extinción de la relación administrativa se acreditara por certificado de la Administración Pública; que a los funcionarios interinos se les aplica una normativa obsoleta, que la reducción de jornada y salario efectuada es una situación novedosa no regulada; que la actora busca empleo y permanece inscrita como demandante de empleo, aportando copia de hoja de renovación de demanda de empleo emitida el 26-8-13 y copia de certificado del Servef de 2-9-13, y que al no haber encontrado trabajo no ha necesitado solicitar la compatibilidad prevista en el art. 5 del Decreto-Ley 1/2012, de 5 de enero del Consell; que a los funcionarios interinos no les es de aplicación el Estatuto de los Trabajadores, por lo que la Generalitat Valenciana no ha podido reducirles la jornada siguiendo el procedimiento del art. 47 del ET y que la DA vigésimo primera del ET se refiere al personal laboral; que la reducción de jornada temporal impuesta está dentro de los límites del art. 203.3 de la LGSS y 208.1.3 del mismo texto legal.

2. El Artículo 208.1.3 de la LGSS dice, “Situación legal de desempleo. 1. Se encontrarán en situación legal de desempleo los trabajadores que estén incluidos en alguno de los siguientes supuestos: 3) Cuando se reduzca temporalmente la jornada ordinaria diaria de trabajo, por decisión del empresario al amparo de lo establecido en el art. 47 del Estatuto de los Trabajadores, o en virtud de resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal, en ambos casos en los términos del art. 203.3”. Y, el art. 203.3 del TRLGSS, establece, “El desempleo será parcial cuando el trabajador vea reducida temporalmente su jornada diaria ordinaria de trabajo, entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción. A estos efectos, se entenderá por reducción temporal de la jornada diaria ordinaria de trabajo, aquella que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, sin que estén comprendidas las reducciones de jornadas definitivas o que se extiendan a todo el período que resta de la vigencia del contrato de trabajo”.

3. Consta en el relato fáctico que la actora ha venido prestando servicios para la Generalitat Valenciana a tiempo completo como funcionaria interina, hasta que en aplicación del Decreto-Ley 1/2012 de 5 de enero, del Consell y con efectos de 1-3-2012 su jornada de trabajo se vio reducida a 25 horas semanales por un periodo

comprendido entre dicha fecha y el 31-12-2013. Pues bien, el personal funcionario interino se rige por normas de derecho administrativo, y aunque el art. 205.1 de la LGSS incluye en la protección de desempleo a los “funcionarios de empleo al servicio de las Administraciones públicas”, solo se puede acceder a dicha cobertura como consecuencia de la extinción de la relación administrativa. Así lo dispone el Real Decreto 625/1985 de 2 de abril de Protección por Desempleo, que en su art. 1.2 establece que la situación legal de desempleo se acreditará “Cuando se extinga la relación administrativa, por certificación de la Administración Pública correspondiente acreditando tal extremo”. Y en el presente la demandante no ha visto extinguida su relación administrativa, sino reducida su jornada de trabajo.

4. Conviene recordar, además que, como hemos visto, tanto el artículo 203.3 como el 208.1.3 de la LGSS vinculan el desempleo parcial en caso de reducción de jornada a un triple requisito: a) que esa reducción esté entre un mínimo del 10% y una máximo del 70%; b) que se reduzca el salario en la misma proporción; y c) que se decida por el empresario al amparo de lo establecido en el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores. Pues bien, dado que no estamos ante una relación de carácter laboral sino administrativa, no cabe la aplicación del Estatuto de los Trabajadores, en cuyo art. 47 se regula la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y cuya acreditación hasta el 12-2-2012 exigía expediente de regulación de empleo o resolución judicial adoptada en el seno de procedimiento concursal. En el presente caso, la Generalitat ni ha adoptado la decisión de reducir la jornada del personal funcionario interino conforme al procedimiento previsto en el art. 47 del ET, ni puede hacerlo, ya que la Disposición Adicional vigésima primera del ET, introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, establece que “Lo previsto en el artículo 47 de esta Ley no será de aplicación a las Administraciones Públicas y a las entidades de derecho público vinculadas o dependientes de una o varias de ellas y de otros organismos públicos, salvo a aquellas que se financien mayoritariamente con ingresos obtenidos como contrapartida de operaciones realizadas en el mercado”.

5. Por otra parte, no consta en el relato fáctico que la actora acredite disponibilidad para buscar activamente empleo y aceptar colocación adecuada a través de la suscripción del compromiso de actividad a que se refiere el art. 231 de la LGSS, pues está limitada por la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas y supeditada a la aprobación de la autoridad competente. Así, el art. 5 del Decreto Ley 1/2012, de 5 de enero, del Consell de medidas urgentes para la reducción del déficit en la Comunidad Valenciana, establece la necesidad de solicitar la compatibilidad para un segundo puesto de trabajo de acuerdo con el art. 92 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana y en el mismo sentido se pronuncia la normativa estatal de carácter básico en materia de incompatibilidades, establecida en la Ley 53/1984 sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, entre otras.

6. De lo expuesto se concluye que la actora, como funcionaria interina de la Generalitat Valenciana afectada por medida temporal de reducción de jornada de

trabajo, no se encuentra en situación legal de desempleo parcial en los términos legalmente previstos en el art. 208.1.3 de la LGSS, en relación con el art. 203.3 del mismo texto legal. Como señala la STC 250/2005, de 27 de septiembre, la libertad de configuración del sistema de Seguridad Social corresponde el legislador; de modo que el derecho que los ciudadanos pueden ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel. Por lo demás, la solución que adopta la sentencia de instancia, y que ahora confirmamos, tampoco vulnera el principio de igualdad, pues desde la STC 7/84 se viene sosteniendo que al amparo de este principio no es lícito tratar de asimilar situaciones que en origen no han sido equiparadas por las normas jurídicas que las crean. La discriminación, de existir, únicamente derivará de la aplicación por la Administración de criterios de diferenciación no objetivos ni generales (SSTC 68/89, 77/90, 48/92, 293/93, 82/94, 236/94 y 237/94). Y está fuera de toda duda que los funcionarios tienen su propio régimen jurídico claramente diferenciado del aplicable a los trabajadores por cuenta ajena, por lo que no es posible sostener un principio de igualdad entre situaciones que no son equiparables.

7. Procede, en definitiva, desestimar el recurso, pues no está legalmente prevista la prestación de desempleo parcial en el supuesto de reducción de jornada de trabajo en el marco de una relación administrativa de interinidad que se ha mantenido vigente.”

Siendo el caso planteado en este proceso sustancialmente idéntico al resuelto por el Pleno de esta Sala, hemos de resolverlo en el sentido expuesto de no dar lugar a la prestación de desempleo parcial. Simplemente añadiremos que, la circunstancia recogida en el hecho probado 4º sobre que en fecha 09-03-12 la actora solicita y obtiene tarjeta de empleo, con suscripción de compromiso de actividad, con efectos desde el 01-03-2012, no desvirtúa lo anteriormente razonado y expuesto, dada la fundamental causa de denegación de lo solicitado basada en la falta de previsión legal al respecto, así como a la vista de las amplias limitaciones existentes en la legislación sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas y la supeditación a la aprobación de la autoridad competente. En cuanto a la invocada doctrina europea, la misma no resulta de aplicación al caso de autos, debiendo destacar además, que las normas sobre coordinación de la seguridad social de la Unión Europea (Reglamentos entre otros 884/2004 y 987/2009) no reemplazan los regímenes nacionales por un régimen europeo único, quedando a la decisión de cada estado miembro quienes son los asegurados, qué prestaciones recibe y cuáles son los concretos requisitos a cumplir, en función de los intereses protegibles y su alcance. Por último, subrayar que la Generalidad Valenciana no ostenta título competencial en materia de Seguridad Social y no puede constituir una nueva situación de desempleo al margen de la legislación estatal.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia, de fecha 23 de septiembre de 2013; y, en consecuencia, con revocación de la misma, desestimamos la demanda y absolvemos a la parte demandada de las pretensiones en su contra formuladas.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.561, de 17 de junio de 2014

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la actividad de artes gráficas. La empresa entrega a los demandantes carta de extinción de la relación laboral alegando causas disciplinarias así como por razones económicas. Se han presentado demandas por despido, por extinción de contrato y por reclamación de cantidad.

Juzgado: Estima la caducidad de la acción de despido y desestima las demandas por despido y extinción de contrato por voluntad de los trabajadores, absolviendo a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Estima la acción de reclamación de cantidad acumulada en las demandas, condenando a la sociedad demandada a abonar determinadas cantidades por diversos conceptos incluyendo el de interés por mora.

Sala: Estima el recurso de los tres trabajadores demandantes y revoca la sentencia de instancia, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia con objeto de que se proceda a dictar una nueva donde se resuelva la acción de extinción contractual ejercitada por los trabajadores.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada de los demandantes se formula recurso contra la sentencia recaída en la instancia, que desestimó por un lado las demandas acumuladas de extinción del contrato de trabajo y de despido, en este último caso por caducidad de la acción, y estimó la demanda, asimismo acumulada a las anteriores, de reclamación de cantidad.

Dicho recurso, que consta de un único motivo en censura del derecho aplicado, considera que la citada resolución judicial infringe el artículo 32 de la Ley 36/11, de 10 de octubre, impugnando en definitiva solamente el pronunciamiento desestimatorio de la acción en reclamación de extinción contractual ex artículo 50 del ET, en la medida que el juzgador de instancia consideró que no procedía conocer de la citada pretensión extintiva por cuanto sus contratos ya se habían extinguido el 11 de enero de 2013 por el despido comunicado por la empresa, cuya acción impugnatoria caducó pues en este caso la demanda se formuló extemporáneamente.

Se argumenta que los trabajadores aquí recurrentes presentaron sendas papeletas de conciliación ante el SMAC el día 11 de enero de 2013, en reclamación de cantidad por impago de sus salarios desde febrero de 2012 y en solicitud de extinción del contrato por dicha falta de pago, y que en esa misma fecha el empleador entregó carta de despido a los indicados trabajadores, por motivos disciplinarios y por causas objetivas, planteando aquellos el 18 de enero de ese año papeleta de conciliación respecto los despidos, dando lugar a los respectivos actos de conciliación, celebrados sin avenencia, en los primeros casos el 20 de marzo de 2013 y sobre el despido el 28

de ese mismo mes y año, señalándose por último que las demandas por despido se presentaron en los juzgados el 20 de marzo de 2013, y por la extinción del contrato y la reclamación de cantidad el 9 de abril de 2013, demandas que fueron todas ellas acumuladas en un mismo procedimiento, el seguido en la instancia.

A partir de dichos datos cronológicos, reflejados en los hechos probados de la sentencia objeto de recurso, se insiste en que a pesar de que la demanda que se presentó primero en el juzgado era la del despido, y admitiendo que cuando ello tuvo lugar la acción se encontraba caducada, no obstante se debió examinar la demanda de extinción del contrato, pues los hechos sustanciados en una y otra acción son totalmente distintos y por tanto desde un punto sustantivo --e incluso cronológico, pues la pretensión de extinción se inicia antes de los despidos--, debió analizarse previamente en la sentencia la acción de extinción contractual y no dar prioridad a la de los despidos, pues al estar caducada la acción vinculada los mismos se consideró por el juzgador de instancia que no cabía pronunciarse acerca de una relación jurídica inexistente.

Y desde ahora se adelanta que el recurso debe merecer acogida favorable. Es cierto que el artículo 32 de la LRJS dispone la acumulación en un mismo proceso de las acciones de despido y extinción de los contratos de trabajo ex artículo 50 del ET, haciendo posible las reglas generales sobre acumulación de procesos que incluso en aquél se acumulen las demandas en reclamación de cantidad que afecten a dichas partes en litigio, reglas que persiguen evitar pronunciamientos contradictorios o excluyentes, pero cuya complejidad interpretativa ha provocado frecuentemente situaciones confusas e incluso materialmente injustas. En el supuesto que se trae a consideración de la Sala debe aplicarse la regla prevista en el artículo 32. 1 del ET, cuyo segundo párrafo señala que debe procederse a examinar en primer lugar la acción que haya nacido antes, atendido el hecho constitutivo de la misma, cuando las causas de una y otra acción son independientes, como aquí ocurre, en que el hecho constitutivo de la acción de extinción de los contratos no es otro que el impago de los salarios de los trabajadores desde el mes de febrero de 2012, de manera que debe aplicarse el criterio sustantivo y no el cronológico que la sentencia adopta, basado simplemente en que la demanda que en primer término tuvo entrada en el juzgado era la impugnatoria de despido, y aquella estaba caducada, debiendo insistirse en que los citados despidos se fundan en cuestiones ajenas a las que motivaron las solicitudes de extinción indemnizada.

Corolario de lo expuesto será la revocación de la sentencia recurrida y la devolución de los autos al juzgado de instancia, con objeto de que se proceda a dictar nueva sentencia que se pronuncie prioritariamente acerca de la acción de extinción contractual instada por los trabajadores recurrentes.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por D^a. D.M.C.P. y dos más contra la sentencia del juzgado de lo Social nº 13 de los de Valencia de 19 de febrero

de 2014, recaída en autos sobre despido, extinción de contrato y cantidad frente “G.R., SL”, el administrador concursal de ésta y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, con revocación de la citada resolución judicial, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento anterior a dictarse sentencia con objeto de que se proceda a dictar una nueva donde se resuelva la acción de extinción contractual ejercitada por los trabajadores.

1903

Sentencia núm. 1.586, de 18 de junio de 2014

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa que se declara en concurso de acreedores. Fase de liquidación de la empresa. Administración concursal. Extinción de la relación laboral.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia del despido del actor condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración y a declarar extinguida la relación laboral con la consiguiente indemnización, más salarios de tramitación, así como determinada cantidad en concepto de salarios y de interés por mora.

Sala: Estima el recurso y revoca en parte la sentencia en el sentido de no condenar al pago de los salarios de tramitación. Ante la imposibilidad de readmitir al trabajador por despido improcedente debido a la disolución de la mercantil, el actor solicita la extinción de la relación laboral, por lo que solamente procede la condena a la indemnización por extinción.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por el Abogado sustituto del Estado, en representación del Fondo de Garantía Salarial, frente a la sentencia que estimando la demanda declara la improcedencia del despido y extinguida la relación laboral, condenado a la mercantil demandada al abono de la indemnización que cuantifica así como al abono de 24.354€ (330 días) de salarios de tramitación desde la fecha del despido a la fecha de la sentencia, absolviendo al FOGASA, sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria, y al administrador concursal J.L.P.B. sin perjuicio de las obligaciones de la Ley Concursal.

El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando la adición de un hecho probado que diga, “Octavo.- La mercantil M. SL esta en situación de concurso abreviado 1331/2010 en el Juzgado de lo Mercantil nº2 de Valencia, en fase de liquidación, ostentando las facultades de administración y disposición el administrador concursal, habiendo cesado en las mismas el deudor”.

El recurrente no cita prueba alguna en apoyo de su pretensión, si bien dado que al hecho probado tercero de la sentencia se declara probado que la demandada y M.C. SL forman grupo empresarial y “han presentado conjuntamente concurso de acreedores que se tramita en el Juzgado Mercantil nº 2 de Valencia, concurso abreviado nº 1331/2010 (documento 1 y 2 del administrador concursal y folios 1 y 3 a 6 de la parte actora)”, es claro que tal documental se tiene por reproducida, consistiendo el documento 1 citado en el Auto de 9-1-2013 del Juzgado Mercantil nº 2, acordando la apertura de la fase de liquidación de las empresas, la transformación de la sección 5º en convenio de liquidación, decretando la suspensión de las facultades de

administración y disposición del deudor sobre su patrimonio, siendo sustituido por el administrador concursal al que se restablece en sus funciones, declarando al disolución de la mercantil y el cese de administradores o liquidadores que serán sustituidos por el administrador concursal.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, sin cita del art. 193 de la LRJS, se denuncia la infracción del art.56 del Estatuto de los Trabajadores, art. 110.1.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y art. 40 y 145 de la Ley Concursal. Sostiene el recurrente que el administrador concursal, como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, sustituye en la representación al administrador de la mercantil, y los representantes legales de la mercantil en concurso ya no ostentan la capacidad de actuar en nombre de la mercantil; en el acto del juicio no hubiera podido comparecer ningún representante o apoderado de la empresa por falta de capacidad para ser parte, conforme al art. 6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dado su cese y sustitución por el administrador concursal, de manera que solo el administrador concursal puede ejercer la opción entre readmisión o extinción, y es por ello que el administrador concursal solicitó aclaración de sentencia al haber optado por la extinción dado el cierre de la empresa, entendiéndose que no cabía condena a salarios de tramitación, siendo desestimada la aclaración por Auto de 13-1-14, lo que entiende el recurrente infringe los artículos citados; interesando la revocación parcial de la sentencia en el sentido de no condenar al abono de salarios de tramitación, al haber optado la empresa por la extinción de la relación laboral.

El art. 110 de la LRJS, en lo que aquí interesa, dice, “1. Si el despido se declara improcedente, se condenará al empresario a la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación a los que se refiere el apartado 2 del art. 56 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores o, a elección de aquél, a que le abone una indemnización, cuya cuantía se fijará de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 del art. 56 de dicha Ley, con las siguientes particularidades:

a) En el acto de juicio, la parte titular de la opción entre readmisión o indemnización podrá anticipar su opción, para el caso de declaración de improcedencia, mediante expresa manifestación en tal sentido, sobre la que se pronunciará el juez en la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 111 y 112.

b) A solicitud de la parte demandante, si constare no ser realizable la readmisión, podrá acordarse, en caso de improcedencia del despido, tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, declarando extinguida la relación en la propia sentencia y condenando al empresario a abonar la indemnización por despido, calculada hasta la fecha de la sentencia”.

Consta en el relato fáctico de la sentencia que la empresa demandada M. SL y M.C. SL, han presentado conjuntamente concurso de acreedores que se tramita en el Juzgado Mercantil nº 2 de Valencia, concurso abreviado nº 1.331/2010, en el que se ha dictado Auto el 9-1-2013, acordando la apertura de la fase de liquidación de las empresas, la transformación de la sección 5ª en convenio de liquidación, decretando la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor sobre su

patrimonio, siendo sustituido por el administrador concursal al que se restablece en sus funciones, declarando al disolución de la mercantil y el cese de administradores o liquidadores que serán sustituidos por el administrador concursal. Asimismo, visionado el DVD de la grabación del acto del juicio, la parte actora solicitó se declarase la extinción de la relación laboral en la sentencia por el cierre de la empresa, a lo que se adhirió el administrador concursal por carecer ya la empresa de actividad. Por lo que en aplicación de lo expresamente dispuesto en el art. 110.1 de la LRJS, declarada en la sentencia la improcedencia del despido y siendo que el actor optó por la extinción de la relación laboral ante la imposibilidad de ser readmitido, dado el cierre de la empresa, -a lo que se adhirió el administrador concursal-, la sentencia debió tener por hecha la opción por la indemnización en la sentencia, y en consecuencia solo procedía la condena al abono de la indemnización pero no a salarios de tramitación, (en el mismo sentido, sentencia de esta Sala de 18-4-2013 rec. 492/13), lo que lleva a la estimación del recurso.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del FONDO DE GARANTIA SALARIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.12 de los de Valencia, de fecha 9-diciembre-2013, en virtud de demanda presentada a instancia de A.J.D.B.; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida, en el sentido de que no procede la condena al abono de salarios de tramitación, manteniendo en el resto la sentencia de instancia.

1904

Sentencia núm. 1.609, de 24 de junio de 2014

Materia: Declaración de invalidez: Incapacidad permanente total. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios como electricista. Realizando su tarea se encuentra indispuerto y es trasladado a centro hospitalario donde se le diagnostica un infarto isquémico. Solicitud declaración de incapacidad permanente total derivada de contingencia profesional. Falta de carencia en las cotizaciones. Reconocimiento prestación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a los demandados de lo peticionado frente a ellos.

Sala: Estima en parte el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara al actor en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual derivada de accidente de trabajo. Condena a todos los codemandados a pasar por esta declaración. Condena a la mutua a abonar una pensión vitalicia y mensual, declarando la responsabilidad subsidiaria del INSS y de la TGSS.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De tres motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima su reclamación sobre reconocimiento de la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo y a la que imputa error de hecho y errores de derecho, habiendo sido impugnado el recurso por la Mutua codemandada como se indicó en los antecedentes de hecho.

En el primero de los motivos que se introduce por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se insta por la parte actora la modificación del hecho probado quinto en cuanto la determinación que el mismo efectúa de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo y solicita que se sustituya la frase referida a dicha base reguladora por esta otra: “para la derivada de contingencia profesional la base reguladora es de 1569,80 euros mensuales y fecha de efectos 01.12.2011” o alternativamente en vez de 1569,80 euros 1567,37 euros mensuales.”

La redacción solicitada se deduce de la argumentación y los cálculos que efectúa la defensa del recurrente en relación con los documentos obrantes a los folios 54, 55, 56, 57, 58, 61, 63 y 65 y la misma no puede ser acogida por cuanto que la determinación de la referida base reguladora es una cuestión jurídica que ha sido discutida por la parte actora y por la Mutua X. y por lo tanto su cuantía no puede ser fijada en el relato fáctico de la resolución recurrida, lo que obliga a tener por no puesta la cuantía que para la misma se indica en el hecho controvertido y con la que discrepan tanto el demandante en su escrito de recurso como la Mutua codemandada al impugnar el recurso, si bien al incurrir los mismos en idéntico defecto al que se aprecia

en la sentencia del juzgado la consecuencia, como se ha dicho, ha de ser la de tener por no puesta la cuantía que se fija para dicha base reguladora en el relato fáctico de la resolución recurrida, en lugar de sustituirla por la que solicitan la parte actora o la Mutua.

SEGUNDO.- Por el apartado c del art. 193 de la LJS se introducen los dos siguientes motivos del recurso. En el primero de los motivos destinados a la censura jurídica de la resolución recurrida se imputa a ésta la infracción por no aplicación del art. 60.2 del Reglamento de Accidentes de Trabajo, decreto de 22 de junio de 1956 donde se establece como se calcula la base anual de la pensión. En este motivo la defensa del recurrente razona el modo de calcular la base reguladora de la prestación interesada a partir de datos que no tienen su reflejo en el relato fáctico de la sentencia de instancia y que tampoco se han intentado introducir a través de la correspondiente revisión formulada al amparo del apartado b del art. 193 de la LJS, pues, como hemos visto en el anterior motivo del recurso lo pretendido por el recurrente era fijar como hecho probado la cuantía de la base reguladora de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo, pero no intentaba introducir ni los días trabajados por el actor en el mes precedente al accidente de trabajo ni tampoco el salario percibido por el actor en dicho mes, por lo que al desconocerse dichos datos no puede prosperar el motivo ahora examinado, debiendo dejarse, en su caso, para ejecución de sentencia la determinación de la indicada base reguladora.

TERCERO.- En el tercer y último motivo del recurso se denuncia la infracción por no aplicación del art. 115.1 de la Ley General de la Seguridad Social así como del art. 115.3 del mismo texto legal y del art. 115.2 f) también de la misma norma y las sentencias del Tribunal Supremo de 8-3-2005, 16-2-1996 y 27-7-2007 sobre accidente de trabajo.

Aduce la defensa de la parte actora que en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia se recoge que mientras el actor se encontraba prestando servicios para la empresa en la que trabajaba en el domicilio de un cliente en la localidad de Hospitalet de Llobregat, se encontró indispuerto y fue trasladado al Hospital de B. y tras las oportunas pruebas diagnósticas, que fijaron la producción de un infarto isquémico, se derivó a ingreso hospitalario, por lo que al haber ocurrido la lesión en tiempo y lugar de trabajo debió apreciarse la existencia de accidente de trabajo al beneficiarse de la presunción establecida en el art. 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social y no haberse acreditado la ruptura de la relación de causalidad entre la lesión y el trabajo, sin que obste a dicha conclusión que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o hubiera presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo.

Para dilucidar si el ictus isquémico sufrido por el actor cuando prestaba servicios para la empresa demandada tiene la consideración de accidente de trabajo se ha de tener presente los criterios recogidos en la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2013 (ROJ: STS 6543/2013), Recurso: 726/2013 y según la cual:

“1) La presunción del artículo 115.3 (antes, art. 84.3 LGSS del 74) de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.

2) Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.

3º) La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardiaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.”

En el presente caso y conforme se desprende del relato fáctico de la sentencia del juzgado, se ha de tener en cuenta que el demandante que es electricista, oficial de 3ª, en fecha 18-10-2010 mientras prestaba servicios para su empresa en el domicilio de un cliente se encontró indispuerto y fue trasladado al Hospital de B. donde ingresó y se le diagnosticó la producción de un infarto isquémico, quedando ingresado, habiéndosele producido el 20-10-2010, una vez ingresado, aumento del área isquémica con infarto posterior al señalado del día 18-10-2010. El actor presenta como consecuencia de dichos infartos hemiparesia izquierda, alteraciones segmentarias de la contractibilidad en seguimiento por cardiología, alteración del carácter, irritabilidad, agresividad, desinhibición como consecuencia del ictus isquémico. Luego al regir la presunción de accidente de trabajo respecto al ictus isquémico sufrido por el actor en fecha 18-10-2010 y no haberse aportado datos que desvinculen por completo la referida lesión con la prestación de servicios llevada a cabo por el demandante, se ha de considerar accidente de trabajo la contingencia de la que derivan las limitaciones orgánicas y funcionales que presenta el actor como consecuencia del indicado ictus isquémico, sin que obste a dicha conclusión la afirmación voluntarista y predeterminante del fallo que se contiene en el hecho probado sexto y que se habrá de tener por no puesta, acerca de que los ictus isquémicos son per se ajenos al trabajo habitual del mismo, pues, lo cierto es que cuando dicha lesión se produce en tiempo y lugar de trabajo rige la presunción contenida en el art. 115.3 de la Ley General de la Seguridad Social, tal y como por lo demás ha apreciado nuestro Alto Tribunal en sentencia de 04 de mayo de 1998 (ROJ: STS 2824/1998), Recurso: 932/1997 que

consideró accidente de trabajo el accidente cerebrovascular agudo sufrido por el conductor de un camión cuando se encontraba a bordo del camión, aunque en situación de relevo activo, pero con presencia y disponibilidad plena en el propio puesto de trabajo.

Afirmada la contingencia profesional de las dolencias sufridas por el actor resulta innecesaria la exigencia de una determinada carencia de cotizaciones para ser acreedor de la prestación interesada (art, 138.1 de la Ley General de la Seguridad Social) y como quiera que las limitaciones orgánicas y funcionales derivadas de la patología del actor le impiden el desarrollo de su profesión habitual de electricista ya que la misma requiere una buena movilidad de las extremidades superiores e inferiores de la que carece el demandante por la hemiparesia izquierda que le ha quedado como secuela del ictus cerebral, su situación se incardina en el apartado 4 del art. 137 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción original que está vigente en virtud de la Disposición Transitoria Quinta Bis del mismo texto legal, conforme postula el demandante y no habiéndolo apreciado así la sentencia de instancia, procede su revocación a fin de estimar la demanda, declarando el derecho del actor a percibir la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre del demandante D. M.A.R.E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cinco de los de Alicante y su provincia, de fecha 30 de mayo de 2013 y el auto de aclaración de la misma, y revocamos la sentencia de instancia, estimando la demanda interpuesta contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua X. y la empresa C.T. S.L. y declaramos al demandante D. M.A.R.E. en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de accidente de trabajo, condenando a todos los codemandados a estar y pasar por esta declaración y además a la Mutua X. a abonar al demandante una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador reglamentario, con más los incrementos legales correspondientes, y con efectos desde el día 1-12-2011, declarando la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social como sucesor del Fondo de Garantía de Accidentes y la responsabilidad subsidiaria de la Tesorería General de la Seguridad Social en su condición de reaseguradora.

1905

Sentencia núm. 1.657, de 26 de junio de 2014

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador de alta en el RETA que procede a la prestación de servicios de mercancías por carretera. El actor ingresa como socio en una cooperativa. Reclamación de determinadas cantidades en concepto de salarios, horas extra, dietas y horas de presencia y nocturnidad. Relación de laboralidad del actor con las empresas codemandadas.

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

Sala: Estima el parcialmente el recurso, reconociendo al actor el derecho a percibir determinadas cantidades en concepto de salarios, pagas extra y vacaciones no disfrutadas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, después de determinar cuál es la configuración, en términos de responsabilidad, de las diversas empresas del grupo LI.N., en su condición de empleadoras del actor, entra a conocer de la concreta reclamación de cantidad del actor por salarios, horas extras, dietas y horas de presencia y nocturnidad, y concluye rechazando la demanda de cantidad interpuesta al considerar que si bien el actor ha generado créditos, en cumplimiento de los contratos suscritos, por valor de 50.000 euros no consta acreditado, tras declararse que la relación que lo unía con las demandadas era de naturaleza laboral, ni lo ya devengado por tales conceptos ni la menor individualización de los conceptos reclamados.

Contra el anterior pronunciamiento recurre el actor con el amparo procesal de los apartados b) y c) del artículo 193 de la LRJS.

En primer lugar, solicita la revisión del hecho probado Octavo a fin de que se estimen acreditados los viajes realizados por el actor desde el 1.8.09 al 31.1.10, así como los importes de horas extras, presencia, nocturnidad y dietas, señalando que resulta incongruente que el Juzgado estime acreditada la prestación de servicios para las empresas en el período de tiempo señalado y no las prestaciones concretas, que se encuentran en la documental aportada a los folios 133 a 206 y 211 a 260, especificando los viajes realizados, las dietas devengadas por los días trabajados según Convenio. Si bien respecto de las horas extras éstas no constan lo es por no haber facilitado las empresas los discos de tacógrafo que el actor solicitó como prueba. Igualmente solicita que se omitan las referencias a los créditos generados por el trabajador dado que la relación ha sido declarada de carácter laboral y dichos créditos. El texto literal de la alternativa fáctica es el que sigue: “Reclama la actora los importes por salario del período de 1.8.09 al 31.1.10, así como los importes por horas extraordinarias, presencia, nocturnidad y dietas obrante en su ampliación a la

demanda de fecha 7 de febrero de 2012 "Reclama la actora los importes por salario del período de 1/8/09 a 31/1/10, así como los importes por horas extraordinarias, presencia, nocturnidad y dietas obrante en su ampliación de demanda de fecha 7 de febrero de 2012, cuyo detalle se da por reproducido, quedando probados los salarios, las gratificaciones extraordinarias y las vacaciones, no disfrutadas adeudadas al trabajador, así como las dietas mínimas devengadas en el territorio nacional, adeudándose al trabajador en concepto de las mismas por el mes de agosto de 2009: 1.105,00€ (26 días x 42,50€), de septiembre de 2009: 765,00€ (18 días x 42,50€), de octubre de 2009: 1.190,00€ (28 días x 42,50€), de noviembre de 2009: 1.232,50€ (29 días x 42,50€), de diciembre de 2009: 1.062,50€ (25 días x 42,50€) y de enero de 2010: 810,92€ (19 días x 42,68€), siendo la cantidad total de dichas dietas mínimas de 6.165,92 €, habiendo quedado acreditadas dichas cantidades mediante las facturas de la cooperativa O. reconocidas y no impugnadas por las demandadas, habiendo realizado el trabajador los siguientes viajes: del 5/8/2009-14/8/2009 (folios 133 a 146 y 220 de los Autos), del 17/8/2009-27/8/2009 (folios 147 a 150 y 226 de los Autos), del 27/8/2009-3/9/2009 (folios 151 a 152 y 225 de los Autos), del 9/9/2009-16/9/2009 (folios 154 a 155 y 228 de los Autos), del 18/9/2009-25/9/2009 (folios 156 a 159 y 233 de los Autos), del 1/10/2009-9/10/2009 (folios 160 a 163 y 237 de los Autos), del 10/10/2009-19/10/2009 (folios 164 a 167 y 235 de los Autos), del 23/10/2009-30/10/2009 (folios 168 a 172 y 240 de los Autos), del 31/10/2009-10/11/2009 (folios 173 a 176 y 254 de los Autos), del 12/11/2009-20/11/2009 (folios 177 a 187 y 241 de los Autos), del 21/11/2009-28/11/2009 (folios 188 a 190 y 247 de los Autos), del 29/11/2009-3/12/2009 (folios 191 a 194 y 246 de los Autos), del 7/12/2009-14/12/2009 (folios 195 a 197 y 248 de los Autos), del 15/12/2009-22/12/2009 (folios 198 a 200 y 249 de los Autos), del 26/12/2009-19/1/2010 (folios 201 a 206 y 255 a 256 de los Autos)".

Y a la vista de la citada documental que pretende dejar sin efecto la afirmación que la sentencia de instancia realiza sobre la falta de acreditación de lo reclamado, sin perjuicio de dar por reproducidos los citados documentos, dado que los mismos pretenden dar por acreditada la totalidad de las cantidades reclamadas, no procede aceptar la redacción alternativa, que versa sobre diversos conceptos salariales y extrasalariales, que tienen en nuestro ordenamiento jurídico, tratamientos diferenciados respecto a su prueba. Por tanto, denegamos la revisión fáctica pretendida.

SEGUNDO.- En un segundo motivo, y en base al contenido del apartado c) del ya citado precepto procesal se alega cometida la infracción de los arts 4.2 f) y 29 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 217 de la ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial establecida en diversas sentencias del TS como las de 13 y 20 de noviembre de 1989 y 2 de marzo de 1992. Y dentro del mismo apartado cita igualmente como infringido el art. 52.2 de la Ley 8/1988 de la LISOS y el art. 53 del RD-L 5/2000, así como la doctrina jurisprudencial que han establecido la Presunción de veracidad de las Actas levantadas por la Inspección de Trabajo, ssTS 24 de abril 1991, y 19 de enero de 1996.

Comenzando el análisis de la pretensión del recurrente por la cuestión relativa

a la prueba de sus afirmaciones, es doctrina jurisprudencial reiterada que el art 217 de la LEC viene a corroborar, y así lo ha entendido también esta Sala (ss. 22 de septiembre 2000, nº 3723, de 3 de diciembre del 2002, nº 6695 y otras), que la regla de juicio establecida en el antiguo art. 1214 del C.C. solo resultaba aplicable cuando el juzgador se encontraba, en el momento de poner sentencia, con el llamado hecho incierto, o con una situación en que a su juicio no existía prueba suficiente para resolver con el convencimiento necesario. Para ello, y dada la obligación de resolver en todo caso, la ley ha otorgado al juez una regla de juicio a fin de evitar la paralización que supone la incerteza sobre el fondo de la resolución, cuando, tras haberse practicado un mínimo de prueba se mantiene la duda sobre cuál ha de ser el contenido del fallo judicial. El actual art. 217 LEC refuerza el carácter de regla de juicio del precepto al establecer de manera expresa lo que antes era una interpretación jurisprudencial. Dice el precepto citado en su párrafo 1: “Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u a otros la carga de los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones”. Es decir que la aplicación de la regla de juicio va a determinar que cada parte asuma la carga de la prueba que allí se expresa, pues si bien cuando el hecho es incontestable es indiferente de donde proceda la prueba, en los supuestos de incerteza o duda es imprescindible concretar quien tenía que probar para que sea la parte responsable de la prueba quien sufra las consecuencias de haber faltado a la que le correspondía, de acuerdo con la distribución establecida en el precepto que se dice infringido. Pero igualmente recoge tal precepto en su apartado 6º que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de éste artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en litigio”. Dicho precepto aplicado al presente supuesto, y puesto en relación con las normas procesales especiales del ámbito laboral citadas por la parte recurrente, así como del art. 97 de la LRJS, nos permite, no solo poder afirmar, lo que por otra parte ya hace la sentencia de la instancia, que la relación que unía a las partes era de naturaleza laboral, sino también estimar acreditado lo que sigue:

1.- Que el salario de un conductor mecánico en el año 2009 era de 1.393,90 euros, y en el 2010 ascendió a 1.404,85 euros, al tratarse de un hecho no discutido, admitido por la sentencia de instancia.

2.- que el actor realizó su actividad como tal conductor para las empresas demandadas desde el 1.8.09 al 31.1.2010, sin que conste se le abonaran salarios por dichos servicios. Consta, no obstante, que el actor generó créditos en la realización de su actividad por importe de más de 50.000 euros, que tampoco constan abonados, como derivados de la supuesta relación mercantil entre las partes.

3.- Ha quedado acreditado que la relación entre las partes era de naturaleza laboral, y que las empresas no abonaban anticipos societarios como compensación de los servicios prestados

La conclusión que cabe establecer de los hechos probados de la propia

sentencia de instancia, excluida la conclusión valorativa de los mismos, que debe considerarse errónea, es que de las cantidades reclamadas por el actor deben considerarse devengadas y no satisfechas, las correspondientes a los salarios del período reclamado, comprensivo de salario base y prorrateo de horas extras del Convenio Colectivo de aplicación, así como las partes proporcionales de las vacaciones no disfrutadas, que no le fueron abonadas en su formal condición de autónomo en respuesta a las facturas emitidas, sin que le sean imputables los gastos que originaba el uso del vehículo, al tratarse de una relación de naturaleza laboral, y no mercantil. Sin embargo del resto de conceptos debemos señalar que, al igual que la resolución precedente de ésta misma Sala de fecha 4 de marzo del 2014, sentencia nº 690/14, que conoció de asunto similar que afectaba a otro conductor de las mismas empresas, en similar circunstancia, no cabe estimar acreditados los conceptos reclamados como dietas (las cuales podrían atribuirse por vía de presunciones a la cantidad de los 450 euros al mes que estuvo percibiendo), y horas extras (que no constan más que por sus propias manifestaciones), así como todos aquellos que exigen la acreditación fehaciente de haber concurrido en la prestación de servicios concreta, como es el caso de la nocturnidad, en aplicación del principio de igualdad para situaciones iguales que podría hacer de desigual condición situaciones equivalentes como lo son la reclamación resulta en aquella sentencia y la que ahora se pronuncia.

Por ello, dando por reproducidos los argumentos expuestos en la sentencia de ésta misma sala antes citada, así como en la sentencia del Juzgado de la que procedió aquel recurso, el nº 2047/2013, debemos estimar en parte el recurso interpuesto por Don L.P. y estimar su demanda en lo que respecta a la reclamación salarial que comprende salario base y gratificaciones extraordinarias, así como las vacaciones de dicho período no disfrutadas, que ascienden a un total de 8.994,97 euros.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DON L.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº UNO de los de VALENCIA, de fecha 6 de marzo del 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimando en parte la demanda, condenamos solidariamente a las empresas LI.N. SL, SL; OL. SA; T.C. SL y Cooperativa O. SCV al abono al actor de la cantidad de 8.994,97 euros, por los salarios devengados en el período del 1.8.09 al 31.1.2010, sin perjuicio de las obligaciones derivadas de la Ley Concursal y de la responsabilidad del Fondo de Garantía Salarial.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.697, de 1 de julio de 2014

Materia: Reclamación de cantidad: Abono complemento salarial de antigüedad. Trabajador al servicio de sociedad estatal de correos. El proceso seguido en el juzgado se ha suspendido en varias ocasiones, al pender un procedimiento de conflicto colectivo seguido ante la Audiencia Nacional.

Juzgado: Estima la excepción de caducidad de la instancia alegada de contrario y desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada. No entra a resolver el fondo del asunto.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de la resolución judicial de instancia, con la consiguiente devolución de autos al juzgado de procedencia para que éste dicte sentencia que decida sobre el fondo del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.-Por la representación letrada de la parte demandante se formula recurso contra la sentencia que sin entrar a conocer del fondo del asunto planteado, concretamente el abono del complemento de antigüedad, absolvió a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos al haber estimado la excepción de caducidad de la instancia alegada de contrario.

La recurrente plantea en primer término, y con amparo en el artículo 193 “a” de la LRJS, la nulidad de dicha sentencia y la reposición de los autos al momento anterior a ser dictada, por considerar que infringe los artículos 237.1 y 238 de la LEC, ya que al margen de la discusión doctrinal acerca de la aplicación de dicha figura al proceso laboral, la estimación de la caducidad de la instancia atentaría a las más elementales exigencias de la buena fe procesal, partiendo de que el proceso seguido en el juzgado se suspendió multitud de veces, siempre a instancia de la demandada, al pender un procedimiento de conflicto colectivo seguido ante la Audiencia Nacional.

La decisión objeto de recurso considera que entre el 27 de mayo de 2009, fecha de la última providencia del juzgado por la que se suspendía el señalamiento de juicio oral para dicho día, y el requerimiento a la parte actora efectuado a través de providencia de 20 de marzo de 2012 para que se hicieran las manifestaciones oportunas, solicitándose el 18 de abril de dicho año la reanudación del procedimiento, ha transcurrido más de dos años, de manera que constando que la última sentencia de conflicto colectivo alegada es la de 7 de abril de 2009, no concurre causa de exclusión de dicha caducidad.

Para decidir el recurso debe traerse a colación lo resuelto en la sentencia de esta propia Sala, recaída en el recurso 694/13, en proceso similar a éste, seguido también por un trabajador de Correos y Telégrafos contra dicha entidad, y donde se expresaba que no podía sostenerse la caducidad en la instancia cuando resultaba que la causa de paralización del procedimiento acordada --entonces-- por providencia de

18 de enero de 2008 fue la existencia de un conflicto colectivo cuyo resultado podía resultar perjudicial a efectos de resolver la litis, motivo ajeno a la voluntad de las partes litigantes que impide que pueda resultar de aplicación, con arreglo al artículo 238 de la LEC, el instituto de la caducidad de la instancia, citando como base diversos pronunciamientos recaídos en diversas resoluciones de la Sala de 5 de febrero de 2012 en sentido semejante.

En definitiva, al constatarse la pendencia del proceso colectivo aludido, debe ser apreciada la doctrina citada, por igualdad en la aplicación del derecho, sin perjuicio de indicar que hubiera sido más correcto que el propio juzgado hubiera realizado el requerimiento antes de transcurrir los dos años desde la última providencia de suspensión, a fin de evitar un perjuicio a dicha parte de difícil reparación.

Esta solución implica la estimación del motivo, y por extensión del recurso, sin que sea menester examinar su segundo motivo, pues se formula de manera subsidiaria al precedente.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por don M.M.T.C. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Valencia de 4 de noviembre de 2013, en proceso sobre cantidad a instancia de aquél frente a la Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, declarando la nulidad de dicha resolución judicial y la devolución de los autos al juzgado de procedencia a fin de que se vuelva a dictar sentencia, con entera libertad de criterio, que decida el fondo del asunto.

1907

Sentencia núm. 1.712, de 1 de julio de 2014

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa que ve extinguida su relación laboral en virtud de ERE pactado entre empresa y representantes de los trabajadores. Se presenta un plan de prejubilaciones para mayores de 53 años. Seguro colectivo de rentas de supervivencia con aseguradora. Responsabilidad solidaria empresa y aseguradora.

Juzgado: Desestimando la excepción de incompetencia de jurisdicción, se condena solidariamente a la empresa y aseguradora codemandadas a abonar al trabajador determinada cantidad más los intereses legales que correspondiesen.

Sala: Estima el recurso de la empresa demandada en la instancia, liberando a ésta de la responsabilidad solidaria. Una vez cumplidos sus compromisos mediante el contrato de seguro y el abono de la correspondiente prima, la empresa queda desvinculada de la obligación del pago de las cantidades garantizadas con el seguro, de cuyo cumplimiento debe responder la entidad aseguradora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado designado por la empresa A.T., S.A. la sentencia de instancia que le condenó a pagar, solidariamente con la compañía aseguradora A.L. NV, la cantidad de 17.802,01€ a D. V.R.L. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la revisión de los hechos que la sentencia declara probados, en los siguientes términos:

1º) Se interesa en primer lugar, que se complete el hecho probado segundo de la sentencia para que se transcriban dos párrafos del acuerdo suscrito el 25 de enero de 2007 en el expediente de regulación de empleo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Petición que se rechaza por innecesaria, pues constando en el hecho controvertido la existencia del mencionado acuerdo, la Sala lo puede examinar en su integridad sin necesidad de que se transcriban todos o algunos de sus pasajes.

2º) Las mismas razones nos llevan a rechazar la modificación que se postula para el hecho probado cuarto, en la que se pretende que se transcriba el contenido del finiquito firmado por el demandante al que se refiere el citado hecho.

3º) Finalmente se interesa la adición de un hecho probado nuevo en el que se diga que el 16 de marzo de 2007 el Sr. R.L. y V.V. suscribieron un contrato de gestión, y que se reproduzca el expositivo (sic) segundo. Dada la existencia del citado

documento –el número 12 de los aportados por la empresa recurrente- procede incorporar al texto de la sentencia su contenido íntegro.

SEGUNDO.- 1. Los dos últimos motivos del recurso están redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS. Se denuncia –en el motivo primero- la infracción del artículo 1 de la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, así como los artículos 1203-3º, 1204, 1206 y 1156 del Código Civil, en relación con el artículo 8.6 y la disposición adicional primera del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de los Planes y Fondos de Pensiones. Alega la empresa que por el contrato de seguro se desplaza la obligación patrimonial, la cual fue externalizada de mutuo acuerdo con los trabajadores afectados por las prejubilaciones, y comprendía el pago de indemnizaciones cuantificadas con referencia a las prestaciones de desempleo y, en su caso, jubilación, hasta un porcentaje del salario neto, así como al coste de las cuotas del convenio especial con la Seguridad Social. El importe resultante de capitalizar lo anterior era la indemnización pactada, cuyo pago fraccionado se externalizaba de mutuo acuerdo con los trabajadores, los cuales tuvieron la oportunidad de reunirse con la compañía mediadora antes de comunicar su aceptación al plan de prejubilaciones ofrecido. Por ello, los trabajadores firmaron un contrato de gestión para encomendar no solo las prestaciones por desempleo, sino también ante la compañía aseguradora y la gestión del posible rescate si concurría una situación de incapacidad permanente. Por ello, entiende la empresa, se ha producido una novación obligacional subjetiva que de la empresa ha pasado a la aseguradora, con el subsiguiente efecto extintivo de la responsabilidad de aquella, que ya adelantó las sumas debidas en forma de prima en un solo pago. Por último y como subsidiario a éste, se plantea en el motivo segundo la infracción del artículo 1108 del Código Civil respecto de la condena a la empresa de los intereses legales sobre las cantidades que no fueron abonadas por la aseguradora A.L., pues la empresa no ha podido incurrir en la mora del deudor por no existir retraso culpable en una obligación cuyo pago había deferido a la entidad de seguros; con cita de la sentencia de éste mismo TSJ de fecha 12 de noviembre del 2009.

Por contra, el demandante entiende que el abono de la prima no libera a la empresa, por cuanto no consta de forma expresa la exoneración de responsabilidad para el supuesto de impago por la aseguradora, y sostiene que el seguro funcionaba como una garantía de pago y no como un desplazamiento de responsabilidad.

2. La misma cuestión que se plantea en este procedimiento por el Sr. R.L., ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en sentencia de 23 de octubre de 2013 (rs.811/2013), si bien que respecto de otros trabajadores de la empresa A.T. S.A. que se encontraban en la misma situación que aquél. Por tanto, razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, nos llevan a reproducir los argumentos contenidos en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la citada sentencia, pues no consta que su pronunciamiento haya sido corregido por instancias superiores. Así, como se dice en ella, “**TERCERO.-** Entrando a analizar la cuestión de fondo debatida debemos comenzar señalando que el objeto principal del recurso se centra en la determinación de si subsiste la responsabilidad de la empresa, respecto de los pactos suscritos entre ésta y los representantes de los trabajadores, en relación con

aqueños trabajadores afectados por diversos expedientes de regulación de empleo que se sumaron a los planes de prejubilación anticipada, por tener edad superior a los 53 años, en base al cual suscribieron como beneficiarios, siendo la empresa A.T. el tomador y la aseguradora A.L., contrato de seguro mediante el cual obtendrían de ésta última una renta en pagos mensuales, cuyo coste se había abonado previamente y en su totalidad por A.T.. Tal responsabilidad ha sido afirmada por la sentencia de instancia, con el carácter de solidaria conjuntamente con la compañía aseguradora, al hallarse ésta segunda incurso en procedimiento de liquidación por revocación de la autorización para operar como aseguradora, lo que ha conllevado la suspensión en la ejecución de todos los contratos de seguro concertados, pues se afirma que una vez aprobados los correspondientes ERE, los trabajadores que se acogieron a dicho Plan de Prejubilaciones han venido percibiendo la correspondiente pensión mensual hasta diciembre del 2010, a partir de la cual han percibido dos transferencias en fechas 31 de enero y 28 de febrero del 2011 por diversas cantidades, procedentes de la entidad aseguradora, quedando pendientes de abono las cantidades que constan referenciadas en la sentencia de instancia, en su hecho probado octavo, que son el objeto de reclamación a sus respectivos vencimientos.

Aunque no consta expresado de manera clara y concreta, se debe entender que partiendo del pacto de indemnizaciones en la extinción, que recoge la suma de cincuenta días de salario por año de servicio, fueron abonadas a los trabajadores de forma inmediata a la extinción de sus contratos, el 50% de la suma resultante, que abarcaba por tanto, algo más de la indemnización establecida legalmente para los supuestos de despido objetivo, quedando pendiente otro 50%, a instrumentar " por medio de pagarés u otro documento mercantil habitual de A.T. SA avalados por una entidad financiera de reconocida solvencia", así como la constitución de planes de prejubilación para los trabajadores mayores de 53 años, en los que se garantizaba el mantenimiento de determinados porcentajes de su salario neto hasta cumplir la edad legal de jubilación, así como la suscripción de un Convenio especial con la Seguridad Social. Por tanto no estamos discutiendo el impago de todo o parte de la indemnización legal, sino de la parte correspondiente a un pacto de mejora de ésta, lo que venía siendo habitual en la negociación de los ERE en las fechas en que se aprobaron los aquí referidos.

También, resulta de interés señalar que con independencia de que las cantidades aseguradas puedan corresponder a parte de la indemnización pactada por la extinción de los contratos, lo que los demandantes debieron aclarar, es evidente que no correspondería en ningún caso a la indemnización legal a la que cabe considerar como intransferible. Por tanto, y respecto de su posible consideración como parte de la indemnización pactada por la extinción de contratos, no existe norma prohibitiva de la sustitución de ésta por cualquier otra obligación garantizada, pues lo que aquí se reclama, no es el abono de parte de dicha indemnización, sino el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Plan de prejubilaciones, concretadas en el abono de rentas temporales durante plazos individualizados para cada trabajador, según la edad que tenía a la fecha de la extinción de su contrato.

CUARTO.- Partiendo de dichas premisas fáctica y jurídica, hay que señalar que la adscripción por los trabajadores que superaban la edad de 53 años, al plan de

prejubilaciones fue voluntario, como lo demuestra la suscripción personal por cada uno de los demandantes de la correspondiente solicitud (documento 3, tomo 6, sin foliar), y ello en las condiciones o términos del pacto tercero del acuerdo de fechas 18 de enero 2007 y de 25 de enero del 2007, o al pacto de 9 de abril del 2008, de los correspondientes ERE's. Tal suscripción, se concretó en los seguros de rentas temporales suscritos con la entidad aseguradora A.L., que garantizaba al trabajador las rentas pactadas, según fuera la edad de cada uno, cuya prima fue pagada en su totalidad por la empresa A.T. SA como indemnización por extinción del contrato. Una vez firmados los correspondientes seguros de rentas cada trabajador firmó el correspondiente finiquito por el cual mostraba su conformidad a la liquidación efectuada, señalando "sin que tenga reclamación alguna que realizar por ningún concepto, dando por finalizada mi relación laboral con la empresa A.T. SA".

A la vista de los datos anteriores entendemos que la empresa A.T. suscribió un compromiso que cumplió íntegramente al satisfacer las primas de las correspondientes pólizas y concertar el Convenio Especial, que garantizaba el acceso a la jubilación en las condiciones pactadas, además de satisfacer en el mismo acto de la extinción del contrato, la indemnización legal correspondiente por el despido objetivo, al haberse pactado la satisfacción del resto a través de instrumentos mercantiles, lo que efectuó conforme a lo pactado. Tal cumplimiento no se discute.

Para conocer si tal cumplimiento la excluye de la responsabilidad de garantizar que tales rentas aseguradas, efectivamente fueran a ser satisfechas por la entidad aseguradora, habrá que acudir a la normativa específica que posibilita la instrumentalización de los pactos entre empresas y trabajadores, asumidos en los ERE's, del modo que señala el art 8, en su apartado 6 d) del Real Decreto Legislativo 1/2002 de 29 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, vigente hasta el 6 de marzo del 2011, en el cual se señalaba que: "Los compromisos asumidos por las empresas con los trabajadores que extingan su relación laboral con aquéllas y pasen a situación legal de desempleo en los casos contemplados en el párrafo tercero de la letra a) anterior, que consistan en el pago de prestaciones con anterioridad a la jubilación, podrán ser objeto de instrumentación, con carácter voluntario, de acuerdo con el régimen previsto en la disposición adicional primera de esta Ley, en cuyo caso se someterán a la normativa financiera y fiscal derivada de ésta.". Dicho régimen, contenido en la citada Disposición adicional primera, bajo el título de "Protección de los compromisos por pensiones con los trabajadores ", dice literalmente: "Los compromisos por pensiones asumidos por las empresas, incluyendo las prestaciones causadas, deberán instrumentarse, desde el momento en que se inicie el devengo de su coste, mediante contratos de seguros, incluidos los planes de previsión social empresariales, a través de la formalización de un plan de pensiones o varios de estos instrumentos. Una vez instrumentados, la obligación y responsabilidad de las empresas por los referidos compromisos por pensiones se circunscribirán exclusivamente a las asumidas en dichos contratos de seguros y planes de pensiones."

Por tanto, la conclusión legal de acuerdo con la norma vigente al momento de la suscripción del correspondiente pacto, es que la empresa, una vez cumplidos sus

compromisos a través de la instrumentalización, mediante el contrato de seguro y el abono de la correspondiente prima, quedó desvinculada de la obligación del pago de las cantidades garantizadas con el seguro, de cuyo cumplimiento responde bien la entidad aseguradora A.L. o las entidades nacionales cuyo fin es garantizar la cobertura de las pólizas de seguros en el caso de liquidación de las aseguradoras, según el derecho belga. Debemos, pues, proceder a estimar el segundo de los motivos del recurso, lo que impide entrar a conocer del alegado como subsidiario”.

TERCERO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

2. No ha lugar a la imposición de costas (artículo 235 LRJS).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa A.T., S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Valencia de fecha 17 de julio de 2013, en virtud de demanda presentada a instancia de DON V.R.L.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de excluir del pronunciamiento de condena a la empresa A.T., S.A., manteniendo la condena a la aseguradora A.L. NV, y confirmando el resto del pronunciamiento condenatorio que queda limitado a dicha entidad aseguradora.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.723, de 1 de julio de 2014

Materia: Extinción de la relación laboral: Despido disciplinario. Abuso de confianza. Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo. Trabajador al servicio de empresa dedicada a la elaboración de pan, desempeñando tareas administrativas. Valoración acerca de la gravedad y culpabilidad de la conducta del trabajador.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido del trabajador.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente el despido del trabajador. Corresponde a la empresa justificar los hechos que conllevan al despido. Falta de hechos que permiten la calificación de la conducta del trabajador como despido disciplinario.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

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

El recurso, que se impugna de contrario, se estructura en tres motivos. Los dos primeros se amparan procesalmente en el apartado b) del art. 193 de la LRJS e interesan la modificación del relato probado. En concreto solicitan la adición al hecho segundo de la afirmación “siempre justificada”, referida a la conducta descrita en su primer párrafo, y el añadido al hecho tercero del texto “Correos que son debidamente contestados por el demandante justificando la causa de los retrasos que se le imputan e intentando dar soluciones alternativas”, lo que en ambos casos apoya en las nuevas pautas de trabajo acordadas por la empresa el 28-3-2013, según se desprende del documento nº 8 de la empresa, y en los correos que aporta la mercantil, documentos 11 a 15. Y se desestima la modificación, al tratarse más que de hechos, de conclusiones que pudieran derivarse de la nueva valoración de los documentos señalados en el recurso. En efecto, lo único que puede deducirse de esos documentos, según valora el Magistrado “a quo” a quien compete (art. 97.2 de la LRJS) es, como admiten ambas partes, que efectivamente en empresa se ordenó la utilización de un nuevo sistema informático para la gestión de facturas y que los correos que se enviaron al actor fueron puntualmente contestados con la explicación que ya consta en el hecho tercero, sin que puedan tener acceso al relato probado deducciones o valoraciones acerca de la gravedad y culpabilidad de la conducta del trabajador, que son propias de otro lugar y desde luego no corresponde realizarlas a la parte.

SEGUNDO.- En el tercer y último motivo, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, denuncia el recurso la aplicación errónea del art. 54.2 e) del Estatuto de los Trabajadores. Alega, en esencia, que no se acreditó la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado que contempla la sentencia para

declarar la procedencia del despido, ya que refiriéndose a los requisitos exigidos por la jurisprudencia (STS 7-5-1990 o 21-2-1990), no se probó que la disminución del rendimiento fuera relevante en comparación con el que vinieran obteniendo otros trabajadores en semejante posición o el propio trabajador en otros periodos, ni continuado porque la empresa hizo caso omiso a sugerencias que podían evitar el retraso, ni voluntario ante la existencia de causas ajenas a su voluntad que justifican el retraso imputado.

Antes de resolver el recurso hay que hacer referencia a los datos que constan en los hechos probados de la sentencia y a los que se ubican con el mismo valor en su fundamentación jurídica. Se trata de un trabajador de la empresa C. SL, dedicada a la actividad de elaboración de pan, con antigüedad desde el 4-9-2007, y categoría de oficial 1ª electricista, aunque matiza la sentencia que desempeñaba tareas administrativas, que ha sido despedido mediante carta de fecha 5-12-2012, con efectos de ese día, en la que se le imputa abuso de confianza y disminución continuada y voluntaria del rendimiento en el trabajo normal, y en la que se alegan tres conductas; la primera: retrasos continuados y reiterados en la presentación de facturas así como la falta de presentación de la facturas en el formato adecuado, la segunda: falta de diligencia y retraso en la revisión preventiva de los quemadores de los hornos y caldera; y la tercera: uso abusivo del teléfono móvil. De las tres solo la primera es considerada por el juzgador de instancia de entidad suficiente para dar lugar al despido, porque la segunda solo refuerza la causa de despido invocada por la empresa y la tercera, por las razones que expone, no constituye causa de despido por transgresión de la buena fe contractual, de ahí que el recurso se limite a la valoración de la concurrencia de la causa que según la sentencia da lugar al despido.

Además, resulta necesario tener en cuenta que la sentencia expresa que la actividad del actor consiste en la gestión documental de las órdenes de trabajo de mantenimiento preventivo y correctivo de los quemadores de los hornos y de las calderas, debiendo efectuarse revisiones semestrales de los mismos, siendo competencia del actor ponerse en contacto en las fechas previstas con las empresas que deben acometer los citados trabajos de mantenimiento. También es de su competencia la revisión de las facturas y la remisión, una vez comprobadas, al Dpto. de Administración a efectos del pago y de cumplimentar las declaraciones del IVA. El actor comprobaba los albaranes verificando que se correspondieran con las facturas, introducía los datos en el programa informático y efectuaba los pedidos de materiales y servicios.

Por su parte, la carta de despido a la que la Sala puede acudir para valorar su contenido imputa al trabajador según resume adecuadamente la sentencia que desde el mes de Junio el director de Administración, ante la inminencia del cierre del IVA, le requirió información sobre las facturas de mantenimiento del mes de Mayo ya que no disponía de ninguna, debiendo haberse presentado a principios de mes; porque a finales de Junio se encontraban pendientes de justificar y contabilizar devengos correspondientes al mes de Mayo cuando es necesario disponer de la información en tiempo real, habiéndosele requerido en varias ocasiones, situación que se repite en 28 de Agosto, provocando el bloqueo de Administración, por no disponer más que de 4

facturas de mantenimiento correspondientes al mes de Julio, recibiendo entonces gran número de facturas correspondientes al mes de Junio. De nuevo, se le requiere el 24 de Septiembre para la presentación de facturas correspondientes al mes de Agosto, conducta que se repite en los meses de Octubre y primera mitad de Noviembre, continuando la presentación tardía de facturas, actuación que al prolongarse en el tiempo, provoca ineficiencia en la gestión administrativa de pago a proveedores y reclamaciones como en el caso de la empresa V., de modo que se pasan al cobro recibos antes de que Administración haya recibido las facturas, indicando que el actor persistió en su conducta no obstante las numerosas advertencias. Continúa diciendo la carta que en el mes de Marzo se produjo un retraso en la intervención de revisión preventiva de los quemadores de los hornos de la fábrica, siendo que la fecha prevista para el mantenimiento de los quemadores era el 19 de Marzo de 2012 y de las calderas, el 27 de Enero, llevándose a cabo tales trabajos con posterioridad a dichas fechas, a finales de Marzo. Se indica asimismo que en el mes de Noviembre y con ocasión de la recepción de factura de teléfono móvil que utilizaba el actor, proporcionado por la empresa, se observó que el consumo había aumentado notablemente y además en el detalle de la factura se recogen numerosas llamadas y de larga duración a horas no laborables, como por ejemplo a las 00.07h del día 5 de Octubre (duración 21 minutos), a las 23.35h del 9 de Octubre, duración 25 minutos o del 16 de Octubre, 23 h, de duración de más de una hora y media, llamadas que muy probablemente corresponden a conversaciones privadas.

Pues bien, de todas estas imputaciones la sentencia considera acreditado que se han dirigido al actor distintos correos electrónicos en los meses de Junio a Octubre de D^a. B.R. y de D. S.J., jefe del departamento de Administración, recordando al actor la necesidad de presentar las facturas en fecha. En 26-6 se le remite un correo electrónico por haber facilitado el actor datos en formato EXCEL, recordándole que tenía que proporcionarlos según el formato de la herramienta PGM Win. Ese mismo mes se le remite un correo electrónico en el que se le indica que están pendientes de justificar devengos correspondientes al mes de Mayo y que se necesita disponer de la información de cierre a tiempo real, debiendo disponer de la información de cierre en la primera semana del mes siguiente. El actor contesta con un correo, que le es muy difícil efectuar el trabajo encomendado y que en ese mes de Junio se han juntado varios problemas como la baja de un operario del almacén y la adaptación a un nuevo programa informático más complicado. En Agosto, el Dpto. de Administración le remite un nuevo correo electrónico en el que le dice que la facturación de los meses de Junio y Julio remitida al citado departamento ha sido insuficiente. En 24 Septiembre y los días 1, 2, 3 y 17 de Octubre, se remiten nuevos correos en el que se le recuerda que no se han presentado facturas, quedando pendientes facturas del mes de Agosto.

TERCERO.- Planteado el recurso en los términos que se han expuesto desde ahora se anticipa que este debe prosperar, ya que contrariamente a lo fundamentado en la sentencia es a la empresa a la que corresponde acreditar los hechos que justifican el despido, que deben estar concretamente expuestos en la carta de despido, y no al trabajador desvirtuar la imputación de unos hechos genéricamente alegados en la carta que no determina las concretas facturas, ni siquiera su número en relación con

el total exigibles, ni el retraso en su presentación, y tampoco el número de las que faltaban por presentar en relación con el total y mucho menos las que en un periodo anterior suponían la actividad normal del trabajador para compararlas con las exigidas actualmente por la empresa, teniendo en cuenta el nuevo sistema informático implantado en la empresa al final de marzo de 2012, para valorar la disminución de rendimiento imputado, y a la postre la culpabilidad y gravedad de la conducta que es sancionada con el despido.

Llegados a este punto, hay que señalar que las imputaciones que de forma tan genérica contiene la carta de despido, conlleva el que se desconozcan los datos necesarios para valorar la conducta del trabajador, lo que desde luego impiden su calificación como merecedora de la extinción disciplinaria que aplica la empresa, más si se considera que faltan los datos para aplicar la concreta causa de despido por disminución del rendimiento al ignorar cual es el rendimiento normal del trabajador, el anterior o el que desarrollan otros operarios en trabajo similar.

La doctrina jurisprudencial ha venido a señalar que para apreciar la existencia de bajo rendimiento, como causa de resolución del contrato de trabajo, es necesario que concurren las notas de voluntariedad o intencionalidad del sujeto, así como las de reiteración y continuidad (STS 7 julio 1.983); a lo que se añade, que aparte de estas notas, la constatación de la disminución del rendimiento debe hacerse a través de un elemento de comparación dentro de condiciones homogéneas, bien con respecto a un nivel de productividad previamente delimitado por las partes -rendimiento pactado-, o bien en función del que deba ser considerado debido dentro de un cumplimiento diligente de la prestación de trabajo conforme al art. 20.2 ET -rendimiento normal-, y cuya determinación remite a parámetros que, siempre dentro de la necesaria relación de homogeneidad, pueden vincularse al rendimiento del mismo trabajador o de otro compañeros de trabajo (STS 25 enero 1.988)".

Sería posible apreciar la concurrencia de esta causa de despido cuando los objetivos fijados en el contrato como mínimos no se cumplieran, pero nada de eso ocurre en el presente caso. Desde la más antigua doctrina sentada por el TCT, entre otras, en la sentencia de 17 de enero de 1989 [RTCT 1989, 610] se señala que es preciso que existan datos fiables que acrediten el rendimiento exigido, y para que proceda el despido es preciso que el trabajador no alcance un rendimiento determinado, el normal, es decir, el alcanzable por cualquier trabajador capaz en rendimiento ordinario; exigiéndose que la disminución de rendimiento sea de forma continua, voluntaria y culpable. En tal sentido cabe citar las SSTSJ de Cataluña de 13 de noviembre de 2008, Madrid de 14 de marzo de 1990 o de Galicia de fecha de 28 de julio de 1993. El concurso de este último requisito cuando no consta ningún motivo ajeno al trabajador; y aunque los diversos Tribunales no exigen un dilatado período de bajo rendimiento (TSJ Extremadura de 30 de julio de 2001) sí se hace precisa la exigencia de la necesaria proporcionalidad entre la conducta y la sanción impuesta.

En el supuesto que nos ocupa, no concurre la causa de despido imputada, ante la falta de hechos que permitan su calificación, que ni siquiera se alegaron en la carta.

CUARTO.- En el caso concreto, además, los hechos están defectuosamente calificados en la carta de despido, En efecto, de acuerdo con el sistema de fuentes propio del Derecho del Trabajo, recogido en el art. 3 del Estatuto de los Trabajadores, el convenio colectivo puede mejorar válidamente a favor del trabajador el estado resultante de la aplicación de las normas estatales (legales y reglamentarias). Por tanto el régimen legal del despido constituye un mínimo de derecho necesario, esto es, un límite indisponible para los negociadores colectivos, que no pueden regular válidamente supuestos de faltas laborales susceptibles de ser sancionadas con despido que no tengan encaje en el marco de tipos infractores del art. 54 del Estatuto. Por el contrario, si pueden aminorar la dureza del régimen sancionador legal, disponiendo que determinadas faltas que con arreglo al art. 54 del Estatuto de los Trabajadores serían susceptibles de ser sancionadas con el despido, tengan prevista una sanción inferior. En definitiva la autonomía colectiva se encuentra sometida a la primacía de la Ley, encontrando en sus mandatos de derecho necesario límites que pueden afectar, evidentemente, al contenido normativo del fruto de la negociación, siendo que los Convenios Colectivos actúan como normas complementarias en materia de despidos y deben tenerse en cuenta a efectos de determinación de las causas de despido, y sin que ello suponga que sus disposiciones hayan de excluir la aplicación del artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, nada impide que el empresario autolímite sus facultades resolutorias, pues la amplitud de los términos utilizados (por dicho precepto) permite que los Convenios Colectivos vengán a precisar su alcance mediante la definición más detallada de los distintos tipos " (STS de 10 de junio de 1985, del Tribunal Central de Trabajo de 20 de junio de 1982, 1 de julio de 1982 y 3 de febrero de 1984; y de los Tribunales Superiores de Justicia de Andalucía de 9 de enero de 1995, de La Rioja de 13 de noviembre de 2001 y de Cantabria de 10 de diciembre de 2002).

Por otra parte, debe también recordarse como en virtud del denominado principio de especialidad propio del Derecho Penal y del derecho sancionador en general, cuando una misma acción pueda ser subsumida en dos tipos distintos, uno genérico y otro específico, se ha de aplicar el segundo con preferencia al primero; sin que pueda, por tanto, calificarse el mismo hecho conforme a preceptos distintos, tipificarlos como tantas faltas independientes e imponer otras tantas sanciones acumuladas pues para ello ha de existir un concurso de leyes, es decir, que la misma conducta esté tipificada en dos normas distintas. En el bien entendido que, en función del principio "in dubio pro operario" (reconocido por una consolidada doctrina jurisprudencial manifestada -entre otras. por las SSTS DE 28 de noviembre de 1985, 20 de enero de 1986, de 12 y 18 de marzo y 20 de julio y 2 de noviembre de 1987, 2 de febrero de 1988, 18 de julio de 1990 y 20 de enero de 2006) ante una duda de interpretación de la norma (que no de los hechos definitorios de la conducta sancionada) se debe optar por aquella que sea más favorable al trabajador.

En el caso, la carta de despido califica las faltas como las previstas en la lista de muy graves del Convenio de Pastelería, Confeitería, Bollería y Comercio de la provincia de Valencia en el art. 42 apartados 1 y 6 que contemplan el "fraude la deslealtad y el abuso de confianza, la concurrencia o competencia desleales, así como cualquier conducta constitutiva de delito" y "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo normal", y como el Convenio contempla como falta leve el "descuido, negligencia o demora en el cumplimiento de sus deberes y de cualquier

trabajo encomendado al trabajador, si de ello se deriva perjuicio para la empresa” y a lo sumo como falta grave 1 “La indisciplina o desobediencia en el trabajo; el incumplimiento de ordenes o instrucciones de los superiores” y 2 “El incumplimiento de las obligaciones correspondientes al puesto de trabajo con categoría profesional y las negligencias que se deriven o puedan derivarse perjuicios graves para el servicio, conservación de locales, material o documentos de la entidad”, serían estas, en su caso, de ser acreditado el perjuicio las que correspondería imponer: y faltando, además, la proporcionalidad de la sanción impuesta para los hechos tan genéricamente señalados en la carta, se impone estimar el recurso y revocar la sentencia para estimar la demanda, declarando el despido enjuiciado como improcedente con las consecuencias que se desprende de la aplicación de los arts. 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la LRJS.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don B.L.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Valencia de fecha 15 de noviembre de 2013; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda del recurrente contra C. SL y declaramos improcedente el despido de 5-12-2012, condenando a la empresa demandada a que a su opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días readmita al actor en su precedente puesto de trabajo con abono de los salarios de tramitación a razón de 61,49 €, o le indemnice en la cantidad de 13.681,52 €.

Sin costas.

1909

Sentencia núm. 1.738, de 1 de julio de 2014

Materia: Tutela de los derechos de libertad sindical. Trabajadora que presta servicios en empresa como oficial de segunda en turno de mañana. Por razones organizativas y con el fin de cubrir tareas se comunica a la actora que debe prestar sus servicios en horario de tarde. La trabajadora es representante sindical. Conducta antisindical de la empresa demandada. Motivación antisindical de la conducta impugnada. Estimación.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Desde el momento en que la empresa prueba la existencia de una necesidad de carácter productivo, no puede mantenerse una motivación antisindical por parte de ésta.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por C.M.T.S la sentencia que dictó el día 21 de febrero de 2014 el juzgado de lo Social número 6 de los de Valencia desestimatoria de la demanda de tutela de la libertad sindical que la misma interpuso contra la empresa K. S.A, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal. Se ha presentado escrito de impugnación del recurso tanto por la empresa como parte del Ministerio Público.

Los dos primeros motivos del recurso se formulan al amparo del apartado b) del art. 193 de la LRJS y a través de ellos se pretende:

a) que el tercero de los hechos probados sea completado con un segundo párrafo, cuyo contenido obra en el escrito de interposición y que aquí damos por reproducido y que deduce de la testifical practicada en el acto de la vista;

b) que sea añadido un nuevo apartado a la relación histórica de la sentencia, cuyo contenido se expresa en el escrito de interposición y que la parte deduce de las también de testimonios prestados en el acto de la vista.

Los dos motivos se encuentran abocados al fracaso, pues las revisiones en ellas propuestas, descansan en prueba que no resulta hábil para sustentar una revisión fáctica en el recurso de suplicación. Al respecto baste recordar que las Ss. de 17 de enero, 2 de marzo, 18 junio 13 de diciembre de 2000, 14 de septiembre de 2004, 31 de mayo de 2006 y 30 de diciembre de 2.008, ha señalado que es doctrina jurisprudencial consolidada contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003 , la que señala que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar

concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL- actual art. 97.2 de la LRJS_ . 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél-.”.

SEGUNDO.-. Los dos siguientes motivos del recurso se destinan a la censura jurídica, a fin de denunciar las siguientes infracciones de índole sustantivo: en el primero de ellos, infracción del art. 41.3 E.T por cuanto que se señala que la modificación de horario que se le impuso a la actora se produjo sin previa comunicación por escrito a ésta de la misma y con 15 días de antelación como exige el citado precepto para la modificación sustancial de condiciones de trabajo; en el segundo, infracción indebida de la doctrina establecida en la STCo 29/2.000 relativa a la distribución de la carga de la prueba en los procesos en materia de tutela de derechos fundamentales por cuanto que ante indicios aportados por la parte relativos a la motivación antisindical de la conducta impugnada, la empresa no ha ofrecido una justificación objetiva y razonable de su proporcionalidad.

Respecto del primer motivo, debe ser rechazado de plano, y sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto, puesto que en el mismo son planteadas cuestiones de legalidad ordinaria que exceden del objeto propio del procedimiento preferente y sumario de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales regulado en los arts. 177 y ss de la LRJS.

Respecto del segundo de los motivos cabe señalar que el apartado 2 del art. 181 de la LRJS dispone que “En el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.”. Esta norma en materia probatoria trae causa del art. 179.2 de la LPL. Es doctrina del TCO. al respecto, expresada en múltiples resoluciones (por todas STCo 125/2.008) que *“La finalidad de la prueba indiciaria no es sino la de evitar que la imposibilidad de revelar los verdaderos motivos del acto empresarial impida declarar que éste resulta lesivo del derecho fundamental (STC 38/1981, de 23 de noviembre), finalidad en torno a la cual se articula el doble elemento de la prueba indiciaria.*

El primero, la necesidad por parte del trabajador de aportar un indicio razonable de que el acto empresarial lesiona su derecho fundamental (STC 38/1986, de 21 de marzo, FJ 2), principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquél; un indicio que, como ha venido poniendo de relieve la jurisprudencia de este Tribunal, no consiste en la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que debe permitir deducir la posibilidad de que aquélla se haya producido (así, SSTC 114/1989, de 22 de junio, FJ 5 EDJ1989/6389 , y 85/1995, de 6 de junio, FJ 4). Sólo una vez cubierto este primer e inexcusable presupuesto puede hacerse recaer sobre la parte demandada la carga de probar que su actuación tiene causas reales absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos

fundamentales, así como que aquéllas tuvieron entidad suficiente como para adoptar la decisión, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios. Se trata de una auténtica carga probatoria y no de un mero intento de negar la vulneración de derechos fundamentales -lo que claramente dejaría inoperante la finalidad de la prueba indiciaria (STC 114/1989, de 22 de junio, FJ 4)-, que debe llevar a la convicción del juzgador que tales causas han sido las únicas que han motivado la decisión empresarial, de forma que ésta se hubiera producido verosímilmente en cualquier caso y al margen de todo propósito vulnerador de derechos fundamentales. Se trata, en definitiva, de que el empleador acredite que tales causas explican objetiva, razonable y proporcionadamente por sí mismas su decisión, eliminando toda sospecha de que aquélla ocultó la lesión de un derecho fundamental del trabajador (SSTC 38/1981, de 23 de noviembre y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6, por ejemplo).

La ausencia de prueba trasciende de este modo el ámbito puramente procesal y determina, en último término, que los indicios aportados por el demandante desplieguen toda su operatividad para declarar la lesión del propio derecho fundamental (SSTC 197/1990, de 29 de noviembre, FJ 4; 136/1996, de 23 de julio, FJ 4). En definitiva, el demandante que invoca la regla de inversión de la carga de la prueba debe desarrollar una actividad alegatoria suficientemente precisa y concreta en torno a los indicios de la existencia de represalia empresarial. Alcanzado, en su caso, por el demandante el anterior resultado probatorio, sobre la parte demandada recaerá la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales y serias, para calificar de razonable y ajena a todo propósito lesivo del derecho fundamental la decisión o práctica empresarial cuestionada, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios (SSTC 90/1997, de 6 de mayo, FJ 5, y 29/2002, de 11 de febrero, FJ 3, por todas).”.

Descendiendo al supuesto objeto de enjuiciamiento, en el mismo la actora considera que la decisión empresarial de adscribirla al turno de tarde se ha hecho obedeciendo a motivaciones anti-sindicales puesto que ella es afiliada al Sindicato CCOO, miembro del Comité de Empresa y además progenitora de una familia monoparental por lo que la adscripción a tal turno para ella implicaría bien dejar el empleo, bien solicitar una reducción de jornada, con la consiguiente merma de retribuciones. Pues bien los hechos probados dan cuenta de los siguientes datos que han de ser tomados en consideración: la actora viene prestando servicios por cuenta y orden de la demandada, como oficial 2ª, se encuentra afiliada al Sindicato CCOO y es miembro del Comité de Empresa; la recurrente ostenta en virtud de sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 9 de Valencia la guardia y custodia de su hija menor; el contrato de trabajo que liga a las partes es un contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial suscrito el 20-8-2001, en cuyo clausulado se estipuló como 4º pacto adicional que “el trabajador prestará sus servicios en esta empresa en turnos de mañana, tarde o noche según necesidades de producción”, la actora ha venido prestando servicios en la empresa de lunes a viernes en turno de mañana de 7:30 a 15:17 horas con descanso de 20 minutos para el almuerzo en el Departamento de Archivo y Digitalización; el día 12-12-2013 la demandada le comunicó a la actora que por necesidades organizativas o de producción y a fin de cubrir las tareas asignadas a una compañera de turno de tarde afectada por un expediente de suspensión de

contratos de trabajo, teniendo en cuenta su prioridad de permanencia al ser representante de los trabajadores, a partir del 30-12-2013 pasaba a realizar su jornada de 14:00 a 21:47 horas; el Departamento en el que se encuentra adscrita la actora está conformado en la actualidad por otras tres personas, dos de ellas con mayor antigüedad que ella que prestan servicios en turno de mañana de 7:00 a 15:00 horas- el presidente del Comité de empresa, Sr. O.B. y el Sr. A.S.- una tercera persona que se encuentra afectada por un ERE suspensivo hasta el 28-2-2014 en turno de tarde- la Sra. C.P., en fecha 25-9-2012 la empresa y la representación legal de los trabajadores acordaron proceder a la extinción, por causas organizativas y productivas, de 27 contratos de trabajo, previamente la empresa y la representación legal de los trabajadores habían suscrito un acuerdo de ERE de suspensión de contratos de trabajo encontrándose a la fecha de la vista 10 trabajadores, unos hasta el 24-2-2014 y otros hasta el 15-3-2014.

Partiendo de estos datos, se ha de señalar que la actora no ha colmado la carga de acreditar indicio alguno de la conducta antisindical que imputa a la demandada, ya que lo único que consta es que la misma es afiliada a CCOO y que es miembro del Comité de Empresa de la demandada, quien por otro lado ha respetado escrupulosamente sus preferencias de permanencia en la empresa en los expedientes de regulación de empleo tramitados, a consecuencia de los cuales ha quedado sin trabajadores adscritos el turno de tarde el departamento donde la actora trabaja, lo que implica la existencia de la necesidad productiva en que la empresa que justifica, con arreglo a lo pactado en el contrato de la trabajadora, su adscripción al turno de tarde. Igualmente, cabe reseñar que aun cuando la filiación sindical de la actora y su cualidad de representante legal de los trabajadores pudiera considerarse un leve indicio de la motivación antisindical del proceder patronal, desde el momento en que la empresa justifica la existencia de una necesidad productiva cual es la falta de personal adscrito al turno de tarde y el horario pactado con la actora en contrato, tal indicio a desvanecerse.

TERCERO.- Por lo expuesto en el anterior fundamento de derecho no procede sino la total desestimación del recurso interpuesto, con la consiguiente confirmación. Sin costas (art. 235,1 de la LRJS).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por CARMEN MARÍA TOMÉ SANTIBÁÑEZ contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de VALENCIA en sus autos núm. 20/14 de fecha 21-2-2013, confirmar la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.746, de 1 de julio de 2014

Materia: Jubilación parcial. Cobro indebido. Trabajador beneficiario de una pensión de jubilación parcial, compatibilizando con el trabajo por cuenta ajena que presta para determinada empresa. El actor es sancionado en dicha empresa durante determinado periodo. Se inicia un expediente por cobro indebido de prestaciones al carecer de relación laboral en el periodo adeudado. Disconformidad con el expediente: procedencia. Competencia funcional

Juzgado: Estima íntegramente la demanda declarando la no existencia de cobro indebido de la prestación de jubilación parcial durante el cumplimiento de la sanción disciplinaria en la empresa con la que el actor compatibiliza dicha prestación.

Sala: No entra a conocer sobre el fondo del asunto al existir incompetencia funcional para conocer sobre el recurso. Lo que se cuestiona es la responsabilidad del abono de la prestación de jubilación en el caso de la suspensión del contrato a tiempo parcial, siendo la cuantía inferior al mínimo para interponer el recurso de suplicación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia de instancia estima la demanda del actor, al considerar que no ha existido cobro indebido de prestaciones al no poder asimilarse el supuesto analizado, en el que se ha producido una suspensión de la relación laboral durante dos meses, al previsto en el art 16 apartado d) del RD 1131/2002, que expresamente habla de “extinción del contrato de trabajo”. Contra el anterior pronunciamiento recurre el INSS en un único motivo, amparado en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS pues estima infringido el citado art. 16 antes mencionado. Admite la entidad gestora que la norma no menciona el supuesto de suspensión del contrato, pero la interpretación que cabe realizar del citado apartado d) a través de las excepciones que en dicho párrafo se contempla, es que siempre que, aun no extinguiéndose el contrato, si lo sucedido determina la paralización de la obligación de cotizar a la Seguridad Social, comporta durante dicho período, la pérdida del derecho a la pensión.

La Sala como cuestión previa y antes de analizar, en su caso, el fondo del recurso interpuesto, debe resolver si la sentencia de instancia era o no recurrible en suplicación, y en el supuesto negativo si procede estimar el cobro indebido de prestaciones solicitado por el INSS. Se trata ésta de una materia que delimita la propia competencia funcional de esta Sala y por lo tanto ante una cuestión de derecho necesario por afectar al orden público del proceso. Así, el artículo 191.2.g) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social establece la regla general e impide el acceso al oportuno recurso de suplicación en aquellos casos en que la cuantía de lo reclamado no exceda de 3.000 euros, por lo que siendo el importe litigioso de cuantía inferior al citado, la sentencia, en principio, y dada la regla general citada no era recurrible en

suplicación, al no alcanzar el indicado importe, el presupuesto mínimo de acceso a recurso, pues el presente proceso no versa sobre el reconocimiento o denegación del derecho obtener prestaciones de Seguridad Social, sino sobre el reintegro por la empresa de la pensión de jubilación percibida por el trabajador relevado durante un determinado periodo, por haber procedido la empresa a imponerle una sanción de suspensión de empleo y sueldo por tiempo de dos meses. El art. 192.4 de la LRJS establece que "En impugnación de actos administrativos en materia laboral y de Seguridad Social se atenderá, a efectos de recurso, al contenido económico de la pretensión o del acto objeto del proceso cuando sea susceptible de tal valoración.... Cuando se pretenda la anulación de un acto, incluidos los de carácter sancionador, se atenderá al contenido económico del mismo. En ambos casos no se tendrán en cuenta los intereses o recargos por mora. En materia de prestaciones de Seguridad Social igualmente valorables económicamente, se estará a la regla del apartado 3 de este mismo artículo, computándose exclusivamente a estos fines las diferencias reclamadas sobre el importe reconocido previamente en vía administrativa."

La cuestión de cómo efectuar el cómputo de la cuantía a los efectos del presente recurso no puede ser otro, como ya dijo ésta Sala en sentencia de 11 de Junio del 2013, nº 1413/13, rec. 3151/2012, que la ya indicada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 11-3-13, rec.3771/11, en un supuesto en que la cuestión planteada consistía en "determinar si en el caso de la coexistencia de una jubilación parcial anudada a un contrato de relevo, cuando el relevista ha de cumplir una sanción de suspensión de empleo y sueldo que le impone la empresa, ésta viene obligada a sustituir al trabajador con el contrato de trabajo suspendido, y en su defecto a responder del tiempo en que no se ha prestado servicios y cotizado, abonando la pensión de jubilación parcial que percibiera el trabajador parcialmente jubilado". Tanto en aquel caso como en éste, con independencia de quien fuera el responsable, allí la empresa y en el caso analizado el propio jubilado parcial, dado que lo cuestionado no es la prestación de jubilación parcial sino la responsabilidad del abono de la misma, en el caso de producirse la suspensión del contrato a tiempo parcial, lo relevante es la cuantía que se estima percibida indebidamente que en este supuesto es de 2.604,02 euros.

Y siendo esa cifra inferior al umbral legalmente previsto para el acceso al recurso de suplicación, es manifiesto que la sentencia de instancia no era susceptible de ser recurrida. Por lo expuesto, procede la inadmisión del recurso de suplicación planteado, al ser aplicable la regla general prevista en el citado artículo 191.2.g) de la LRJS que limita el acceso al recurso de suplicación cuando el umbral de la cuantía alcance la suma de 3.000 euros, lo que conduce a declarar la firmeza de la sentencia, y la nulidad de todas las actuaciones practicadas, desde la publicación de la resolución judicial.

FALLO

No procede entrar a conocer del fondo del asunto planteado en el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia de fecha 20 de septiembre del

2013 dictada por el Juzgado de lo Social nº CUATRO de los de ALICANTE en autos de prestaciones seguidos con el nº 329/12, por existir Incompetencia Funcional de la Sala para conocer del presente recurso.

1911

Sentencia núm. 1.766, de 8 de julio de 2014

Materia: Tutela de los derechos fundamentales: Vulneración. Conducta del empleador y de determinada directiva: acoso a determinadas trabajadoras.

Juzgado: Estima en parte la demanda declarando la existencia de la vulneración de los derechos fundamentales denunciada en las demandas, así como la nulidad de la conducta del empleador y de la directiva de la codemandada, ordenando el cese inmediato del comportamiento de acoso y la reposición de la situación al momento anterior al producirse el mismo.

Sala: Desestima los recursos interpuestos y confirma la sentencia de instancia. Condena a las partes codemandadas en instancia al abono de los honorarios profesionales.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Amparo Esteve Segarra.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia de instancia que estimó parcialmente la demanda en materia de tutela de derechos fundamentales, declarando la existencia de la mencionada vulneración, así como la nulidad radical de la conducta del empleador y de la directiva M.I.T., ordenando el cese inmediato del comportamiento de acoso y la reposición de la situación al momento anterior al mismo, así, como la reparación de las consecuencias de la conducta lesiva, imponiendo a la Federación provincial de UDP y a M.I.T.P., el abonar solidariamente a cada una de las actoras de una indemnización de 30.000 euros, se plantean tres recursos de suplicación, siendo debidamente impugnados de contrario cada uno de ellos, así como por el Ministerio Fiscal.

2.- Se examinará en primer lugar, el recurso formulado por la representación letrada de UDP y por la representación letrada de M.I.T.P., pues uno y otro recursos guardan una estructura simétrica. Ambos recursos se articulan en tres motivos. El primero de ellos se formula al amparo del art. 193.a) de la LRJS, por infracción de las normas o garantías del proceso que produzca indefensión. Los letrados recurrentes concretan la infracción en dos cuestiones: la primera es la prescripción, y la segunda un defecto en el modo de proponer la demanda. En cuanto a la primera, argumentan los letrados de ambas partes recurrentes que sería de aplicación el art. 179.2 de la LRJS, y los arts. 1902 y 1968.2 del Código civil, en cuanto a la prescripción por el transcurso de un año de la acción para exigir las obligaciones derivadas de culpa o negligencia. Consideran las dos partes recurrentes que el hecho probado haría referencia a que los hechos enjuiciados se produjeron “desde fechas que no han quedado precisadas en el proceso (situadas en todo caso en el año 2011)”, y de ello deducen que no constaría con certeza ni cuándo ni hasta cuando se

habrían producido los hechos imputados, y que dicha falta de concreción les causaría indefensión. En este sentido, arguyen las partes recurrentes que de la prueba practicada en el juicio y, en concreto de la testifical, no se habría acreditado la existencia de gritos, insultos desde la reunión de 30 de enero de 2012. Y que en relación con períodos no afectados por la prescripción, que estiman aplicable, ambos letrados recurrentes realizan una valoración de la testifical practicada en el juicio y reputan no acreditado el acoso, por ser éste inexistente.

3.- El primer submotivo del recurso tanto de la asociación demandada como, en paralelo, de la representación letrada de M.I.T.P., han de ser desestimados ambos. Los recurrentes pretenden aplicar el plazo de un año de prescripción tomando como base la referencia contenida en el hecho probado cuarto de la sentencia a que desde fechas que no habrían quedado precisadas en el proceso, pero en todo caso, en el año 2011 la demandada habría mantenido con las trabajadoras demandantes la conducta calificada como vulneradora del derecho fundamental, y aducen los recurrentes en fase de recurso que se basan en los artículos 1902 y 1968.2 del Código Civil. Sin embargo, ha de señalarse que la regulación de los plazos en el ámbito laboral se contiene no en los preceptos señalados, sino en el art. 59 del ET. En relación con este precepto, parece evidente que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 59.1 del ET, que establece que las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescriben al año de su terminación. En ningún caso, como expresara ya el juzgador “a quo”, cabría estimar de aplicación el art. 59.2 del ET, previstas para acciones para exigir percepciones económicas o para el cumplimiento de obligaciones de tracto único, ya que la situación de acoso no se configura como una obligación de tracto único, sino que por su propia naturaleza, queda referida a una situación que se prolonga en el tiempo. En relación con la prescripción de la acción de tutela de derechos fundamentales, alguna sentencia de suplicación ha considerado aplicable el plazo de prescripción del art. 59 para las acciones que no tengan señalado un plazo especial (STSJ de Madrid de 5 de marzo de 2000, rec. 317/2010). Lo que resultaría coherente con la configuración del acoso laboral como una conducta compleja, conformados por actos reiterados y que se suceden en el tiempo. Además, el *dies a quo* habría que situarlo en el momento en que cesase la conducta constitutiva del mobbing, por lo que en ningún caso, ésta podría considerarse prescrita en el caso de autos.

4.- El segundo submotivo de ambos recursos es también, en buena medida común y denuncia la infracción del artículo 179.3 de la LRJS en cuanto a los requisitos de la demanda, por entender que no existía concreción de los hechos constitutivos de la vulneración, lo que causaría indefensión, al no figurar las fechas, lugares, expresiones y circunstancias concretas; así como tampoco especificación de la conducta denunciada ni de los diversos daños y perjuicios o circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización. En el recurso de doña M.I.T.P. se insiste en que la falta de concreción de los hechos no se produjo tampoco en el acto del juicio ni en la sentencia, sencillamente por no existir tal conducta de acoso. Y en relación con la especificación de los daños y perjuicios, critica la parte recurrente que la sentencia se limita a constatar la situación de incapacidad temporal de ambas actoras. Estima la parte recurrente que la situación de incapacidad temporal derivaría en realidad del

conocimiento de las actoras de la probable falta de liquidez de su empleadora para abonar sus salarios. Se considera que la sentencia no motiva por qué se entiende que hay acoso moral y que faltan determinados requisitos, y en concreto, la intencionalidad o las conductas tendentes al aislamiento. Finalmente, con cita de sentencias de suplicación se trata de incidir en la diferencia entre el acoso laboral y el defectuoso ejercicio de las facultades empresariales.

5.- No se estima infringido el precepto denunciado en el segundo submotivo primero de ambos recursos. El citado precepto exige la cita del derecho o derechos fundamentales que se entienden infringidos, así como expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración alegada. En las demandas de las actoras se alega la existencia de una conducta de acoso mantenida en el tiempo, sin que del art. 179.2 LRJS se deduzca, como pretende la parte recurrente, que hayan de concretarse exactamente las fechas y horas del eventual mal trato recibido. A mayor abundamiento, en el hecho segundo de la demanda se contienen referencias claras a situaciones, conductas, fechas de llamadas o expresiones en las que las demandantes fundaron su demanda de tutela. Por lo demás, la demanda expresó la cuantía de la indemnización pretendida en el hecho quinto de la misma, por lo que no se estima infringido el art. 179.3 LRJS.

En cuanto a la sentencia, ésta razona de manera pormenorizada sobre la situación de vulneración de derechos fundamentales. A este respecto, el acoso moral o laboral se ha identificado como una situación de violencia extrema en el trabajo, con una actitud de hostilidad gravosa y manifiesta dirigida hacia una persona con el fin de afectar a su empleabilidad. En ningún caso, se confunde éste en la sentencia recurrida con el ejercicio arbitrario del poder de dirección, que supone un incumplimiento empresarial, pero no se equipara al acoso moral en el trabajo, exigiéndose para éste último, un hostigamiento realizado de forma reiterada o recurrente que afecte a la dignidad del trabajador (por todas, STSJ de Canarias de 19-5-2011, rec. 197/2011).

Es común llamar la atención sobre el hecho de que la prueba de la situación de acoso laboral presenta problemas peliagudos, dada la propia configuración de éste mediante actos aislados que se suceden en el tiempo, que por su carácter en muchas ocasiones soterrados, presentan dificultades intrínsecas de demostración. En este sentido, se ha señalado que la valoración de éstos ha de hacerse en conjunto. A este respecto, el art. 178.2 y en paralelo el 96.1 LRJS, establece un prueba de indicios que trata de facilitar la carga de la prueba.

SEGUNDO.- 1.- El segundo motivo de recurso articulado por la representación letrada de UDP y también por la representación letrada de doña M.I.T.P., sin amparo procesal en ningún apartado del artículo 193, se formulan para la revisión de los hechos declarados probados. En síntesis, las partes recurrentes solicitan la modificación de dos hechos: el cuarto y el sexto. En primer lugar, la modificación del hecho probado cuarto, se articula en ambos recursos sobre la base de testificales. Consideran ambas partes que dadas las declaraciones testificales los hechos denunciados no han podido acreditarse más allá de principios del 2012 y que se trataría de hechos puntuales, no continuos y reiterados. En el caso de la

representación letrada de UDP, no se insta una redacción alternativa del hecho probado que pretende modificar. En cambio, en el motivo formulado por la representación letrada de doña M.I.T. sí se formula la siguiente redacción alternativa: «Desde fechas que no han quedado precisadas en el proceso (situadas en todo caso entre finales del año 2011 y principios del 2012) la demandada M.I.T. ha venido manteniendo con las dos trabajadoras demandantes (también con otras que ya no prestan servicios en la empresa) de modo puntual, discusiones subidas de tono en situaciones concretas de estrés laboral; si bien en otras ocasiones se han proferido por la demandada M.I.T. algunas palabras o expresiones tales como “ Te pego una punyà que t’esclafe”, en ambiente distendido y de modo jocoso».

2.- La primera petición revisora de ambos motivos debe rechazarse puesto que de entrada, la parte recurrente no se basa en prueba hábil, conforme al art. 193.b) de la LRJS, no siéndolo a estos efectos la prueba testifical, cuya valoración, conforme al principio de inmediación corresponde al juez “a quo”. Y, aunque excepcionalmente pudiera admitirse esta revisión no basada en prueba hábil, ello sólo se admite en el caso de hechos no controvertidos por las partes en instancia, lo que obviamente no es el caso. Asimismo no es intrascendente señalar que la falta de prueba hábil para la revisión de los hechos probados no puede suplirse como parece pretenderse en el recurso de la representación letrada de doña M.I.T., por la alegación de las reglas en materia de carga de la prueba.

3.- En segundo lugar, consideran las parte recurrentes de ambos recursos que en virtud de informe médico obrante en el folio 62 de autos, debió incluirse en el hecho probado sexto que la trabajadora C.M. tenía antecedentes de ansiedad.

4.- En cuanto a la segunda petición revisora, la Sala no puede acceder a la misma pues sencillamente en el folio 62 de autos citado como fundamento de la modificación instada, no consta un informe médico, sino una providencia de acumulación de la demanda.

TERCERO.- 1.- El tercer motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, denuncia la infracción de normas sustantivas o la jurisprudencia de modo genérico. En el caso del recurso de la representación letrada de la asociación empleadora, la parte recurrente no cita precepto o jurisprudencia que estime vulnerados. Sin embargo, en el recurso de la representación letrada de doña M.I.T. sí se citan como preceptos infringidos el art. 1.902 y siguientes del Código Civil, jurisprudencia de desarrollo de tales normas (sin cita de ninguna sentencia concreta), así como art. 183.3 LRJS. En esencia ambos recursos consideran que ni en las demandas, ni en la sentencia se argumenta ni consta la existencia de una relación de causalidad entre las conductas denunciadas y el daño o perjuicio a las actoras, por cuanto no se ha probado que la ansiedad derive del trabajo, habiéndose calificado la ansiedad como enfermedad común y no laboral, que una de las actoras tenía antecedentes de ansiedad, y que la declaración de un testigo habría puesto de manifiesto que se había informado a las actoras de la posibilidad de no cobrar puntualmente sus salarios por las dificultades económicas que atravesaba la empresa. Estima en fin, que habría existido indefensión, sobre la base de imputar la responsabilidad a la empresa por la mera afirmación de las

actoras de que su daño tendría carácter laboral. Y en el caso del recurso articulado por la representación letrada de doña M.I.T. se añade que no se deduce la cuantía de la indemnización de acuerdo con el art. 183.3 LRJS, que no habría existido denuncia a la inspección de trabajo sobre los hechos imputados; que no concurrirían los principios de Derecho penal sancionador ni los principios que derivan de las normas civiles sobre la responsabilidad, en particular, la relación de causalidad.

3.- El motivo debe desestimarse en primer lugar, respecto al formulado por la representación letrada de la asociación empleadora por cuanto incumple lo previsto en el art. 196.2 de la LRJS, que exige la cita de la norma del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que se considere infringidas, así como un razonamiento sobre pertinencia o fundamentación de los motivos. Como señala la STS de 10-2-1989, *“Por mucho que se haya flexibilizado el rigor formalista de este recurso extraordinario... ello no supone introducir un impugnación abierta y libre, lo que situaría en indefensión a la otra parte, ni la eliminación de lo dispuesto en el art. 1.707 [LEC 1881]... que impone la necesidad de citar las normas del ordenamiento jurídico que se estimen infringidas”*.

4.- En segundo lugar, en cuanto al recurso formulado por la representación letrada de doña M.I.T. no ha prosperado la revisión fáctica sobre los antecedentes de ansiedad de una de las actoras, por lo que las consideraciones de la parte recurrente al respecto, no deben ser tenidas en cuenta. En esencia, y como señala el Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, la parte recurrente en realidad utiliza dicho motivo para impugnar la valoración judicial de la prueba, tratando de hacer valer su propia versión de los hechos. Y es que, debe recordarse que queda excluida la prueba negativa, consistente en afirmar que los hechos que el Juzgador estima probados no lo han sido de forma suficiente. Tampoco es intrascendente poner de manifiesto que no puede revisarse la valoración de la prueba testifical de acuerdo con el principio de inmediatez.

En punto a la indemnización fijada en la sentencia, debe señalarse que conforme al artículo 183 de la LRJS, debe diferenciarse entre indemnización por daño moral que per se ocasiona el acoso y la indemnización por daños y perjuicios que pueden devengarse, además, en función de que estos se demuestren. La doctrina jurisprudencial viene destacando que la determinación del montante indemnizatorio es cuestión reservada en principio a la competencia del Juez «a quo» y que sólo se manifiesta censurable por vía de recurso extraordinario cuando exista error en las bases de determinación o se prescinda de las reglas de la sana crítica, por lo que el criterio de instancia ha de ser mantenido salvo en los supuestos en que el importe sea patentemente desproporcionado, arbitrario, inadecuado o irracional (STS 21-2-2000 y STSJ Comunidad Valenciana 25-2-01). En este caso, la Sala no estima irracional la fijación de la indemnización por el juzgador de instancia, que además asumió la propuesta del Ministerio Fiscal.

CUARTO.- 1.- Finalmente, debe examinarse el recurso planteado por la representación letrada de las actoras, que se articula en tres motivos. Todos ellos se fundamentan en la Ley de Procedimiento Laboral, siendo inadecuada tal fundamentación por cuando debieron formularse de acuerdo al art. 193 de la Ley

Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LRJS), conforme a la disposición transitoria segunda y a la disposición derogatoria única de la Ley 36/2011, de 10 de octubre.

2.- Prescindiendo de este defecto formal, con carácter previo, la Sala debe resolver sobre la aportación de documentos planteado por el letrado de la parte actora en fase de recurso y cuya petición se articula en el otrosí digo segundo. A la admisión de estos documentos se han opuesto los dos impugnantes de contrario. Los documentos aportados son tres. En primer lugar, una escrito presentado por CCOO y dirigido al presidente de UDP, D. J.S.M. y fechada en el 2008, en relación con el despido de una trabajadora de la empresa, que no era ninguna de las actoras. El segundo documento integraría los partes de baja de la actora doña C.M.C. El tercer documento aportado sería los partes de baja de la otra actora, M.N.E.M. Los partes de baja de una y otra actora son todos ellos de fecha posterior a la sentencia de instancia que se dictó el 23 de octubre de 1013.

3.- De entrada, no se cumplen los requisitos establecidos en el art. 233 LJS, para la admisión en fase de recurso y más concretamente, que se trate de documentos decisivos para la resolución del recurso. Todos los documentos aportados deben pues rechazarse pues no se encuentra entre las excepciones incluidas en el art. 233.1 LRJS pues no se trata de ninguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes, ni es un documento decisivo para la resolución del recurso. En el caso del primero de los documentos, es un escrito del sindicato dirigido al presidente de la UDP solicitando una entrevista en relación con un despido, cuya relación con la situación de las actoras no consta, por consiguiente, se refiere a hechos que no son objeto de este pleito. Además, está fechado en el 2008 con mucha anterioridad a la fecha del juicio y de la sentencia, y, no se ha acreditado debidamente por la parte que no lo hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables. En cuanto a los partes de baja obrantes en los documentos 12 y 13 de autos, son todos ellos de fecha posterior a la sentencia, por lo que en ningún caso serían decisivos para la resolución del recurso. Tampoco se trata de documentos que pudiera dar lugar a posterior recurso de revisión conforme al art. 510 de la LEC, por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental. A ello se añade que en los hechos probados sexto y séptimo de la sentencia ya consta que las actoras estaban en situación de incapacidad temporal por patologías psíquicas, continuando en esta situación a la fecha de dictase la resolución, por lo que la documental aportada no tendría ninguna trascendencia probatoria.

4.- En segundo lugar, también con carácter previo al examen del recurso, la Sala ha de resolver la solicitud de aportación de documental contenida en el otrosí digo tercero. En el mismo se solicita que la Sala oficie petición a la Inspección de trabajo para la aportación de documental. Dicha documental que se solicita sería el acta de la inspección de trabajo y resolución de la Dirección Provincial de Trabajo sobre visita girada a la asociación demandada con posterioridad a la sentencia. Ello se fundamenta por la parte recurrente al amparo del artículo 270.1.2.ª de la LEC.

5.- Pues bien, la mencionada petición debe rechazarse pues olvida la parte recurrente que el proceso laboral es de instancia única, y doble grado donde todas las pruebas se deben proponer y practicar por el juez de lo social en el acto del juicio oral. Además, se trata de hechos y circunstancias donde no consta la relación con los hechos litigiosos.

6.- En cuanto al fondo de los motivos del recurso planteado por la actora y prescindiendo del defecto del letrado recurrente sobre la cita de la Ley vigente en el orden social, debe señalarse que en el primer motivo de recurso se plantea al amparo del art. 193.a) de la LPL, por infracción del art. 92.2 del mismo texto legal y del art. 209 de la LEC. En dicho motivo denuncia la parte recurrente la insuficiencia de los hechos declarados probados, y concretamente estima que debió quedar probada la participación en el acoso del presidente D. J.S.M., marido de la vocal M.I.T.P. La parte recurrente articula este motivo de recurso de una forma compleja pues se apoya en cuatro elementos, a saber;

- En primer lugar, fundamenta esta conclusión en las testificales practicadas en el juicio de las que se consideraría acreditada la participación en el acoso del Sr. S.M.

- En segundo lugar, se base en un documento 1 aportado en fase de recurso –cuya aportación se pide en el otro sí digo segundo.

- En tercer lugar, solicitarían la aportación de documental sobre la visita a los locales de la asociación empleadora realizada por la inspección de trabajo con posterioridad al dictado de la sentencia recurrida.

- En cuarto lugar, remata este motivo la parte recurrente solicitando la adición de un nuevo hecho probado nueve, con el siguiente tenor: “El demandado D. J.S.M., Presidente de la UDP, como superior jerárquico ha mantenido una conducta tanto activa como pasiva, *in vigilando* por lo que esta parte adiciona un hecho probado nueve queda probado la participación del Presidente por su labor de consentir, y no impedir el acoso, en ciertos momentos, activamente en cuanto con su conducta chillando, incluso tapando el reproche social de la vocal en las reuniones mantenidas con los trabajadores encaminados a impedir la labor denigrando a las trabajadoras y pasiva, así como tapando la labor de la vocal señora T.L. Además de la responsabilidad conforme a la Ley de Prevención de Riesgos Laborales en cuanto con su actitud pasiva existe culpa *in vigilando* al no haber puesto los medios esenciales para que el trabajo se desarrolle libre de acoso, por lo que procede imponer al Sr. S.M. el pago de las indemnizaciones de forma personal y solidaria, junto con los otros condenados y todo ello como superior jerárquico siendo el presidente, quien ha intervenido en los hechos litigiosos no solo en su condición de máximo responsable de la asociación empleadora, consintiendo los mismos y no adoptando las medidas preventivas y correctoras a las que como representante del empresario, estaba obligado”. El recurrente apoya esta revisión en la cita de la STSJ de Canarias, Tenerife, de 24-2-2003.

7.- El motivo debe desestimarse por cuanto como manifiesta el Fiscal en su escrito, la parte recurrente pretende utilizar el art. 193.a) de la LRJS para la revisión de los hechos probados. Además de esta razón general otros motivos abonan la desestimación. En primer lugar, la testificales practicadas no son pruebas hábiles a los

efectos de obtener una revisión fundada en la errónea valoración de la prueba realizada por el juzgador “a quo”. En segundo lugar, habiéndose rechazado por incumplir los requisitos del art. 233 LRJS el documento número 1 aportado en la fase del recurso, así como la realización de oficio sobre visita girada por la Inspección con posterioridad a la sentencia recurrida, no podría apoyarse en dicha documental la parte recurrente. En tercer lugar, debe rechazarse la adición fáctica pretendida por la parte recurrente puesto que no se ampara en un motivo procesal adecuado para fundamentar la misma, contiene elementos predeterminantes del fallo, no cita documental o pericial de apoyo, sino que la parte recurrente confundiendo absolutamente los motivos de suplicación, apoya dicha revisión en la cita de una sentencia de suplicación. Y, en fin, y lo que es más importante, en ningún caso se estima producida la insuficiencia de los hechos declarados probados de la sentencia recurrida, y en particular en relación con la actuación del demandado J.S.M.. El juzgador “a quo” ya establece en el hecho probado cuarto que el presidente de la asociación, a quien en ocasiones también se dirigía con gritos M.I., estaba presente normalmente cuando tales hechos se producirán, sin que adoptara ninguna medida para evitarlos. En el hecho quinto se da cuenta de una reunión entre las dos actoras, otro trabajador y el presidente sobre la conducta de M.I., señalando éste que su esposa estaba mal y que tuvieran paciencia por ella. En este sentido, de manera impecable, el magistrado “a quo” razona pormenorizadamente en el fundamento de derecho cuarto sobre la absolución del Sr. S., en el sentido de que al contrario de lo solicitado por el Ministerio Fiscal, no debía declararse la responsabilidad personal y solidaria del presidente, quien estima que no había intervenido en los hechos litigiosos nada más que en su condición de máximo responsable de la asociación empleadora, al consentir los mismo o no adoptar las medidas preventivas o correctoras. Por consiguiente, el hecho de que la sentencia no haya estimado acreditada la pretensión de la parte actora en este punto, no implica que exista insuficiencia de hechos probados.

QUINTO.- 1.- El segundo motivo de recurso, nuevamente se formula indebidamente al amparo del art. 191.b) de la LPL por la parte recurrente, solicitando el cambio y la adición en el último párrafo del hecho probado quinto del siguiente tenor: “Proceda imponer la condena de la indemnización de forma personal y solidaria al presidente D. J.S.M. Dado que ha quedado acreditado el daño tanto físico como psíquico se indemnice a C.M.C. en la cantidad de 55.260,66€, dicha cantidad se condene al pago de la indemnización conjunta y solidariamente tanto a la empresa (UDP), y a los demandados conjunta y solidariamente J.S.M. presidente UDP y M.I.T.P. coordinadora, al pago de una indemnización por violación de derechos fundamentales de 55.260,66€. Cuantía que se reclama en concepto de indemnización por daños morales y perjuicios, que se cuantifican en dada la prolongación del acoso de año y medio se cuantifica en el doble de años (3 años), es decir, se reclama la cantidad de salario anual de 18.420, 22€ por tres años de cantidad reclamada. Se indemniza a M.N.E.M. en la cantidad de 41.776,56€, dicha cantidad se condene al pago de la indemnización conjunta y solidariamente tanto a la empresa (UDP), y a los demandados conjunta y solidariamente J.S.M. presidente UDP y M.I.T.P. coordinadora, al pago de una indemnización por violación de derechos fundamentales de 41.776,56€. Cuantía que se reclama en concepto de indemnización por daños morales y perjuicios,

que se cuantifican en dada la prolongación del acoso de año y medio se cuantifica en el doble de años (3 años), es decir, se reclama la cantidad de salario anual de 13.925€ por tres años de cantidad reclamada.”. Argumenta la parte recurrente que la adición se deduciría de la documental practicada en el acto del juicio oral, así como de la documental aportada en fase de recurso, consistentes en documentos aportados en los folios 119 a 164 de autos correspondientes a los informes médicos de las actuaciones, y folio 164 a 169 facturas pagadas en la farmacia, así como informe de la inspección solicitado. Señala asimismo la procedencia de la indemnización, sobre la base de lo dispuesto en el art. 182.1 LRJS en relación con el art. 183, y STSJ de la Comunidad Valenciana de 25-9-01, así como cita de doctrina científica.

2.- No procede acceder a la revisión fáctica, pues no se cumplen los requisitos establecidos en el art. 193.b) de la LRJS. En primer lugar, la revisión no se deduce de la documental citada, que no contiene la valoración puramente subjetiva a la que pretende llegar el recurrente en la redacción. Es evidente que de los informes médicos sobre la situación de la actora no se puede deducir la condena personal del Sr. S. Tampoco ha de tenerse en cuenta la documental cuya pretendida aportación se ha rechazado en fase de recurso. E igualmente, la revisión fáctica no puede apoyarse en cita de preceptos, sentencias de la Sala o pareceres doctrinales. Pero es que además, la redacción pretendida por la parte recurrente contiene elementos predeterminantes del fallo, y por ello, incompatibles con una correcta redacción fáctica, pues pretende esencialmente un incremento del monto de la condena contenida en la sentencia.

SEXTO.- 1.- El tercer motivo de recurso se formula –inadecuadamente- al amparo del apartado c) del art. 191 LPL. En el mismo, la parte recurrente se limita a señalar que de acuerdo con la modificación fáctica pretendida, las actoras tendrían derecho a la percepción de las indemnizaciones solicitadas de acuerdo con el daño real.

2.- El motivo debe desestimar, en primer lugar, por la falta de cita de precepto o jurisprudencia que se estime infringido, como ya se expusiera en el fundamento de derecho cuarto. En segundo lugar, abona la desestimación, el hecho de que no ha prosperado la revisión fáctica pretendida y, finalmente, que el juzgador “a quo”, razona *in extenso* sobre la cuantía de la indemnización con criterio prudente y reflexivo, que la Sala no puede sino compartir, siendo doctrina jurisprudencial la de que la indemnización fijada por el juzgador “a quo” se fija discrecionalmente por el órgano de instancia, sin que, salvo en casos de evidente desproporción no es revisable en fase de recurso salvo que ésta sea desproporcionada, o se haya fijado arbitrariamente (STS de 16-3-98, rec. 1535/1997).

SÉPTIMO.- En el caso de las actoras, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita. Si procede la condena en costas al no gozar del beneficio de justicia gratuita (folio 915 de autos) a Doña María Isabel Tarín, por 400€ al letrado impugnante. En el caso de la asociación recurrente, constan documentos contradictorios en autos, puesto que si bien, realizó depósito y consignación (folios 321 y 322), también dijo estar exenta al tener el beneficio de justicia gratuita, pero la

Sala no tiene constancia de tal condición, ya que si bien constan los Estatutos de la Asociación y la inscripción de la misma en el Registro de Asociaciones de la Comunidad Valenciana, pero no que ostente tal condición. Es cierto, que las asociaciones de utilidad pública conforme al artículo 2.c.1) de la Ley 1/1996, tienen reconocido este beneficio, por lo que la citada asociación deberá acreditar esta condición pero que la citada asociación no ha acreditado esta condición.

FALLO

Que con desestimación del recurso interpuesto por C.M.C. y M.N.E.M. también con desestimación del recurso interpuesto por la Federación Provincial de Asociaciones Democráticas de Pensionistas y Jubilados de Valencia, e igualmente con desestimación del recurso interpuesto por Doña M.I.T.P., confirmamos la sentencia que con fecha de 23 de octubre de 2013 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº 16 de los de Valencia, y por la que se estimó parcialmente la demanda formulada.

Asimismo, condenamos a la parte recurrente Doña M.I.T.P., a que por el concepto de honorarios profesionales satisfaga 400 euros al Sr. Letrado de las actoras e impugnante. Se condena a la Federación Provincial de Asociaciones Democráticas de Pensionistas y Jubilados de Valencia por igual concepto.

1912

Sentencia núm. 1.795, de 8 de julio de 2014

Materia: Conflicto colectivo: reducción de jornada. Trabajadores al servicio de empresa ferroviaria. Mejoras en concepto de beneficios sociales: reducción de jornada, variable según los años, en la semana fallera. El conflicto afecta al personal de oficinas. Doctrina jurisprudencial sobre la situación de condición más beneficiosa.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta por la confederación sindical demandante, absolviendo a la empresa demandada de todos los pronunciamientos deducidos en su contra.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó su demanda de conflicto colectivo, el sindicato demandante formula el presente recuso de suplicación que ha sido impugnado de contrario, conforme se expone en los antecedentes de hecho de esta sentencia.

SEGUNDO.- 1. Al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en lo sucesivo, LRJS), denuncia la recurrente la presunta infracción del artículo 3.1,c) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y de la doctrina jurisprudencial sobre “la condición más beneficiosa”. Alega el sindicato recurrente que la reducción de jornada de la que venía disfrutando el personal de oficinas de Valencia de la entidad demandada entre los días 12 y 19 de marzo de cada año (semana de fallas) es “un derecho adquirido de los trabajadores y, como condición más beneficiosa no puede disponer de la misma unilateralmente el empresario”.

Así planteado, la única cuestión a dilucidar por esta Sala es si la reducción de jornada de 2 horas diarias en la “semana fallera” que venían disfrutando los trabajadores de oficinas de la entidad demandada desde el año 1.996, constituye una condición más beneficiosa, como defiende la recurrente, o una concesión graciable como afirma la magistrada de instancia.

2. El empleador puede conceder voluntariamente a sus trabajadores condiciones laborales más beneficiosas que las establecidas en las normas legales, reglamentarias o convencionales, mediante pactos expresos o tácitos (artículo 3.1,c) ET). Ahora bien, constituye doctrina jurisprudencial consolidada aquella según la cual “para que pueda sostenerse la existencia de una condición más beneficiosa es preciso que ésta se haya adquirido y disfrutado en virtud de la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión, de suerte que la ventaja que se concede se haya incorporado al nexo contractual, en virtud de un acto de voluntad constitutivo de una concesión o reconocimiento de un derecho y se pruebe, en fin, la voluntad empresarial de atribuir a sus trabajadores una ventaja o un

beneficio social que supera a los establecidos en las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo”(por todas ,sentencias del Tribunal Supremo (Social) de 3 de diciembre de 2008; rcud. 4114/07, y 28 de octubre de 2010; rcud. 4416/09).

Concedida dicha mejora o condición más beneficiosa, si el trabajador la acepta, ésta se incorpora al contenido de su contrato de trabajo y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una norma posterior legal o pactada colectivamente que sea más favorable, no pudiendo ser suprimida de forma unilateral por el empresario, salvo por la vía del artículo 41 del ET, pues la condición en cuanto tal es calificable como un acuerdo contractual tácito -art. 3.1.c) ET. En este sentido se ha pronunciado de forma reiterada la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre las que pueden citarse lasde 29-3-2002 (rec.- 3590/99), 20-11-2006 (rec.- 3936/05), 12-5-2008 (rec.- 111/07) o 13-11-2008 (rec- 146/07).

3. La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso enjuiciado nos lleva a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia recurrida, pues a la vista del supuesto fáctico, inalterable en la versión que del mismo se hace en la sentencia de instancia, resulta que desde el año 1.996, los trabajadores del personal de oficinas de Valencia de F.G.V., ha venido disfrutando de una reducción de jornada durante la semana fallera (12 a 19 de marzo), variable según los años (hecho probado primero). Por acuerdo entre la representación sindical y los representantes de la empresa demandada, celebrado el 15 de marzo de 1.999, se dejaron “sin efecto los pactos y normas anteriores al actual acuerdo que se opongán al mismo, a excepción de los establecidos para los siguientes supuestos: concesión graciable en la semana de fallas para Valencia y San Juan en Alicante (reducción de jornada) (hecho probado segundo). Mediante escrito de fecha 11 de marzo de 2013, la dirección de la entidad demandada comunicó al personal de oficinas de Valencia que “entre los días 12 y 19 de marzo los trabajadores podrán salir a las 13.30 horas, si bien la jornada laboral que dejen de realizar por esta causa deberá recuperarse” (hecho probado cuarto).

El adjetivo graciable, en su segunda acepción (diccionario R.A.L.E.), significa “*Que se puede otorgar graciosamente, sin sujeción a precepto*”, es decir, sin estar obligado a ello. De esta forma, con el tenor literal del acuerdo de marzo de 1.999 se manifiesta, claramente, que no era voluntad de la empresa demandada conceder un beneficio a los trabajadores de oficinas sobre la jornada laboral prevista en el convenio colectivo y, al mismo tiempo, clarificar que la reducción de jornada disfrutada desde 1.996, siembre había constituido una mejora graciable, no una condición más beneficiosa.

Además, aunque se aceptase, a efectos meramente dialécticos, que se trata de una condición más beneficiosa, procedería, igualmente, la desestimación del recurso examinado, ya que el beneficio habría quedado extinguido en virtud del citado acuerdo, pues, como hemos manifestado más arriba, la condición más beneficiosa no puede ser modificada por el empresario de forma unilateral pero sí por la voluntad concorde de los representantes de los trabajadores y del empleador, acuerdo que en el presente caso se ha producido.

Se desestima, en consecuencia, este motivo de censura jurídica y, con él, el recurso de suplicación.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 y 2 de la LRJS, no procede la imposición de costas.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Confederación Sindical de X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 6 de Valencia, de fecha 7 de febrero de 2.014, en el procedimiento de conflicto colectivo promovido por la recurrente frente a Ferrocarriles de la Generalitat Valenciana, y, en consecuencia, la confirmamos en su integridad.

No procede la imposición de costas.

Sentencia núm. 1.812, de 8 de julio de 2014

Materia. Prestación por desempleo. Trabajadora que presta servicios en empresa familiar. Años más se divorcia de su marido, siendo éste socio de la empresa en la que presta sus servicios. La actora es objeto de despido disciplinario por faltas muy graves. La demandante presenta solicitud de prestación por desempleo contributiva, la cual es denegada por cese voluntario de su relación laboral. La actora solicita el cobro de la prestación.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando a la actora en situación de desempleo, teniendo derecho a una prestación por determinado periodo, sobre determinado periodo cotizado y con determinada base reguladora.

Sala: Estima en parte el recurso, reconociendo el derecho de la actora a la prestación reconocida en la sentencia de instancia pero quedando fijado el derecho a una duración de la prestación que será la derivada del periodo cotizado a partir de la fecha correspondiente a la sentencia de divorcio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Recorre la parte actora en suplicación la sentencia de instancia que estimó parcialmente su demanda, declarando a la misma en situación legal de desempleo pero con un derecho de prestación de 120 días sobre un periodo cotizado de 396 días y base reguladora de 30,47 €. El recurso, que se interpone al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, comienza solicitando la corrección del hecho probado 1º para que donde dice “La sociedad había sido constituida por don S.M.G. y don S.M.F., marido e hijo de la actora respectivamente, en fecha 16 de enero de 1995”, diga “ex-marido e hijo de la actora”.

La recurrente adjunta junto al recurso la sentencia de divorcio de 15-9-2006, documento que admitimos para evitar cualquier tipo de indefensión y la consiguiente vulneración de un derecho fundamental (art. 233 LRJS), que en este caso sería el de defensa. Todo ello en relación con lo que expondremos en el fundamento jurídico segundo.

En cualquier caso, el hecho se refiere a la fecha de constitución de la sociedad, 16-1-1995, y en la misma la actora no se había separado ni divorciado, por lo que el término “marido” es correcto. En el hecho segundo la juez se hace eco de la presentación de una demanda de divorcio, admitida por auto de 2-5-2006, no recogiendo este hecho el dato de la finalización de ese proceso de divorcio por falta de presentación de la documental acreditativa.

Respecto de la supresión interesada del último párrafo del Fundamento de Derecho Segundo, la misma no puede estimarse ya que la parte recurrente

únicamente puede interesar la revisión fáctica con proposición concreta de la redacción final interesada del hecho en cuestión, pero no una nueva redacción de los fundamentos jurídicos, tarea que en exclusiva incumbe al juez.

SEGUNDO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, la recurrente, tras manifestar su conformidad con la conclusión del juzgador sobre la falta de prueba sobre la voluntariedad del abandono de la actividad, denuncia la vulneración del art. 72 de la LRJS por cuanto la sentencia de instancia ha tenido en cuenta una alegación extemporánea de la recurrida: el hecho de que la actora era esposa de uno de los socios, hecho que además de no ser cierto, no puede ser tenido en cuenta por la sentencia puesto que no existía discrepancia entre las partes, al ser interpuesta la demanda. Es en la vista de 21-3-2013 cuando la Administración, alegó por primera vez el hecho de la posible incompatibilidad de las prestaciones solicitadas por la actora como consecuencia de su matrimonio con uno de los administradores de la anterior mercantil, y no se trataba de hechos nuevos sino conocidos por la Administración.

Así las cosas, el art. 72 de la LRJS establece que: “En el proceso no podrán introducir las partes variaciones sustanciales de tiempo, cantidades o conceptos respecto de los que fueran objeto del procedimiento administrativo y de las actuaciones de los interesados o de la Administración, bien en fase de reclamación previa o de recurso que agote la vía administrativa, salvo en cuanto a los hechos nuevos o que no hubieran podido conocerse con anterioridad”. Sin embargo, el hecho de que el INEM introduzca en el caso analizado un dato relativo a la duración de la prestación, no puede considerarse como una variación sustancial de la configuración de la litis, que versaba sobre la obtención de una prestación por desempleo. El periodo de ocupación cotizada y la duración de la prestación son elementos constitutivos del derecho, y como tales, en el expediente administrativo aparecen y constan los datos necesarios para su otorgamiento o denegación.

Como ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, como la de 5 de diciembre de 1996, en el proceso de seguridad social se pide normalmente el reconocimiento del derecho a una prestación mediante una acción declarativa de condena, que es lo mismo que se ha solicitado en el procedimiento administrativo. El actor tiene que probar los hechos constitutivos de su derecho (la existencia de la situación protegida, la concurrencia de los restantes requisitos de acceso a la protección...) y la entidad gestora tiene la carga de probar los hechos impeditivos, los extintivos y los excluyentes. La ausencia de un hecho constitutivo puede ser apreciada por el Juez, si resulta de la prueba, incluso aunque no se haya alegado por la parte demandada y lo mismo sucede con los hechos impeditivos y extintivos. La razón está, como ha señalado la doctrina científica, en que los órganos judiciales están vinculados por el principio de legalidad y no pueden otorgar tutelas infundadas. Sólo los hechos excluyentes son excepciones propias en el sentido de que el juez no puede apreciarlas si no son alegadas por la parte a quien interesan y ello porque estos hechos no afectan a la configuración legal del derecho.

Por lo expuesto, resulta conforme a derecho que la juez de instancia haya entrado en el tema del periodo de cotización a tener en cuenta, resolviendo conforme

a la prueba practicada que debía excluirse el periodo de cotización en B.E. S.L., pues dicha empresa estaba participada por su marido quien tenía plenos poderes sobre ella.

Ahora bien, admitido que ha resultado el documento aportado en el escrito de recurso consistente en copia de la sentencia de divorcio de la actora y su cónyuge, admisión a la que se ha dado lugar para evitar cualquier tipo de indefensión y la consiguiente vulneración de un derecho fundamental (art. 233 LRJS) y en base a los principios de reciprocidad e igualdad de armas, resulta que el matrimonio de la actora estaba disuelto desde el 15-9-2006, por lo que a partir de dicha fecha ya no entra en juego respecto de la misma la DA 27ª de la LGSS (presunción de control de la sociedad cuando al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por los vínculos que se recogen) y las cotizaciones realizadas deben ser computadas y tenerse en cuenta para calcular la duración prestación por desempleo a que la demandante tiene derecho. Todo lo cual implica la estimación parcial del recurso formulado.

FALLO

Que estimando en parte el recurso interpuesto por Doña G.F.V. contra la sentencia de fecha 24-6-2013 del Juzgado de lo Social nº 3 de Elche, y con parcial revocación de la misma, declaramos que la actora tiene derecho a la prestación por desempleo reconocida por la sentencia de instancia, derivada de la situación legal de desempleo desde el 4-2-2012, y con una base reguladora de 30,47 €, pero quedando fijado el derecho a una duración de la prestación que sea la derivada del periodo cotizado a partir de la fecha de 15-9-2006.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.847, de 10 de julio de 2014

Materia: Despido y vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador al servicio de entidad pública de saneamiento. Extinción de la relación laboral por causas organizativas y productivas. La relación es extinguida por el gerente de la entidad y no por el Consejo de Administración. Declaración de nulidad del despido por inexistencia del mismo y por vulneración de los derechos fundamentales, o bien solicitud de declaración de improcedencia de éste.

Juzgado: Desestima la demanda, declarando procedente el despido objetivo enjuiciado y declarando extinguido el contrato de trabajo entre las partes, sin derecho a mayor indemnización que la ya percibida.

Sala: Estima el recurso y declara improcedente el despido del trabajador. El despido del actor no se efectúa conforme a derecho ni por parte del órgano competente. Sin embargo, no procede declarar la nulidad del despido por vulneración de los derechos fundamentales al no existir causa-efecto entre el despido del trabajador y su imputación penal.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia que desestimó la pretensión de la parte actora sobre despido nulo y subsidiariamente improcedente, interpone recurso de suplicación la misma al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, habiendo recaído impugnación.

Por el primero de ellos la parte recurrente solicita la revisión del hecho probado 3º mediante la adición de un párrafo cuyo texto completo consta al folio 24 y 25 del recurso. Dado que la revisión solicitada se apoya en documentos hábiles para llevarla a cabo y que contiene extremos trascendentes para la resolución del litigio, la admitimos, si bien parcialmente, eliminando aquellos extremos que por no tener carácter fáctico son más propios de ser alegados en el apartado c) del art. 193 de la LRJS. Queda por lo tanto, así redactado el segundo párrafo del hecho probado 3º: “La carta de despido fue firmada por el Gerente de la empresa, Sr. M.M.. El Consejo de Administración de la EPSAR no acordó, ni ratificó el despido del demandante en la sesión del día 10 de junio de 2013, aprobando únicamente un cambio de organigrama consistente en la unificación de los departamentos de Proyectos y Obras y de Explotaciones bajo una misma Jefatura, y la creación de un puesto de auditor interno, dependiente del consejo de administración”.

Seguidamente, y por estar en directa relación, pasaremos a analizar la petición de modificación del hecho probado 15º, que el recurrente considera inexacta e incompleta proponiendo la siguiente: “Que por Decreto 170/1992 de 16 de octubre, de la Generalitat Valenciana, se aprobó el Estatuto de la Entidad Pública de

Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana, figurando en el art. 19 de dicha norma funciones del Gerente, entre las que no se encuentra la de cesar al personal fijo, correspondiendo esta facultad en exclusiva al Consejo de Administración de la Entidad, pudiendo simplemente el gerente proponer los ceses a dicho Consejo de Administración para su aprobación”.

Admitimos la redacción propuesta por ser más precisa, exacta y completa que la existente, además de tener carácter trascendente y derivarse directamente y sin lugar a dudas ni elucubraciones, de los documentos invocados por la recurrente (fundamentalmente el Acta de la sesión del Consejo de Administración de 10-6-2013).

Pretende la recurrente asimismo la modificación del hecho probado 4º para que conste con el texto que obra a los folios 27 y 28 del recurso, en el que se reflejan más circunstancias de los otros dos trabajadores que fueron despedidos junto al actor, y posteriormente contratados por empresas de EPSAR, con el propósito de poner de manifiesto que las causas del despido resultan ajenas a la relación laboral, lo que unido al resto de la documentación confiere suficientes indicios de vulneración de derechos fundamentales. Pero, dando por reproducido el texto a los meros efectos expositivos, no admitimos la modificación propuesta ya que el texto redactado por el juzgador es lo suficientemente completo y expresivo, está basado en prueba documental que el recurrente cita, y ha tenido en cuenta las circunstancias que el recurrente aduce, como se constata de la lectura del fundamento de derecho tercero, párrafo 6º.

A reglón seguido la parte recurrente solicita la modificación del hecho probado 10º mediante la adición de una relación más exhaustiva y reciente de los contratos celebrados con EPSAR con empresas externas, haciendo constar también su importe. Damos por reproducido el texto a los meros efectos expositivos pero no admitimos la adición propuesta (obra a los folios 33 y 34 del recurso) ya que resulta intrascendente para alterar el sentido del fallo dado que las contrataciones externas ya existían desde antiguo, antes de la contratación del actor y todas son prórrogas de los contratos que ya relaciona el hecho décimo.

También se solicita la adición de un nuevo hecho probado, el vigésimo segundo (obrante al folio 36), basado en la documental que cita consistente en cuentas anuales de la entidad correspondientes a los ejercicios 2012 y 2011, lo que no estimamos por irrelevante dado que la carta de despido basa su decisión en causas organizativas y de producción, no económicas.

Por último, la recurrente pretende incluir en el relato fáctico otro hecho probado, el vigésimo tercero, en base a documentos que son extractos de prensa digital y escrita, que acreditan a la presión política y mediática sobre el Consell de la Generalitat Valenciana para que se procediese, primero al cese como jefe de Departamento, y posteriormente al despido del Sr. B., como consecuencia de su imputación penal en el llamado caso Emarsa. Damos por reproducido el texto a los meros efectos expositivos (folio 37 del recurso), pero no admitimos su acceso al factum ya que, ni los documentos citados son hábiles a efectos revisorios frente a la conjunta valoración realizada por la juzgadora de instancia (art. 97.2 LRJS), ni son

circunstancias que la juez a quo haya pasado por alto, como lo demuestra el tenor del hecho probado 13º y el fundamento de derecho 3º párrafo 5º in fine.

SEGUNDO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la parte recurrente formula un primer apartado en el que alega la nulidad por inexistencia de despido como consecuencia de la falta de capacidad legal del firmante de la carta de despido, el gerente de EPSAR, sin haber sido previamente autorizada, acordada o ratificada la decisión extintiva por el Consejo de Administración de la Epsar. Aduce el quebranto de los arts. 8 y 19 del Estatuto de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana, aprobado mediante Decreto 170/1992 de 16 de octubre, del Gobierno Valenciano y de la Jurisprudencia. En sustancia, indica que los despidos no quedaron aprobados por el Consejo de Administración y que lo único que fue autorizado por el órgano competente para ello es la unificación de dos departamentos (Proyectos y Obras y Explotaciones) y la creación de un puesto de auditor. Nos encontramos ante una institución de derecho público que queda sometida al principio de legalidad y en particular al Estatuto de la Entidad Pública, aprobado mediante el Decreto antes citado.

Pues bien, expuesto un defecto formal de la entidad y alcance del alegado, resulta necesario proceder al análisis y enjuiciamiento del mismo, dadas las consecuencias que su apreciación comportaría. Y así, debemos partir de lo dispuesto en los arts. 8 y 19 del Estatuto de la Entidad Pública demandada, que son los directamente aplicables en el caso de autos. El art. 8 recoge las facultades del Consejo de Administración, disponiendo su apartado 17 que corresponde a dicho órgano: “nombrar y cesar al resto del personal directivo y contratar y cesar al personal fijo”. Tal disposición debemos completarla con el art. 19 que establece las facultades del Gerente de la entidad pública, disponiendo el punto 6 que le corresponde: “proponer al Consejo de Administración el organigrama funcional, el nombramiento y cese del personal directivo de la Entidad de Saneamiento, así como la contratación y cese del personal fijo”. Sin propuesta previa del Consejo de administración y en materia de relaciones laborales el Gerente puede proceder a “la contratación de personal eventual”, según dispone el art. 19.7 del citado reglamento, es decir, no al fijo.

TERCERO.-En este orden de cosas debemos acudir al Acta de la reunión del Consejo de Administración de 10-06-2013 (aportada como documental por ambas partes), cuyo análisis ha determinado la revisión fáctica admitida, a la que hemos de estar, tal y como en el anterior fundamento consta, así como al resto de hechos probados no impugnados y a los hechos admitidos por las partes. Así las cosas, una detenida lectura de la citada Acta evidencia que el despido del Sr. B. no fue aprobado por el Consejo (como tampoco el de los otros dos técnicos a los que se refiere el hecho 4º del relato fáctico). En relación con el punto 2 del Orden del día “Propuestas de Cambio en el Organigrama de la Epsar”, se hace referencia a la existencia de un menor nivel de actividad, a la fusión de dos departamentos, Proyectos y Obras y Explotaciones, indicando que esto conlleva un cambio en el organigrama de la EPSAR, lo cual deberá ser aprobado por el Consejo de Administración. Así, en cumplimiento de ello, en el inciso final del punto segundo del orden del día consta que: “el consejo, por unanimidad acuerda: Aprobar el nuevo organigrama propuesto por el Gerente de la

Epsar, según el esquema del que se deja constancia a continuación e la presente acta, y que supone la unificación de los departamentos de Proyectos y Obras y de Explotaciones bajo una misma Jefatura, y la creación de un puesto de auditor interno, dependiente del consejo de administración”.

Respecto al tema de personal, lo que consta en el acta, además de la fusión de departamentos, es que se va a llevar a cabo una unificación de los técnicos de los cuatro departamentos hasta ahora integrados en el área técnica, cuya formación es altamente homogénea, con el fin de dotar de una mayor flexibilidad organizativa y facilitar la polivalencia; por lo que la situación de los técnicos de estos cuatro departamentos pasa a constituir un “pool” de técnicos que podrán ser requeridos para realizar funciones relativas a la actividad de proyectos y obras y de explotación, como a la de vertidos y a la de calidad, trabajando en el primer caso a las órdenes del jefe del departamento conjunto que se crea y en los otros casos a las órdenes de los otros dos jefes de departamento que se mantiene en la situación actual.

Y, lo que es de suma importancia, en cuanto al tema de los ceses o despidos lo único que el acta recoge es, literalmente, que: “Esto permitirá, entre las vacantes existentes en la actualidad y las que se produzcan como consecuencia de los despidos previstos (tres en principio), encajar en el nuevo organigrama determinados puestos de trabajo, y así se cumplirá con los presupuestos de 2013, al menos a partir del segundo semestre”. Esta es la única referencia que se hace a los despidos, o mejor dicho, a vacantes, aludiendo a las existentes y a las “que se produzcan como consecuencia de los despidos previstos (tres en principio)”, sin mayores datos sobre esa alegada previsión (que implicará una proyección de futuro por la propia naturaleza de las previsiones), como tampoco quien va a ser despedido, ni cuando, constando tan solo: “despidos previstos (tres en principio)”. Por encima de cualquier otra circunstancia aparece como relevante que en ningún momento el Consejo de Administración aprobó ni el despido del actor ni el de otros trabajadores, pues en toda el Acta no consta tal aprobación, sin la cual es imposible proceder al cese de personal fijo. A la luz de la normativa antes expuesta no basta con que se aluda a una previsión, por lo demás, como hemos ya indicado, totalmente abstracta puesto que ni se da nombres, ni modalidad de despido, ni fecha, ni departamento asignado. No es suficiente que se diga que “están previstos”; se debió proponer el cese o ceses al Consejo de Administración y éste aprobarlo (o en su caso denegarlos). Del relato fáctico lo que se desprende y evidencia es que no se ha autorizado ningún despido, solo la unificación de los departamentos de Proyectos y Obras, y de Explotaciones bajo una misma Jefatura, y la creación de un puesto de auditor interno, dependiente del consejo de administración. Y el tenor literal del acta es claro comprobándose del mismo que no quedó autorizado ningún despido, ni tampoco, faltando la autorización, se efectuó una delegación expresa al gerente para que éste despidiera y determinase qué trabajadores debían cesar y en qué fechas (lo que tampoco encajaría en el procedimiento recogido en el Estatuto de la Entidad Pública).

En definitiva, dado que el Consejo de Administración, órgano competente para ello en virtud del art. 8 del Estatuto de la entidad pública demandada, no autorizó el despido del actor (ni de los otros dos técnicos que en su día fueron despedidos), y que

es el gerente el que decide y firma el despido del trabajador (cuando lo que tuvo que haber hecho era proponer al Consejo su cese, pues debe proponer a tal órgano el cese del personal fijo, que es lo que le permite el art. 19.6 del Estatuto y el Consejo aprobarlo), el despido del actor no se efectuó conforme a derecho ni se autorizó por órgano competente.

Debemos tener presente que, tal y como recoge el hecho segundo de la sentencia de instancia: “la empresa demandada EPSAR, es una entidad de derecho público, perteneciente al sector público valenciano, y está dedicada, entre otras funciones a recaudar el canon de saneamiento, ejecutar obras para la construcción de instalaciones de gestión de agua en la Comunidad Valenciana, administrar la explotación de las instalaciones de gestión de agua en la Comunidad Valenciana y ejecutar las obras de saneamiento, depuración y control de aguas residuales”. Ello significa que los requisitos de acceso y cese del personal a la empresa están sometidos a una normativa estricta de carácter administrativo, sin que sea posible su interpretación extensiva.

En otro orden de cosas debemos indicar que las alegaciones de la demandante sobre el tema tratado no constituyen cuestión nueva ni han causado indefensión a la demandada. Ya en el hecho 4º de la demanda se hizo constar que no se ponía de manifiesto el contenido del acta del Consejo de Administración, que no se indicaba bajo qué criterio había sido aprobada la amortización de los tres puestos de trabajo, alegando incluso “si es que ha sido aprobada”. Por ello, dicha parte actora interesó se requiriera a la demandada a que aportara el Acta del Consejo de Administración, lo que se admitió por el Juzgado con antelación a la vista oral, y motivó que ambas partes tuvieran dicha prueba a la vista para su estudio, todo lo cual ahuyenta y excluye la indefensión alegada por la empresa.

Por último, y en relación con las alegaciones sobre una posible convalidación, procede indicar que no podemos considerar que el acto de despido llevado a cabo unilateralmente por el gerente y sin su previa aprobación y autorización por el Consejo de Administración, esté convalidado por el citado Consejo al no constar que lo haya dejado sin efecto. Nos encontramos ante una entidad de derecho público sometida al principio de legalidad y en concreto a su propio Estatuto de Entidad Pública (Decreto 170/1992) y si la decisión de cese, el despido, ha sido adoptada de manera irregular y por órgano incompetente, es una decisión nula de pleno derecho, sin que quepa hablar de subsanación.

Ahora bien, trasladado todo ello al campo del derecho laboral y al proceso en el que nos encontramos, lo cierto es que no podemos hablar de un despido inexistente, ya que el acto de despido como tal ha existido, se ha producido y ha sido exteriorizado, emitiéndose la correspondiente carta al trabajador. Lo que sucede es que la decisión del citado despido no la ha tomado el órgano competente, el Consejo de Administración, sino el gerente, que no tiene competencia para ello. Por estas razones consideramos que lo que ha existido es un defecto de forma que determina la calificación del despido producido como de improcedente, pero no como nulo, ya que las causas de nulidad quedan reservadas a las estrictamente tasadas por la ley (art.

55.5 del ET) y entre ellas no se encuentra la acaecida (falta de capacidad para despedir).

CUARTO.-Siguiendo el orden expuesto por la parte recurrente y dado que no ha prosperado la petición de nulidad por inexistencia de despido (sí la improcedencia del despido), debemos entrar a examinar la solicitud de nulidad por vulneración de derechos fundamentales con quebranto de los arts. 18 y 25 de la CE, dado que caso de prosperar, su calificación embebería a la otra. Alega la parte recurrente, en sustancia, que la decisión extintiva está completamente desligada del motivo real del despido, y que no es otro que la imputación penal del Sr. B. ante el Juzgado de Instrucción nº 15 de Valencia en el llamado “Caso Emarsa”, encubriendo el despido de la empresa una represalia, vulnerándose con ello el art. 25.2 de la CE y también el art. 18 del mismo texto legal, pues da a entender que resulta culpable de los hechos que se le imputan. Además, la inmediata recolocación de los otros dos despedidos no puede resultar casual sino que fue instrumental para dotar de apariencia formal al cese del actor.

Pues bien, ya desde ahora se adelanta que este motivo no puede prosperar, remitiéndonos a los argumentos y razonamientos de la juez de instancia, que este Tribunal hace suyos. Por encima de todo resalta el dilatado lapso temporal entre la imputación, que fue el 10-4-2012 y el despido, que acaeció el 18-6-2013, es decir, catorce meses después, lo que impide que se aprecie una relación causa-efecto. Ciertamente es que el demandante fue cesado el 12-4-2012 como Jefe del Departamento de Explotación, pasando a desempeñar el puesto de técnico superior del mismo departamento, y pasando el 19-4-12 a Vertidos Industriales. Pero la movilidad indicada, posiblemente basada en retirar la confianza respecto de un puesto cuyo desempeño se basa en la misma, no tuvo traducción impugnatoria, y en todo caso, no desvirtúa el largo tiempo que acaeció hasta el despido, acto que aquí se enjuicia y al que hay que estar. Respecto a la mejor suerte que han corrido los dos compañeros despedidos por haber encontrado trabajo en empresas que han tenido relación con EPSAR, ello no constituye un indicio razonable de una represalia orquestada, ya que en el ámbito de la empresa privada (son dos S.L.) la contratación y selección es, en principio, libre. Y según el relato fáctico, los otros dos despedidos impugnaron el despido presentando demanda, habiendo desistido con posterioridad uno de ellos, pero no el otro. Por todo ello, y de conformidad asimismo con el criterio del Ministerio Fiscal, no procede apreciar la vulneración de derechos fundamentales denunciada.

QUINTO.- Llegados a este punto, y dado que el despido no puede ser reputado de nulo, pero sí de improcedente por defectos de forma, tal y como hemos razonado en el fundamento de derecho tercero, así hemos de calificarlo, sin que sea necesario entrar en el resto de los motivos del recurso de suplicación. Por lo tanto, el empresario ha de quedar condenado a la opción prevista en el art. 56 del ET, y ello con aplicación de los parámetros de antigüedad y salario que resultan del hecho probado primero de la sentencia. Si opta por el abono de la indemnización, debe pagar al actor la cantidad resultante de aplicar el módulo de cuarenta y cinco días de salario por año trabajado, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades, hasta la fecha de 11-2-2012, indemnización que será de treinta y tres días por año a partir del 12-02-2012 y hasta la fecha del

despido 18-6-2013, con un máximo de 24 mensualidades, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria quinta del RDL 3/2012 de 10 de Febrero. Todo lo cual da una cifra de 115.172,89 € de indemnización a abonar al demandante por EPSAR. Desde el alta (17-12-93) hasta el 11-2-12 hay 6.630 días (18,6 años) lo que nos da un importe de 109.218,78 €. Desde el 12-2-12 hasta el despido, 18-6-13 hay 492 días (1,35 años), lo que da un importe de 5.954,11 €. El total de ambas sumas arroja una cifra indemnizatoria de 115.172,89 €.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Don I.B.B. contra la sentencia de fecha 9-1-2014 del Juzgado de lo Social nº 11 de los de Valencia, y con revocación de la misma, declaramos improcedente el despido del actor de 18-6-2013, condenando a la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana (EPSAR) a que a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada, mediante escrito o comparecencia en Secretaría, readmita al actor en su precedente puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, o le abone la indemnización de 115.172,89 € (ciento quince mil ciento setenta y dos euros con ochenta y nueve céntimos). En el caso de optar por la readmisión, el trabajador tendrán derecho al cobro de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente sentencia a razón de la cantidad diaria de 133,65 €. Todo ello sin perjuicio de la eventual detracción de lo cobrado en otro empleo en ese período.

Sin costas.

1915

Sentencia núm. 1.859, de 15 de julio de 2014

Materia: Conflicto colectivo. Personal laboral al servicio de consorcio hospitalario. Abono parte proporcional de la paga extraordinaria. Interpretación devengo pagas extraordinarias.

Juzgado: Estima la demanda, dejando sin efecto la decisión de carácter colectivo adoptada por los órganos de gestión del personal del consorcio hospitalario y declara el derecho de los trabajadores a percibir la parte proporcional de la paga extraordinaria, devengada de forma anual, por cada uno de los trabajadores a la fecha de entrada en vigor de la norma.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia, en el sentido de declarar el derecho de los trabajadores a recibir la parte proporcional de la paga extraordinaria devengada semestralmente y no de forma anual como se postula en la instancia.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Ramón Gallo Llanos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre en suplicación la sentencia que dictó el día 25-1-2.014 el Juzgado de lo Social de los de Castellón, que debemos entender completada con el Auto posterior de fecha 3 de marzo de 2.014, en el que se deniega la aclaración solicitada por el hoy recurrente, CONSORCIO HOSPITALARIO PROVINCIAL DE CASTELLÓN, en la que estimándose la demanda por la FEDERACIÓN DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DE LA CONFEDERACIÓN SINDICIAL X. contra dicha entidad promoviendo conflicto colectivo en los términos que constan en los antecedentes de hecho de esta resolución. El recurso interpuesto se articula en un motivo único destinado a la censura jurídica.

La sentencia de instancia, siguiendo el criterio establecido por esta Sala en la Sentencia de 10-10-2.013, consideró que el artículo 2 del RD- Ley 20/2.012 de 13 de julio por el que suprimía la paga extraordinaria correspondiente al mes de diciembre de dicho año no podía ser objeto de aplicación retroactiva, por lo que consideró que el personal laboral de la demandada tenía derecho a percibir la parte proporcional de dicha paga ya devengada a la fecha de entrada en vigor de dicha norma. A la hora de cuantificar dicha parte proporcional, y a la vista del art. 23 del Convenio Colectivo de empresa, entendió el juzgador de instancia que las dos pagas extraordinarias se devengaban de forma anual, de forma que, habiéndose percibido la paga extraordinaria de diciembre el día 21 de diciembre de 2.011, cada uno de los trabajadores tendría derecho a percibir la parte proporcional de la paga extra correspondiente al periodo de devengo comprendido entre el 21-12-2.011 y el 14-7-2.012.

En su motivo el recurrente discrepa de la interpretación que se efectúa del art. 23.3 del Convenio de aplicación en la consideración de que la misma no se ajusta al espíritu y finalidad de la norma, que como criterios hermenéuticos consagra el art. 3.1

CC., pues considera que estableciéndose en la norma en cuestión una equiparación a la hora de percibir retribuciones extraordinarias entre el personal funcionario y el personal laboral, respecto de éste último la instrucción 2.6 de la Resolución de 25-5-2.010 de la Secretaría de Estado de Hacienda y Presupuestos fijaba que las pagas extraordinarias de los funcionarios se devengarían el primer día hábil de los meses de junio y de diciembre lo que excluiría el devengo anual. Por otro lado se señala que la Sentencia de esta Sala que se cita en la de instancia, a la que arriba hemos hecho referencia, se declina por el devengo semestral y no anual de las pagas extraordinarias interpretando el Convenio del personal laboral al servicio de la Generalitat Valenciana, por lo que se considera que el periodo de cómputo sería desde que se percibió la paga de junio (1-7-2.012) hasta la entrada en vigor de la norma (14-7-2.012).

En el escrito de impugnación del recurso se considera que el recurrente está planteando una cuestión nueva de vedado acceso de la suplicación pues los argumentos ahora esgrimidos no lo fueron en contestación a la demanda, versando sobre cuestiones que ya fueron planteadas por la parte promotora del presente conflicto que se limitó a mantener que no cabía otra interpretación del art. 2 del RD Ley 20/2012 que no fuera la de entender que en tanto en cuanto dicha norma no fuese declarada inconstitucional, debía interpretarse en el sentido de que no había derecho a percibir cantidad alguna en concepto de paga extraordinaria de diciembre, sin que en ningún caso se cuestionase el periodo de devengo anual que refería la actor en su demanda.

Al respecto debemos señalar que la oposición a la demanda, implica aun cuando no se haga mención expresa, la negación de todos los argumentos esgrimidos por el actor. A ello debe añadirse que la sentencia de instancia en el último párrafo de su fundamento de derecho tercero efectúa una determinación del periodo objeto de devengo razonando por qué considera que el devengo de las pagas extraordinarias es anual y no semestral, efectuando una interpretación del art. 23 del C. colectivo de aplicación, de ahí que estimemos que la cuestión que se suscita en el recurso no pueda ser considerada una cuestión nueva de vedado acceso a la suplicación.

Dicho lo cual, y entrando ya en el fondo del motivo se debe partir del contenido del art. 23,3 del Convenio del personal laboral al servicio del Consorcio Hospitalario de Castellón el cual al tratar las retribuciones del personal laboral señala en su apartado c) *“Las pagas extraordinarias, que serán dos al año por importe mínimo cada una de ellas de una mensualidad del sueldo y trienio, más el tanto por ciento del complemento/s retributivo/s mensual que la Ley de Presupuestos Generales del Estado establezca para cada año, de acuerdo con lo establecido en los Acuerdos Administración- Sindicatos sobre medidas retributivas en el empleo público, para los empleados públicos a los que resulta de aplicación el régimen retributivo de la ley 3071984, que se devengarán en los meses de junio y diciembre..”*.

A la vista del precepto convencional, se debe discrepar de la solución propiciada en la instancia, ya que esta Sala, interpretando normas redactadas en términos similares, esto es, sin hacer referencia al devengo anual o semestral de cada una de las pagas, pero únicamente haciendo referencia a la fechas de finalización del

devengo, ha considerado que dichas normas deben interpretarse en el sentido de que el devengo es semestral. En este sentido la Sentencia de 17-12-2.012 resolutoria del proceso 50/2.013 interpretó art. 84.4 de la Ley 10/2010, de 9 de julio, de la Generalidad, de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana, que dispone expresamente que las pagas extraordinarias se devengan el día uno de los meses de junio y diciembre, como que la misma establecía dos pagas de devengo semestral, por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley nos han de llevar al criterio ya establecido.

Por otro lado, la remisión contenida en la norma convencional a las retribuciones del personal funcionario, donde como alega la recurrente el devengo de las pagas es semestral ha de ser otra razón que justifique en nuestro caso tal interpretación de la norma convencional, acogiéndonos en este caso a una interpretación sistemática del Convenio.

SEGUNDO.- En atención a lo razonado, estimamos el recurso interpuesto y revocamos parcialmente la resolución recurrida en el sentido interesado por el recurrente. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el COSORCIO HOSPITALARIO DE CASTELLÓN contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo SOCIAL nº3 de CASTELLÓN en sus autos núm. 1071/13 de fecha 24 de enero de 2014, procedemos a revocar la resolución recurrida en el sentido de fijar como parte proporcional de la paga de diciembre que tienen derecho a percibir los trabajadores afectados por el presente conflicto la devengada entre el 1 y el 14 de julio de 2012 siendo el devengo de la misma semestral.

Sin costas.