

Sentencia núm. 207, de 5 de febrero de 2013

Materia: Prestación por desempleo. Trabajadora que presta servicios en empresa declarada en concurso de acreedores. Extinción colectiva de los contratos de trabajo de los trabajadores de la mercantil. Nulidad del auto. La trabajadora cobra prestación por desempleo estando dada de alta en la seguridad social. Devolución de las prestaciones indebidamente percibidas. Responsabilidad de la demandante en el reintegro de las prestaciones indebidamente percibidas.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, correspondiendo a la empresa la obligación de abonar los salarios correspondientes al periodo reclamado y de reintegrar a la Entidad Gestora las prestaciones que hubiere percibido la trabajadora, previa deducción de aquellos salarios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son tres los motivos de que se compone el recurso de suplicación formulado por la representación letrada de la parte actora y que ha sido impugnado por la mercantil demandada, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Los dos primeros motivos se introducen por el cauce del apartado b del art. 192 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), en realidad se refiere al apartado b del art. 193 de la LJS y tienen como objeto la revisión de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia; mientras que el tercer motivo se destina al examen del derecho aplicado por la resolución recurrida y se formula al amparo del apartado c del art. 193 de la LJS, aun cuando no se diga expresamente.

SEGUNDO.- La primera de las revisiones atañe al hecho probado undécimo para el que se solicita la adición del siguiente párrafo: “Así mismo la empresa presentó en fecha 21/1/2011 ante el Servicio Público de Empleo escrito en el que interesaba que emitiera certificado comprensivo de las cantidades percibidas por cada trabajador en concepto de prestación por desempleo y certificado comprensivo de las cotizaciones efectuadas a la Tesorería General de la Seguridad Social durante dichas prestaciones a efectos de proceder a liquidar las responsabilidades oportunas conforme la liquidación vigente.”

La adición postulada se sustenta en los documentos obrantes a los folios 19, 20 y 21 de la pieza documental de la parte actora y la misma aun cuando se desprende de la referida documental no puede alcanzar éxito por ser totalmente irrelevante para modificar el sentido del fallo de la resolución recurrida, pues, la determinación de la responsabilidad sobre devolución de prestaciones de desempleo percibidas indebidamente por causa no imputable al trabajador, es independiente de lo que decidan las partes al respecto.

TERCERO.- La siguiente modificación afecta al hecho probado duodécimo para el que se insta la adición al final del mismo del siguiente contenido: “si bien la empresa no ha abonado importe alguno por estos conceptos.”

Dicha modificación que se apoya en la falta de aportación por la empresa demandada de determinada documental requerida por la actora y, en definitiva en lo previsto en el art. 94. 2 de la Ley de Procedimiento Laboral (actualmente en el art. 94.2 de la LJS) no puede prosperar ya que en todo caso es una facultad potestativa del órgano judicial tener por probadas las alegaciones que se pretendan acreditar con la prueba documental que no ha sido aportada por la contraparte, pese a habersele solicitado (artículos 91.2 y 94.2 de la LPL). Pero es que además es un hecho conforme la falta de abono de los salarios correspondientes al período en que la actora percibió prestación de desempleo, por lo que resulta innecesaria su introducción en el relato fáctico.

CUARTO.- En el último motivo del recurso se denuncia la infracción de artículo 111 de la LJS en relación con el 64.3 de la Ley Concursal, citándose asimismo como infringida la doctrina contenida en la STS de 30 de noviembre de 1998.

Razona la defensa de la recurrente que la trabajadora no ha de devolver las prestaciones de desempleo correspondientes al período de 30/6/2010 hasta el 4/11/2010 y que asciende a 4.278,25 €, sino que es la empresa codemandada la que tiene dicha obligación, habida cuenta que dicha empresa dio de alta a la actora desde el 16/6/2010 hasta el 21/12/2010, fecha del nuevo auto de extinción colectiva, no habiéndole abonado en dicho período de tiempo los salarios correspondientes.

Sobre dicha cuestión ya se ha pronunciado esta Sala en sentencia n.º 1786 de 21 de Junio del 2012 (ROJ: STSJ CV 4080/2012), Recurso: 409/2012 y como en ella se dijo y “sin perjuicio de señalar que la referencia a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se debe entender hecha a la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1995 -cuya aplicación al presente litigio se deriva de la disposición transitoria segunda de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social -, el recurso debe prosperar en aplicación de la doctrina establecida en la STS de 30 de noviembre de 1998 (rcud.4529/1997) citada por la recurrente, que resulta aplicable al presente supuesto a pesar de que lo que se analizó en aquella fueron los efectos sobre la prestación de desempleo de la nulidad de la resolución administrativa que autorizaba un expediente de regulación de empleo (ERE) extintivo y que lo que se enjuicia ahora son esos mismos efectos pero derivados de la nulidad del auto del juez del concurso.

En efecto, lo que se discute en el presente procedimiento es la responsabilidad de la demandante en el reintegro de la prestación por desempleo que le fue reconocida con efectos de 30 de junio de 2010, como consecuencia de ver extinguido su contrato de trabajo con la empresa U., S.A. al haber sido autorizada esta empresa a extinguir los contratos de trabajo de sus empleados por auto del Juzgado de lo Mercantil de 1 de junio de 2010 que, posteriormente, fue anulado por sentencia de esta Sala de lo Social de 19 de octubre de 2010.

Como se razona en la citada STS de 30 de noviembre de 1998, "El problema que se plantea (...) se concreta en determinar los efectos de la revocación de la autorización administrativa del cese acordado en un expediente de regulación de empleo sobre las prestaciones de desempleo reconocidas en atención a ese cese", esto es, "la determinación de los efectos de la revocación de la autorización del cese sobre la situación legal de desempleo derivada de éste y sobre las prestaciones percibidas". Concluye el Tribunal Supremo

razonando que "Lo que surge en estos casos es una necesidad de coordinación entre el abono de las prestaciones de desempleo y la aplicación de las indemnizaciones y en este sentido resulta aplicable por analogía la solución del artículo 111.b) de la Ley de Procedimiento Laboral para los supuestos en que se recurre en suplicación una sentencia de instancia que declara la improcedencia del despido y el empresario opta por la indemnización; solución, por otra parte, similar a la que contemplaba el artículo 31 de la Orden de 14 de noviembre de 1.961. El artículo 111.b) de la Ley de Procedimiento Laboral prevé que no hay en estos casos ejecución provisional y el trabajador se considera en situación legal de desempleo a efectos de las prestaciones correspondientes. Pero si después de la sentencia de suplicación la opción cambia de signo, la readmisión retrotrae sus efectos económicos a la fecha en que tuvo lugar la primera elección, deduciéndose de las cantidades que por tal concepto se abonen las que, en su caso, hubiera percibido el trabajador por desempleo. La norma aclara que "la citada cantidad, así como la correspondiente a la aportación empresarial a la Seguridad Social por dicho trabajador habría de ser ingresada por dicho empresario en la Entidad Gestora" y que "a efectos del reconocimiento de un futuro derecho a la protección por desempleo el período al que se refiere el párrafo anterior se considerará de ocupación cotizada". Si se aplica este criterio en el presente caso hay que concluir que el trabajador no está obligado a restituir al organismo gestor las cantidades percibidas en el período que se debate en el recurso de suplicación".

La aplicación de la anterior doctrina lleva a concluir que tampoco en el presente supuesto la trabajadora está obligada a efectuar el reintegro de lo percibido en concepto de prestación por desempleo desde el 30 de junio de 2010 como consecuencia del auto del Juzgado de lo Mercantil que autorizaba la extinción de su contrato de trabajo y que posteriormente fue anulado por sentencia de esta Sala de 19 de octubre de 2010, pues consta que la empresa U., S.A. procedió a dar de alta a la demandante con efectos 16 de junio de 2010 -día siguiente al de la primera extinción-, por lo que recae sobre ella la obligación de abonar los salarios correspondientes a dicho periodo y de reintegrar a la Entidad Gestora las prestaciones que hubiere percibido la trabajadora, previa deducción de aquellos salarios, tal y como dispone el artículo 209.5 b) del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio.

La estimación del recurso conlleva la revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar la demanda y dejar sin efecto la resolución de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se declara la percepción indebida de prestaciones por desempleo en una cuantía de 5.141,74 € y se reclama su devolución a la demandante.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.^a N.E.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Once de los de Valencia y su provincia, de fecha 27 de marzo de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra el Servicio Público de Empleo Estatal, la empresa U., S.A., y los administradores concursales: D. C.A.A., D. M.A.L., D. I.C.G. y D. J.G.B.V.; y, revocando la indicada sentencia, se deja sin efecto la resolución de fecha 23/12/2010 de la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal por la que se declara la percepción indebida de prestaciones por desempleo en la cuantía de 5.141,74 € y se reclama su devolución a la demandante, condenando a los codemandados a estar y pasar por esta declaración.

Sentencia núm. 228, de 5 de febrero de 2013

Materia: Reconocimiento de derecho: Reconocimiento de la relación laboral a tiempo completo. Liquidación de cuotas a la seguridad social.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando que las demandantes vinieron desempeñando una jornada completa de 39 horas semanales, debiendo reclamar ante la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones relativas a los descubiertos de cotización.

Sala: Estima el recurso en el sentido de reconocer que las actoras estuvieron contratadas a tiempo completo y declara la incompetencia objetiva para conocer de la cuestión suscitada sobre liquidación de cuotas debidas a la Seguridad Social por las cantidades que debieron ingresarse en concepto de cotizaciones durante la vigencia de su relación laboral, al ser propia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En la demanda iniciadora de este procedimiento, de reconocimiento de derecho, las actoras que ya habían concluido su relación laboral estipulada a tiempo parcial, solicitan que se reconozca que la relación laboral fue a tiempo completo y la condena a la empresa a la liquidación de cuotas debidas a la Seguridad Social por las cantidades que debieron ingresarse en concepto de cotizaciones durante la vigencia de su relación laboral, la sentencia estima parcialmente la demanda y declara que las demandantes vinieron desempeñando una jornada de 39 horas semanales, a tiempo completo, debiendo reclamar ante la jurisdicción contencioso administrativa las cuestiones relativas a los descubiertos de cotización.

Frente a esta sentencia recurre la empresa, con impugnación de contrario, formulando al efecto un único motivo de recurso, en el que por la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), se denuncia la infracción de la doctrina contenida en las STCo de 20-3-1984, 71/91 y de 30-11-92, al considerar, citando sentencias de distintos TSJ que se ejercita una acción meramente declarativa que no es admisible en el proceso laboral al faltar interés digno de tutela, ya que las demandantes alcanzaron un acuerdo conciliatorio en fechas 4 y 13 de mayo de 2010 siendo saldadas y finiquitadas, lo que determina su falta de interés y de acción para reclamar ante la eficacia liberatoria del finiquito.

Se impone resolver en primer término la competencia objetiva de la jurisdicción social para conocer de la cuestión planteada, que al tratarse de una cuestión de orden público procesal debe examinarse de oficio. El artículo 2 a) de la LPL atribuye al orden jurisdiccional social la competencia para conocer las cuestiones litigiosas que se promuevan “entre empresarios y trabajadores como consecuencia del contrato de trabajo, salvo lo dispuesto en la Ley Concursal”. Ahora bien, siendo ello así, también es cierto que esta atribución general de competencia debe completarse con las exclusiones contempladas en el artículo 3 de la propia LPL y, particularmente por lo que al caso enjuiciado se refiere, con lo expuesto en la letra b) del apartado 1, conforme a la cual, no conocerán los órganos jurisdiccionales del

orden social “b) De las resoluciones y actos dictados en materia de inscripción de empresas, formalización de la protección frente a riesgos profesionales, tarificación, cobertura de la prestación de incapacidad temporal, afiliación, alta, baja y variaciones de datos de trabajadores, así como en materia de liquidación y gestión recaudatoria y demás actos administrativos distintos de los de la gestión de prestaciones de la Seguridad Social.

Asimismo, quedan excluidas de su conocimiento las resoluciones en materia de gestión recaudatoria dictadas por su respectiva entidad gestora en el supuesto de cuotas de recaudación conjunta con las cuotas de Seguridad Social, así como las relativas a las actas de liquidación y de infracción”.

En el supuesto enjuiciado nos encontramos con dos datos de interés a efectos de resolver la controversia: a) que cuando el 27 de octubre de 2010 se presentó la demanda y b) que no se solicita la condena del empresario al pago de los salarios que hubieran podido adeudarse o de cualquier otra indemnización o prestación, sino a la liquidación de cuotas debidas a la Seguridad Social por las cantidades que debieron ingresarse en concepto de cotizaciones durante la vigencia de su relación laboral, tras la declaración de que ésta se desarrolló a tiempo completo. Y como hemos visto, las resoluciones en materia de alta y cotización quedan extramuros de la jurisdicción social. Por tanto estamos ante el ejercicio de una acción declarativa que no persigue un interés actual sino futuro o hipotético por cuanto la decisión que se solicita en la demanda no tiene ninguna incidencia actual en los derechos e intereses del demandante. En este mismo sentido se pronuncia la STS del 7 de noviembre de 2007 (rcud 2263/2006), citada en la sentencia posterior de 14 de abril de 2010 (rcud.2490/2009) en la que se dice lo siguiente: "En otro aspecto, conviene poner de relieve que la propia naturaleza de la acción declarativa ejercitada en estos autos requiere, ineludiblemente, la existencia o subsistencia de la relación jurídica objeto de declaración y es lo cierto que, en el presente caso, dicha relación jurídica no existe y concluyó ya en 31 de julio de 1998. De aquí que, en principio, se advierta, incluso, una evidente ausencia de contenido litigioso y, por consiguiente, de interés jurídicamente protegible, por cuanto la declaración judicial instada en este pleito no tiene, en el momento presente, un substrato fáctico y jurídico susceptible de la declaración judicial postulada en la demanda. En este sentido, es de citar nuestra sentencia de 6 de marzo de 2007, dictada en el recurso 4163/2005 que, con cita, asimismo, de otras sentencias de esta Sala y del Tribunal Constitucional, dice que no es posible el recurso a acciones meramente declarativas para plantear "cuestiones no actuales ni efectivas, futuras o hipotéticas, o cuya decisión no tenga incidencia alguna en la esfera de derechos o intereses de autos, pues la actividad jurisdiccional en cuanto se ordena conceptualmente a la satisfacción de pretensiones fundadas en Derecho, requiere siempre que exista un caso o controversia, una verdadera litis, sin que sea admisible solicitar del Juez una mera opinión o un consejo".

La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado debe llevar necesariamente a la estimación del recurso en la materia que es propia de la jurisdicción social, a saber la declaración de que la prestación laboral lo fue a tiempo completo y a declarar de oficio la incompetencia objetiva para conocer de la cuestión suscitada sobre liquidación de cuotas debidas a la Seguridad Social por las cantidades que debieron ingresarse en concepto de cotizaciones durante la vigencia de su relación laboral, al ser propia de la jurisdicción contenciosa administrativa.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M.G.y M. SLU contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Alicante de fecha 30 de septiembre de 2011; y en consecuencia revocamos la sentencia en el particular que declara que las demandantes vinieron desempeñando una jornada de 39 horas semanales, a tiempo completo y declaramos la incompetencia objetiva para conocer de la liquidación de cuotas debidas a la Seguridad Social por las cantidades que debieron ingresarse en concepto de cotizaciones durante la vigencia de su relación laboral, cuestión que cabe plantear ante el orden contencioso administrativo.

Una vez firme esta sentencia procédase a la devolución del depósito efectuado para recurrir.

Sin costas.

Sentencia núm. 233, de 5 de febrero de 2013

Materia: Despido. Trabajadora con contrato indefinido a tiempo completo en empresa dedicada a la actividad de centro comercial de bricolaje. Trabajadora que tras varios procesos de IT por enfermedad común y tras haber sido dada de alta no se incorpora a centro de trabajo. La actora solicita el disfrute de sus vacaciones en periodo inmediatamente posterior al alta, habida cuenta que no se encuentra todavía capacitada para trabajar. Tras varios requerimientos por parte de la empresa para su reincorporación a su puesto de trabajo, ésta le envía notificación de despido disciplinario por ausencia reiterada en su puesto de trabajo. Convenio colectivo de empresa: solapamiento de IT con periodo de vacaciones. Derecho a disfrutar de un nuevo periodo vacacional equivalente al tiempo de incapacidad temporal solapado.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente el despido, quedando convalidada la extinción de la relación laboral que aquél produjo, sin derecho a indemnización ni al abono de salarios de tramitación a favor de la trabajadora.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral por parte de la empresa. La sala estima una desproporción entre la falta cometida por la actora y la sanción impuesta por la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación la actora e impugna la empresa, con posterior escrito de alegaciones a la impugnación – ex art. 197 de la LRJS- de la parte actora, la sentencia que ha declarado procedente el despido disciplinario comunicado por carta de 19-1-2012 y efectos de dicha día, por faltas de asistencia al trabajo.

El recurso contiene un único motivo, amparado incorrectamente en el apartado c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento laboral, cuando atendiendo a la fecha de la sentencia recurrida, 27 de septiembre de 2012, estaba en vigor y era de aplicación en la tramitación del recurso la Ley 36/2011 Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), por lo que debió haberse formulado por el apartado c) del art. 193 de la LRJS. En este único motivo se denuncia las siguientes infracciones:

- a. De los arts. 38 y 54.2 del Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores.
- b. De los arts. 37.2 y 66 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes 2009-2012.
- c. De la doctrina Comunitaria STJCE 20/01/2009- Asunto Shultz-Hoff.
- d. De la STS de 3 de octubre de 2007 RCU 5068/2005.
- e. Del art. 10 del Convenio 132 de la OIT.
- f. De la STS de 2 de abril de 1992.
- g. De la STS de 23 de enero de 2012.
- h. De la STS de 11 de octubre de 1993, recurso 3805/1992.

Desarrolla el recurso las referidas infracciones en cuatro apartados denominados “Doctrina Comunitaria”, “Norma Interna” “Teoría Gradualista” y “Doble Sanción” argumentando, en esencia, que sentando la doctrina del TJCE que los periodos de Incapacidad Temporal no afectan a las vacaciones que pueden disfrutarse a continuación del alta médica, derecho a las vacaciones cuya primacía está reconocida en normas internacionales, y siendo que el art. 37 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, aplicable en la empresa, concede a los trabajadores, fuera del periodo normal de vacaciones opción para fijar la fecha del disfrute de las mismas, en la medida que la organización del trabajo lo permita, y al no contestar la empresa a la solicitud de vacaciones tras el alta médica, resulta desproporcionada la sanción de despido impuesta, al faltar la gravedad y culpabilidad de la falta imputada, habiéndose impuesto una doble sanción al abonar en el finiquito hasta el 4-1-12, fecha del alta, ya que además se está aplicando la sanción de 15 días de suspensión de empleo y sueldo.

El recurso, al no impugnar los hechos probados de la sentencia, admite que en esta sentencia se deba partir de los datos que en los mismos figuran y que servirán para enjuiciar el despido disciplinario que es objeto de este procedimiento. En la relación fáctica de la sentencia consta, a parte de las circunstancias personales y laborales de la trabajadora recurrente, y en lo que aquí interesa que:

1.- La demandante inició un proceso de IT por enfermedad común el día 30-3-09 del que fue alta médica el 25-3-10. Con posterioridad, el día 26-3-10 inició otro proceso, también por EC, del que fue alta médica mediante resolución del INSS de fecha 1-9-11 y efectos de 7-9-11. En fecha 9-9-11 se le extendió nuevo parte médico de baja, por recaída del anterior proceso, del que fue alta por mejoría que permite realizar su trabajo habitual el día 4-1-12.

2.- Que mediante correo certificado la actora remitió a L.M., el parte de alta de fecha 4-1-12. Que recibida dicha comunicación por la empresa en fecha 5-1-12 y ante la incomparecencia de la actora a su puesto de trabajo, L.M. en fecha 9-1-12 remitió a la actora, al domicilio que le constaba a la empresa designado por ella (Avda. de la X. pta. 15, de A. (Valencia)), un burofax en el que le instaba a reincorporarse a su puesto en el plazo de 24 horas, apercibiéndole que de lo contrario adaptaría las medidas disciplinarias que considerase oportunas. Dicho burofax fue recogido por la actora en correos el 13-1-12, habiéndosele dejado el aviso en su domicilio el día 9-1-12.

3.- El día 10-1-12, por la mañana, la actora se personó en su centro de trabajo y, en una reunión mantenida con la Responsable de RRHH de dicho Centro y con un miembro del Comité de Empresa, solicitó verbalmente y por escrito el disfrute de sus vacaciones anuales que no había podido disfrutar por encontrarse en IT a fecha de diciembre de 2011; manifestándole la Responsable de RRHH que debía incorporarse a su puesto que había sido dada de alta por poder trabajar según parte de alta de fecha 4-1-12, con independencia de lo que resolviera la empresa sobre sus vacaciones; contestando la actora que tenía derecho a sus vacaciones, que además no se encontraba bien para trabajar y que no iba a reincorporarse hasta que hablase con su abogado, no reincorporándose a su puesto de trabajo. En dicho escrito de solicitud de vacaciones consignó el siguiente domicilio a efectos de notificaciones: (C/ T. D. nº X de P.S.).

4.- En fecha 12-1-12, dado que la actora seguía sin reincorporarse, L.M. le remitió nuevamente por burfax, tanto al domicilio que le constaba desde siempre como al nuevo

consignado en el escrito de solicitud de vacaciones a efectos de citaciones requerimiento para que se incorporara a su puesto de trabajo al día siguiente de su recepción. Ambos burofaxes fueron recepcionados, uno en fecha 13 de enero y otro en fecha 14 de enero.

5.- El día 14-1-12 la actora remitió varios faxes a la empresa, dirigidos a la Responsable de RRHH, indicándoles en ellos que “tras las conversaciones mantenidas con Vd. y en presencia del Delegado Sindical D.J.J.S., les dejé constancia verbal y mediante escrito de realizar estas vacaciones anuales atrasadas y les avisé que se iban a producir tras mi situación de alta médica y antes de mi reincorporación a la empresa. Por este motivo me reitero y le manifiesto mi intención de disfrutar dichas vacaciones pendientes.”

6.- En fecha 19-1-12, y como la actora no se había incorporado a su puesto de trabajo, la empresa le remitió por burofax carta de despido disciplinario con efectos de igual fecha por la inasistencia injustificada al centro de trabajo desde el día 5-1-12 hasta el día 19-1-12; conducta tipificada como falta muy grave en el artículo 53.1 del Convenio Colectivo de L.M. y en el Artículo 64 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes, en relación con el artículo 54.2.a) del Estatuto de los Trabajadores.

7.- Añade la sentencia que a la actora en fecha 4-1-12 se le dispensó por su MAP una receta de Diazepán 2mg, para tomársela en ansiedad e insomnio al acostarse, con una duración hasta el 12-4-12, y que el 9-1-12 la actora debía presentarse en el EVO en relación con el expediente que se estaba tramitando en la Consellería de Bienestar Social para la declaración de minusvalía; habiéndosele reconocido en fecha 5-7-12 un grado de limitaciones en la actividad del 24% por : 1) Limitación funcional de la Columna por lumbociática, de etiología degenerativa y, 2) Trastorno de la afectividad por trastorno adaptativo de etiología no filiada. Así como que en fecha 19-9-12, el Especialista de Neurocirugía del Hospital La Fe informa, a petición de la actora, que la paciente se encuentra en seguimiento en Consultas Externas por cuadro de lumbalgia con irradiación ciática derecha, apreciándose en la RM patología lumbar degenerativa en los últimos discos; así como que, en dicha fecha, estaba pendiente de cirugía descompresiva-estabilizadora. Además, la actora en fecha 11-4-13 tiene señalado en el Juzgado de lo Social nº 8 la vista de un juicio de Seguridad Social.

8.- Admite también la sentencia que varios trabajadores de L.M. han interpuesto demanda ante los Juzgados de lo Social en materia de disfrute de vacaciones después de la IT, dado que por sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 17-4-06, confirmada por el TS en 20-12-07 se efectuó una interpretación del art.28 del Convenio Colectivo de L.M. vigente de 2003-2006, sobre IT y vacaciones que obrando en autos se da por reproducida, siendo una de las declaraciones hechas en el Fallo de la misma la siguiente : “Que el periodo de incapacidad temporal por accidente(sea o no laboral) o por enfermedad (profesional o común) sobre el que incida el periodo de vacaciones preestablecido debe ser considerado en todo o en parte como periodo de disfrute de vacaciones sin que genere derecho a la determinación de un nuevo periodo vacacional equivalente al tiempo de incapacitada temporal solapado, y en tal sentido desestimamos la demanda y absolvemos a la empresa demandada de la pretensión actora”.

Pues bien, con estos datos, contrariamente a la mantenido en la sentencia recurrida, y a pesar de que concurren las faltas de asistencias alegadas en la carta de despido, que comprenden los días 5, 7, 9, 10 a 14, y 18 a 19 de enero de 2012, resulta desproporcionada la sanción de despido impuesta, porque atendiendo a los hechos que concurren en el supuesto que nos toca enjuiciar, en la inasistencia al trabajo de la demandante los días imputados

concurrió la actuación de la empresa que no contesta a la trabajadora a su solicitud de vacaciones.

Nos explicaremos. Por una parte, como señala el recurso la primacía del derecho Comunitario, continuamente afirmada por el TJCE y reconocida con claridad en nuestro ordenamiento jurídico, determina no solo la prevalencia de la norma y jurisprudencia comunitaria sobre la doctrina de los Tribunales de los países miembros en la interpretación y aplicación de los preceptos y disposiciones de Derecho Comunitario, sino que incluso llega a influir en la interpretación de la normativa nacional, y como argumenta la STS de 6 de julio de 2010 (rec. 519/2010), al conceder el derecho del trabajador demandante a las vacaciones de los días que no había disfrutado en el año 2007 y 2008 al estar de baja por IT desde el 30-7-2007 al 9-1-2009, reiterando la doctrina contenida en la STS de 24-6-2009: “La doctrina en la materia ya está unificada por nuestra Sentencia de 24 de Junio de 2009 -rec. 1542/08- (votada por el Pleno y seguida ya por otras posteriores), en la que -siguiendo el criterio de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 20 de Enero de 2009, recaída en el Asunto SHULTZ-HOFF- se rectificó la doctrina sentada con anterioridad en la materia.”, que ha interpretado el art. 7.1 de la Directiva 2003/88/CE [de idéntico texto al homólogo de la Directiva 93/104/CE que codifica], relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo, que establece: «1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que todos los trabajadores dispongan de un periodo de al menos cuatro semanas de vacaciones anuales retribuidas, de conformidad con las condiciones de obtención y concesión establecidas en las legislaciones y/o prácticas nacionales».

De este modo y últimamente las STS de 23-1-2012 (rec. 87/2011) o 3-10-2012 (rec. 249/2009), insisten recordando la doctrina del TJCE, en la posibilidad de disfrutar vacaciones aun transcurrido el año natural en los supuestos de solapamiento con la IT tanto si la IT es anterior a las vacaciones programadas como si se produce durante el disfrute de éstas.

Por otro lado el art. 37 del Convenio Colectivo de Grandes Almacenes dispone: “1º Los trabajadores disfrutarán entre los meses de junio a septiembre de, al menos, veintiún días naturales ininterrumpidos de su período vacacional, salvo que ingresen en la Empresa con posterioridad al 1 de septiembre, o su parte proporcional. Las empresas podrán excluir de los turnos de vacaciones aquellas fechas que coincidan con las de mayor actividad productiva.

2º Fuera del anterior período, y en la medida que la organización del trabajo lo permita, los trabajadores tendrán opción para fijar la fecha de disfrute de su vacación anual.”

En consecuencia si el alta es del día 4 de enero de 2012 y se comunica a la empresa por correo certificado que recibe el día 5 siguiente, y el día 9 la actora debía presentarse en el EVO, y el día 10 sin conocimiento del requerimiento de incorporación que le efectúa la empresa, solicita verbalmente y por escrito las vacaciones en presencia de testigos y reiterado en fechas posteriores, sin que la empresa oponga obstáculo derivado de la organización del trabajo ni conteste a tal solicitud, no cabe sino concluir, que atendiendo al estado clínico de la demandante con cuadro de lumbociática, debe aplicarse la teoría gradualista que, buscando la necesaria proporción entre la infracción cometida por el trabajador y la sanción impuesta por el empresario, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto (SSTS 28 febrero y 6 abril 1990 y 16 mayo 1991), impone excluir la máxima sanción, cuando como en el supuesto que nos ocupa, en la comisión de las faltas no concurre la gravedad y culpabilidad suficientes para imponer la sanción del despido.

En el caso, la falta imputada en la carta de despido que es exclusivamente las faltas de asistencia al trabajo los días imputados, no concurre al ser opción del trabajador, en la medida que la organización del trabajo lo permita, la de fijar la fecha del disfrute del periodo de vacaciones, que le correspondía atendiendo a la Doctrina Comunitaria, adoptada por nuestra jurisprudencia, y que la empresa ignora al no contestar a la solicitud formulada por la actora, que ha acreditado los días más próximos al alta medica la imposibilidad de asistir al trabajo o al menos a justificado su inasistencia. Es verdad que la demandante debió actuar con más diligencia presentándose en el trabajo el día 5 de enero de 2012, pero también lo es que alega y demuestra causa que se lo impedía y actúa con el convencimiento de que le correspondían vacaciones cuya petición la empresa ignora.

En consecuencia procede estimar el recurso y la demanda declarando el despido improcedente con las consecuencias legales que de tal declaración se derivan, señaladas en los arts. 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la LRJS.

Sentencia núm. 255, de 5 de febrero de 2013

Materia: Reclamación de cantidad: Percepción de determinada cuantía económica en concepto de dietas y kilometraje. Cálculo de la misma y recargo por mora.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la empresa demandada a abonar determinada cantidad en concepto de kilometraje y dietas, más los intereses legales correspondientes. Condena al FOGASA, en su condición de responsable legal subsidiario, a estar y pasar por esta declaración.

Sala: Estima parcialmente el recurso, declarando el derecho del trabajador a recibir determinada cantidad en concepto de kilometraje y dietas, pero descontando el periodo en que estuvo en situación de IT en el cual no ha generado dietas. Tampoco procede imponer recargo por mora salarial impuesto en la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora condeno a la demandada a que abone al actor la cantidad que indica, en concepto de kilometraje y dietas, con más los intereses legales correspondientes, interpone recurso de suplicación la empresa demandada X. Cía. de Seguridad S.A., siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto que en el hecho probado séptimo se indique que el actor tenía su domicilio a efectos de la empresa en N. (Alicante), lo que pretende amparar en el domicilio que el actor fija en el escrito de demanda y en las nóminas aportadas por la empresa, pero la modificación fáctica no puede alcanzar éxito ya que se basa en prueba documental ineficaz a efectos revisorios como es el escrito de demanda por cuanto carece de las exigencias para considerar que tiene fuerza probatoria, ya que en la demanda se fija un domicilio que puede ser a efectos de notificaciones o simplemente ser el actual y no el que tenía al tiempo de la pretensión que es objeto del presente pleito. Sin que pueda tener incidencia en el presente caso el domicilio fijado en las nóminas aportadas por la empresa por cuanto tales nóminas son confeccionadas por la propia empresa.

También se pretende la adición de un hecho probado nuevo con el ordinal octavo y el siguiente contenido: “La empresa demandada ha abonado al actor la cantidad total de 1.661 euros en concepto de kilometraje y con el siguiente desglose: 651 euros nómina noviembre 2008; 480 euros nómina diciembre 2008; 150 euros nómina de enero de 2009; 160 euros nómina de mayo de 2009; y 220 euros nómina de junio de 2009”, pero la adición fáctica no puede alcanzar éxito por cuanto las nóminas emitidas por la empresa no contienen el recibí firmado por parte del trabajador como que efectivamente le han sido abonadas al mismo como se pretende introducir en la adición fáctica.

Igualmente, sostiene la parte demandada que se debe adicionar un nuevo hecho probado con el ordinal noveno y el siguiente texto: “El trabajador causó baja médica por Incapacidad Temporal el día 02/03/2009, permaneciendo en dicha situación hasta el día 08/04/2009 en

que fue dado de alta médica”, adición fáctica que debe alcanzar éxito por cuanto así resulta del parte de baja y alta médica por incapacidad temporal obrante en los autos.

SEGUNDO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en los artículos 35 y 36 del Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Seguridad, en relación con el artículo 72 a) del mismo texto legal, alegando, en síntesis, que el trabajador fue contratado para la localidad de B., por lo que no habría experimentado desplazamiento alguno que generase el correspondiente devengo de kilometraje y dietas, lo que lleva a la desestimación íntegra de la demanda del actor. De forma subsidiaria caso de estimarse la existencia desplazamiento debe computarse el mismo desde el domicilio del actor, lo que o bien hace desaparecer totalmente el kilometraje o lo minimiza de forma notable. Y si se contabiliza como centro de trabajo el de Alicante los gastos desde su domicilio desde N. (Alicante) están compensados y a otras localidades que cita ningún perjuicio causan al trabajador al encontrarse en igual o menor distancia que el propio centro de trabajo de Alicante. También se alega que en el periodo que estuvo el trabajador en IT no ha prestado servicios y por lo tanto no genera devengo alguno por los conceptos reclamados por no existir desplazamiento. Señalando que existe un error al aludir a la condena solidaria de las demandadas ya que solo figura como mercantil la demandada. Y si se estima parcialmente la demanda no cabe condena en cuanto al interés legal por mora.

Se reclama en el presente caso una serie de conceptos tales como kilometrajes, dietas y desplazamiento, y se condena a la empresa demandada a que abone a la parte actora la cantidad de 3.157,55 euros en concepto de kilometraje y dietas, con más los intereses legales correspondientes. Y partiendo de los inalterados hechos declarados probados de la sentencia impugnada de los que resulta según el hecho probado 7º que el trabajador se encontraba adscrito al centro de trabajo de Alicante y tenía su domicilio a efectos de la empresa en Alicante, y si además tenemos en cuenta lo asentado con valor fáctico en la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada de que aun habiendo sido formalmente “contratado” para prestar sus servicios en Benejama desde el inicio de la relación laboral se ha establecido que en la relación laboral se produjo una consentida novación modificativa de un contrato que pasaría a ser efectivamente ejecutado en y desde Alicante y desde allí se trasladaba a Aspe, Villena, Alfaz del Pi, etc., se trata de una novación y no de un traslado eventual y en consecuencia desde el inicio de la prestación de servicios se le deben abonar los conceptos que reclama de kilometraje y dieta y por lo tanto también en el periodo que ahora reclama en los días que interesa que se acredita que efectivamente se produjeron los desplazamientos tomando como referencia Alicante como punto de partida, en los desplazamientos que se indican en el fundamento de derecho 4º de la sentencia impugnada, si bien, dado que el trabajador causó baja médica por Incapacidad Temporal el día 02/03/2009, permaneciendo en dicha situación hasta el día 08/04/2009 en que fue dado de alta médica, es evidente que durante ese periodo salvo prueba en contrario, no producida, no prestó sus servicios laborales para la empresa demandada y por lo tanto no procede el abono de los conceptos postulados en tal periodo. En su consecuencia se debe descontar de la cantidad total reconocida en la sentencia 462,66 euros del mes de marzo de 2009 dado que prácticamente estuvo de baja todo el mes salvo el primer día y son 19 los días que se indica que trabajó, y con respecto al mes de abril de 2009 si bien es cierto que estuvo ocho días de baja por incapacidad temporal, no procede descuento alguno ya que no se concreta en los hechos ni se desvirtúa por la parte recurrente que los ocho primeros días del mes de abril se encuentren dentro del cómputo de días asentados en la resultancia fáctica, que comprende 12 días a Aspe y 10 días a Villena, no

constando que fueran sucesivos, pudiendo ser coincidentes en los mismos días los desplazamientos.

Por último, siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, Sala Cuarta de 6 de noviembre de 2006, en el sentido de que no procede el recargo por mora salarial impuesto en la sentencia de instancia, ya que la cantidad reclamada por el actor es controvertida y no pacífica, habiéndose estimado en parte la demanda, debe concluirse que la sentencia de instancia no ha acogido este criterio al señalar que comporta el recargo por mora, y debe estarse al criterio jurisprudencial siendo la cuestión debatida controvertida y no pacífica, no cabe la condena a los intereses moratorios. Razones que llevan a estimar en parte el recurso y a revocar en parte la sentencia de instancia.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa X. Compañía de Seguridad S.A., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Cinco de los de Alicante, de fecha 10 de febrero de 2.012, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar con estimación parcial de la demanda debemos condenar y condenamos a la empresa demandada a que abone a la parte actora la cantidad de 2.694,89 euros en concepto de kilometraje y dietas, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia impugnada en lo que no se opongan a la presente declaración.

Se decreta la devolución del depósito efectuado para recurrir y manténgase el aseguramiento prestado en la nueva cuantía establecida hasta que en ejecución de sentencia se resuelva sobre dicho aseguramiento.

Sentencia núm. 264, de 5 de febrero de 2013

Materia: Conflicto colectivo: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadores al servicio de empresa municipal de transportes y dedicada al transporte urbano de viajeros. El conflicto afecta a 1000 trabajadores con categoría de trabajador-perceptor. Cuadro de servicios para el ejercicio 2012: líneas y turnos.

Juzgado: Estima la demanda, procediendo a anularse el cuadro de servicios de conductores-perceptores para el año 2012, debiendo reiniciarse de nuevo el proceso de acuerdo con las normas establecidas colectivamente.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa debería haber negociado con los representantes de los trabajadores el establecimiento de un tercer turno de trabajo, de conformidad con el artículo 41 del E.T.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la Empresa Municipal de Transportes de Valencia (en adelante, EMT) se formula recurso frente a la sentencia de instancia, que estimó la demanda de conflicto colectivo formulada por el comité de personal de dicha compañía y, consecuentemente, anuló el cuadro de servicios de conductores perceptores para el año 2012, con la precisiones que se hacen en la parte dispositiva de dicha resolución judicial en referencia a las solicitudes que pueden formular al respecto los individuos que integran dicho colectivo laboral y a que los coches que empiecen a circular a partir de las 11 horas se consideren de segundo turno, así como otras particularidades en referencia a diversas líneas de dichos autobuses metropolitanos.

En primer término, y con apoyo en el artículo 193 “b” de la LRJS, se postula por dicha recurrente una amplia modificación del relato fáctico de la sentencia, en concreto del séptimo hecho probado, a fin de que se sustituya la frase consignada en dicho lugar por otra que explicita que el comité de empresa de la EMT emitió el informe no vinculante previsto en el artículo 33 del Convenio Colectivo, pretensión que no puede acogerse por irrelevante, en tanto ya en el octavo hecho probado se precisa este último dato, con señalamiento de la fecha de dicha emisión, amen de que igualmente ya se expresa allí que la empresa informó sobre dicho cuadro de servicios. Sigue el motivo interesando la modificación del noveno hecho probado, donde la sentencia recoge pormenorizadamente el contenido del aviso 64/2011, y que la empresa publicó el 23 de noviembre de ese año, en alusión a la asignación de servicios de conductores perceptores para el año 2012, así como el aviso publicado dos días más tarde en el que se realizaba el listado de asignación de los puestos de trabajo de dicho colectivo, todo ello con el propósito de que, en base a los documentos que cita, se amplíe el contenido de dicho ordinal en la literalidad recogida en el recurso, y en referencia a cuestiones relacionadas con los servicios que prestan en horario nocturno, horas de inicio de diversas líneas y cuestiones vinculadas con las líneas especiales destinadas a usuarios discapacitados y a los propios empleados de la compañía. Pero tampoco puede prosperar dicha revisión, pues no se denota error o equivocación del juez de la instancia a la hora de

plasmar en la sentencia lo expresado en dicho hecho probado, ya que verdaderamente se están tratando de introducir por esta vía cuestiones propias del apartado destinado a la valoración jurídica de la decisión recurrida.

Finalmente, se interesa también que se modifique el tenor literal del décimo hecho probado, donde se indica la fecha y lugares donde la empresa publicó el aviso relativo a la entrada en vigor el 1 de enero de 2012 del nuevo cuadro de servicio, solicitándose que se amplíe ese dato merced la inclusión de toda la cronología previa de tal convocatoria, con el contenido que se refleja en el recurso. Y tampoco se acoge dicha petición, por irrelevante, en tanto en realidad las cuestiones que se vinculan con esa ampliación, y que se enraízan al tema de fondo, no afectan realmente a la discusión de si nos hallamos o no ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los conductores perceptores, problema que se tratará seguidamente.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, y bajo correcto amparo procesal, en primer lugar se censura a la sentencia la infracción de lo dispuesto en el artículo 33 del convenio colectivo de la EMT, donde se regula el procedimiento para solicitar y asignar servicios para los mencionados conductores perceptores y se establecen los criterios que se deben respetar en tal proceder.

Se argumenta en síntesis no ser cierto que, como afirma la sentencia recurrida, los aludidos trabajadores, en su condición de titulares de servicios nocturnos, hayan visto reducida su jornada por decisión unilateral de la empresa, aparte de que ésta no ha procedido a modificar sus condiciones de trabajo en tanto se continúa efectuando la oferta de los servicios para que sean pedidos por estos, y para la asignación concreta se sigue respetando la preferencia escalafonal.

Para solventar esta censura, y como de manera explícita se hace eco la sentencia recurrida, debe traerse a colación lo ya decidido por esta Sala de 6 de octubre de 2011, al resolver el recurso de suplicación 2013/11, dada la gran semejanza de lo que se dilucida, pues se observa que a través de lo recogido en el listado de asignación de puestos de trabajo de los citados conductores para su entrada en vigor el 1 de enero de 2012 se está creando un tercer turno, que sería el que se presta en servicio nocturno y que de hecho impide que se pueda realizar en jornada completa, contraviniendo lo pactado en el artículo mencionado como infringido, el cual prevé solo dos turnos, el que comienza antes de las 11 horas y el que principia a partir de las 11 a.m., con respeto en cada caso de la jornada de trabajo de ocho horas y treinta y cinco minutos para los empleados que lo desenvuelven, extremo aquél del tercer turno que se deduce de lo que se plasma en los hechos probados de la sentencia recurrida, y que como quiera se establece ese turno como de jornada reducida, la empresa está modificando de manera unilateral el sistema que se determina en la citada norma paccionada, de ahí que no se comparta el criterio de la parte recurrente de que la empresa no ha alterado ese sistema, pues aunque formalmente denomina y adscribe los servicios integrados en ese horario de noche dentro del turno 2; esto es, el que comienza a las 11 de la mañana, la realidad nos dice que con ello se están creando servicios a jornada parcial al programarse horarios de líneas no coincidentes con la jornada ordinaria de trabajo de los conductores perceptores.

También en el recurso se cita como infringido el artículo 41 del ET, desde la perspectiva de que, a juicio de la parte recurrente, no se han vulnerado las prevenciones convencionales relativas a jornada y horario, ni las particulares condiciones laborales de los puestos asignados a los conductores, pues aquellas condiciones no son consustanciales a cada

conductor sino que son las propias de cada servicio o vehículo y siempre con vigencia desde el 1 de enero al 31 de diciembre de cada año.

Respecto este reproche concreto, tampoco se puede considerar que la sentencia recurrida vulnera dicha norma, a partir de lo expresado por esta misma Sala en la sentencia arriba citada, pues si partimos de que la conducta de la empresa constituye una modificación sustancial de condiciones de trabajo de naturaleza colectiva, y no hay dato objetivo que permita afirmar lo contrario, verdaderamente las vías de hecho no son cauce para su determinación, de modo que debería haberse seguido una fase de negociación de conformidad con lo recogido en el citado artículo 41 ET, bien entendido que ante lo que se sostiene por la empresa de que el artículo 33 del convenio aplicable no prevé la negociación con la llamada comisión técnica, cuando, como sucede en este caso y para ello nos remitimos a los dicho antes, las medidas que afectan al mismo desarrollo del servicio se implanten ex novo, no limitándose a la confección de un cuadro de horarios, es preciso que se abra de manera obligatoria un trámite de negociación con la representación de los trabajadores a fin de tratarse dicho aspecto, que no se puede agotar en una mera información por la empresa, como se hizo en el caso que nos ocupa, y así consta en el inalterado relato histórico de la sentencia.

Para finalizar, y entroncada con la censura precedente, se considera asimismo que la sentencia vulnera los artículos 20. 5 “c” y 5 “e” del ET, en la medida que se sostiene que no estamos ante una modificación de las condiciones de trabajo, sino en presencia del llamado “ius variandi” empresarial, que faculta para regular la organización del trabajo y el funcionamiento de la empresa, más en concreto la adecuación de los servicios a la demanda de los usuarios, que a su juicio la resolución impugnada desconoce, privando a la empresa de dicha gestión.

Dicho submotivo en realidad ya ha sido contestado de manera implícita en el precedente, pues aunque, como no podía ser menos, la Sala comparte con dicha representación que no hay duda que a la empresa compete el funcionamiento y la organización de su gestión; en definitiva, el modo en que se presta el trabajo en ella, el lindero entre el ejercicio regular de este derecho y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo se encuentra en este caso en lo que ya se dijo en referencia a la colusión del artículo 33 del convenio de la EMT, pues al hilo de lo que se podría entender “prima facie” una simple y pura organización de los servicios, se introduce por la empresa un tercer turno de trabajo que desconoce la existencia, por vía del pacto, de solo dos turnos de trabajo para el colectivo afectado por la medida empresarial, cuestión que debió ser objeto, como entiende la sentencia de instancia, y de ahí su confirmación, de negociación entre las partes de conformidad con lo previsto en el artículo 41 del ET.

En consecuencia, procederá desestimar el recurso al no infringir la sentencia las normas citadas en dicho escrito.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de EMT SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 13 de Valencia de fecha 10 de octubre de 2012, en virtud de demanda formulada a instancias de COMITE DE PERSONAL DE EMT, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito y suma consignada para recurrir, y se condena la recurrente a que abone los honorarios del letrado de la parte impugnante, en la cuantía de 200 euros.

Sentencia núm. 279, de 6 de febrero de 2013

Materia: Prestación por desempleo. Reconocimiento de la prestación y posterior extinción de la misma. Reclamación de cobro indebido por parte del organismo demandado. Circunstancias del actor. El actor marcha al extranjero durante 32 días sin comunicar a la entidad gestora su desplazamiento. Suspensión de la prestación por el tiempo de ausencia del trabajador.

Juzgado: Estima la demanda, revocando las resoluciones dictadas por la demandada por la que se dejaba sin efecto la prestación reconocida, declarando la inexistencia de percepción indebida y condenando a la entidad referida a estar y pasar por dicha declaración y a abonarle determinada cantidad.

Sala: Estima parcialmente el recurso, debiendo limitarse la entidad gestora a declarar la suspensión de la prestación por el tiempo de duración de la ausencia del perceptor de la prestación, limitando la percepción indebida a la cantidad percibida por el tiempo de la ausencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la instancia, estima la demanda interpuesta por D. M.K. contra la Resolución del SPEE de fecha 28.9.10 por la que se declaró la extinción de la prestación de desempleo y el cobro indebido de 6.749,98 euros ya abonados por tal concepto, desde su reconocimiento, y en consecuencia revoca dicha resolución y declara inexistente la percepción indebida. Contra éste pronunciamiento recurre el Servicio Público de Empleo Estatal, en base a dos motivos, con el amparo procesal de los apartados b) y c) del art- 193 de la LRJS.

En el primero de ellos se pretenden dos revisiones:

1.- La revisión del hecho primero en su apartado segundo, a fin de concretar que el importe percibido de 6.749,98 euros lo fue por el período de 03.04.2009 a 30.07.10.

2.- Para añadir al hecho cuarto, que el desplazamiento del actor a Marruecos, lo fue “sin haber solicitado previamente la oportuna autorización”.

Ambos motivos deben rechazarse por ser innecesario concretar datos que ya se desprenden del texto de la sentencia. Respecto a la revisión del hecho primero, porque tal concreción sobre el período a que se refiere la declaración como indebida de la prestación, ya consta en el hecho segundo, que concreta el período que el SPEE señala ahora; y respecto a la supuesta omisión en el hecho cuarto, es obvio que la falta de mención de tal autorización implica su ausencia, lo que asimismo se desprende de los razonamientos de la sentencia. Por ello, siendo intrascendente o reiterativo, deben denegarse las revisiones solicitadas.

SEGUNDO.- Con el apoyo procesal del apartado c) del art 193 LRJS se alega la infracción, por no aplicación, de los arts. 25.3 y 47, apartado 1 b) y 3 de la LISOS, que regula el supuesto de extinción de la prestación reconocida al actor. Igualmente se cita la infracción

del art. 213.1 g) de la LGSS en relación con el art. 6.3 del RD 625/85 de 2 de abril que regula los supuestos de extinción y suspensión de la prestación de desempleo por traslado por tiempo superior a 15 días. Se citan como aplicables tanto la sentencia de ésta Sala de fecha 4 de octubre del 2011, como las del Tribunal Supremo de fechas 22.11.2011 y de 17.01.2012. Tal recurso fue objeto de impugnación por el actor, que señala jurisprudencia contradictoria en hechos y situaciones similares.

Son normas aplicables a la situación aquí analizada, las generales en materia de prestaciones por desempleo, entre las que destaca el art 203 de la LGSS, el artículo 213.g) de la misma LGSS, que establece como causa de extinción de la protección por desempleo el “traslado de residencia al extranjero, salvo en los casos que reglamentariamente se determinen” y el artículo 231.1 LGSS, que incluye entre las “obligaciones de los trabajadores y de los solicitantes y beneficiarios de prestaciones por desempleo: “b) proporcionar la documentación e información que reglamentariamente se determinen a efectos del reconocimiento, suspensión, extinción o reanudación del derecho a las prestaciones; ... e) solicitar la baja en las situaciones de desempleo cuando se produzcan situaciones de suspensión o extinción del derecho o se dejen de reunir los requisitos exigidos para su percepción, en el momento de la producción de dichas situaciones”. También se debe señalar el Real Decreto 625/1985, también citado por la entidad recurrente, que contiene el Reglamento de la Protección por Desempleo, al que remite la LGSS. Su artículo 6.3 (según RD 200/2006) establece una de las excepciones reglamentarias a la regla de extinción de la prestación de desempleo por traslado de residencia al extranjero: “búsqueda o realización de trabajo” o “perfeccionamiento profesional” por tiempo inferior a doce meses, salvedades de la norma general de que el traslado de residencia es “causa de extinción” de la prestación reconocida. La concreta situación que aquí se analiza se considera un supuesto excepcional, al señalar que “la salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales por una sola vez cada año” no es causa de extinción de la prestación de desempleo, y que esta ausencia del territorio nacional, desencadena las obligaciones de información o comunicación previstas en el artículo 231.1 LGSS.

La interpretación literal de los preceptos mencionados ha motivado resoluciones en ocasiones contradictorias entre diversos TSJs. En concreto ésta Sala de lo Social ha entendido en ocasiones anteriores que “el art. 213.1.g) LGSS exige para extinguir la prestación no el traslado al extranjero como sostiene el Organismo recurrente, sino el traslado de residencia. A estos efectos, en doctrina judicial de suplicación, recogiendo la interpretación del Tribunal Central de Trabajo, se ha señalado que el concepto de residencia debe entenderse dentro del contenido de las normas que regulan las prestaciones de desempleo, reputando como traslado de residencia a país extranjero el desplazamiento físico que provoque la pérdida de la cualidad de demandante en el mercado de trabajo nacional, de acuerdo asimismo con el requisito general establecido en el art. 7.1 LGSS. que los beneficiarios del sistema residan normalmente en España. Estableciéndose precisamente que ello no se desvirtúa por un desplazamiento muy breve como unas cortas vacaciones o una visita familiar (SSTSJ Comunidad Valenciana de 3 de junio 2008, Rec. 2460/2007; de 25 abril 2006, Rec, 4828/2005). Sin embargo, también ha resuelto en sentido contrario, a la vista de las situaciones particulares planteadas (S. 4.10.2011 y otras).

El panorama ha quedado totalmente esclarecido al respecto tras la STS de fecha 18 de Octubre de 2012 (rec 4325/2011) que ante la ausencia de una aclaración legal respecto al concepto de residencia, ha entendido que la residencia temporal, según la legislación de extranjería, exige al menos 90 días de permanencia, considerada ésta como un asentamiento durante un cierto tiempo, lo que distingue de la mera estancia. Señala al respecto el TS

que.”El concepto jurídico de "residencia" pertenece a una familia en la que se encuentra emparentado con los conceptos de "domicilio" y de "estancia". Por otra parte, el sustantivo "residencia" viene acompañado a menudo en las distintas ramas legislativas que lo utilizan de diversos adjetivos: "residencia habitual", "residencia temporal", "residencia permanente" o "residencia de larga duración". Es de notar, además, que la determinación de la residencia en sus diferentes modalidades se puede graduar con cierta elasticidad mediante la aplicación de umbrales o criterios, que no son exactamente los mismos en las distintas ramas o sectores del ordenamiento; no es exactamente igual la residencia a efectos del impuesto de la renta que la residencia a efectos del derecho-deber de empadronamiento en un municipio, o que la residencia a efectos de la legislación de extranjería, o que la residencia a efectos de movilidad geográfica de los trabajadores, o que la residencia a efectos de los derechos de sufragio activo y pasivo”. Aplicando el concepto de residencia y los razonamientos que le siguen a la legislación de Seguridad Social, de acuerdo con la precedente sentencia del mismo Tribunal de 22.11.2011, entiende el Tribunal Supremo que hay tres situaciones de protección de desempleo prestación "mantenida", prestación "suspendida" y prestación "extinguida", y en base a ello, las situaciones siguientes:

“a) una prestación "mantenida" en los supuestos de salida al extranjero por tiempo no superior a quince días naturales al año, por una sola vez, siempre que el desplazamiento se haya comunicado a la Administración española en tiempo oportuno;

b) una prestación "extinguida", con la salvedad que se indica a continuación, en los supuestos de prolongación del desplazamiento al extranjero que comporte "traslado de residencia", es decir por más de los noventa días que determinan en la legislación de extranjería el paso de la estancia a la residencia temporal;

c) una prestación "suspendida" en el supuesto particular del artículo 6.3 del RD 625/1985 (redacción RD 200/2006) de " búsqueda o realización de trabajo " o " perfeccionamiento profesional" en el extranjero por tiempo inferior a "doce meses";

d) una prestación "suspendida", en todos los demás supuestos en que se haya producido el desplazamiento al extranjero por tiempo inferior a noventa días, con la consiguiente ausencia del mercado de trabajo español del beneficiario de la prestación de desempleo;”

La solución adoptada por el Tribunal Supremo, al acoger como referencia una normativa aplicable exclusivamente a los extranjeros no miembros de la Unión Europea, no resuelve los posibles problemas que podría derivarse de las ausencias del resto de trabajadores a los que no resuelta aplicable dicha normativa especial, lo que podría dar lugar a posibles situaciones de aplicación desigual de la norma a situaciones esencialmente iguales, o al menos muy similares. Pero, limitando su aplicación al caso que aquí se plantea de trabajador de nacionalidad marroquí, al que se ha concedido una prestación de desempleo, y que constante la prestación se marcha a su país en fecha 3 de abril del 2009, regresando a su domicilio el 2 de mayo del mismo año, sin comunicar dicho viaje a la entidad gestora, la aplicación de la anterior doctrina, nos lleva a considerar que nos encontramos ante un supuesto de los previstos en el apartado d) de los antes citados, es decir, ante una prestación suspendida por el tiempo de la ausencia, lo que nos lleva a resolver estimando en parte el recurso interpuesto por la entidad gestora en el sentido de revocar la resolución de fecha 28.09.2010, debiendo limitarse la entidad gestora a declarar la suspensión de la prestación por el tiempo de duración de la ausencia del perceptor de la prestación, limitando la percepción indebida a la cantidad percibida por el tiempo de la ausencia.

TERCERO.- Sin costas.

FALLAMOS

Con estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por la entidad **SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL** contra la sentencia de fecha 27 de marzo del 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº DOS de ELCHE, se revoca la Resolución dictada por el SPEE de fecha 28.9.2010, y se limita la declaración de indebida a la prestación de desempleo percibida por el actor D. M.K. durante el año 2009, únicamente por el período de duración de su ausencia de España entre el 3.4.09 al 2.5.09 (32 días), condenando al SPEE a estar y pasar por ésta declaración.

Sentencia núm. 295, de 7 de febrero de 2013.

Materia: Extinción de contrato. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la fabricación de multiplicadores. El liquidador judicial de la empresa les concede un permiso retribuido Posteriormente, el nuevo administrador único de la empresa acuerda suspensión de empleo y devolución de portátil y vehículo de empresa. Mas tarde, tras expediente disciplinario, despide a los actores por falta laboral muy grave consistente en daños físicos y morales al técnico de calidad de dicha empresa.

Juzgado: Desestima las demandas de extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, declarando la improcedencia del despido del que fueron objeto los trabajadores, condenando a su readmisión o al abono de la indemnización correspondiente más los salarios devengados desde que se produjo el despido hasta la notificación de la sentencia.

Sala: Desestima el recurso de los actores y estima en parte el recurso de la empresa, modificando la cuantía de la indemnización, confirmando la sentencia de instancia en cuanto al resto de los pronunciamientos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso formulado en nombre de los actores, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) (sin duda por error de transcripción cita el artículo 191.b) de la LPL) para que se modifique el hecho probado tercero, incluyendo al final del mismo el particular siguiente: “Conforme a la certificación del SMAC obrante en autos la empresa en fecha 16 de agosto de 2011 tuvo conocimiento de los hechos de la demanda presentada por el Sr.S. O.,siendo el firmante de la recepción D. F.F.M., firmante a su vez de las cartas de Despido”.

2. Basa la adición fáctica propuesta en los documentos obrantes a los folios 138 y 139 de autos (acuses de recibo del servicio de Correos) y folios 139, 143 y 148 (firma y nombre en el acuse de recibo del SMAC y nombre en las cartas de despido), en relación con la argumentación que realiza.

3. La modificación propuesta no debe prosperar al no deducirse de modo claro e inequívoco la adición propuesta sin necesidad de interpretaciones (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003), además de que los hechos que pretende introducir son relativos a otro asunto definitivamente resuelto por la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia de 13 de enero de 2012 a la que se alude en el fundamento jurídico cuarto in fine de la sentencia de instancia, y que solo muy indirectamente podían concernir al proceso donde recayó la resolución impugnada, y copia de esta sentencia se ha aportado junto con el escrito de interposición del recurso de la contraparte, que sin indefensión alguna puede tenerse en cuenta en la presente.

4. El siguiente y último motivo de este recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS (también sin duda por error de transcripción alude al artículo 191.c) de la LPL) “por entender que la sentencia vulnera lo establecido en el art.50.1.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación al 183 de la LJS (aunque sin duda también por error de transcripción invoca el mismo artículo de la LPL). A continuación, critica la sentencia de instancia porque es desestimatoria de la demanda de extinción del art. 50 del E.T., “considerando entre otros motivos que los antecedentes documentales obrantes en autos por el tiempo transcurrido no es necesario entrar a contemplarlos, pero entendemos que ellos son de gran importancia para comprender la totalidad de la situación y concluir que todo lo sucedido hasta la actualidad sí que representa “un incumplimiento contractual grave y existe un acoso laboral”, seguidamente en diez apartados realiza un examen de lo acaecido a su juicio en relación a un requerimiento notarial de 26 de febrero de 2003 (folios 167 a 170); contestación a ese requerimiento el día 28 de marzo de 2003 (folio 171); carta de despido de 28 marzo de 2003 (folios 173 y 174); otra carta de despido de 10 de febrero de 2004 (folios 176 a 183) y rescisión de contrato de otro Encargado de Taller (folio 184); denuncia ante la Inspección de Trabajo de enero de 2004 (folios 187 y 188) sin que la Inspección encuentre motivo de infracción laboral (folios 189 a 191); modificación unilateral de Primas y sueldos, que ocasionó un conflicto colectivo que finalmente no fructificó; prohibición de acceso a la empresa concediendo un permiso retribuido indefinido sin petición posterior de reincorporación como sí sucedió con otros trabajadores (folios 95 y siguientes), alegando la instrucción de expediente disciplinario que terminó en despido y sentencia declarando su improcedencia, así como entrega de los vehículos “mermando con ello las retribuciones y menoscabando su dignidad ante el resto de empleados de la empresa”; denuncia presentada ante el Juzgado de Instrucción nº 6 de Paterna (folios 299 a 303); auto de archivo de las diligencias incoadas por el Juzgado de Instrucción de referencia de fecha 29 de febrero de 2012, que se aportaba junto con el escrito de interposición del recurso; alegación concerniente al cálculo de la indemnización que eleva hasta a 15 días por año trabajado.

5. El motivo no debe prosperar por las razones siguientes: A) La invocación como infringido del artículo art.50.1.a) y b) del Estatuto de los Trabajadores, en relación al 183 de la LJS no va acompañada de fundamentación suficiente, con lo que no se cumple lo prevenido en el artículo 196.2 in fine de la LJS en relación con la doctrina jurisprudencial, que expresa y resume la sentencia del Tribunal Supremo de de 8 febrero 2006 al respecto, de que no basta la mera cita de unos preceptos legales sino que es necesario que “se desarrolle, adecuada y suficientemente, la fundamentación de la infracción jurídica que se atribuye a la sentencia impugnada”. B) Se ignora la doctrina jurisprudencial acerca de que los recursos se otorgan no contra la fundamentación jurídica de las resoluciones susceptibles de los mismos, sino contra su fallo o parte dispositiva (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988). C) El contenido fundamental del motivo concierne a la descripción de hechos que a su juicio son constitutivos de acoso, sin haber postulado su incorporación al relato histórico, con lo que también se incumple lo prevenido en el artículo 196.2 de la LJS al deber expresarse con suficiente precisión y claridad, el motivo o los motivos en que se ampare, y aquí el motivo se refiere al examen del derecho, produciéndose una mezcla de cuestiones fácticas y jurídicas que se compadece mal con la naturaleza extraordinaria del recurso de suplicación, tal y como ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional, entre otras en sentencias 294/93, de 18 de octubre, y 71/02, de 8 de abril, al subrayar que el recurso de suplicación no es un recurso de apelación ni una segunda instancia, sino un recurso extraordinario, de objeto limitado, en el que el Tribunal ad quem no puede valorar ex novo toda la prueba practicada ni revisar el Derecho aplicable, sino que debe limitarse a las concretas cuestiones planteadas por las partes, en especial la recurrente, que por ello mismo debe respetar una serie de requisitos formales impuestos por la ley y

concretados por la jurisprudencia, y que "los presupuestos procesales no responden al capricho del legislador, sino a la necesidad de dotar al proceso de formalidades objetivas en garantía de los derechos e intereses jurídicos de las partes que en él intervienen...". D) La situación de acoso es incompatible con la existencia de discrepancias que han dado lugar incluso a denuncias ante el orden jurisdiccional penal y cuyo resultado es por completo ajeno al resultado de este proceso, pues como recordó la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2011 la lesión de derechos fundamentales que implica el acoso, sustancialmente, se contrae a un ataque frontal a la dignidad personal del trabajador, aquí inexistente; sin que de la devolución del ordenador portátil y el vehículo que los actores venían utilizando, acordando la suspensión de empleo a que se refiere el ordinal segundo del relato histórico, pueda deducirse una situación de acoso sino el ejercicio de facultades empresariales (artículos 20.1, 49.1.k) y 54.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores) cuya legalidad y legitimidad podrá discutirse pero que no constituyen sin más acoso laboral, hallándonos **lejos de esa conducta no deseada** que atenta contra la dignidad de una persona y crea "un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo", tal como para el acoso, comprendido en el respeto a la intimidad y consideración debida a la dignidad del trabajador, se proclama como derecho de los trabajadores en la relación de trabajo por el artículo 4.2.c) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y se define en el artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo al tratar del acoso sexual y por razón de sexo, y que como ya adelantábamos en sentencia de esta Sala de **17-09-2003 (número 3367/2003)**, **"...la conducta constitutiva de acoso tiene que ser sistemática y producirse sobre un periodo de tiempo prolongado, de manera que llegue a ocasionar una perturbación grave en el trabajador. Sin que el concepto de acoso pueda ser objeto de una interpretación amplia y sin que pueda ser confundido con una situación de conflicto en las relaciones entre empresario y trabajador"**, en definitiva no se ha acreditado la existencia de indicio alguno de acoso moral de acuerdo con lo antes indicado, de ahí que no se deba admitir en este trámite la copia del auto de archivo dictado en las diligencias previas del Juzgado de Instrucción nº 6 de Paterna al no cumplirse ninguno de los requisitos exigidos en el artículo 233.1 de la LJS (no constituye documento decisivo para la resolución del recurso, no puede dar lugar su no admisión a posterior recurso de revisión ni es necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental) no apoyándose en infracción jurídica alguna la elevación de la cuantía indemnizatoria que postula.

6. Corolario de todo lo hasta ahora razonado será la desestimación de este recurso. Sin costas (artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, en relación con el artículo 235.1 de la LJS).

SEGUNDO.1. El recurso interpuesto en nombre de la empresa demandada, que ha sido impugnado por la representación letrada de los actores, se estructura en siete motivos. Los seis primeros se formulan al amparo del artículo 193.b) de la LJS a los fines respectivos siguientes: A) Se modifique parcialmente el hecho probado primero y donde dice R.F.A. 26/7/1996 J. de Taller 3.883,30 €. S.F.A. 1/9/1988 Ing. Técnico 3.910,81 €. Diga: "R.F.A. 26/7/1996 J. de Taller 3.389,72 euros. S.F.A. 26/07/1996 I. Técnico 3.363,29 Euros". B) Se añada un nuevo hecho probado (bajo el número Dos) que recoja todos los hechos de la demanda presentada por don B.S.O. que transcribe de acuerdo con la copia de esa demanda obrante a los folios 277 al 294 de los autos. C) Se adicione otro hecho probado (bajo el número TRES) que recoja todos los hechos probados de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de los de Valencia 13/2012, de 13 de enero. D) Se añada otro ordinal que recoja literalmente las conclusiones del Informe Pericial emitido por don C.B.R., Psicólogo Clínico y Perito Forense. E) Se añada otro hecho probado (bajo el número cinco) que diga: "Los Actores, don Sa. y don R.F.A., fueron apoderados y accionistas de la demandada y Director de Calidad y Responsable de Administración del Sistema Informático, y Jefe de Taller y

Director Comercial y de Logística, respectivamente. Ambos son dos de los hijos del anterior Administrador de la Empresa, don H.F.M.” .

2. Ninguna de las modificaciones fácticas propuestas debe prosperar por las razones respectivas siguientes: A) Las hojas de salarios a lo sumo acreditarían lo percibido en cada uno de los períodos a que aluden pero no el salario que se tuviera derecho a percibir. B) La demanda no es documento hábil para la revisión (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de **26 noviembre 1991**). C) Las sentencias (los hechos probados existentes en las mismas) no son tampoco eficaces al fin revisorio propuesto (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 18 febrero 1997). D) El informe pericial a que alude se refiere a otro trabajador de la empresa, precisamente el actor del proceso donde recayó la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de los de Valencia 13/2012, de 13 de enero, antes mencionada, y que absolvió a los trabajadores, ahora recurridos, de la pretensión allí ejercitada. E) La última de las modificaciones fácticas propuestas se basa en la cita genérica de los folios 299 a 353 del ramo de prueba de la demandada y como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas”.

3. Los dos últimos motivos de este recurso se formulan al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando “infracción del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”, limitándose a criticar el primer párrafo del fundamento de derecho quinto, “in fine” de la sentencia de instancia cuando indica: “...sin entrar en el examen del efecto positivo de la cosa juzgada formal que el anterior litigio puede aquí producir...”, pues a su juicio no es jurídicamente admisible ignorar deliberadamente el efecto que la cosa juzgada ha de proyectar sobre el presente pleito, incidiendo en que en la sentencia recurrida latía “un extraño interés por minimizar hasta el desconocimiento y la omisión, la conducta de los actores. No hay ni una sola referencia en los hechos probados, a lo que fue objeto de extensa prueba testifical y muy copiosa documental y pericial, y los únicos juicios fácticos sobre el asunto se limitan a muy escasos comentarios “obiter dicta” en los fundamentos de derecho”, así como “infracción del artículo 10, apartados c.) e i.) del Código de Conducta del Convenio Colectivo para la Industria del Metal de la provincia de Valencia, en relación con el artículo 54, párrafos 2 apartados c.) y d.) del ET”, argumentando en síntesis que los trabajadores despedidos incurrieron en acoso respecto del otro trabajador referido en la carta de despido, trayendo a colación y prácticamente transcribiendo en su integridad la fundamentación jurídica de la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 9 de abril de 2010.

4. Como se indica con valor fáctico en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto y en el fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada: A) El señor S.O., contratado en 2005 para implantar en la empresa un sistema de control de calidad en la empresa, prestó sus servicios en la oficina técnica junto a R. y S.F., con quienes discutió por motivos de trabajo en alguna ocasión; en el mes de marzo de 2011 H.F.M., entonces administrador de la sociedad y padre de los citados, ordenó su traslado desde allí hasta el laboratorio -sin pérdida de categoría profesional, ni de retribución aunque variándose las funciones- y también sancionado, en el mismo mes, por haber utilizado el ordenador asignado para fines privados. Después del traslado de lugar de trabajo, se presentó como candidato a las elecciones sindicales y días más tarde el 13 de abril de 2011 causó baja por

ansiedad secundaria a problemas laborales; el día 5 de agosto de 2011 demandó conciliación ante SMAC frente a la empresa por resolución del contrato y celebrado el acto con el resultado de sin avenencia se interpuso demanda, que por turno correspondió al Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia; tras la celebración de juicio, **se dicta sentencia en fecha 13 de enero de 2012 dando lugar a la acción ejercitada, en parte, pues se acuerda la extinción del contrato de trabajo condenando a la empresa al abono de la indemnización legal que por tal causa le corresponde, absolviendo a los citados trabajadores R. y S.F.A. B) Valorando la documental aportada, el interrogatorio y testificales propuestas por la partes que se practican en juicio - hasta un total de nueve comparecieron, con versiones contradictorias sobre el alcance de la visión de las cámaras instaladas en el centro de trabajo y sin que por ninguna de ellas se propusiera la del Sr. H.f.M., ni tampoco la del Sr. B.S.O cuyos testimonios podían haber aclarado y resultado de interés ya que el primero de los citados fue el administrador de la sociedad que contrató, ordenó el traslado y sancionó al trabajador, y el segundo, quien demanda a los actores por acoso siendo precisamente ello lo que constituye causa de los despidos disciplinarios enjuiciados...** se hace preciso concluir en el sentido de que en el presente caso no se ha probado en modo alguno que ello sea así, que la situación de baja médica a la que llega el citado Sr. S. tenga su causa en una conducta hostil hacia él por parte de los trabajadores-apoderados de la empresa Sres. F.A. - sin entrar en el examen del efecto positivo del de la cosa juzgada formal que el anterior litigio puede aquí producir -; ni que éstos trabajadores hubieran sido objeto de persecución por parte de su tío F. desde que accede al cargo de administrador de la sociedad, pues ni se acuerda por él la falta de ocupación efectiva retribuidas - lo hizo el liquidador judicial dada su condición de apoderados e hijos del accionista que poseía el 50% del capital -, y no resulta extraño al poder de dirección del empresario la apertura de un expediente contradictorio-disciplinario a trabajadores que son demandados como acosadores en procedimiento seguido contra ella por resolución del contrato de trabajo ...concluir en el sentido de que los despidos disciplinarios enjuiciados, por falta de causa, resultan improcedentes con los efectos y consecuencias inherentes a tal calificación, señaladas en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores; de acuerdo con los parámetros establecidos en el primero de los hechos probados, que no fueron discutidos”.

5. Teniendo en cuenta: A) Que los recursos se otorgan no contra la fundamentación jurídica de las resoluciones susceptibles de los mismos sino contra su fallo o parte dispositiva. B) Que la cita como infringido del artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es muy indeterminada, pues consta de varios apartados. C) Que la sentencia del Juzgado de lo Social nº 11 de Valencia de **13 de enero de 2012, donde ya se ventiló el presunto acoso por el que también se demandaban en el proceso** donde recayó la meritada sentencia, a los trabajadores, ahora recurridos, fue absolutoria respecto de los mismos; no obstante lo cual, la sentencia impugnada los absuelve no por el efecto de cosa juzgada de esa sentencia sino por falta de prueba de las imputaciones realizadas en la carta.

6. Deberemos concluir con la sentencia de instancia que el despido de los actores debe ser declarado improcedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del T.R de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y artículo 108.1., párrafo segundo de la LJS.

7. En cuanto a las indemnizaciones correspondientes que, de modo subsidiario y por vía de aclaración se pretende se determinen en las cuantías que se señala por otrosí en el escrito de interposición del recurso, atendiendo a los datos contenidos en el hecho probado primero de la sentencia impugnada (R.F.A. 26/7/1996 3.883,30 €. S.F.A. 1/9/1988 3.910,81 €) que es el único a tener en cuenta, pues pese a b que indica el recurrente en el último hecho probado no se indica salario distinto tendremos un tiempo de servicios hasta su despido en

28 de noviembre de 2011 de 15 años 4 meses y 2 días don R.F. y 23 años 2 meses y 27 días don S.F. debiéndose tener en cuenta un salario regulador diario de 127,67€ (3.883,30 x12 : 365= 127,67) respecto de don R.F. y de 128,57€ día(3.910,81 x 12 :365= 128,57) respecto de don S.F., atendiendo a lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 24 de enero de 2011 al respecto de que **“los parámetros que establece el art. 56.1 ET para cuantificar la indemnización que corresponde son el salario diario y el tiempo de prestación de servicios (textualmente: «cuarenta y cinco días de salario, por año de servicio»), y el primero de aquéllos no puede sino consistir en el cociente que resulte de dividir - supuesto de declararse probado el salario anual- esta retribución global por los 365 días que al año corresponden (366 para el caso de año bisiesto); y no por la cifra que en definitiva se mantiene en la decisión recurrida, la de 360 días, que es el resultado obtenido al multiplicar los dos divisores utilizados (12x30) y que responde al erróneo criterio de prescindir que la mensualidad tiene el promedio real de 30,42 días (365/12) y atender a los artificiales 30 días a menudo utilizados por la práctica forense con inequívoco apoyo en la redacción originaria -vigente hasta el Decreto 1836/1974, de 31/Mayo- del art. 7 CC...”**, todo lo cual dará lugar a una indemnización de 88.571,06€ [(127,67 x 45 x 15= 86.177,25) + (127,67 x 45 : 12 x 5= 2.393,81) =88.571,06] a don R.F., en lugar de la concedida de 89.828,77 €, (sin que proceda modificación alguna de la indemnización y salario reconocidos a don S.F. respecto del que no se postula cambio alguno, salvo en lo concerniente a la “contradicción” que dice existir entre los valores salariales reseñados en el hecho probado primero y los consignados en el hecho probado último, que no procede como ya se dijo) todo ello atendiendo a la fecha del despido y consiguiente aplicación de la normativa anterior a la entrada en vigor de la Ley 3/2012, de 6 de julio, según lo prevenido en su disposición transitoria Quinta.2 . Y que el prorrateo por meses de los períodos de tiempo inferiores a un año, se traduce en computar como un mes el día o días a considerar después de atender a los años y meses trabajados.

8.En consecuencia, este motivo se estimará en parte.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto en nombre de los actores (sin costas de acuerdo con el artículo 2.d de la Ley 1/1996, de 10 de enero, y 235.1 de la LJS) y estimación parcial del formulado en nombre de la empresa demandada, revocando la sentencia impugnada en el exclusivo sentido de fijar como indemnización correspondiente a don R.f.A. la de 88.571,06 euros en lugar de la reconocida en la sentencia y sobre un salario diario de 127,67 euros, y confirmándola en lo demás (sin costas ante la estimación parcial de este recurso y con los efectos prevenidos en el artículo 203.2 y 3 de la LJS).

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don R.F.A. y don S.F.A. y estimamos en parte el interpuesto en nombre de F. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número CINCO de Valencia el día quince de Febrero de dos mil doce, en proceso sobre RESOLUCION DEL CONTRATO POR VOLUNTAD DEL TRABAJADOR Y DESPIDO, seguido a su instancia contra F. SA, y con revocación parcial de la indicada sentencia debemos declarar como declaramos que la indemnización correspondiente a don R.F.A. asciende a 88.571,06 euros en lugar de la reconocida en la sentencia y sobre un salario diario de 127,67 euros. Se confirma en lo demás la aludida sentencia. Sin costas.

Firme que sea la presente resolución devuélvase el depósito constituido para recurrir a FELLAR SA, y cancélese el aval por la diferencia entre la cantidad reconocida en la sentencia impugnada y la determinada en esta sentencia.

Sentencia núm. 305, de 11 de febrero de 2013

Materia: Conflicto colectivo: Fijación del calendario laboral de los trabajadores por la empresa demandada. Tras cruzarse diversas comunicaciones entre empresa y representantes, y sin acuerdo, la empresa cuelga el calendario laboral. En años anteriores, las vacaciones siempre se habían pactado. Aplicación del convenio colectivo provincial de sector.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la empresa demandada de las peticiones de la misma. Los trabajadores deben cumplir con las vacaciones establecidas por la empresa demandada.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El fraccionamiento de las vacaciones solo puede hacerse por acuerdo entre las partes y si los trabajadores disfrutaran de vacaciones en fechas distintas a los meses establecidos por convenio, tendrán derecho a tres días laborales más de vacaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. 1. El recurso interpuesto se estructura en un solo motivo, dedicado al examen de infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia, denunciando “infracción del artículo 51 del Convenio Colectivo Provincial de Industria del Metal para la Provincia de Valencia (obra en autos copia del BOP donde se publicó)”, cuyos 5 primeros párrafos relaciona. Argumenta en síntesis que “conceder” no es lo mismo, ni sinónimo de “acordar”, y como en este caso las vacaciones siempre se habían pactado, si un año no se alcanza un acuerdo, “la empresa lo que nunca podrá hacer es imponer un fraccionamiento, pues para que se dé dicho supuesto, la norma exige el acuerdo entre las partes”, y si se llegara a admitir como correctamente disfrutados los días 2, 3, 4 y 5 de Enero, 6 de Febrero y 30 de Abril, “al haberse concedido fuera de los meses de junio, julio, agosto y septiembre, deberían de generarse a favor de los trabajadores 3 días más de vacaciones para el año 2012, tal y como se solicita subsidiariamente, ya que el precepto no está exigiendo que la “totalidad” de días de vacaciones se fijen “fuera del referido cuatrimestre estival”. Terminando con la solicitud de que se acoja la petición subsidiaria al no ser posible hacer efectiva ya la petición principal.

2. El artículo 51 del Convenio Colectivo de la Industria del Metal de la provincia de Valencia (BOP 29-VI-2007) dispone en sus cuatro primeros párrafos: “Todos los trabajadores afectados por este Convenio tendrán derecho a 30 días naturales de vacaciones, debiéndose disfrutar este período ininterrumpidamente. Solo de común acuerdo entre la empresa y el trabajador se podrá celebrar en dos períodos, teniendo obligadamente uno de ellos, al menos, 21 días naturales ininterrumpidos. Los días festivos que no sean domingos no entrarán en el cómputo de los 30 días naturales de vacaciones. Dicho período no podrá iniciarse ni sábado ni en domingo, y sin que los domingos puedan ser utilizados para compensar festivos anteriores.

Las empresas que reiteradamente viniesen concediendo sus vacaciones en unas fechas determinadas continuarán haciéndolo en las mismas, salvo acuerdo en contrario de las partes.

El período vacacional se fijará anualmente en el calendario laboral dentro de los 4 primeros meses del año, y en cualquier caso, con una antelación mínima de 3 meses al inicio de su disfrute. En el supuesto de que se incumpla dicho punto se entenderá que la empresa acepta las fechas que le propongan los trabajadores, salvo los recursos a que aquélla tenga lugar.

El período vacacional se disfrutará en los meses de junio, julio, agosto y septiembre, y en el supuesto de establecerse en otros meses de interés de la empresa, y con aceptación de los trabajadores, el período de vacaciones se ampliará en 3 días laborales más”.

3. Del inalterado e incombatido relato histórico de la sentencia impugnada y datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica destacamos: A) Tras cruzarse diversas comunicaciones entre empresa y representantes de los trabajadores sin que se alcanzara un acuerdo, la empresa H.V. SAU colgó en el tablón de anuncios en 26-4-2012 el calendario laboral de este año. En el mismo se fijan como vacaciones para toda la empresa el periodo comprendido entre 13 de Agosto y 2 de Septiembre (21 días naturales). La empresa ya había dado vacaciones a los trabajadores los días 2, 3, 4 y 5 de Enero, 6 de Febrero y 30 de Abril. B) Los años anteriores empresa y representación de los trabajadores han venido pactando el calendario de vacaciones de suerte que se disfrutaban 21 días naturales ininterrumpidos en el mes de Agosto, los días comprendidos entre año nuevo y Reyes y uno o varios días a principios del mes de Febrero coincidiendo con las fiestas patronales de Bocarent, localidad en el que se encuentra el centro de trabajo, completándose en su caso las vacaciones con algún otro día. C) Se aportaron por las partes diversas propuestas de la Representación de los trabajadores y comunicaciones entre empresa y Representación de los trabajadores no habiendo fructificado ningún acuerdo sobre el calendario de vacaciones para el año 2012.

4. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 2009 ya subrayó que “si algo se desprende del régimen legal establecido en los arts. 34.6 y 38 del ET y del régimen normativo convencional que establece el convenio colectivo del sector, al que se remite el ET, es precisamente la necesidad de negociar con los representantes de los trabajadores el calendario de vacaciones...”. Es el pacto en convenio colectivo o contrato individual el que determina el período de vacaciones anuales, fijándose el período o períodos de su disfrute de común acuerdo entre el empresario y el trabajador, “de conformidad con lo establecido en su caso en los convenios colectivos sobre planificación anual de las vacaciones” (artículo 38.1. y 2 del T.R de la Ley del Estatuto de los Trabajadores).

5. Como quiera que el fraccionamiento de las vacaciones solo puede tener lugar mediante “acuerdo entre la empresa y el trabajador”, y que el principio general es que las vacaciones se disfruten en los meses de junio, julio, agosto y septiembre, la fijación de otros meses debe entenderse que siempre es “de interés de la empresa” aunque su fijación se haya efectuado otros años de acuerdo con el Comité de Empresa, tal y como se indica en el inalterado ordinal 2º del relato histórico”, toda vez que el establecimiento del calendario laboral incumbe en principio a la empresa (art.34.6 del T.R. de las Ley del Estatuto de los Trabajadores), sin que en el Convenio Colectivo de aplicación conste se haya matizado esa facultad, por lo que debe aplicarse la ampliación en 3 días laborales más del período de vacaciones.

6. La circunstancia de que el párrafo segundo del artículo 51 del Convenio Colectivo de aplicación señale que “las empresas que reiteradamente viniesen concediendo sus vacaciones en unas fechas determinadas continuarán haciéndolo en las mismas, salvo acuerdo en contrario de las partes”, no puede significar que deja de ser el acuerdo lo determinante en esta materia y que en defecto del mismo pueda la empresa fraccionar las vacaciones y determinar que parte de su disfrute tenga lugar fuera de los meses de junio, julio, agosto y septiembre, por mucho que en años anteriores haya sido así, pues con ello se estaría quebrantando tanto el espíritu de la ley (necesidad de negociar el calendario de vacaciones, que obviamente tiene carácter anual) como el del convenio colectivo de acuerdo con lo ya argumentado.

7. Este es el criterio ya seguido por la Sala en la sentencia resolutoria del recurso 1085/2007 (interpretando artículo 50 del Convenio Colectivo de la Industria del Metal de Valencia, con prácticamente idéntico contenido que el artículo 51 del Convenio posterior y donde citábamos doctrina precedente, contenida en la sentencia de la Sala 1143/2002.

8. En consecuencia se acoge este único motivo de recurso.

SEGUNDO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso y consiguiente acogimiento de la pretensión subsidiaria, que es la única que se sostiene en el recurso. Sin costas ante el signo revocatorio del fallo y atendiendo a también a lo expresamente instituido en el artículo 235.2 de la LJS.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la C.S de X. del PV contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Valencia y su provincia el día 27 de julio de 2012, en proceso de conflicto colectivo seguido a su instancia contra H.V. SAU, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada tal y como se concretó en el escrito de interposición del recurso, debemos declarar como declaramos el derecho de los trabajadores afectados a tres días más de vacaciones correspondientes a las del año 2012. Sin costas.

Sentencia núm. 327, de 12 de febrero de 2013

Materia: Prestación por desempleo. Trabajadora que tras permanecer más de 12 meses como demandante de empleo y suscribiendo el compromiso de actividad, solicita su incorporación al RAI, la cual le es denegada. Cálculo cómputo de rentas e ingresos de la unidad familiar.

Juzgado: Desestima íntegramente las dos demandas interpuestas por la actora frente al organismo demandado, absolviendo a dicho organismo de todas las pretensiones formuladas en su contra.

Sala: Estima en parte el recurso declarando el derecho de la trabajadora a obtener el subsidio reclamado en la cuantía reglamentaria, en tanto integrante la actora del programa RAI, y con efectos económicos desde determinada fecha, como se pide subsidiariamente en el suplico del presente recurso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la representación letrada de la demandante se formula recurso frente a la sentencia recaída en la instancia, que desestimó la petición formulada en la demanda de ser incluida en el llamado “Programa de Renta Activa de Inserción” (en lo sucesivo, RAI), y en cuyo escrito se plantea un solo motivo, bajo correcto amparo procesal y en censura del derecho aplicado en la citada resolución judicial, a la que se achaca la infracción de los artículos 1 y 2 del RD 1369 / 2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo.

Se argumenta en síntesis que la desestimación de la pretensión actora, que se basa en que en el momento de la solicitud de incorporación a dicho programa RAI, los ingresos de la unidad familiar superaban el porcentaje del 75 % del SMI, con exclusión de la prorrata de pagas extras, tiene como punto de partida una interpretación incorrecta de la norma precedentemente citada, pues esta disposición, que se remite al artículo 215.3.2 del TR de la LGSS a los efectos de considerar qué rentas deben ser computadas a dichos fines, y en tanto en esta última se consideran como rentas o ingresos computables cualesquiera bienes, derechos o rendimientos de que disponga o pueda disponer el desempleado derivados del trabajo, del capital mobiliario o inmobiliario, de las actividades económicas y los de naturaleza prestacional, salvo las asignaciones de la Seguridad Social por hijos a cargo y salvo las cuotas destinadas a la financiación del convenio especial con la Administración de la Seguridad Social, excluye en dicho cómputo lo percibido por la actora como asignación por la hija a su cargo, de modo que la cifra que se percibe a consecuencia de la discapacidad de su hija no debe ser objeto de incorporación, restándose de la cantidad reseñada en los hechos probados de la sentencia. Igualmente, no debería ser computable respecto la solicitud de inclusión en el programa RAI realizada en el año 2010, la suma de 500 euros mensuales reconocida a la demandante en la sentencia de divorcio a expensas de su ex esposo, y siempre para el cálculo de dicho límite del 75 %.

Para decidir el recurso, tomando como punto de partida los firmes, por consentidos, hechos probados de la sentencia, esto respecto la toma en consideración, a los fines del cómputo de rentas, del montante reflejado como pensión compensatoria y sobre si debe o no ser integrado en dicho cómputo, teniendo en cuenta lo decidido por esta misma Sala, por ejemplo en la sentencia que cita la resolución objeto de recurso, la respuesta debe ser afirmativa, en tanto dicha suma constituye un crédito a favor de la recurrente que en su momento podrá percibir, al menos será liquidado cuando se disuelva la sociedad de gananciales del matrimonio, de modo que no existe óbice para que sea tenida en consideración para calcular el nivel de rentas exigible para ser beneficiaria de dicho programa. En cambio, diferente solución se impone respecto la suma que para los dos años solicitados (2009 y 2010) en la demanda se consigna en el relato fáctico de la sentencia, pues como quiera que la asignación recibida por la demandante por la minusvalía superior al 65% reconocida a su hija mayor de 18 años tiene la naturaleza de prestación por hijo a cargo, y esta asignación, atendida la literalidad del precepto señalado como infringido, debe ser objeto de deducción por no tener la condición de renta, tanto en el primero como en el segundo año debe ser descontada de las cifras citadas en el tercer y cuarto hecho probado para determinar si en cómputo mensual superaban o no el 75 % del SMI, resultando, en fin, que el descuento de lo percibido al mes por ese concepto en el año 2009 no tiene relevancia, pues aún así las rentas exceden de ese porcentaje, en cambio en la anualidad de 2010 la deducción de los 339,70 euros al mes que se conceden por esa minusvalía, como asignación por hijo a cargo, debe ser deducida, lo que arrojan unas rentas que, divididas por el número de miembros de la unidad familiar son inferiores al porcentaje aludido, de modo que se estimará en parte el recurso y se condenará al organismo gestor demandado a abonar el subsidio reclamado, en la cuantía reglamentaria, en tanto integrante la actora del programa RAI, y con efectos económicos desde el 26 de enero de 2011, como se pide subsidiariamente en el suplico del presente recurso.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por doña Á.M.P. frente la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de Alicante de 8 de marzo de 2012, recaída en proceso sobre desempleo a instancia de aquella frente al SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL, y con revocación de la citada resolución judicial, declaramos el derecho de la recurrente a formar parte del programa RAI y condenamos a la mencionada entidad gestora a que abone a la recurrente la renta activa de inserción con efectos desde el 26 de enero de 2011.

Sentencia núm. 332, de 12 de febrero de 2013

Materia: Extinción de contrato. Trabajador que presta sus servicios de forma indefinida y a tiempo completa en empresa dedicada a la limpieza. Esta empresa es una subcontrata de la principal que tiene encargada la limpieza de los colegios públicos de Alicante, adjudicada por el ayuntamiento de esta ciudad. Por causas económicas la subcontrata extingue la relación laboral de trabajador, la cual posteriormente desaparece. Se establece una nueva subcontrata con otra empresa pero con el fin e no tener que readmitir a los trabajadores de la anterior subcontrata firman un cese de la actividad laboral. Procedencia de la extinción laboral.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia de la extinción de contrato, con la obligación de readmitir al trabajador o bien de indemnizarle solidariamente por extinción de la relación laboral.

Sala: Estima el recurso de la parte codemandada en la instancia, declarando la no obligación de responder solidariamente frente al despido que ha sufrido el trabajador.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la mercantil “C.S. y M. SL”, que resultó condenada en la instancia a asumir, junto con la codemandada “H. SL”, las consecuencias económicas del despido del trabajador demandante, se formula recurso de suplicación, y en cuyo primer motivo, amparado en el artículo 193 “b” de la LRJS, se solicita la revisión del segundo hecho probado de la sentencia objeto de recurso, a fin de que se añada en él que su representada no es ni ha sido nunca adjudicataria del servicio de limpieza de centros escolares y dependencias municipales del Ayuntamiento de Alicante. Petición que debe decaer, por fundarse en documento carente de efectos revisorios, amén de que lo frase pedida como apostilla, plantea lo que se denomina comúnmente un hecho negativo, y por ende, ineficaz.

Sigue el motivo pretendiendo la modificación del último párrafo del quinto hecho probado, para que se exprese en similares términos al precedente, que tras resolver la subcontrata con H., E.O. e hijos no ha subcontratado con su patrocinada los servicios arriba explicitados, solicitud que asimismo debe decaer, por cuanto, sobre fundarse en documento aportado al hilo del artículo 271 de la LEC, carece aquél de los condicionantes legales para ser admitido por esta vía excepcional, lo pedido tampoco tiene repercusión práctica a los fines de ser absuelta la mercantil recurrente, por cuanto la responsabilidad solidaria se declara por motivo distinto del que expone en su alegato.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, y bajo correcto amparo procesal, se censura a la sentencia, en primer lugar, aunque por error se dice “en tercer término”, la infracción del artículo 359 de la LEC, en cuanto señala que la decisión recurrida viola el principio de congruencia, toda vez que no se tomó en consideración la excepción de falta de legitimación pasiva esgrimida por dicha parte, a la que se condenó a pesar de que la parte actora consideró proseguir el juicio oral única y exclusivamente frente a

la mercantil E.O. e hijos. Pero la censura expresada debe decaer, pues no consta que en el acto de juicio dicha parte desistiera de la acción frente la ahora recurrente, demandada inicialmente en este proceso junto con la empresa “H., SL”, ya que lo que consta es que la pretensión se amplió frente a la sociedad citada en primer lugar. Que la sentencia recurrida no resolviera explícitamente la excepción citada no es óbice para que se entienda que guarda congruencia con lo pedido en el proceso, y por extensión, no vulnere la norma procesal citada en el motivo, pues la condena constituye una forma de desestimar la citada excepción al considerar a dicha compañía responsable de las consecuencias del despido cuya acción se ejercitaba en la demanda.

De análoga manera que en el precedente submotivo, se censura asimismo a la sentencia la violación del principio de congruencia establecido en el artículo 359 de la LEC, por otorgar cosa distinta de la solicitada por la parte actora, al entender que en la demanda el ejercicio de la acción se dirigía a “C., SL” por considerar que esta sociedad se había subrogado en los derechos y obligaciones de los trabajadores adscritos a la anterior titular, en este caso, E.O. e hijos, mientras que la sentencia, tras declarar probado que esta última compañía es la actual titular de la contrata hasta febrero de 2012, absuelve a esta y condena a su representada. En realidad, más que desconocimiento del principio de congruencia, lo que se denuncia constituye el fondo de la cuestión, es decir, si con esos datos se puede o no condenar a “C., SL” a las resultas del despido producido a finales de 2011, de modo que se tratará a continuación, al examinar la aplicación de las normas de derecho por la sentencia objeto de recurso.

TERCERO.- El tercer motivo, apoyado en el artículo 193 “c” de la LRJS, censura a la sentencia la infracción del artículo 7 del convenio colectivo de aplicación, la vulneración del artículo 10 del Acuerdo marco sectorial y del artículo 44 del ET, en relación con la jurisprudencia relativa a la sucesión de empresas.

Se argumenta en síntesis que no ha habido a lo largo de este tiempo cambio en la titularidad de la contrata de limpieza en los colegios y dependencias municipales del Ayuntamiento de Alicante, y que actualmente ostenta la codemandada “E.O. e hijos, SA”, es más, su representada por no tener no tiene trabajadores a su cargo y obviamente no tiene la condición de empresa entrante ni saliente.

La sentencia recurrida condena a “C., SL” a asumir solidariamente las resultas del proceso de despido, a pesar de que en su segundo hecho probado indica que el 18 de febrero de 2008 el Ayuntamiento de Alicante adjudicó el contrato de limpieza citado a E.O. e hijos, por dos años, y a su término se le prorrogó la concesión por otro periodo igual, hasta el 29 de febrero de 2012, al entender que tras resolver esta empresa una subcontrata con “H., SL”, empleadora del actor, y por la que esta última se dedicaba a la limpieza de los cristales de dichos edificios públicos, esta actividad fue subcontratada a “C. SL”, aunque en el apartado fáctico correspondiente no se expresa fecha concreta de esta subcontrata. En realidad este dato lo extrae la sentencia de las manifestaciones realizadas en el acto de juicio por el propio actor y un testigo, antiguo trabajador de “H., SL”, pues en la fundamentación jurídica saca la conclusión citada con expresiones tales como, “No es lógico...”, “Me llama la atención...”, etc., cuando en realidad, abstracción hecha de que no existe dato concreto de carácter objetivo que permita afirmar esa subcontrata, en cualquier caso la comunicación del cese del actor se hace por “H. SL” con precedencia a la fecha en que se extingue la subcontrata con “E.O. e hijos”, y por tanto antes de la fecha del supuesto inicio de la subcontrata con “C., SL”, concretamente la carta del cese está fechada el 22 de diciembre de 2011, aunque la

sentencia considera que los efectos del despido se deben situar en el día 30 de dicho mes y año, al ser esta data la de la baja en la Seguridad Social.

Que, asimismo, en un hecho probado se exprese que E.O. comunica a H. la rescisión del contrato de limpieza de los cristales el 31 de diciembre de 2011 no tiene porqué afectar al hecho de que días antes se había producido la extinción del contrato que esta última tenía suscrito con el trabajador demandante, de modo que la condena solidaria de “C. SL” respecto las consecuencias del despido declarado improcedente no se sostiene a partir de los datos citados, por no darse los requisitos que harían aplicable lo previsto en el artículo 44 del ET, norma que se considera infringida en la sentencia y motiva que la misma sea revocada en el sentido pedido de excluir a la mercantil recurrente de las resultas de dicha declaración.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por “C. S. y M.A. SL” contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de los de Alicante de 23 de mayo de 2012, recaída en autos sobre despido a instancia de don D.R.A., y con revocación de la expresada resolución judicial en lo que atañe a la condena solidaria de dicha recurrente respecto las resultas del despido del trabajador citado, absolvemos a aquella, dejando subsistente el resto de los pronunciamientos recogidos en el aludido fallo.

Se decreta la devolución al recurrente del depósito y suma consignada para recurrir.

Sentencia núm. 350, de 12 de febrero de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que ha prestado sus servicios en empresa dedicada a la actividad de comercio. En determinada fecha se extingue su relación laboral por causas económicas. Impugnada la misma se extingue la relación laboral con abono de determinada cantidad en concepto de indemnización y salarios de tramitación, con descuento de determinadas fechas por haber trabajado para otra empresa. Declarada la insolvencia de la empresa, la demandante solicita al organismo demandado las prestaciones que ampara, denegándose las por no haber aclarado las partidas o conceptos que integran la deuda reclamada.

Juzgado: Estima en parte la demanda, condenando al organismo demandado al abono de determinada cantidad en concepto de indemnización y a otra cantidad como salarios de tramitación por la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas.

Sala: Estima el recurso de suplicación interpuesto por el organismo demandado, revocando en parte la sentencia de instancia y, con estimación parcial de la demanda, condena a éste a abonar determinada cantidad en concepto de salarios de tramitación en lugar de la cantidad establecida en la sentencia de instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma en lo que no se opongan a la presente resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la demanda condenó al Fondo de Garantía Salarial a que abone a la actora la cantidad de 846,11 euros en concepto de indemnización y la cantidad de 3.820,30 euros como salarios de tramitación por la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas el día 30 de junio de 2009, interpone recurso de suplicación la parte demandada Fondo de Garantía Salarial y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción por no aplicación de los artículos 1809, 1257 y 1258 del Código Civil en relación con el artículo 218 y 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el artículo 84 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Social, puestos en relación con el artículo 33 del Estatuto de los Trabajadores y aplicación errónea del artículo 57 del mismo cuerpo legal en cuanto al calculo de los salarios de tramitación, alegando, en síntesis, que el Juzgador de Instancia no puede alterar a su arbitrio, como si de un juicio ordinario se tratara, una conciliación voluntariamente celebrada entre las partes, alterando el contenido de la misma y la voluntad de aquellos que transigieron en la misma. Así si se pactaron unos salarios de tramitación por importe de 2076,25 euros, el Juzgador de instancia no puede incrementar dichos salarios como si de un nuevo juicio se tratara al recalcular los mismos hasta la fecha del acta de conciliación, atribuyéndose unas facultades que la ley ni le permite ni lo ampara, debiendo las sentencias ser congruentes con la demanda y con las demás pretensiones de las partes, no pudiendo ser condenado el FOGASA a una cantidad superior a la que figuraba en el título habilitante (acta de conciliación) por importe de los salarios de tramitación y que no siquiera fue condenado el deudor principal. Y que

habiendo ejecutado el acta de conciliación por la parte demandante el Juzgado de ejecuciones dicto auto de insolvencia con fecha 7 de julio de 2010 por importe de 2076,25 euros correspondientes a salarios de tramitación y los restantes 913,55 euros a indemnización, si bien esta última cantidad quedó reducida en sentencia a 846,11 euros al haberse aplicado el tope del FOGASA respecto de la indemnización (30 días en lugar de los 45 que le correspondía a la empresa). Por lo que nada se opone respecto de la cuantía de la indemnización por despido que figura en la sentencia.

Siendo así que el FOGASA nada objeta en este recurso respecto de la cantidad a la que se le condena en la sentencia de instancia por el concepto de indemnización que asciende a 846,11 euros, debe esta cantidad inalterada, y con respecto de la cantidad de 3.820,30 euros a la que se condena al FOGASA por el concepto de salarios de tramitación por la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, debe acogerse el recurso y dejar establecida la cuantía a pagar por el FOGASA por el concepto de salarios de tramitación en la cantidad de 2.076,25 euros que es la cuantía por tal concepto pedida en el suplico de la demanda y con la cual debe ser congruente la sentencia que se recurre, que no puede dar más de lo pedido por tal concepto, siendo además relevante que no puede ser condenado el FOGASA a una cantidad superior a la que figuraba en el título habilitante (acta de conciliación) por importe de los salarios de tramitación, pues, aunque en el mencionado título no se desglosaban los conceptos, una simple resta de lo postulado por el concepto de indemnización nos da el resultado de lo pedido por lo convenido en la conciliación por los salarios de tramitación, sin que debe ser condenado el FOGASA a una cantidad superior que la que se convino con el deudor principal y que fue objeto de ejecución judicial. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar en parte la sentencia impugnada.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la Abogacía del Estado en nombre y representación del Organismo Autónomo Fondo de Garantía Salarial, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Cinco de los de Valencia, de fecha 2 de marzo de 2012, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar con estimación parcial de la demanda debemos condenar y condenamos al Fondo de Garantía Salarial a que abone a la actora Doña A.M.P. la cantidad de 2.076,25 euros en concepto de salarios de tramitación en lugar de la cantidad establecida en la sentencia de instancia, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma en lo que no se opongan a la presente resolución.

Sentencia núm. 363, de 13 de febrero de 2013.

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que realiza tareas de encofrador. El actor presenta solicitud para declaración de invalidez permanente para todo trabajo, siendo denegada por el organismo demandado al no estar incurso en ninguna de sus grados. Solicitud subsidiaria de una incapacidad permanente absoluta para el ejercicio de su profesión habitual. Determinación del grado de invalidez en función del estado físico y psíquico que presente el trabajador en el momento de celebrarse el juicio oral.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones contenidas en el suplico de la demanda.

Sala: Estima parcialmente el recurso declarando al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta para el ejercicio de su profesión habitual, con el reconocimiento de los derechos económicos inherentes a la misma.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan Luis de la Rúa Moreno.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, confirmando la resolución dictada en el pertinente expediente administrativo, no da acogida a la demanda interpuesta por el trabajador por entender que no se encuentra afecto a la situación de invalidez permanente en cualquiera de sus grados, y frente a tal decisión, se suscita el presente recurso de suplicación por el que se reitera, previa su revocación, la petición de ser declarado afecto a una incapacidad absoluta para todo trabajo o subsidiariamente a una incapacidad total para su profesión habitual de encofrador con la categoría de oficial 1ª, aduciendo al efecto un doble motivo: el primero, para revisar la declaración de hechos probados; y el segundo, para denunciar el derecho aplicado, con fundamento, respectivamente, en los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- En primer término se propugna la modificación del punto quinto de la declaración de hechos probados para que se adecue el mismo a las previsiones que se contienen en los informes médicos aportados a su instancia como documentos nº 1 al 9 de su ramo de prueba, proponiendo, a tal fin, que se adicione la siguiente redacción: “El actor padece: 1.- Degeneración de los discos intervertebrales desde L2-L3 hasta L4-L5. Protusiones discales difusas desde L2-L3 hasta L4-L5 con estenosis segmentaria del conducto raquídeo central a nivel L4-L5. 2.- Dolor y limitación de la movilidad en la mano derecha, con parestesias y síndrome del túnel carpiano. 3.- Mano derecha: Artropatía en la segunda y tercera articulación de la metacarpofalángica con pinzamiento del espacio articular, esclerosis subcondral y prominentes osteofitos en la cabeza del segundo y tercero metacarpiano. 4.- Hombro derecho: Engrosamiento heterogéneo del tendón subescapular con áreas quísticas y calcificaciones. Hipertrofia acromioclavicular. 5.- Esofagitis. 6.- Hipoacusia mixta bilateral. 7.- Espondiloartrosis cervical. 8.- Artropatía gotosa con episodios de artritis recidivantes. Condrocálcinosis. 9.- Todo lo cual implica que el actor presenta limitación funcional en las actividades de la vida diaria y laboral a consecuencia de su patología degenerativa e inflamatoria de base. (Doc. 3 ramo prueba actor).”

La pretensión revisora, a excepción de este último apartado que conlleva una connotación valorativa inadecuada, ha de alcanzar éxito porque como ha venido reiterando esta Sala, siguiendo la jurisprudencia establecida en vía de unificación de doctrina, el principio de legalidad condiciona que el grado de invalidez se haya de determinar en función del verdadero estado físico y psíquico que presente el trabajador al tiempo de la celebración del juicio oral, por lo que deviene perfectamente lícito atender a dolencias que hayan pasado inadvertidas o que no presentaren signos manifiestos de su consolidación al ser objeto del pertinente reconocimiento por los organismos médicos competentes, y ciertamente que, en el caso de autos, de las pruebas a que se alude como justificación del motivo, se constata, de manera directa e irrefutable, la aparición de nuevas dolencias con posterioridad al informe propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades, como son las que le afectan a la mano y hombro derechos, a la zona cervical de la columna y a la artropatía gotosa y la condrocalcinosis. En función de ello, al estimarse concurrentes esas nuevas dolencias, deviene procedente que la valoración jurídica se efectúe teniendo por integrado el relato fáctico con dicha propuesta, y, por ello, atendiendo al total cuadro médico con sus consiguientes secuelas, que ha de tenerse por acreditado.

TERCERO.- En el ámbito de la censura jurídica se denuncia la infracción del artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, por entender errónea la valoración que se efectúa de las dolencias padecidas por el demandante, las que, a su juicio, deben catalogar la situación, por razón de sus consecuencias, como constitutiva de una incapacidad absoluta para toda profesión u oficio. Con carácter subsidiario, se alude al punto 4 de ese mismo artículo, en el entendimiento de que, en todo caso, le inhabilitan para el desempeño de su actividad profesional de albañil encofrador con la categoría de oficial 1ª.

Así pues, la cuestión que se suscita se contrae a determinar si concurre o no alguno de los grados de invalidez interesados, principal o subsidiariamente, por el actor recurrente.

En orden a su resolución procede recordar que, conforme establece el art. 137.5 de la Ley General de Seguridad Social, se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. Y partiendo de esta conceptualización, conviene destacar en primer término que, según ha reiterado la doctrina jurisprudencial, para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones hay que estar a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, y sobre esta base deberá declararse la invalidez absoluta cuando resulte una inhabilitación completa del trabajador para toda profesión u oficio, al no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo económico para concertar alguna relación de trabajo retribuida (STS 18-1 y 25-1-88); esto es, concurriendo las condiciones mínimas de continuidad, dedicación y eficacia que devienen admisibles en cualquier tipo de trabajo, y, por lo tanto, debe tenerse presente que no se trata de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea sino de su realización conforme a las indicadas exigencias mínimas. (STS 6-2-87, 6-11-87). En consecuencia, habrá invalidez absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS 23-3-88, 12-4-88).

Por otra parte, y en relación con la incapacidad permanente total, ésta se halla definida por el vigente artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social como la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión,

siempre que pueda dedicarse a otra distinta, lo que presupone, como ha venido diciendo esta Sala en numerosas sentencias, que resulta preciso, en orden a su valoración, efectuar un riguroso análisis comparativo de dos términos: el de las limitaciones funcionales y orgánicas que producen al trabajador las lesiones que padece y el de los requerimientos físicos y psíquicos que comporte la profesión habitual. Y, según se ha indicado anteriormente, para valorar el grado de invalidez habrá que estar a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos, sin que sea exigible un verdadero afán de sacrificio por parte del trabajador y un grado intenso de tolerancia por el empresario (STS 21-1-88). Por su parte, las tareas que han de analizarse en relación con las secuelas, son las definidas para la categoría profesional en la correspondiente Ordenanza Laboral -en su caso Convenio Colectivo- o bien normativa reguladora de la profesión, y dentro de las mismas aquéllas que conformen el núcleo esencial de la actividad que debe prestar el trabajador, de forma que no es obstáculo a la declaración de la incapacidad permanente total el que pueda realizar, aún dentro de su categoría, aquéllas que se inducen como meramente secundarias. En todo caso, habrán de completarse estas exigencias evidenciándose que aunque exista una imposibilidad de continuar trabajando en su actividad, le resta una aptitud residual con relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida el concertar una distinta relación de trabajo.

Desde esos parámetros conceptuales de los referidos grados de invalidez, sometido el supuesto de autos a tales condicionantes, atendidos los efectos limitativos que se derivan de las dolencias sufridas por el actor, que, en su contemplación conjunta, se induce que conllevan unos componentes de orden físico que le obstaculizan la realización de esfuerzos y la plena movilidad, por sus dolores generalizados, de la columna cervical y básicamente a nivel lumbar, con presencia también de una afectación del miembro superior derecho tanto en el hombro como en la función manual, así como de unos dolores artríticos de carácter recidivante, se ha de entender que únicamente le resta aptitud para el desempeño de aquellos trabajos de naturaleza sedentaria que, permitiendo el cambio de posturas, no conlleven una exigencia de esfuerzo físico, como son aquel tipo de actividades que teniendo una base liviana se ajusten a una simple repetición mecánica de los actos que la integren, susceptible de existencia en la amplia gama del mercado económico laboral. Consecuente con ello, al restarle tal posibilidad, no cabe admitir la situación de incapacidad absoluta que se propugna como petición principal, pero debe darse acogida a la que se formula con carácter subsidiario pues ciertamente su situación deviene incompatible, por lo indicado, con las características propias del trabajo de albañil encofrador que venía desempeñando, por lo que debe concluirse declarando al demandante afecto a una incapacidad total para su profesión habitual con el reconocimiento de los derechos económicos inherentes, lo que comporta la estimación parcial del recurso y la consiguiente revocación de la resolución recurrida.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. D.C.C. contra la sentencia de fecha 16 de mayo de 2012 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Valencia, y revocando la misma, estimamos también parcialmente la demanda interpuesta por dicha parte actora contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, y en consecuencia, declaramos al expresado afecto a una situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual de albañil encofrador, derivada de enfermedad común, condenando al indicado Instituto a estar y pasar por esta declaración y a abonar al actor la pensión mensual del 75% de la base reguladora, que asciende a la cantidad de 1.182,44 euros mensuales, y

con efectos desde el 9 de diciembre de 2010, sin perjuicio de las revalorizaciones y mejoras que procedan.

Sentencia núm. 378, de 15 de febrero de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa demandada que presta sus servicios como fontanero. El actor sufre un accidente de trabajo y es declarado en situación de incapacidad permanente total revisable para el ejercicio de profesión habitual. Reclamación de indemnización convencional frente aseguradora. Situación prevista en el contrato de seguro que da lugar a la prestación adicional. Condiciones póliza en relación con el art. 48.2 del ET y el art. 143 de la LGSS.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la aseguradora (mutua) demandada al pago de determinada cantidad, absolviendo a la empresa codemandada y a la administración concursal de las pretensiones formuladas en su contra.

Sala: Estima el recurso interpuesto por la mutua demandada y revoca la sentencia de instancia, desestimando la demanda iniciadora de las presentes actuaciones y absuelve a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia de instancia interpone recurso la demandada, y plantea dos motivos de suplicación. En el primero formulado al amparo procesal del apartado b del artículo 193 de la LPL solicita la revisión de los hechos probados y propone las siguientes modificaciones:

a) adición al hecho probado sexto del contenido de la resolución del INSS de 30/09/2011 sobre revocación de la situación de IT Total y fecha de incorporación del trabajador a su puesto de trabajo el 10/10/2011 (folios 90 y 91 y 100 y 101). Se accede a incorporar tales datos que completan el relato fáctico de la sentencia y aportan mayor claridad a la cuestión debatida.

b) corrección del error de transcripción en el hecho probado quinto en el que, conforme a lo dispuesto en el documento 7 de los aportados por la recurrente, debe constar como cuantía de la indemnización 23.000 y no 25.000, se accede a dicha corrección formal pues así consta en el citado documento.

c) adición al hecho probado quinto de la definición de la incapacidad permanente total que recoge el contrato de seguro (folio 116). Esta adición resulta innecesaria pues su texto literal íntegro ya es reproducido por el Magistrado de instancia en la fundamentación jurídica (fundamento segundo 2.2).

SEGUNDO.- Como segundo motivo del recurso la parte denuncia la infracción por aplicación indebida del artículo 137.4 de la LGSS, y artículo 59.1 del convenio colectivo de la construcción, así como de los artículos 48.2 del ET, 6 y 7 del CC y 2.5 del contrato de seguro suscrito por la empleadora y la recurrente la doctrina contenida en la STS 28/12/2008, todo ello al amparo procesal de lo dispuesto en el artículo 193.c de la LRJS.

Sostiene la compañía aseguradora que la situación de incapacidad permanente total revisable por mejoría en el plazo de dos años no es la situación prevista en el contrato de seguro para dar lugar a la indemnización adicional concertada a favor de aquellos trabajadores que hayan sido declarados en incapacidad permanente total.

Por su parte, la sentencia de instancia entiende que a pesar de la resolución citada por la ahora recurrente, dictada por la Sala IV el 28/12/2000, en el caso que nos ocupa no procede excluir la indemnización reclamada, pues en el ámbito de las mejoras prestacionales ha de darse prevalencia a lo dispuesto en la cláusula contractual y mientras que en el supuesto analizado por el Tribunal Supremo se parte del concepto “previsiblemente definitiva” y de la novedad que introduce el actual artículo 48.2 del ET, cuya redacción fue posterior al contrato de seguro cuya eficacia se cuestiona en la citada resolución, en el presente caso la definición que para el devengo de la indemnización hace el contrato de la incapacidad permanente total no alude al carácter previsiblemente definitiva.

Esta Sala no comparte tal interpretación, por el contrario tomando como punto de partida el argumento sostenido por la Sala IV entiende que la situación de incapacidad total con reserva del puesto de trabajo es una situación diferente a la incapacidad total ordinaria, cuya especialidad reside fundamentalmente en el carácter suspensivo de los efectos que para el trabajador supone la pérdida de su puesto de trabajo y que en tanto tales efectos no se despliegan en toda su intensidad, no procede el devengo de las prestaciones asociadas a las incapacidades permanentes extintivas. Es más, la incapacidad permanente viene definida en la Ley como una situación “previsiblemente definitiva” (artículo 136 de la LGSS). Circunstancia que no concurre en aquella incapacidad total reconocida provisionalmente pero en la que expresamente se establece su previsible mejoría.

La figura jurídica aquí analizada no entra en el concepto legal de incapacidad permanente, ni produce los efectos legales plenos asociados a la incapacidad permanente total, lo que la acerca más a una situación de la incapacidad temporal que a la situación de invalidez. Conforme a lo dispuesto en el artículo 49.1, la incapacidad permanente total es causa de extinción lícita del contrato de trabajo, siendo precisamente esta situación de pérdida de la renta salarial sobrevenida la contingencia protegida tanto por la renta vitalicia reconocida como pensión a cargo del sistema público, como las mejoras asociadas a la extinción del contrato por esta causa.

El artículo 2.5 del contrato de seguro habla al definir la incapacidad permanente total como la “total ineptitud del trabajador para el ejercicio de su profesión habitual”. El concepto total no concurre cuando la ineptitud es temporal, al menos mientras dure esa previsión de temporalidad, situación cuyo origen no es otro que la limitación temporal de los procesos de incapacidad no definitivos a efectos de la prestación económica sustitutiva de la renta salarial.

En esta sentido la Sala IV recuerda que “en el art. 48.2 ET se parte de una revisión por mejoría no ya posible sino probable, puesto que se considera previsible que se producirá, y por ello se fija un plazo de suspensión de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo que es vinculante para el empresario, en situación que no se produce ante la simple posibilidad de revisión que contempla el art. 143 LGSS. Esta doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral (cual sería la general del art. 143) y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por

ello suspensiva de la relación laboral (que sería la del art. 48.2 ET que obliga a la empresa a mantener en suspenso la relación laboral sin posibilidad de extinguirla).

Puesta en relación la previsión del art. 48.2 ET con lo que dispone el art. 4.1 de las condiciones generales de la póliza de seguro que aquí estudiamos, en el que se afirma, como se declara expresamente probado en el hecho tercero de la sentencia de instancia que, "a los efectos de este seguro se entiende por invalidez absoluta y permanente la situación física irreversible provocada por accidente o enfermedad...determinante de la total ineptitud de éste para el mantenimiento de cualquier relación laboral o actividad profesional", habremos de concluir que el carácter "irreversible" de la situación que dicho precepto apartado contempla no puede estimarse producida en aquellos casos en los que la entidad gestora estima probable que en un futuro próximo se va a producir una revisión por mejoría. En efecto, ya no estamos ante el supuesto general del art. 143 LGSS en el que, aun cuando pueda producirse la revisión por mejoría, ésta no es probable y por lo tanto nada impide estimar que la situación es irreversible de conformidad con la razón de ser de la declaración de invalidez contemplada en el art. 134.1 LGSS (exigente de "reducciones anatómicas o funcionales graves...previsiblemente definitivas"), sino ante una previsión legal específica que, como excepción a la regla, ha previsto que aun estando afectado el trabajador por unas afecciones "previsiblemente definitivas"; sin embargo, es probable que las supere, desaparezcan o se reduzcan en dos años y le permitan volver a trabajar."

Los planteamientos anteriores si son aplicables al presente caso, por lo tanto entendemos que la sentencia de instancia infringe la doctrina expuesta y debe ser revocada.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202.LRJS se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de todas las consignaciones y del depósito y a la cancelación de los aseguramientos prestados para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de P.G. M.P.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N.º.2 de los de ELCHE de fecha 26/01/2012, en virtud de demanda presentada a instancia de J.A.S.P.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

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.

Sentencia núm. 396, de 22 de febrero de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadores al servicio de empresa de seguridad que ejercen sus funciones como vigilantes. Aplicación del convenio colectivo estatal de empresas de seguridad. Los actores han realizado determinadas horas extraordinarias en la empresa. Por resolución del TS se anula el apartado 1 a) del art. 42 de este convenio para los años 2005 a 2008, por el que se abona la hora extraordinaria a un precio inferior a la hora ordinaria. Aplicación complementos para el cálculo de la hora extraordinaria.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa demandada a pagar a los actores determinadas cantidades en concepto de horas extraordinarias calculadas en función de determinados complementos.

Sala: Estima parcialmente el recurso interpuesto por la parte demandada en la instancia, condenando a la empresa recurrente a abonar a los actores la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extras realizadas por el período reclamado y la que les correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El recurso interpuesto se estructura en dos motivos que se formulan al amparo del artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), denunciando como en el recurso 1671/2012:

1.- La interpretación errónea de la STS de 21 de febrero de 2007, en relación con el art. 35 del Estatuto de los Trabajadores y 66 y 72 del Convenio Colectivo Estatal de Seguridad Privada para los años 2005-2008, alegando que el importe económico de las horas extraordinarias, que garantiza el art. 35 del Estatuto de los Trabajadores, en cuantía que no podrá ser inferior al valor de la hora ordinaria, pasa por la necesidad de acreditar las circunstancias en que éstas se han desarrollado, nocturnas o festivas, debiéndose computar el salario y los complementos salariales, pero no los extrasalariales (plus de transporte o plus de vestuario, el plus por trabajo en festivo, y el plus de trabajo nocturno). Refiere en relación al plus de peligrosidad que solo la parte fija garantizada debe ser incluida en el valor de la hora ordinaria para conformar el mínimo garantizado de la hora extraordinaria, sin computar la peligrosidad variable o funcional, y alega en apoyo de su pretensión las STS de 15 de marzo de 1999 y 16 de abril de 2010, en las que se señala que el plus de transporte y vestuario son compensaciones de gastos, salvo que se acredite su naturaleza salarial. También se cita el art. 26.2 del ET, que se considera como punto de partida, así como las sentencias del Tribunal Supremo de 7-2-2012 y 1-3-2012 que establecen la tesis de que los controvertidos pluses de puesto de trabajo –nocturnidad, festividad, radioscopia o peligrosidad- únicamente se abonarán en aquellas horas extra donde efectivamente se haya dado dicha circunstancia, pero en ningún caso de forma genérica para todas ellas.

2.- La interpretación errónea de nuevo de la STS de 21 de febrero de 2007, en relación con los arts. 35 del Estatuto de los Trabajadores y arts. 66 y 72 del Convenio Colectivo de

Seguridad Privada de los años 2005-2008. Razonando que no puede pretender el trabajador que se le abone la nocturnidad y festividad para determinar el valor de la hora ordinaria, cuando se han abonado horas extras nocturnas y festivas, lo que consta en las nóminas, insistiendo en la necesidad de que el actor acredite día por día y hora a hora las circunstancias en que el trabajo se ha desarrollado.

SEGUNDO. 1. Al no haberse intentado siquiera la modificación del relato fáctico de la sentencia del Juzgado se habrá de estar al mismo para resolver la cuestión controvertida y de dicho relato no se desprende que la empresa recurrente haya abonado las horas extraordinarias realizadas por el demandante en festivo, en período nocturno o portando arma, con el complemento correspondiente.

2. Realizada la anterior puntualización se ha de decir que como ya indicamos en la sentencia recaída en el recurso 1671/12, donde se planteaba idéntica problemática "... la censura jurídica de la empresa recurrente debe prosperar en parte, pues así resulta de la doctrina unificada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo dictada sobre esta misma cuestión en diversas sentencias entre las que pueden citarse las de 1 de marzo de 2012 (rcud.- 4478/2010), 1 de marzo de 2012 (rcud.- 1881/2011), 20 de marzo de 2012 (rcud.- 2671/2011) o 24 de abril de 2012 (rcud.- 2722/2011) entre otras muchas dictadas en el mismo sentido cuya doctrina, que con mayor extensión se reproduce en dichas sentencias y a la que en consecuencia nos remitimos, puede resumirse como se recoge en la última de las sentencias citadas, como sigue:

1) Que, conforme a la doctrina de nuestra repetida sentencia de conflicto colectivo de 21/2/07 (Rc 33/06), "la hora ordinaria no se satisface únicamente con el salario base sino también con todos los componentes salariales que integran el salario ordinario".

2) Que, tal como se hizo en la sentencia que sirve de contraste, es necesario distinguir entre lo que se dijo en la sentencia de conflicto colectivo con carácter general y abstracto y lo que procedía decir en aplicación de la misma, y de los preceptos estatutarios, al caso concreto planteado. Siendo esta segunda interpretación la que procede mantener, como igualmente ha hecho el Ministerio Fiscal en su informe. En efecto, una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas las horas extraordinarias", y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias "en particular".

3) Que si se parte de la base de que complementos como los denominados "plus de peligrosidad, de nocturnidad o de festivos" vienen calificados en el art. 69 del Convenio como "complementos de puesto de trabajo" de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones, es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se solicite cuando no se preste el trabajo en tal situación. Por lo tanto, la trabajadora demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cualesquiera de tales

circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria.

A partir de esta realidad, la interpretación que se hizo de lo dicho en nuestras sentencias de 2007 y 2009 por la recurrida no puede ser aceptada por cuanto lo que se dijo con carácter general, aplicable a lo que podrían ser consideradas horas extraordinarias de factura ordinaria no puede ser extrapolable, en un buen entendimiento de nuestra normativa jurídica, a las horas extraordinarias trabajadas en circunstancias especiales. Siendo adecuada a lo que se dijo y se quiso decir la interpretación y aplicación que de la misma sentencia hizo la sentencia de contraste de la Sala de lo Social de Madrid.”

Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque el actor no tiene derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa le ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso de la empresa interpuesto contra la sentencia recurrida, se condene a la demandada a abonar a la demandante la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución, de tal manera que -como indicamos también la sentencia recaída en el recurso 1843/12- de lo percibido anualmente por el demandante por todos los conceptos salariales (salario base, antigüedad y complementos por peligrosidad, nocturnidad y festivos), deba restarse lo percibido por los pluses de nocturnidad, festividad y peligrosidad variable; y a continuación sumarse estos pluses para las horas extras realizadas en tales circunstancias.

Para la efectividad de este acuerdo procederá que en el Juzgado de origen se mantenga la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado, sin que haya lugar a imponer las costas a la empresa demandada al haber sido estimado parcialmente su recurso (art. 235.1 de la LRJS).

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por P. COMPAÑÍA DE SEGURIDAD S.A. contra la sentencia dictada el 14 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Social nº 10 de los de Valencia; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimamos en parte la demanda formulada por los actores, condenando a la empresa recurrente a abonarles la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extras realizadas por el período reclamado y la que les correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución.

Sin costas y con devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir, una vez firme esta resolución, y con respecto de la cantidad consignada se estará a lo indicado en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Sentencia núm. 420, de 19 de febrero de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Abono horas extraordinarias. Vigilantes de seguridad. Obtención del valor de la hora extraordinaria. Inclusión del plus de peligrosidad en el cálculo. Infracción doctrina jurisprudencial del TS.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, condenando a la empresa demandada a abonar determinada cantidad, la cual devengará un interés anual equivalente al legal incrementado en dos puntos desde la fecha en que se dicta la sentencia y hasta su completo pago. Declara al FOGASA como responsable legal subsidiario.

Sala: Estima parcialmente el recurso condenando a la recurrente a abonar al actor la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extras realizadas por el periodo de prestación de servicios efectuado para la indicada empresa y la que le correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la resolución de instancia, que estimó parcialmente la demanda presentada, se formula recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa demandada E.S. S.A. El recurso se articula en un único motivo encajado dentro de lo dispuesto en el apartado c) del art.193 de la LRJS y en el mismo se denuncia la infracción de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 7/2/2012 (rcud 2395/2011) o la de fecha 1/3/2012 en la que se determina como debe interpretarse la sentencia del mismo Tribunal de 21/2/2007 por la que se anuló determinados apartados del art. 42 del Convenio Colectivo Estatal de empresas de seguridad, y que, en definitiva, explica los criterios a seguir para la obtención del valor de las horas extraordinarias efectuadas por los vigilantes de seguridad. Se argumenta en el motivo que la discusión se centra en el plus de peligrosidad dado que si bien la sentencia recurrida alude a que solo debe computar el importe del plus de peligrosidad mínima además de el salario base, la antigüedad, la prorrata de pagas extras y los atrasos, lo bien cierto es que luego incluyó la totalidad del plus de peligrosidad percibido por el actor en los años reclamados pese a que el mismo no acreditó que las horas extras se realizaran en condiciones tales que dieran lugar al devengo del indicado plus de peligrosidad, transcribiéndose el contenido del art. 69.3 del Convenio en el que se delimita dicho plus de peligrosidad e indicándose que debió hacerse el descuento del total percibido por el actor como plus de peligrosidad ordinario o funcional salvo que se acreditara que las horas extraordinarias reclamadas se habían realizado en condiciones que diesen derecho al devengo de ese plus. Subsidiariamente en caso de rechazarse dicha petición principal se efectúa en el recurso dos peticiones que tienden a que en su caso solo se excluya del cálculo del valor de las horas extras el importe del plus de peligrosidad abonado al actor durante los años 2005 y 2006 lo que daría según los importes computables y reflejados en la sentencia de instancia un valor superior ya abonado al actor o en caso de incluir el plus de peligrosidad mínimo la diferencia a favor del actor sería de 40.89 € y solo respecto al año 2006 pues en 2005 tampoco procedería abono alguno ya que se satisfizo al actor la hora a razón de 7.10 y le correspondería un valor de 6.64 €.

El tema que se suscita en el presente recurso es si en el cómputo del valor de la hora extraordinaria debe incluirse el complemento de peligrosidad que en el caso que ahora nos ocupa fue percibido por el actor en cuantía de 1.307,02 € en 2005 y 1.201,14 € en 2006 constando que las horas extras efectuadas no fueron ni en festivo ni en horario nocturno pero sin especificarse si alguna de ellas lo fueron en condiciones de derecho al correspondiente plus de peligrosidad ordinario al que alude el art. 69.3 párrafo segundo del Convenio aplicable.

Acerca de la cuestión debatida, la STS de 1 de marzo de 2012 señala que: “una cosa es que se diga con carácter general que en el cálculo de la hora ordinaria deban incluirse "todos" los complementos salariales para el abono como mínimo de esa cantidad para el pago de la hora extraordinaria y otra que "todas las horas extraordinarias", y algunas en concreto deban abonarse en todo caso con repercusión de todos los complementos, o, lo que es lo mismo, que lo que se dijo con carácter general para las "horas extraordinarias en general" no puede aplicarse a algunas horas extraordinarias "en particular.

En el presente caso el actor solicita que se le abonaran todas las horas extraordinarias con inclusión en las mismas de pluses como los de "plus de peligrosidad, plus nocturnidad y plus festivos", cuando los tres primeros vienen establecidos en el art 69 del Convenio para retribuir las horas que se prestan utilizando la indicada radioscopia, o en horario nocturno o en días festivos, etc. (sin que se conozca con arreglo a Convenio el concepto de "plus baleares" aunque cabe pensar que por analogía con lo que expresamente se dispone con el trabajo en Ceuta y Melilla se retribuye la residencia fuera de la península. Si se parte de la base de que estos complementos vienen calificados en el art. 69 del Convenio como "complementos de puesto de trabajo" de forma que su devengo se produce exclusivamente cuando se trabaja en aquellas concretas situaciones es lógico y congruente que se perciban en las horas extraordinarias trabajadas de noche, en festivos, etc., pero no es aceptable, porque eso iría en contra de lo expresamente establecido por la norma convenida, que se solicite cuando no se preste el trabajo en tal situación. Por lo tanto, el trabajador demandante tendría derecho a percibir como hora extraordinaria incrementada con el montante correspondiente a dicho complemento la trabajada en tales condiciones particulares (de noche, en festivo, etc.), pero no podría aceptarse que la reclamara como hora extraordinaria con dicha repercusión cuando no concurrieran cuales quiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria. Se infringiría el art. 35 del ET, a salvo que el Convenio dijera lo contrario, si se abonara en el caso como hora extraordinaria lo que no se tenía derecho a percibir como hora ordinaria que es la garantía de referencia conforme a dicho precepto legal.

A partir de esta realidad, la interpretación que se hizo de lo dicho en nuestras sentencias de 2007 y 2009 por la recurrida no puede ser aceptada por cuanto lo que se dijo con carácter general, aplicable a lo que podrían ser consideradas horas extraordinarias de factura ordinaria, no puede ser extrapolable, en un buen entendimiento de nuestra normativa jurídica, a las horas extraordinarias trabajadas en circunstancias especiales. Siendo adecuada a lo que se dijo y se quiso decir la interpretación y aplicación que de la misma sentencia hizo la sentencia de contraste de la Sala de lo Social de Madrid. Todo lo cual destruye desde la base la aplicación de la cosa juzgada mal aplicada que hizo la sentencia recurrida de lo que entendió que constituía el contenido de aquella sentencia”.

En consecuencia y derivado del criterio jurisprudencial expuesto entendemos que solamente se debe computar el importe del *plus de peligrosidad variable* cuando efectivamente se demuestre o acredite que las horas extraordinarias cuya parte de su cuantía

se reclama se hubieran realizado en las condiciones precisas para acceder a tal pago en atención a las especiales condiciones de prestación de la actividad.

SEGUNDO.- Una segunda cuestión relacionada con la anterior, es la determinación de a quién corresponde acreditar que las horas reclamadas se trabajaron en las circunstancias que justifican el pago de los importes incrementados antedichos. Al respecto la STS de 1 de marzo de 2012 continúa señalando que: *“De acuerdo con lo dicho hasta ahora, el actor para poder obtener la diferencia que reclama por el pago de las horas extraordinarias debió acreditar que las que reclama las trabajó de noche, utilizando radioscopia portuaria, en día festivo y en baleares, y sólo entonces podría aceptarse su pretensión. Siendo ésta la tesis que, para otro supuesto semejante, ha aplicado la Sala en su reciente STS de 19-10-2011 (RJ 2012, 527) (rec.- 33/2011). Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque los actores no tienen derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco la empresa les ha abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por este concepto, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso interpuesto contra la sentencia recurrida, se condene a la demandada a abonar a los actores la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución. Para la efectividad de este acuerdo procederá que en el Juzgado de origen se mantenga la cantidad consignada hasta que el demandado dé cumplimiento a lo aquí acordado”*.

Sentado el criterio a seguir para el cálculo de las horas extraordinarias realmente realizadas por el demandante y resultando de lo actuado que, aunque el actor no tiene derecho a percibir la cantidad reclamada, tampoco consta que la empresa le hubiera abonado aquellas horas de conformidad con la cuantía con la que debían haberse valorado las mismas, de tal manera que de lo percibido anualmente por el demandante por todos los conceptos salariales (salario base, prorrateo de pagas extraordinarias, antigüedad y complementos por peligrosidad, nocturnidad y festivos), debe restarse lo percibido por los pluses de nocturnidad, festividad y peligrosidad variable, dividiendo lo obtenido entre el número de horas de la jornada laboral en cómputo anual para obtener el valor de la hora extraordinaria; y sumarse los referidos pluses tan solo para las horas extras realizadas en tales circunstancias. Ahora bien, no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo de lo debido por la empresa por el concepto reclamado dado que tan solo se hace alusión en los antecedentes de hecho de la sentencia a que las horas extras no se corresponden con festivos ni horario nocturno sin figurar dato alguno sobre si alguna de las efectuadas como extras se realizaron en condiciones de derecho al devengo del plus de peligrosidad, se impone dictar sentencia por la que, estimando en parte el recurso interpuesto contra la sentencia recurrida, se condene a la demandada a abonar al actor la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución dándose con ello lugar a la estimación de la primera de las peticiones efectuadas en el escrito de recurso sin ser ya necesario el pronunciamiento sobre las peticiones efectuadas de manera subsidiaria y solo para el caso de rechazo de la petición principal.

TERCERO.- De acuerdo a lo establecido en el art. 235.1 de la LJS manténgase la cantidad consignada hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, devolviéndose la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

FALLAMOS

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por E.S. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de Alicante de fecha 13 abril de 2.012 en la que se estimó parcialmente la demanda formulada por el demandante D. R.P.J. contra la recurrente y se revoca la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la entidad demandada a abonar al actor la cantidad correspondiente a la diferencia entre las horas extras realizadas por el período de prestación de servicios efectuado para la indicada empresa y la que le correspondió percibir, calculada en la forma establecida en la presente resolución. Se acuerda la devolución a la recurrente del depósito constituido para recurrir y respecto de la cantidad consignada estése a lo indicado en el primer fundamento jurídico de la presente resolución.

Sentencia núm. 430, de 20 de febrero de 2013

Materia: Prestación de viudedad. La demandante es pensionista de jubilación no contributiva, y que mantenía una relación sentimental con el fallecido. La demandante estaba divorciada de una relación anterior, habiendo renunciado en su momento a una pensión compensatoria. Consta informe de convivencia de la policía local con el hoy fallecido y causante de la prestación. La actora solicita prestación de viudedad por fallecimiento de su pareja. El INSS no otorga la prestación por falta de inscripción como pareja de hecho y por no concurrir el plazo de convivencia ininterrumpida durante más de cinco años inmediatamente anteriores al fallecimiento. El fallecido otorga en testamento sus bienes a sus hermanas y el usufructo vitalicio de la vivienda a su pareja.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la entidad gestora de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la prestación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se cumplen los requisitos de convivencia ininterrumpida y de publicidad necesarios para poder tener derecho a la prestación de viudedad. El testamento de quien fuera su conviviente no es documento público suficiente para acreditar el requisito de publicidad necesario para la prestación solicitada

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por J.F.F. la sentencia que dictó el día 26 de marzo de 2.012 el Juzgado de lo Social número 13 de los de Valencia que desestimó la demanda por ella deducida frente al INSS en la que pretendía el reconocimiento de pensión de viudedad. El recurso, que ha sido impugnado por el INSS, se articula en único jurídico que se destina a la censura jurídica, y se formula con correcta invocación del apartado c) del art. 191 de la LPL.

2. La actora y recurrente, que obtuvo el divorcio de su anterior esposo el día 6 de mayo de 2.008, renunciando a cualquier pensión compensatoria, reclama que se le reconozca el derecho a percibir pensión de viudedad por el fallecimiento de D. D.C.G., deceso éste acaecido el día 5 de julio de 2.010, resultando acreditado que la actora y el difunto convivieron desde el año 2.004 en el domicilio sito en el número 2, 3ª de la Calle Ramón y Cajal de la localidad de T.B. (Valencia), resultando que el referido finado había otorgado testamento el día 18 de abril de 2.008 ante el Notario de M. D. A.G.D. en el que instituyó herederas a sus hermanas y legó a la actora el usufructo vitalicio del domicilio que ocupaban en común.

3. Dados estos hechos, tanto el INSS en vía administrativa, como la resolución de instancia en la ulterior instancia judicial, rechazaron la petición de la actora por considerar que la pareja de hecho que se afirma formaban la actora y el difunto carecía de la necesaria

publicidad para poder generar el derecho a prestaciones de viudedad a favor del supérstite. Disconforme con tal pronunciamiento en el único motivo de su recurso considera la recurrente que la resolución recurrida vulnera lo dispuesto en el art. 174.3, párrafo 4º de la LGSS en redacción dada por la Ley 40/2007 en relación con el art. 317 de la Ley 1/2007 en la consideración de que la escritura pública en la que se otorgó testamento ha de considerarse un documento público del que resulte la constitución de la pareja de hecho.

3. Si bien la Ley 40/2007 ha abierto la posibilidad de acceder a las prestaciones por viudedad al miembro supérstite en los casos de parejas de hecho, lo cierto es que no toda unión entre dos personas basada en la afectividad es susceptible de generar tales prestaciones sino que la misma ha de reunir sendos requisitos que se infieren del contenido del art. 174.3 de la LGSS, a saber: de un lado la convivencia con una duración mínima de cinco años, cuestión que si bien, alguna doctrina judicial sostuvo que era únicamente acreditable mediante el empadronamiento, fue corregida por la jurisprudencia de la sala IV del TS en el sentido de que tal justificación podía llevarse a cabo por cualquier medio de prueba admitido en derecho y en segundo lugar, la publicidad de la unión, la cual debe llevarse a cabo, mediante la inscripción de la misma en los registros municipales o autonómicos establecidos al efecto o mediante su constitución en escritura pública, considerando la jurisprudencia que este requisito de la publicidad es un requisito ad solemnitatem, cuya concurrencia resulta necesaria para el acceso a la prestación, así resulta precisa la referencia a resoluciones tales como la reciente STS de 22-11-2011 – rcud 433-11- que reitera el carácter de requisito ad solemnitatem de la inscripción registral o del otorgamiento de documento público. En nuestro caso como se ha expuesto, la recurrente pretende inferir que el testamento de quién fuera su conviviente es documento público suficiente a los efectos del precepto que cita como infringido, lo cual no puede ser compartido por la Sala y por dos razones siendo cada una de ellas de entidad suficiente como para rechazar la pretensión de la actora, a saber:

1ª) La primera razón que consideramos es de índole temporal, y para argumentar la misma hemos de partir de que el citado párrafo 4º del art. 174.3 de la LGSS como primer requisito que señala en orden a delimitar las parejas de hecho con acceso que pueden generar pensión de viudedad son las formadas por personas “no impedidas para contraer matrimonio”, y resulta que la actora, tal y como dan cuenta los hechos probados a la fecha del otorgamiento de testamento por el finado (18-4-2008) no se encontraba divorciada todavía de su anterior esposo, perdurando el vínculo anterior hasta el 6 de mayo de ese año y encontrándose impedida de contraer matrimonio con arreglo a lo señalado en el número 2º del art. 46 Cc;

2ª) La segunda razón es que dado el carácter de negocio jurídico unilateral del testamento (art. 667 Cc), tal y como se conceptúa en el Derecho civil común español, difícilmente puede evidenciar “per se” el común acuerdo de dos convivientes de constituirse en pareja de hecho, a lo que debe añadirse que, tampoco cabe inferir tal voluntad mutua de constituirse en pareja del hecho por el uso que el finado hubiese hecho de su libertad de testar cediendo el usufructo vitalicio de una vivienda a la recurrente.

SEGUNDO.-- Corolario de lo razonado será la desestimación del recurso, confirmando en todos sus extremos la resolución recurrida. Sin costas (art.235.1 de la LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de asistencia jurídica gratuita).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso interpuesto por J.F.F. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 13 de los de Valencia el día 26 de marzo de 2.012 sobre viudedad CONFIRMAMOS la misma. Sin costas.

Sentencia núm. 445, de 21 de febrero de 2013

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad: Supresión del beneficio del transporte y realización de desplazamiento. Trabajador que presta sus servicios como peón de limpieza en empresa dedicada al servicio público de basura, transporte, tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria. Subrogación de empresas. Aplicación nuevo convenio colectivo. Solicitud medio de transporte e indemnización por el desplazamiento realizado por cuenta del trabajador.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de las peticiones formuladas en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara el derecho del actor a que por parte de la nueva empresa adjudicataria del servicio de limpieza se le facilite un medio de transporte para su desplazamiento y a que se le indemnice por los daños y perjuicios ocasionados al haber tenido que sufragar éste el desplazamiento durante determinado periodo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de A.Q.B. la sentencia dictada el día 24 de mayo por el Juzgado de lo social número 1 de los de Elche desestimatoria de la demanda que interpuso frente a su empleadora O.C. de la Vega Baja UTE, que impugna el recurso.

2. El primer motivo del recurso se destina a la revisión de los hechos que fueron declarados probados en la instancia, proponiéndose las siguientes revisiones:

a) con cita de la documental obrante a los folios 11 a 22 –nóminas del trabajador correspondientes al año 2008- que el apartado V del hecho SEGUNDO diga que: “con anterioridad a la subrogación el actor venía percibiendo un plus de transporte por importe mensual de 120 euros”;

b) con sustento en la documental obrante a los folios 79 a 81 se añada el siguiente párrafo al apartado I del mismo hecho SEGUNDO: “con anterioridad a dicha convocatoria de huelga, en la reunión mantenida con el comité de empresa el día 27/05/2009 la nueva empresa adjudicataria del servicio manifestó que no iba a proporcionar transporte a los trabajadores que prestan servicio en la costa”;

c) que se añada al apartado III, también del hecho SEGUNDO, y con cita de la documental obrante a los folios 86 y 87 de los autos que “dicho acuerdo se alcanzó entre la empresa y los miembros del Comité”.

3. Se aceptan las tres revisiones por ser fiel reflejo de la documental señalada en su sustento.

SEGUNDO.- 1. Con amparo en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento

Laboral, denuncia el segundo motivo la infracción, por aplicación indebida del art. 26.5 del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 4 del convenio colectivo de la empresa demandada (BOPA de 31/5/2010). Considera el recurso que el art. 4 del Convenio se debe analizar a la luz de la doctrina jurisprudencial que considera que las condiciones más beneficiosas cuyo origen es contractual no pueden ser eliminadas por la simple suscripción de un nuevo convenio colectivo, por lo que en todo caso procedería la absorción y compensación en cómputo global de conceptos homogéneos, señalando la doctrina contenida en las STS de 6-7-2004 o 26-3-2004. Critica el recurso la compensación que efectúa la sentencia recurrida con el plus de transporte que regula el nuevo convenio y con la mejora salarial que han experimentado los trabajadores que como el demandante procedían de la contrata de Orihuela Costa así como la conclusión compensatoria deducida de la inclusión en la plataforma reivindicativa de CCOO que negoció el nuevo convenio, de la condición que venían disfrutando esos trabajadores en la anterior empresa; y sostiene que la condición más beneficiosa declarada en la sentencia no puede ser compensada con el plus de transporte previsto en el nuevo convenio, porque los trabajadores que disfrutaban el beneficio de ser desplazados desde la Ciudad a la Costa ya percibían un plus de transporte similar, sin que se cambie la situación de partida de los trabajadores que prestan servicios en la Ciudad que igualmente perciben el nuevo plus de transporte y por tanto sin que este previsto en el convenio un nuevo beneficio que compense el derecho adquirido; y que la mejora salarial que no refieren los hechos probados pueda compensar un beneficio que no tiene carácter salarial.

2. Para decidir el debate se debe partir de los datos que constan en hechos probados de la sentencia con las adiciones admitidas en el anterior motivo. Se ejercita por el trabajador demandante una acción individual de reclamación del derecho a que se le reconozca y facilite un medio de transporte para desplazarse desde Orihuela Ciudad a Orihuela Costa, donde presta sus servicios y a que en tanto en cuanto no se le facilite se le compense el gasto a razón de 19 € por km. y 70 km. de trayecto de ida y vuelta por día efectivo de trabajo, solicitando en la demanda la cantidad de 3.298,40 euros, sobre la base de las alegaciones que en la misma constan y que considera probadas la sentencia siendo de especial interés las siguientes:

1. El actor venía prestando servicios para la empresa C. SL desde el 23-7-2007 con la categoría de peón de limpieza y salario de 1.943,70 €, incluido prorrateo de pagas extras, en la contrata que dicha mercantil tenía concedida para del servicio público de recogida de basura, transporte, tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria de la Costa de Orihuela. Durante el tiempo que el actor tuvo como empleador a C. SL, el mismo, que tiene su domicilio en S., se desplazaba por sus medios hasta la ciudad de Orihuela y desde allí hasta la costa de Orihuela. El desplazamiento se efectuaba en unas furgonetas propiedad de la empresa C. SL que corría con todos los gastos de carburante y mantenimiento de las mismas. Este beneficio lo disfrutaban todos los trabajadores de dicha contrata que no tenían sus domicilios en la costa de Orihuela y que prestaban su servicio en el turno de día, lo que venía sucediendo al menos desde el año 2000.

2.- En fecha 1-5-2009 la demandada (O.C. de la Vega Baja UTE) asumió la gestión del servicio público de recogida de basura, transporte, tratamiento y eliminación de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, tanto de Orihuela ciudad (hasta entonces gestionada por A.S.U.SL), como de Orihuela costa (hasta entonces gestionada por C. SL), de modo que ambas contratas quedaron agrupadas en una sola, asumiendo la demanda a todos los trabajadores que prestaban servicios para C. SL.

3.- Hasta el momento de la subrogación, C. SL no tenía un centro de trabajo físico en

Orihuela Costa, centro de trabajo que fue instaurado por la demandada. A partir de dicha fecha la demandada dejó de ofrecer las furgonetas con las que los trabajadores que habían trabajado en el turno de día realizaban su desplazamiento desde Orihuela ciudad a Orihuela costa, de modo que el actor debía realizar dicho desplazamiento por sus propios medios.

4.- La prestación de servicios del actor desde el 1-5-2009 se desarrolla en turno de mañana de lunes a sábado.

5.- La distancia entre Orihuela ciudad y Orihuela costa es de 35 km.- hecho notorio del que dan cuenta numerosas resoluciones de esta Sala.

6.- En fecha 17-7-2009 se alcanzó entre el Comité de Huelga y la empresa demandada un acuerdo por el que se desconvocaba la huelga prevista para el 23-7-2009, emplazándose las partes a negociar un nuevo convenio colectivo a partir del mes de septiembre de 2009. Con anterioridad a dicha desconvocatoria de huelga en la reunión mantenida con el Comité de Empresa el día 27/5/2009, la nueva empresa adjudicataria del servicio manifestó que no iba a proporcionar transporte a los trabajadores que prestan servicios en la costa.

7.- En fecha 14-9-2009 se presentó por el sindicato X. la plataforma reivindicativa en el proceso de negociación del convenio colectivo, en cuyo apartado 6º se pedía que “Todo el personal afectado por el cambio de contrata en lo referente al desplazamiento a Orihuela Costa, se pondrá por parte de la empresa los medios necesarios para paliar gravamen o perjuicio de estos trabajadores, y se pondrán bien los medios materiales o de transporte o en su defecto se les abonará la cuantía que corresponda”.

8.- En fecha 19-4-2010, se alcanzó un acuerdo sobre el nuevo convenio colectivo que resultó definitivamente publicado en el en el BOP de la provincia de Alicante de fecha 31-5-2010.

9.- En el citado convenio el art. 39 establece un plus de transporte que se abonará en concepto de gastos de locomoción y que se pagará por día efectivamente trabajado y que inicialmente se fijaba para la categoría del actor en 6,26 € diarios. Con anterioridad a la subrogación el actor venía percibiendo un plus de transporte por importe mensual de 120 €.

3. La sentencia recurrida insiste sobre la oposición de la UTE demandada a reconocer el beneficio discutido y declara ser condición más beneficiosa la disfrutada por los trabajadores subrogados provenientes de la empresa C. SL que como el demandante no tenían su domicilio en la costa y hacían turno de noche, y que se trata de un derecho individual de naturaleza colectiva incorporado al contenido de cada contrato, que al no tener origen normativo, sino contractual, no podría ser sustituido en bloque por lo acordado en el nuevo convenio colectivo sino que tan solo cabría la compensación o absorción en computo global de conceptos homogéneos que resulten superiores a las condiciones establecidas en el nuevo convenio, como consecuencia del principio de continuidad en las relaciones de trabajo en supuestos de sucesión de empresa.

4. Y llegados a este punto hemos de asumir los razonamientos que respecto de los trabajadores adscritos al turno de mañana se efectuó en por esta misma Sala en la Sentencia resolutoria del recurso de suplicación número 91/2.012 donde decíamos “ Y la Sala comparte toda esta argumentación porque como explica el Magistrado de Instancia, esta condición más beneficiosa no puede quedar anulada por la sola suscripción de un nuevo convenio, pero no considera acertada la compensación que a continuación realiza el Juzgador

“a quo” con el plus de transporte previsto en el nuevo convenio; y en bloque, con argumento claramente contradictorio, con la firma del nuevo convenio sobre la base de que aquella firma habría dado solución a lo solicitado en la plataforma reivindicativa presentada por X., o con la mejora salarial global que habrían experimentado los trabajadores subrogados provenientes de la contrata gestionada por la empresa C. SL, que no se cuantifica, con el pretexto de que el nuevo convenio habría pretendido la homogeneización de las dispares condiciones salariales de los trabajadores que provenían de distintas empresas. Y no se comparte esta solución porque asumiendo la primeramente propuesta de que se trata de una condición más beneficiosa de carácter colectivo y contractual que no obstante ello puede ser compensada y absorbida con las retribuciones acordadas en el nuevo convenio que en computo global sean superiores, se debe dar la condición ineludible de que nos encontremos ante conceptos homogéneos (por ejemplo STS de 11 de marzo de 1998 –rec. 2616/1997- STS de 17 de mayo de 2008 –Rec. 111/2007- que contempla un supuesto muy similar al que aquí se examina o la STS de 12 de abril de 2011 –rec. 4555/2010-), y tratándose de un gasto de desplazamiento y como tal de una retribución extrasalarial, no cabe ninguna duda de que no puede compensarse con retribuciones salariales por mucho que los trabajadores que como el demandante prevenían de la empresa C. SL hayan experimentado una mejora salarial como consecuencia de la suscripción del nuevo convenio; siendo que, por otra parte, habiendo sido discutida por la UTE demandada siempre, incluso en el juicio y en el recurso, el derecho del actor a disfrutar como condición más beneficiosa el derecho a que la empresa ponga un medio de transporte desde la Ciudad a la Costa, hasta el punto de que es el objeto de este pleito, tampoco cabe ninguna duda de que de la firma del convenio, sin mas datos, no cabe deducir que se negociara su sustitución con otra medida lo que ni siquiera se intenta acreditar. Y por lo que se refiere a la posible compensación con el plus de transporte previsto en el art. 39 del nuevo Convenio, desde el momento en que el actor venía percibiendo en la anterior empresa un plus de transporte en cuantía fija de importe similar al que le correspondería con la aplicación del previsto en la nueva norma convencional, tampoco resulta de aplicación la compensación y absorción acordada en la sentencia, sobre todo si se considera que el nuevo plus de transporte también lo perciben los trabajadores que provenían de la empresa A.S.U. SL y que no gozan de beneficio discutido.

Y a todo lo expuesto no se opone el contenido del art. 4 del nuevo convenio que establece bajo el epígrafe de “Absorción y compensación”: “Las retribuciones previstas en este convenio compensarán y absorberán todas las existentes en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea su naturaleza o el origen de las mismas”, porque contrariamente a lo argumentado por el Juzgador de Instancia que considera que el término retribuciones no solo se refiere al salario sino a cualquier otro beneficio que pudieran estar percibiendo los trabajadores, dentro del concepto retribuciones, al no haberse dicho expresamente otra cosa, debe comprenderse el salario y los complementos salariales pero no las percepciones extrasalariales que por definición no retribuyen el trabajo prestado por cuenta ajena, sino que pagan compensan o indemnizan los gastos realizados como consecuencia de la actividad laboral, máxime cuando como en el supuesto enjuiciado la condición disfrutada por el actor se otorgaba poniendo a su disposición un medio de transporte y no indemnizando el desplazamiento.

Pero todavía hay más, ya que el art. 5 del nuevo convenio colectivo de empresa se cuida de precisar sobre la “garantía ad personam” que “Se respetarán las condiciones que hayan sido establecidas por pacto o contrato individual como garantía ad personam” y por ejemplo de acuerdo con la STS de 30 de noviembre de 2010 al tratarse de una condición de naturaleza colectiva y carácter contractual que quedaría comprendida en el art. 3.1 c) del Estatuto de los Trabajadores su relación con el nuevo convenio colectivo estatutario debe

situarse en la misma posición que las garantía “ad personam”.

5. En consecuencia, ante la inexistencia acreditada de concepto que sustituya en el nuevo convenio al beneficio que por subrogación corresponde disfrutar al actor, procede declarar su derecho a que se le siga respetando y condenar a la empresa a facilitar un medio de transporte para desplazarse desde Orihuela ciudad a Orihuela Costa y a que mientras no se le facilite este derecho se le indemnicen los daños y perjuicios ocasionados al trabajador por el desplazamiento en ese trayecto, que al no haber discusión ni sobre la distancia ni en relación a los días trabajados, se cuantifica en la cantidad de 3.298,40 euros en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2009 al 28 de febrero de 2.010, a razón de 0,19 € km, cantidad que resulta razonable atendiendo a lo establecido en el RD 462/2002.

TERCERO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino la estimación del recurso, revocando la sentencia de instancia en el sentido de estimar la demanda en sus propios términos. Sin costas...

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don A.Q.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche; y, en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y declaramos el derecho del actor a que por la empresa se le facilite un medio de transporte para desplazarse desde Orihuela ciudad a Orihuela Costa; y a que mientras no se le facilite este derecho se le indemnicen los daños y perjuicios ocasionados al trabajador por el desplazamiento en ese trayecto, a razón de 0,19 € km, así como a abonarle la cantidad de 3.298,40 euros en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2009 al 28 de febrero de 2.010.

Sin costas.

Sentencia núm. 454, de 22 de febrero de 2013

Materia: Conflicto colectivo. Reducción de retribuciones y haberes a todo el personal laboral del hospital como consecuencia de la aplicación del RD Ley 1/2012, de 5 de enero, del Consell de la Generalitat. Consideración de que las disposiciones aplicadas constituyen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Juzgado: Desestima la excepción de falta de jurisdicción y falta de legitimación activa aducidas por la parte demandada y desestima la demanda, absolviendo al consorcio hospitalario de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Las disposiciones aplicadas no afectan al derecho a la negociación colectiva, siendo ajustadas a derecho las limitaciones presupuestarias, y no viéndose infringidos el contenido de los arts. 37.1 y 14 de la CE.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La sentencia de la instancia, que desestima la demanda interpuesta por la Federación de Sanidad y sectores socio sanitarios de la Confederación Sindical X. resuelve en primer lugar la excepción planteada de falta de jurisdicción, al considerar que el ámbito personal de aplicación del conflicto abarca al personal laboral del Consorcio Hospitalario, lo que implica la atribución de competencia social, y en segundo lugar la relativa a la falta de legitimación activa, también rechazada al haber accionado un sindicato con ámbito de implantación es mayor que el del conflicto. En cuanto al fondo del asunto, se rechaza la consideración de que las disposiciones del Decreto-Ley 1/2012 de 5 de enero del Consell, que han sido aplicadas por el Director gerente del Consorcio demandado, constituyan una modificación sustancial de condiciones de trabajo reguladas en el art 41 del ET, o que el Consell haya invadido las competencias del organismo público.

Contra el anterior pronunciamiento recurre la Confederación Sindical X., que formaliza su recurso en un motivo único, amparado en el apartado c) del art. 193 de la LRJS. Señala la parte recurrente que se infringen los arts 137 en relación con el art 141 de la Constitución Española, y por tanto, el principio de autonomía de las provincias, alegando que las instituciones de autogobierno de la Comunidad Autónoma no pueden asumir competencias de fijación de las retribuciones del personal laboral de la Diputación de Castellón. Asimismo, señala cometida la infracción del art. 41 del ET y el 31 de la Ley del EBEP. Por ello, pretenden que se declare ilegal la actuación de los órganos de gobierno de la entidad demandada, el derecho de los trabajadores de dicha entidad a la reposición íntegra en sus condiciones de trabajo y la correlativa obligación de la demandada de reponerles en las condiciones laborales anteriores.

SEGUNDO.- Se plantea, en definitiva, si es aplicable al colectivo de trabajadores con contrato laboral que prestan servicios en el Consorcio del Hospital Provincial de Castellón, el contenido del Decreto Ley nº 1/2012 de 5 de enero de medidas urgentes para la reducción del déficit público en la Comunidad Valenciana. Ya en su Preámbulo dicha norma entiende

necesaria una reducción en gastos de personal, del modo que sigue: “En materia retributiva, se reducen en un 50 por ciento las cuantías de los conceptos correspondientes a la carrera profesional y el desarrollo profesional, del personal al servicio de las instituciones sanitarias y del resto de personal gestionado por la Conselleria de Sanidad, y del componente retributivo relacionado con la formación permanente de los funcionarios de los diferentes cuerpos docentes.” Y en su ámbito subjetivo, concreta en su artículo 2. 6 que es de aplicación a: “El personal al servicio de las Instituciones Sanitarias, así como el resto de personal gestionado por la Conselleria con competencias en materia de sanidad”. Por su parte, la Disposición Final Décima, que se autotitula “Consortios Hospitalarios” expresamente señala que: “Lo dispuesto en la presente norma para el personal al servicio de las Instituciones Sanitarias y para el resto de personal gestionado por la Conselleria de Sanidad, le será de aplicación al personal de los Consortios del Hospital General de Valencia y del Hospital Provincial de Castellón. Por tanto, no se distingue entre el personal laboral y el estatutario o funcionario, ni se efectúa distinción alguna por encontrarse la entidad sanitaria dependiente o no directamente de la Generalitat Valenciana o de la Diputación. Pero además, en el caso analizado la dependencia de la Diputación no implica que los trabajadores del Consorcio sean trabajadores de la Diputación, pues el Consorcio es considerado como un ente participado por ambos organismos, el provincial y el autonómico creado para gestionar el ya existente Hospital provincial de Castellón.

Respecto al procedimiento a seguir para hacer efectivas las modificaciones operadas en las condiciones de trabajo del personal laboral de dicho Hospital, ya es conocida la doctrina jurisprudencial que se ha venido manteniendo por nuestro Tribunal Supremo en la resolución de los diversos conflictos colectivos surgidos en el ámbito de administraciones y empresas públicas, tras el RD-L 8/2010 que inició la ya reiterada adopción de medidas extraordinarias, con el fin de reducir el gasto público, que ha llevado a la limitación de derechos duramente adquiridos, que han supuesto la reducción de salarios y extinción o limitación, cuando no supresión, de derechos sociales que se estimaban garantizados. En estricta aplicación de tal doctrina del Tribunal Supremo entre cuyas sentencias, que aplican a su vez doctrina constitucional (autos 85/2011 y 115/2011) pueden citarse las de 19/12/2011, 10 y 23 de febrero del 2012 y la de 20 de diciembre del 2012 (rec. 275/2011) y las intermedias, así como las sentencias de la AN de 27 de julio del 2011, debe esta Sala rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia de la instancia, por las razones que en dichas sentencias se esgrimen, y es que: 1).- La actual situación de crisis económico-financiera que ha aumentado el déficit público integra el caso de urgente y extraordinaria necesidad que habilita al Gobierno a dictar disposiciones para reducir retribuciones que incidan sobre dicho déficit; 2).- que tales disposiciones, por la razón antes citada no afecta al derecho a la negociación colectiva, ni a su fuerza vinculante; 3).- que las limitaciones presupuestarias en el sector público son ajustadas a la Constitución; 4).- que no se infringe con ello el contenido del art 37.1 de la CE, aunque se trate de una norma sobrevinida, y 5).- no se infringe el art 14 de la CE por parte de las disposiciones autonómicas siempre y cuando no conste discriminación o clases de trabajadores.

En relación con el modo de efectuarse tales reducciones o limitaciones de derechos, se señala que al introducirse las modificaciones en virtud de una norma con rango de ley, como lo es el Decreto ley emanado del Consell, su aplicación resulta imperativa, por lo que se obvia el seguir el trámite legal que venía garantizando la imposibilidad de situaciones de esta envergadura. Por ello, en estricta aplicación de la doctrina citada, debemos proceder a confirmar el pronunciamiento de la instancia.

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de LA FEDERACIÓN, DE SANIDAD Y SECTORES SOCIOSANITARIOS DE LA CONFEDERACIÓN SINDICAL X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. TRES de los de CASTELLON, de fecha 28 de Septiembre del 2012; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sentencia núm. 467, de 26 de febrero de 2013

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RETA que solicita prestación por incapacidad permanente. Mediante resolución y dictamen del EVI se dicta que el actor no se encuentra afecto a ningún grado de incapacidad permanente, al no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral. Las tareas realizadas por el demandante son las propias de su profesión habitual de trabajador autónomo cortador de bolsas de plástico y repartidor. El actor sufre pérdida de visión periférica y limitaciones de agudeza visual a consecuencia de una retinosis pigmentaria.

Juzgado: Estima en su pretensión subsidiaria la demanda, declarando al actor en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, derivada de enfermedad común, condenando al organismo demandado a que reconozca esta situación y abone la prestación económica del 55% sobre una base regulador mensual.

Sala: Estima el recurso y declara al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta con origen en enfermedad común, reconociéndosele una pensión vitalicia en la cuantía del 100% de la base reguladora, más las revalorizaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de D. Vicente Royo, la sentencia de instancia que estimó la petición subsidiaria contenida en su demanda y le declaró afecto de incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual de cortador de bolsas de plástico y repartidor afiliado al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA). Solicita el recurrente que se le reconozca el grado de absoluta dadas las limitaciones que padece en su visión a consecuencia de la retinosis pigmentaria que tiene diagnosticada.

2. El recurso cuenta con dos motivos propiamente dichos que se formulan al amparo de los apartados b) y c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque dada la fecha en que fue dictada la sentencia que se recurre, la referencia se debe entender hecha al artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). En el primero de ellos se solicita que se introduzca un hecho probado nuevo en el relato de hechos que contiene la sentencia, para que se recojan las conclusiones del informe emitido por la trabajadora social Sra. L.M.. La petición no puede prosperar pues el citado informe ya fue valorado expresamente por la Magistrada de instancia. Y en el marco de un recurso extraordinario como es el de suplicación, la mera discrepancia de las partes en la valoración de un determinado medio de prueba no puede justificar una modificación de los hechos probados, salvo cuando se aprecie un error patente en la valoración judicial. Lo que no es el caso, pues lo que se viene a razonar en la sentencia recurrida, es que las conclusiones médicas que se derivan del dictamen del médico forense no pueden quedar desvirtuadas por un informe de una trabajadora social. Conclusión que esta Sala comparte, sobre todo cuando el citado

informe no fue ratificado a presencia judicial ni, por tanto, sometido a contradicción en el acto del juicio.

SEGUNDO.- 1. En el último motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 137.5 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio –en adelante, LGSS-. Como ya hemos señalado al inicio de esta resolución, lo que se sostiene por el recurrente es que las limitaciones que padece en su agudeza visual a consecuencia de la retinosis pigmentaria son de tal entidad, que le impiden realizar cualquier actividad laboral.

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

3. El recurso debe ser estimado a la vista de las limitaciones que padece el demandante y de lo resuelto por esta Sala de lo Social en supuestos similares. En efecto, debemos recordar que según se relata en el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida, el demandante tiene una pérdida de visión periférica de ambos campos visuales, manteniendo tan solo una visión central que abarca unos 10º, lo que genera visión en anteojos o cañones de escopeta con notable carencia de adaptación visual a la oscuridad. El informe del médico forense en el que se apoya la sentencia, subraya que se trata de una patología muy incapacitante, pues el demandante no puede conducir ni realizar ninguna actividad que requiera apereibirse del entorno visual, añadiendo que incluso la deambulaci3n y el cruce de calles puede ser peligroso. Y aunque es cierto que tambi3n se dice n3l que puede realizar actividades como la de telefonista y otras que realizan personas con p3rdidas importantes de visi3n, tambi3n lo es que como ya se3al3 el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de marzo de 1988, cualquier oficio o trabajo “requiere un elemental dominio del campo o entorno en que se realizan, por sencillos que los trabajos sean”. Y es evidente que las limitaciones visuales que padece el demandante le impiden ese “dominio del entorno” a que alude la jurisprudencia para determinar la capacidad funcional de la persona. En esta l3nea, debemos recordar que La incapacidad permanente absoluta procede cuando resulte una inhabilitaci3n completa del trabajador para toda profesi3n u oficio, al no estar en condiciones de acometer ning3n quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo econ3mico para concertar cualquier relaci3n que origine retribuci3n o contraprestaci3n (STS 25-1-1988), teniendo en cuenta que debe valorarse la disposici3n para llevar a cabo sus tareas con un m3nimo de profesionalidad, rendimiento, continuidad, dedicaci3n y eficacia (STS 6-2-1987), sin que sea exigible un verdadero af3n de sacrificio por parte del trabajador o un grado intenso de tolerancia por el empresario (STS 21-1-1988).

4. Por ello, procede la estimaci3n de la demanda y la declaraci3n de que el actor se encuentra afecto de incapacidad en el grado de absoluta con las consecuencias que se recogen en la parte dispositiva de la presente resoluci3n.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. V.R.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.4 de los de Valencia de fecha 13 de marzo de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, declaramos que el actor se encuentra afecto de incapacidad permanente en grado de absoluta con origen en enfermedad común y condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social a estar y pasar por esta declaración y a abonarle una pensión vitalicia en la cuantía del 100 por 100 de la base reguladora de 1.318,94 euros, más las revalorizaciones, con efectos económicos desde el 1 de julio de 2010.

Sin costas.

Sentencia núm. 496, de 26 de febrero de 2013

Materia: Declaración de invalidez: incapacidad permanente. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios como albañil. El actor padece una serie de dolencias que le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada de las pretensiones dirigidas en su contra. No procede conceder ningún grado de incapacidad.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el demandante ocasionan disfunciones relevantes para el desarrollo de todas o las más importantes tareas de su profesión habitual. Declara al actor en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia del 55 por 100 de una base reguladora mensual, con las mejoras y revalorizaciones legales que procedan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso que se examina se estructura formalmente en dos motivos dedicados el primero de ellos a la revisión de los hechos declarados probados y el segundo se encamina al examen de infracciones de normas sustantivas o jurisprudencia.

Al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social interesa la representación letrada del recurrente la modificación del hecho probado cuarto de la sentencia, aduciéndose que la Magistrada de instancia no ha tomado en consideración todos los informes médicos suministrados, y entre ellos, el informe del especialista privado del Dr. A. M-M que fue ratificado en el acto de juicio, por lo que, tras efectuar un recorrido por los informes médicos aportados concluye la parte proponiendo el texto alternativo aludido en el escrito de recurso (folio 11).

Ahora bien, como quiera que el mismo se fundamenta en determinados informes médicos cuando la juzgadora de instancia ha tomado como valor prevalente el Informe de evaluación que consta en el expediente administrativo aludiendo al mismo con “especial referencia” siendo la prueba de libre valoración para el órgano jurisdiccional de instancia, que puede escoger aquellos informes o dictámenes que le merezcan mayor nivel de crédito o una superior objetividad, no procederá acceder a la revisión propuesta y que como indicábamos se basa en dictámenes de prevalencia sobre los tomados en consideración por la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En el apartado dedicado a la censura jurídica y con correcto encaje procesal se denuncia la infracción de los arts. 137. 1 letra c) o subsidiariamente b) de la LGSS, así como de lo preceptuado en el art. 12 apartado 2 de la Orden de 15 de abril de

1969, por la que se dictan normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones por invalidez en el régimen general de la seguridad social y en relación con la doctrina sentada por los TSJ. Se sostiene en el recurso que las dolencias que presenta el demandante le imposibilitan para realizar cualquier tipo de empleo o subsidiariamente atender a las más elementales tareas de su profesión habitual de albañil.

El art. 136.1 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 junio, dispone textualmente que es *incapacidad 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. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido*

Se impondrá la declaración de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo cuando se inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio.

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.

En el relato fáctico de la resolución recurrida se deja constancia que el demandante con fecha de nacimiento del día 24/8/1960 viene ejerciendo como profesión habitual la de oficial 1ª albañil. El mismo presenta como dolencias: visión monocular desde 1994 por disparo de perdigón en ojo izquierdo. Degeneración discal L5-S1 con abombamiento difuso del disco, disminución espacio intervertebral y esclerosis platillos adyacentes, con hipertrofia de carillas articulares y osteofitos vertebrales que disminuyen calibre de agujeros de conjunción; osteocondrosis L5-S1. Lumbalgia y cervicalgia. Cateter doble J en riñón derecho con atrofia renal izquierda y cuadro de trastorno de pánico de más de 20 años de evolución con seguimiento y alta en noviembre de 2008. Movilidad cervical conservada; arcos de movilidad lumbar conservados; flexión lumbar completa; maniobras de elongación radicular negativas. No signos de afectación radicular. En 2012 se le diagnosticó de pseudoartrosis escafoides carpiano izquierdo y artrosis radiocarpiana muñeca izquierda.

La sentencia denegó la incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente total que se había postulado al señalar que pese al cuadro de dolencias importantes que afectaban al demandante las mismas las tenía desde hacía muchos años y las había compatibilizado con el desarrollo de su profesión sin que conste reciente agravación. Se alude a que el proceso degenerativo que afecta a la zona cervical y lumbar no ocasiona limitación funcional alguna, señalándose que la dolencia diagnosticada en 2012 no fue alegada en la demanda, siendo de fecha posterior al informe de valoración. Finalmente se señala que los episodios de lumbalgia y cervicalgia podrían dar lugar a la correspondiente situación de incapacidad temporal en caso de manifestación de aquellos.

Pues bien, de acuerdo con el art. 136 LGSS antes mencionado, la invalidez permanente configurada en la acción protectora de la Seguridad Social es de tipo profesional; y por ello, para su debida calificación hay que partir de las lesiones que presenta el beneficiario y ponerlas en relación con su actividad laboral para comprobar las dificultades

que provocan en la ejecución de las tareas específicas de su profesión. En el presente caso entendemos que la multipatología que sufre el demandante sí que ocasiona disfunciones relevantes para el desarrollo de todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, pues el mismo tiene una grave afectación visual con pérdida de visión en un ojo lo que tiene clara incidencia en el cálculo o control de distancias y dificulta el trabajo en altura propio de la profesión de albañil, así como el de un adecuado y correcto manejo de maquinaria propio de los cometidos de aquella profesión acarreado riesgo personal y ajeno por falta de la debida precisión. Por otro lado, presenta alteraciones en el aparato locomotor que afectan a la zona cervical y a la lumbar lo que le ocasiona un cuadro de cervicalgia y lumbalgia que ante la realización de tareas de carga y esfuerzos físicos inherentes a dicha profesión pueden agravar su estado de salud. Sufre el demandante una osteocondrosis que ocasiona dolor de espalda y contracturas lo que incluye rigidez en la columna vertebral al constituir ello los síntomas típicos de dicha enfermedad. Si a ello unimos el catéter doble J en riñón derecho con atrofia renal izquierda y el cuadro de trastorno de pánico que aparece como de evolución crónica y no esporádico lo que a su vez incidiría en la ejecución de actividades de altura con evidente riesgo de accidentabilidad entendemos que siendo la profesión habitual del demandante la de oficial 1ª albañil en la que los requerimientos de movilidad a nivel de columna son constantes y repetitivos, exigiéndole una flexión y extensión así como manejo de pesos junto a una requerida y conveniente exigencia visual correcta dado el trabajo en altura se ha de concluir que el actor no puede llevar a cabo los cometidos inherentes a su profesión de oficial 1ª albañil por las limitaciones derivadas de su patología, y como dicha limitación es de carácter permanente, con independencia de los brotes de reagudización que la misma pueda presentar, procede incardinar la situación del demandante en el n.º 4 del artículo 137 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo de 20 de junio de 1994 y, en consecuencia, estimar la petición subsidiaria formulada en la demanda de la que derivan las presentes actuaciones, en contra de lo resuelto por la sentencia de instancia que se ha de revocar al haber incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas, lo que conduce a la estimación del recurso, declarando al actor afecto de incapacidad permanente total para la profesión habitual y condenando a la Entidad Gestora a que le abone una pensión mensual vitalicia del 55 por 100 de la base reguladora no controvertida de 1.370,50 euros, con las mejoras y revalorizaciones legales y con efectos económicos de 21/5/2010.

FALLO

Estimamos la petición subsidiaria formulada en el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. D.D.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 14 de Valencia, de fecha 20-6-12, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social; y, en consecuencia, declaramos al demandante en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia del 55 por 100 de la base reguladora mensual de 1.370,50 euros, con las mejoras y revalorizaciones legales y con efectos económicos 21/5/2010, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por dicha declaración y al abono de la prestación en los términos expuestos.

Sentencia núm. 553, de 1 de marzo de 2013.

Materia: Despido y Vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador que presta sus servicios como director de residencia de la tercera edad. El actor es despedido al comprobar que había dispuesto de dinero de caja para usos propios. La empresa ha intentado notificar el despido por varios medios mas le ha sido imposible dar con el mismo

Juzgado: Desestima la demanda, no procediendo declarar la vulneración de derecho fundamental alguno de la parte actora, absolviendo a la parte demandada de las peticiones contenidas en el suplico de la demanda y declarando procedente el despido. Convalida la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización alguna.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad del despido. No queda acreditado el ánimo defraudatorio del trabajador, por lo que la conducta imputada no puede ser merecedora de despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente recurso plantea tres motivos de suplicación, que se formulan con amparo procesal en los apartados a, b y c del artículo 191 de la Ley de procedimiento Laboral. La norma aplicable sin embargo no es la citada Ley procesal sino la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción Social, en adelante LRJS, que en su artículo 193 reproduce el contenido del antiguo artículo 19, por lo que de acuerdo con lo dispuesto en la DT 2^a de la citada norma, y atendida la fecha de la resolución recurrida, será ésta la norma que aplicaremos para la resolución del presente recurso.

En primer lugar, la parte solicita la nulidad de actuaciones alegando la indefensión causada por la inadmisión de la prueba presentada el día 5 de septiembre de 2012 al amparo de lo dispuesto en el artículo 90.3 de la LRJS y la falta de suspensión de la vista oral pese a la presentación de querrela criminal contra la demandada y recurso de reposición contra la citada inadmisión por parte de la recurrente. Manifiesta que la citación de los testigos se hizo con cinco días de antelación y que sus testimonios eran trascendentes para respaldar determinados documentos aportados a la vista.

2. Debemos empezar recordando que de acuerdo con 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, esta Sala viene sosteniendo que dado el carácter extraordinario del recurso de Suplicación y los principios que configuran el proceso laboral, la declaración de nulidad de actuaciones debe abordarse con un criterio restrictivo, con el fin de evitar 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, tal y como establece la Sala IV en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003) *“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”*; por lo tanto para que puedan apreciarse sus efectos y prosperar la reposición de autos ha de constar, siempre que sea

posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas, ha de justificarse la infracción denunciada, debe tratarse además de una norma adjetiva que sea relevante. Por último, 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 no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

3. Sentado lo anterior, consideramos que en el presente caso no concurren los presupuestos formales enumerados en el apartado anterior. En primer lugar y con carácter previo a la vista, la parte actora solicitó la suspensión por dos motivos, el primero por entender que existía una querrela criminal que determinaba la suspensión del pleito y la segunda porque se había denegado la práctica de la citación de varios testigos por falta de tiempo material, planteando recurso de reposición contra el Auto de 7/09/2012, en el que se denegaba el requerimiento efectuado por la parte en su escrito de 6/09/2012, en el que se solicitaba que se requiriera a la demandada para la aportación de prueba documental y se librasen oficios y citaciones de testigos. En el acto del juicio, el Magistrado solventó ambas cuestiones desestimando la suspensión por existencia de una querrela criminal al entender que no concurrían los presupuestos legales del artículo 86.2, criterio que es compartido por esta Sala, y desestimando el recurso de reposición planteado al entender que el escrito preparatorio se presentó fuera del plazo material y que la falta de requerimiento y de citación no suponía la inadmisión de dichas pruebas emplazando a la parte para que una vez practicada la prueba, pudiera en su caso alegar lo que estimara procedente, denegando la suspensión. Iniciado el Juicio las partes alegaron y practicaron la prueba propuesta en los términos que se recoge en el acta del juicio y en la grabación del mismo, sin que finalizada esta fase se formulara protesta por la actora ni se alegara indefensión alguna. Por lo que procede desestimar este primer motivo.

SEGUNDO.- Se solicita la modificación de los hechos probado sexto y séptimo. Sin embargo, y a pesar de proponerse texto alternativo, la parte recurrente no identifica la prueba documental en la que se evidencia de forma clara, manifiesta y sin necesidad de valoraciones el error en la valoración judicial de la citada prueba siendo este el único supuesto de revisión que contempla el artículo 193 b y que nos lleva necesariamente a rechazar su propuesta. (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 la mas reciente STS 17/05/2011 recurso 147/2010).

TERCERO.- En el tercer motivo del recurso la recurrente denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 105 108 de la LPL 54.2, 56 y 57 del Estatuto de los Trabajadores.

En sus alegaciones, sin embargo, vuelve a incidir en la falta de acreditación del momento en el que la empresa toma conocimiento de que destinaba dinero de esta a sus gastos particulares y de que en cualquier caso la conducta imputada no es merecedora del despido, insistiendo en el hecho de que no hubo ocultación por su parte.

2. Para abordar la censura jurídica efectuada debemos tener en cuenta, tal como sostiene la Sala IV de forma reiterada, que el enjuiciamiento del despido debe abordarse siempre de forma gradualista buscando la necesaria proporción entre la infracción y sanción, y aplicando un criterio individualizador que valore las peculiaridades de cada caso concreto. Esta teoría gradualista debe ser aplicada atendiendo, por tanto, a circunstancias concretas

como la antigüedad del trabajador en la empresa, el perjuicio sufrido por la misma, la inexistencia de otras sanciones anteriores, etc. Teoría que encuentra amparo legal en el artículo 58.1 del Estatuto de los Trabajadores, que exige la presencia de incumplimientos graves para producir el despido disciplinario, de acuerdo con el art. 54.1. de la misma Ley, con un razonable criterio de proporcionalidad. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo 1991, entre otras muchas, expresa dicho principio en relación con el de la buena fe, en cuanto modelo de comportamiento común impuesto a las relaciones laborales por los arts. 5.a) y 20.2 del Estatuto de los Trabajadores, erigido en criterio de valoración de conductas del que resulta justificado el despido para las que supongan una violación trascendente de la buena fe contractual, de modo que no cualquier trasgresión de ella, sino solamente de la de carácter grave y culpable, es la que tiene calidad bastante para que resulte lícita aquella sanción".

3. En el presente caso resulta acreditado por reconocimiento propio del actor que éste destinaba parte del crédito mensual de caja para gastos particulares, si bien su reconocimiento va acompañado de la afirmación de que existía una autorización y asentimiento de la empleadora hacia su conducta, autorización que ciertamente no consta de forma expresa y es negada por la demandada. De los hechos probados resulta, igualmente, que el actor prestaba servicios como director del centro desde el año 2006, sin que en este periodo se le puedan atribuir ningún tipo de conductas contrarias a la buena fe contractual, por otro lado y ya en el ejercicio de la potestad de gasto ordinario mensual que tenía reconocida tampoco hay indicios de que actuara con ocultamiento ni manipulación de la información remitiendo siempre los resguardos del gasto efectuado cuyo importe coincidía con las cantidades empleadas. Respecto a la cantidad que se le imputa como destinada a gastos propios en la cuantía de 5.382,55€ dentro del periodo comprendido entre enero de 2010 y 2012, hay que tener en cuenta que en el acto del juicio la empresa no acredita qué gastos efectivamente son los destinados a fines particulares y que gastos responden a necesidades del servicio prestado, pero en cualquier caso y atendida la cantidad total de la que pudo disponer la parte destinada a uso personal no excedería del 37% del crédito disponible. Todos estos elementos no han sido debidamente valorados por el Magistrado de instancia, pues con independencia de que la conducta pueda ser reprochada, no puede ignorarse que durante los años precedentes ha existido una falta de control absoluta de este gasto, que no era ocultado ni encubierto por el trabajador, y que tal situación bien puede responder como asegura la empresa a la necesidad de dar cumplimiento de otras prioridades sobre control de gasto o bien como postula el actor a un acuerdo implícito de tolerancia en compensación a las especiales circunstancias laborales del puesto, en cualquier caso el control actual que se inicia con la auditoria efectuada los días 27 y 28 de febrero de 2012, en los que se detectan las conductas imputadas, puede dar lugar a la corrección de una actividad que no se considera adecuada a la política de gasto, pero no a una sanción disciplinaria máxima, al estar cuestionándose una conducta del trabajador que durante más de dos años ha sido admitida en el sistema de funcionamiento empresarial sin que se acredite que ha existido ocultación o dolo por parte de este para eludir los controles, no constando igualmente directrices de actuación que delimitaran de forma clara e indubitativa el uso del dinero de caja. Por lo que nos encontramos ante una situación cuyas consecuencias no pueden imputarse íntegramente al trabajador, recordando que la buena fe contractual es un principio bidireccional que vincula a ambas partes contratantes y que en la medida la empresa reconoce no haber establecido mecanismos de control y no resulta acreditado el ánimo defraudatorio del trabajador, entendemos que la conducta imputada no resulta merecedora del despido, en el presente contexto circunstancial.

Procede por lo tanto estimar la demanda al considerar que no ha quedado acreditada en este caso la proporcionalidad entre los hechos acaecidos y la sanción impuesta.

CUARTO.- Queda por último dilucidar los efectos de la revocación de la sentencia, dado que tal como hace constar el Magistrado de instancia nos encontramos ante una de las situaciones especialmente protegidas por el legislador en atención a los derechos de igualdad y conciliación (artículo 55.5 b), protección objetiva dispensada entre otros a los trabajadores que hayan solicitado o se encuentren disfrutando de una reducción de jornada de las previstas en el artículo 37.5 del ET, sin que quepa en la presente la declaración de improcedencia. Por lo tanto, no quedando acreditada la procedencia del despido este será nulo a tenor de la normativa vigente.

Por todo lo cual procede estimar este segundo motivo de suplicación y revocar la sentencia recurrida. Declarando la nulidad del despido con los efectos previstos en el artículo 55 del ET.

TERCERO.- Sin costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de E.B.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.uno de los de VALENCIA de fecha 12/09/2012 en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa S.R. SL; y, en consecuencia, declaramos la NULIDAD del despido de fecha 3/04/2012 y condenamos a la empresa demandada a que le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores al despido con abono de los salarios de tramitación.

Sentencia núm. 568, de 5 de marzo de 2013

Materia: Despido y reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como auxiliar de control en empresa demandada. Modificación turnos de trabajo por parte de la empresa cuando el actor comenzaba a disfrutar un periodo de vacaciones. La empresa notifica despido disciplinario del trabajador por no presentarse a su puesto de trabajo. En el momento de su despido la empresa debe al trabajador determinadas cantidades.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido de que fue objeto el trabajador, quedando extinguida su relación laboral. Por otra parte, estima parcialmente la demanda en reclamación de cantidad, condenando a la empresa demandada a pagar determinada cantidad, que será incrementada con el 10% por mora en el pago.

Sala: Estima el recurso y declara improcedente el despido del trabajador. El trabajador había disfrutado en años anteriores del periodo de vacaciones en esas fechas y de los hechos se deduce que la empresa otorga su consentimiento tácito al no haberse opuesto a las mismas, o bien obra de mala fe no comunicando su negativa y posteriormente presenta carta de despido. No puede imputarse al trabajador una conducta dolosa merecedora de despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Contra la sentencia de instancia que desestima la demanda y declara procedente el despido del demandante interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora que se fundamenta en un único motivo en el que se denuncia la vulneración del artículo 54 del ET en relación con el 55.4 del mismo texto legal y el artículo 110 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), así como de la jurisprudencia contenida en diversas sentencias de la Sala de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia que se citan al efecto, por lo que el indicado motivo se incardina en el apartado c del artículo 193 de la LJS, aun cuando no se concrete expresamente el apartado del referido precepto, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

En el único motivo del recurso se aduce en primer lugar por la defensa de la recurrente que de los medios de prueba practicados se evidencia que hubo un acuerdo entre la empresa y el trabajador a mediados de año para que disfrutara sus vacaciones del 1 al 15 de septiembre y del 1 al 15 de diciembre, por lo que se ha de entender que al igual que en años anteriores el demandante acordó con la empresa demandada dicho disfrute del período vacacional y que en todo caso y al no haber recibido contestación de la empresa cuando el demandante modificó los turnos del cuadrante del mes de diciembre de 2011 y fijó el período de disfrute de sus vacaciones del 1 al 15 de diciembre de 2011, se ha de entender que la empresa demanda consintió tácitamente el indicado disfrute del que tenía pleno conocimiento, no pudiéndose imputar al trabajador un incumplimiento grave y culpable sancionable con el despido al no constatarse una voluntad rebelde del trabajador al cumplimiento de sus

obligaciones y deberes laborales, debiendo la empresa demandada haber advertido al demandante si es que no estaba de acuerdo con las fechas de vacaciones fijadas por el mismo.

Del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia al que habrá que estar al no haberse intentado siquiera su modificación por la vía del apartado b del art. 193 de la LJS, se ha de destacar que el demandante que viene prestando servicios como auxiliar de control para la demandada reenvió a la misma en fecha 28-11-2011, mediante fax, el cuadrante de turnos para el mes de diciembre que ese mismo día le había enviado la demandada, habiendo modificado el actor los turnos de dicho cuadrante y fijando las vacaciones que tenía pendientes de disfrutar en el período que va del 1 al 15 de diciembre de 2011. En fecha 30-11-2011 el demandante remitió a la demandada por correo electrónico comunicación acerca de que el 1-12-2011 comenzaba a disfrutar de sus vacaciones. El actor en los años 2009 y 2010 había disfrutado de sus vacaciones del 1 al 15 de diciembre. En fecha 15-12-2011 la empresa demandada remitió burofax al actor comunicándole su despido disciplinario con fecha de efectos a partir de la notificación, por falta de presentación a su puesto de trabajo durante el periodo comprendido del 1 al 15 de diciembre de 2011. De los datos expuestos se ha de concluir que o bien la empresa demandada otorgó su consentimiento tácito a las fechas de vacaciones fijadas por el actor al no haberse opuesto a las mismas hasta que hubo transcurrido el indicado período de vacaciones, por lo que se ha de entender justificada la ausencia del demandante al trabajo durante el período que va del 1 al 15 de diciembre de 2011 al corresponderse con su periodo de vacaciones, o bien que la empresa demandada actuó en contra de las exigencias de la buena fe contractual al no mostrar disconformidad respecto a las fechas de vacaciones fijadas por el demandante, pese a no estar de acuerdo con las mismas e induciendo al actor a creer que no se oponía al período de vacaciones solicitado que era, por lo demás, el mismo que disfrutó en los dos años anteriores (2009 y 2010), para así poder sancionar posteriormente al demandante con el despido por sus faltas al trabajo durante dicho período de tiempo. Tanto en un caso como en el otro la falta al trabajo del actor aparece justificada puesto que o bien se corresponde con el período vacacional o bien se dio a entender al actor por parte de la empresa demandada que estaba amparada en el disfrute de dicho período vacacional; es decir, en ningún caso se trata de una ausencia injustificada y, por consiguiente no constituye el incumplimiento contractual grave y culpable del trabajador tipificado en el art. 54. 2 a de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo que determina que el despido del demandante se haya de calificar como improcedente, de acuerdo con lo establecido en el art. 55. 4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida para estimar la demanda, condenando a la empresa demandada a las consecuencias legales establecidas en el art. 56.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, fijándose la indemnización a abonar, en su caso, al actor en la cantidad de 4.146,64 € que resulta de multiplicar el salario diario del actor y que asciende a 26.97 € (641,40 € salario base + 72,17 € plus actividad + 106,80 € prorrateo pagas extraordinarias x 12/365) por 153,75 días que son los que corresponden a su antigüedad en la prestación de servicios para la demandada (3 años y cinco meses).

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. E.M.O., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Nueve de los de Valencia y su provincia, de fecha 7 de noviembre de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra la empresa A.S.G. S.L.; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido del actor de fecha 15 de diciembre de 2011 y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días, le readmita en las mismas

condiciones laborales anteriores o le indemnice en la cantidad de 4.146,64 €, debiendo abonarle en cualquier caso los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución en la cuantía diaria de 26,97 €, descontando los salarios percibidos en la nueva colocación.

Sentencia núm. 614, de 7 de marzo de 2013

Materia: Reconocimiento de pensión de viudedad y orfandad. Fallecimiento del esposo de la actora por infarto de miocardio. Disconforme con la resolución, solicita declaración como derivadas de accidentes de trabajo las prestaciones por muerte y supervivencia reconocidas. Carácter laboral de la contingencia.

Juzgado: Desestima la demanda contra la empresa y organismos codemandados sobre declaración de accidente de trabajo, absolviendo de la misma a los demandados en la instancia.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de la actora a cobrar las prestaciones por muerte y supervivencia del cónyuge fallecido. Los primeros síntomas que desencadenan la crisis cardíaca y el posterior fallecimiento del trabajador tienen lugar en el tiempo de trabajo y están vinculados a la realización de la prestación por cuenta ajena.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la parte actora la sentencia de instancia que desestimó su demanda sobre determinación de contingencia en relación a las prestaciones de muerte y supervivencia derivadas del fallecimiento de su esposo.

2. Como primer motivo del recurso, redactado al amparo de lo dispuesto en el apartado b del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- LRJS- solicita la recurrente la modificación del hecho probado cuarto, para adicionar que las molestias que refiere el causante al finalizar su jornada de trabajo eran de dolor de pecho (documento 1 aportado por la demandada). No procede acceder a la revisión pues si bien es cierto que los informes médicos especifican que el trabajador refirió dolor torácico durante la mañana, este dato parte de una referencia testifical, sin que resulte necesaria la aclaración al no ser un hecho discutido por la contraparte, que en el escrito de impugnación sostiene que en cualquier caso el citado dolor no le impidió terminar la jornada laboral.

SEGUNDO. 1 Como segundo motivo del recurso, redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 115. 3 de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS-. Se argumenta por la recurrente, que el infarto que acabó con la vida del trabajador se manifestó en el lugar y tiempo de trabajo sin que existan circunstancias que desvirtúen el nexo causal. La sentencia de instancia sin embargo acoge la tesis de los demandados y entiende que dado que entre la finalización de la jornada laboral y el fallecimiento del trabajador transcurrieron más de 12 horas no resulta aplicable la presunción del artículo 115 y desestima la pretensión por considerar que no ha quedado acreditada la relación entre la causa del fallecimiento y el desempeño de la prestación por cuenta ajena.

Hay que comenzar recordando que esta Sala viene declarando reiteradamente, en relación con las dolencias cardíacas que la presunción de laboralidad del art. 115.3 LGSS alcanza a los accidentes sufridos en tiempo y lugar de trabajo. En este caso, resulta claro a tenor de los hechos declarados probados que los primeros síntomas del infarto se producen

en el tiempo y lugar de trabajo (hecho probado cuarto). Y por lo tanto se presume el carácter laboral de la contingencia.

2. El tiempo transcurrido entre los primeros síntomas y el fallecimiento no produce automáticamente la ruptura del nexo causal. Por lo tanto, no existen datos que permitan desvincular la causa del fallecimiento de su actividad laboral ya que habiéndose iniciado la dolencia en hora y tiempo de trabajo, no constan circunstancias personales que determinen el origen común de la misma, no consta que existiera una desvinculación entre el dolor que refiere a su compañero al finalizar la jornada de trabajo y la posterior agudización del mismo con pérdida de conciencia, que finaliza con el fallecimiento del trabajador sobre las 2 horas del día 5, cuando apenas habían transcurrido 16 horas desde las primeras manifestaciones físicas de la dolencia. Además, no existían antecedentes previos de patologías cardíacas ni factores externos determinantes de la misma. Por el contrario, el dolor se inicia hacia al final de la jornada laboral que se había iniciado sobre las 3 de la mañana, y a lo largo de la cual el trabajador no solo desempeñaba tareas de gestión de compra y venta, sino que tal como indica el hecho cuarto también cargaba mercancía desde la cámara frigorífica hasta el puesto, actividad ésta que implica un esfuerzo físico importante.

3. Procede por lo tanto estimar el recurso al entender que la sentencia de instancia no hace una correcta aplicación del artículo 115.3 de la LGSS al considerar que el hecho de que el fallecimiento se produzca fuera del lugar de trabajo, determina la inaplicación de la citada presunción. No hay que olvidar que el momento relevante a efectos de determinar la contingencia no es siempre el del fallecimiento, que puede producirse o no, sino que hay que estar al momento en el que se produce o manifiesta la causa origen de ese fallecimiento, ya sea un accidente o en este caso el inicio de la dolencia cardíaca. Y en el presente caso, y a pesar de lo sostenido por la mutua impugnante, resulta claro que los primeros síntomas que desencadenan la crisis cardíaca y el posterior fallecimiento del trabajador tienen lugar en el tiempo de trabajo y están vinculados a la realización de la prestación por cuenta ajena. (STS 4/10/2012, recurso 3402/2011).

TERCERO.- Sin costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de A.N.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social CINCO de los de VALENCIA de fecha 13/03/2012; y, en consecuencia, reconocemos el derecho de la actora a percibir las prestaciones de muerte y supervivencia derivadas de accidente de trabajo por fallecimiento de J.A.G.A. Y condenamos a las demandadas a estar y pasar por esta declaración.

Sin costas.

Sentencia núm. 624, de 12 de marzo de 2013

Materia: Declaración de minusvalía. Contradicciones en los informes emitidos. Supresión del hecho probado a que se refieren las dolencias y que da lugar a la declaración de minusvalía del actor. No debe estimarse.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de una minusvalía en grado del 65%, condenando a la Conselleria demandada a pasar por esta declaración.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El actor tiene derecho al reconocimiento de la minusvalía otorgada en primera instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Combate en suplicación el Abogado de la Generalitat Valenciana la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Alicante que estima la demanda y reconoce al demandante un grado de minusvalía del 65%, que se corresponde con el porcentaje del 60% por discapacidad y cinco puntos por factores sociales complementarios, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho. Al amparo del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se introduce el único de los motivos en el que se fundamenta el referido recurso y en el que se solicita la supresión del hecho probado quinto que refiere las dolencias que aquejan al demandante así como las limitaciones derivadas de dichas dolencias, ya que según el Abogado de la Generalitat Valenciana el contenido del hecho controvertido se ha obtenido del informe del médico forense practicado como diligencia final y que contiene notables contradicciones según el informe de los psicólogos que se aportó por la defensa de la Generalitat Valenciana en el trámite de alegaciones tras la práctica de la diligencia final. El motivo no puede prosperar por cuanto que según se desprende de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia la Magistrada "a quo" obtiene el contenido del hecho probado quinto tanto del informe emitido por el médico forense como diligencia final como del examen de la documentación médica obrante en autos y esta Sala ha señalado reiteradamente, siguiendo el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo manifestada en las sentencias de 25 marzo 1985, 15 enero 1987, 24 de junio de 1988 y 18 octubre 1989, que "en caso de coexistencia de varias pruebas periciales y documentales que presenten conclusiones plurales en divergencia, tan sólo podrán mostrarse en apoyo del error invocado, aquellas pericias médicas emitidas por organismos profesionales que evidencie una mayor solvencia o relevancia científica que las que sirvieron de base al Magistrado para formar su convicción". Así pues y dado que en el presente caso la declaración fáctica que contiene la sentencia recurrida trae causa de una valoración conjunta de los diversos informes que obran en autos, según quedó ya dicho, se impone la desestimación del motivo y por consiguiente del recurso, teniendo que añadir tan sólo que también obsta al éxito del único motivo recurso que el mismo no vaya acompañado de la correspondiente censura jurídica, ya que conforme se preocupa de indicar nuestro Alto Tribunal en sentencia 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 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, actualmente del art. 193 b de la LJS, (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.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, en relación con el artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar las Entidades Gestoras del derecho a la asistencia jurídica gratuita y en el presente caso la Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana actúa en calidad de Entidad Gestora en cuanto al reconocimiento de la minusvalía.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Conselleria X. de la Generalitat Valenciana, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Alicante y su provincia, de fecha 24 de abril de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de D. C.F.M. contra la recurrente; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 641, de 12 de marzo de 2013

Materia: Despido. Trabajadora al servicio de empresa de seguros y directora de sucursal que tiene a su servicio a varias coordinadoras. La actora da instrucciones a sus subordinadas para sacar determinada documentación. Realizada auditoría interna se impone a la actora despido disciplinario por falta muy grave: transgresión de la buena fe contractual.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente el despido, condenando a la demandada a readmitir a la trabajadora o a indemnizarle, abonándole en ambos casos los salarios de tramitación correspondientes.

Sala: Estima el recurso declarando la procedencia del despido de la trabajadora. Queda demostrada la transgresión de la buena fe contractual por parte de la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó la demanda de la actora declarando el despido de la misma improcedente, por lo que condenó a la empresa X. Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. (en adelante X.), a la opción entre la readmisión o el abono de una indemnización, y demás pronunciamientos que constan en el fallo y en el auto de aclaración, pronunciamientos recurridos en suplicación por la parte actora al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

SEGUNDO.- El primer motivo de recurso, planteado al amparo del apartado 3º del art. 196 de la LRJS, se interesa la revisión del hecho probado 1º de la sentencia para que en su primer párrafo conste un salario mensual con prorrata de 2.545,97 euros, en lugar del que consta de 2.659,65 euros. No admitimos esta petición ya que, además de tratarse de un tema sobre el que no recayó controversia en la instancia, como tampoco sobre la antigüedad, lo cierto es que el juez a quo no aceptó el salario pedido en la demanda sino que está al resultado de la media de las nóminas aportadas por la empresa. Y debe tenerse en cuenta que por el hecho de no trabajar la demandante el mes de agosto completo, ello no va a suponer un perjuicio a la hora de calcular la media del salario. Sí aceptamos, en cambio, la formulación alternativa para el último párrafo del hecho probado 1º, por tener el debido apoyo probatorio y ser elemento importante, párrafo que queda así: “Al frente de la oficina de la demandada en Alcira, como su responsable y director, está don F.S.F.. La actora era la responsable territorial de la red de ventas E., teniendo coordinadores a su cargo”.

La recurrente solicita seguidamente la introducción de un hecho probado nuevo a continuación del primero, del siguiente tenor. “X. inició el 22 de junio de 2011 una auditoría de la sucursal de Valencia y de la red de ventas E. de la que era responsable la Sra. C. Ésta tuvo conocimiento de la auditoría el 28 de junio de 2011, cuando D. J.S.R. se entrevistó con ella para informarles de las distintas pruebas/controles que se iban a realizar, así como de la documentación que debía presentarle.

La auditoría concluyó mediante informe de 11 de julio de 2011, que realiza una valoración “totalmente negativa” de la gestión de los responsables de la red E. y que califica varios hechos como muy graves. Entre las irregularidades detectadas menciona la utilización de documentación solicitudes de seguro y listados con datos personales de asegurados de la compañía de seguros XX. (Esa documentación era utilizada por los comerciales para el trasvase de asegurados de una compañía a otra). El auditor recomienda la intervención inmediata de esa sucursal y fundamentalmente de la organización que presenta la red de ventas E.”. Admitimos el hecho propuesto (salvo el extremo que hemos colocado entre paréntesis que contiene una deducción), por constituir base sólida suficiente el informe del auditor de cuentas (profesional que actúa conforme a su ciencia), documento no impugnado, y del que directamente se deriva lo recogido, así como de la documentación de XX. reseñada, solicitudes de seguro y datos personales de los tomadores.

Con respecto al hecho probado 2º de la sentencia se propone la siguiente adición: “También se realizaron varias copias de documentación utilizando pen-drives procedentes de varios ordenadores los cuales descansaban en dicha oficina”, lo que no se admite por falta de la debida fuerza revisoria, pues tal extremo consta en una denuncia, lo que no sobrepasa el carácter de manifestación de parte.

Se pretende, asimismo, una adición al hecho probado 3º, que dice así: “La Sra. C. negó los hechos el 13 de julio de 2011 ante el auditor Sr. S., afirmando que “yo desconozco el tema y lo pongo por escrito que yo no he sacado de la oficina nada”.

En las reuniones posteriores mantenidas, el mismo día 13, entre el Sr. S. y Dª V.C., Dª M.D. y Dª N.R., colaboradoras de la Sra. C., éstas manifestaron sin duda alguna haber retirado la documentación “por órdenes de V.”. Dª V. y Dª N. reiteraron en la Comisaría de la Policía Nacional de Alcira, el 14 de julio de 2011, haber actuado por orden de V.

El 9 de agosto de 2011, al contestar al cuestionario sometido por X., la propia Sra. C. reconoció haber dado instrucciones para sacar documentación de la oficina de X.”.

Se admite la anterior adición por derivarse directamente de los documentos invocados (entre ellos escrito de Dña V. en el expediente instruido) y ser trascendente a efectos de resolver el litigio planteado.

Por último, también se pide completar el hecho 3º de la sentencia para que se contenga como hecho probado lo siguiente: “La documentación sacada por las coordinadoras de la oficina contenía datos sensibles comercialmente, y su retirada estaba prohibida por la empresa”, lo que no admitimos por basarse en prueba testifical, como reconoce la propia recurrente; esta prueba es vehículo inhábil en el recurso de suplicación, sin que detectemos arbitrariedad en su valoración por el juez a quo.

TERCERO.-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS (196.2º en terminología de la recurrente) se alega la infracción por falta de aplicación del art. 54.1 del ET y del 63.3.a del convenio colectivo de Entidades de Seguros, en relación con los arts. 386 de la LEC y 24 de la CE, respecto de la prueba por presunción y con la doctrina del TS que cita, y ello por cuanto una vez que la actora conoció la existencia de una auditoría de la Red E. que concluyó detectando irregularidades muy graves, ordenó a sus subordinadas que retiraran determinada documentación de la oficina, pese a que estaba prohibido hacerlo, a lo que se puede aplicar la prueba de presunciones por existir enlace preciso con la finalidad de esa retirada. También se denuncia la infracción por falta de aplicación de los arts. 54.2.b y

54.2.d del ET y 63.3.a del Convenio colectivo de Entidades de Seguros y con la doctrina del Tribunal Supremo. La trabajadora ha desobedecido, muy gravemente, las instrucciones dadas por la empresa y lo ha hecho abusando de la confianza depositada en ella como responsable territorial de ventas. Finaliza el recurso con dos submotivos planteados subsidiariamente.

A efectos de un correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada debemos partir de los siguientes hechos que han resultado acreditados: A).- D^a. V.C.M. mayor de edad, prestaba sus servicios profesionales para la empresa X. S.A., dedicada a la actividad de aseguradora, desde 2-12-2010. Al frente de la oficina de la demandada en Alcira, como su responsable y director, está don F.S.F.. La actora era la responsable territorial de la red de ventas E., teniendo coordinadores a su cargo”. B).- Preventiva inició, el 22 de junio de 2011, una auditoría de la sucursal de Valencia y de la red de ventas E. de la que era responsable la Sra. C. Ésta tuvo conocimiento de la auditoría el 28 de junio de 2011, cuando D. J.S.R. se entrevistó con ella para informarle de las distintas pruebas/controles que se iban a realizar, así como de la documentación que debía presentarle. La auditoría concluyó mediante informe de 11 de julio de 2011, que realiza una valoración “totalmente negativa” de la gestión de los responsables de la red E. y que califica varios hechos como muy graves. Entre las irregularidades detectadas menciona la utilización de documentación solicitudes de seguro y listados con datos personales de asegurados de la compañía de seguros XX.. El auditor recomienda la intervención inmediata de esa sucursal y fundamentalmente de la organización que presenta la red de ventas E.. C).- El 13-7-2011, D^a. V.C.B., D^a. M.D.U., D^a. N.R. y D^a. A.G.V., que prestaban sus servicios en la oficina de Alcira como coordinadoras bajo las órdenes de la Sra. C., se encontraban trasladando entre la oficina y vehículos particulares documentación de la empresa en archivadores, carpetas y hojas sueltas. Dicha documentación consistía básicamente en controles de producción de pólizas de seguros. Los archivadores contenían también información sobre solicitud de pólizas. D).- El 14-7-2011 la empresa abre expediente disciplinario contra la Sra. C., presentando un cuestionario a la actora, en el que se le pregunta si ha existido por parte de coordinadores o responsables un trato vejatorio, provocador y despectivo hacia agentes mercantiles así como si ha dado órdenes para que se produzca dicho trato a efectos de incrementar la presión; si se ha utilizado información confidencial de otras entidades; si se procedió a contratar trabajadores bajo la promesa de abonarles cantidades fijas al mes de en torno a 900€; si era conocedor del hecho de que algunas coordinadoras hubieran sacado documentación de la compañía, cargándola en vehículos y si había autorizado dicha actuación. E).- La Sra. C. negó los hechos el 13 de julio de 2011 ante el auditor Sr. S., afirmando que “yo desconozco el tema, y lo pongo por escrito que yo no he sacado de la oficina nada”. En las reuniones posteriores mantenidas, el mismo día 13, entre el Sr. S. y D^a V.C., D^a M.D. y D^a N.R., colaboradoras de la Sra. C., éstas manifestaron sin duda alguna haber retirado la documentación “por órdenes de V.”. D^a V. y D^a N. reiteraron en la Comisaría de la Policía Nacional de Alcira, el 14 de julio de 2011, haber actuado por orden de V. El 9 de agosto de 2011, al contestar al cuestionario sometido por X., la propia Sra. C. reconoció haber dado instrucciones para sacar documentación de la oficina de X. .E).- El 22-8-2011 la empresa notificó a la actora su despido disciplinario con efectos desde ese mismo día, alegando que el día 13-7-2011 determinadas trabajadoras de la empresa con la categoría de coordinadoras, subordinadas de la Sra. C., se encontraban retirando documentación de la oficina consistente en archivadores que contenían los documentos denominados control de producción de ventas de pólizas, copias de solicitudes y condicionados particulares de pólizas de seguro, habiendo manifestado D^a. N.R. que V.C. les había ordenado retirar la documentación de la oficina para poder comprobar los descuadres de las pólizas, manifestando las restantes coordinadoras que habían actuado por orden de la actora.

CUARTO.- Es doctrina reiterada de este Tribunal plasmada en la sentencia recaída en el recurso 1907/04, y cuyos razonamientos pueden extenderse al caso que nos ocupa, la que indica lo siguiente: “Esta Sala ya desde sus SS. de 13 junio y 2 octubre 1991, 24 de julio 1992, 5 octubre 1993 y 5 de julio 1994 ha venido declarando, siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial, SSTS. 11 de noviembre 1983, 7 de febrero 1984, 17 de abril 1984, 30 de marzo 1987, 29 de marzo 1990, 25 de abril 1990, 18 de marzo 1991, entre otras, que la transgresión de la buena fe contractual, es falta de fidelidad del empleado para con la empleadora, que no sólo remunera un trabajo, sino que facilita los medios para adquirir un perfeccionamiento profesional que luego el interesado utiliza en propio provecho, con notorio abuso y evidente perjuicio para quien depositó en él su confianza, sin que a ello obste que la otra empresa competidora no haya realizado todavía -o no se haya podido probar- cualquier acto u operación que ponga de manifiesto su intención competidora, entre cuyas actividades se encuentran la de fundar o constituir sociedades competitivas, SSTS. 28 de mayo 1990 y 22 de marzo 1991, así como de esta Sala, SS. 1 de febrero, 7 de marzo, 6 de abril y 28 de junio 2001, con posible perjuicio económico o sin él, pues el ilícito laboral que se examina, no requiere necesariamente la causación de un perjuicio, ya que la conducta de la que racionalmente se deduzca el posible riesgo de que tal perjuicio se produzca, es bastante para apreciar la infracción aludida, STS 19 septiembre 1989, por cuanto, en definitiva, desde el mismo momento en que se inicia el trámite de implantación de una empresa propia dedicada a igual actividad -o desde que a ella, ya en funcionamiento, se accede- que aquella para la que se están prestando servicios, desde ese mismo momento se hace patente una conducta conformadora de una innegable falta de lealtad y se consuman unos perjuicios indirectos, captación de clientes entre los que son o pueden serlo de la empleadora, utilización de su propia organización empresarial que le es conocida por y en razón exclusiva de su trabajo, aún difícil de cuantificar, pero claramente indicadores de una actividad que socava la confianza en quien se sabe próximo competidor; Transgrediendo así la buena fe contractual, principio informador de la relación laboral, artº. 5.a) ET”.

QUINTO.- En el caso de autos, de los propios presupuestos fácticos de la sentencia a quo se constata que la demandante, a raíz de una auditoría que detectó diversas anomalías y valoró como totalmente negativa la gestión de los responsables de la Red E., detectando la utilización de documentación consistente en solicitudes de seguro y listados con datos personales de asegurados de otra compañía de seguros, la compañía XX., lo que es claramente indicativo de maniobras de traspaso de clientes de una a otra u otras sociedades, ordenó (la demandante) retirar una serie de documentación de X., contenida en archivadores, carpetas y hojas sueltas, consistente básicamente en controles de producción de pólizas de seguros e información sobre solicitud de pólizas. Ningún superior le ordenó que realizara tal traslado, ella no pidió permiso alguno ni podemos entender presentes actos tácitos de los que se desprendiera tal permiso, y es más, cuando el auditor se reunió con la actora para pedirle una documentación por escrito, la Sra. C. negó los hechos afirmando desconocer el tema y no haber sacado nada de la oficina. Posteriormente, y una vez que las colaboradoras manifestaron haber actuado por orden de V.; y para comprobar descuadres de pólizas fuera de la oficina, la Sra. C. reconoce haber dado instrucciones para sacar la documentación.

Y llegados a este punto hemos de indicar que toda información contenida en el sector y ámbito de la contratación de seguros es extremadamente importante, delicada y confidencial, sometida a la protección de datos pues los que contiene son de carácter personal además de patrimonial. Es por ello que, pese a la no constancia de orden expresa, es público y notorio para un empleado del ramo con responsabilidad, como era la actora (responsable territorial de la Red de ventas E.” que no se puede retirar documentación de la oficina, tal y como se hizo en un volumen considerable al tratarse del traslado a vehículos particulares de

carpetas y archivadores, además de hojas sueltas. En cuanto a la alegación de que se sacaba para comprobar descuadres de pólizas, procede indicar que la misma carece de sentido ya que, es precisamente en la oficina y lugar de trabajo donde se puede proceder a “cuadrar” porque en ella están todos los documentos contables (libros de cuentas, facturas, recibos, tickets, documentos bancarios, etc...) necesarios para hacer los correspondientes punteos y comprobaciones, y no en los domicilios particulares de las subordinadas a la actora, en los que obviamente no hay nada de lo indicado. Por la deslealtad que supone tal comportamiento y por la ruptura de la confianza que se encuentra ínsita en el contrato de trabajo, nos encontramos ante una transgresión de la buena fe del art. 54.2 d) del ET cometida por la actora.

Es más, según el art. 386.1 de la LEC, “a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”, prueba cuya aplicación también es ajustada a derecho en el proceso laboral (STS 16-4-2004). En el caso de autos existe el enlace preciso y directo entre los hechos probados relativos a la orden que dio la demandante de retirada de documentación de seguros (entre ellas producción y solicitud de pólizas y listados de personas de otra aseguradora) y la finalidad de esa retirada, que visto el cariz y resultado con respecto a la actora de la auditoría practicada, era la utilización de esa información confidencial y protegida sobre condiciones de pólizas y asegurados, en beneficio propio o de la competencia, desviando clientes y concurriendo con el mismo objeto social en clara actitud de deslealtad y colisión con los intereses de quien todavía era su empleador, conducta de una notoria entidad y gravedad.

Por todo lo expuesto y concurriendo la falta de transgresión de la buena fe contractual imputada por la empleadora (art. 54.2.d del ET), debemos declarar la procedencia del despido efectuado previa revocación de la sentencia a quo.

SEXTO.-Procede acordar la devolución del depósito efectuado para recurrir, al que se dará el destino que corresponda y la devolución de la consignación o cancelación de los aseguramientos prestados, cuando la sentencia sea firme, conforme establece el artº. 203. 1 LRJS.

Vistos los artículos citado y los demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de X. Compañía de Seguros y Reaseguros S.L., contra la sentencia del Juzgado Social nº 10 de los de Valencia de fecha 25 de junio de 2012, y con revocación de la misma, declaramos la procedencia del despido de la actora, absolviendo a la empresa recurrente de los pedimentos efectuados en su contra.

Procédase a la devolución del depósito y de la consignación efectuada para recurrir y/o la cancelación de los aseguramientos prestados, cuando la sentencia sea firme.

Sentencia núm. 650, de 12 de marzo de 2013

Materia: Conflicto colectivo: Acuerdo de revisión salarial. El conflicto afecta a la totalidad de los trabajadores y empresas incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de Castellón. Negativa de la patronal a aplicar el incremento salarial pactado.

Juzgado: Estima la demanda declarando que en aplicación de lo pactado entre las partes negociadoras del convenio colectivo, los trabajadores tendrán derecho a los incrementos derivados de la tabla salarial del ejercicio 2012.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Los actores tienen derecho a los incrementos previstos en la instancia. No es de aplicación el principio de jerarquía normativa y no puede afectar a la fuerza vinculante del convenio colectivo en vigor. Debe respetarse el principio de autonomía colectiva de las partes.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda de conflicto colectivo y declaró que en aplicación de lo pactado entre las partes negociadoras del Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de la Provincia de Castellón, la tabla salarial para el año 2012 es la que indica en el fallo de la mencionada sentencia, interpone recurso de suplicación la parte demandada U.P.E.M. (Unión Provincial de Empresas del Metal), siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso, con amparo procesal en la letra a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, o subsidiariamente al amparo de la letra c) del mencionado precepto, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 156.1 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y el artículo 17.1 de la Resolución de 2/6/2010, de la Dirección General de Trabajo, Cooperativismo y Economía Social, alegando, en síntesis, que en ambos artículos se establece la preceptividad de la conciliación-mediación, imperativamente, sin contemplar excepción alguna, como requisito para la tramitación de una demanda de conflicto colectivo, habiéndose entendido el acto de conciliación únicamente con la patronal FEMECAS (Federación de Empresarios del Metal de la Provincia de Castellón), teniendo ambas patronales personalidad jurídica distinta y que comparecieron al acto del juicio con distinta representación, sin que pueda soslayar la falta de intento de conciliación-mediación que se presentara la solicitud de intento de conciliación ante el TAL contra FEMECAS-UPEM, poniendo como única dirección la de FEMECAS. Añadiendo que tal falta produce indefensión ya que ha privado a la parte recurrente de exponer los motivos para que fueran valorados por el Juzgador de instancia, habiéndosele privado a la parte recurrente de la mediación con exposición de sus argumentos.

Si bien es cierto que en el acta de celebración del intento de conciliación en el TAL solo aparece referenciada FEMECAS (Federación de Empresarios del Metal de la Provincia de Castellón), silenciando toda mención a UPEM, no es menos cierto que la voluntad de la parte demandante ha sido desde el principio demandar a dos organizaciones empresariales FEMECAS y a UPEM, por ser ambas las firmantes del Convenio Colectivo cuyas tablas

salariales se pretenden actualizar, y el Acuerdo de 16 de mayo de 2011 que del mismo modo suscribieron como dos organizaciones diferenciadas, y en este sentido dirigió la demanda de conciliación presentada ante el TAL, así como la posterior demanda judicial, frente a ambas organizaciones empresariales, si bien se identifica a la parte demandada como FEMECAS-UPEM y no lo hace como FEMECAS. Y si en el TAL en el acto de conciliación solamente aparece la referencia a FEMECAS, dejando al margen a UPEM, ello es debido a que el TAL solo citó a FEMECAS, quizás porque considero que esta asumía toda la representación de la patronal, como sostiene la sentencia recurrida, o quizás por otra causa, pero cualquiera que fuera el motivo de la omisión, en ningún caso es imputable a la parte demandante ya que esta indicó como parte demandada a FEMECAS-UPEM, esto es a ambas organizaciones, aunque las uniera con la sola separación de un guión.

No obstante lo anterior, en definitiva, lo determinante en el presente supuesto es que no ha existido indefensión para ninguna de las partes demandadas, que han podido alegar y manifestar cuanto han estimado oportuno, ni se le ha generado perjuicio alguno a la UPEM, que a pesar de no intervenir en el acto de conciliación ante el TAL, pudo efectuarlo en el acto del juicio y no lo hizo, y ha mantenido el mismo criterio en cuanto al fondo de la cuestión que la otra patronal FEMECAS que si que acudió a la conciliación ante el TAL y no hubo acuerdo. Por último, recordar la doctrina constitucional conforme a la cual la exigencia de conciliación previa debe interpretarse de forma flexible (S.TC. 10/01 y 58/02), y en este caso, no es que haya ausencia absoluta del acto de conciliación, sino que este se ha producido si bien con una de las dos partes demandadas, sosteniendo ambas una misma posición jurídica. Por lo que no puede prosperar esta motivo del recurso.

SEGUNDO.- Con adecuado amparo procesal se denuncia interpretación errónea del apartado 3.3º del Acuerdo de revisión salarial y prórroga del Convenio Colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de Castellón para los años 2012 y 2013, por inaplicación tanto del artículo 83.2 y 3 del Estatuto de los Trabajadores, como del II Acuerdo Nacional para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 y por interpretación errónea de los artículos 1.113 y ss. (reguladores de las obligaciones) y arts. 1254 y ss. (reguladores de los contratos) del Código Civil. Así mismo por interpretación errónea de la jurisprudencia que cita, alegando en síntesis, que el Acuerdo nacional para la Negociación Colectiva, suscrito precisamente por las mismas organizaciones sindicales demandantes en el presente procedimiento, por tener naturaleza obligacional debe obligar a los firmantes del mismo a su cumplimiento, que el acuerdo de revisión salarial y prórroga del Convenio Colectivo para la industria siderometalúrgica de la provincia de Castellón para los años 2012 y 2013 suscrito en mayo de 2011, es por tanto anterior al citado II Acuerdo nacional de fecha 25-1-2012 publicado en el BOE de 6/2/2.012, por lo que debe prevalecer este sobre aquel, y cuando el II Acuerdo Nacional para el Empleo y la Negociación colectiva para los ejercicios 2012, 2013 y 2014, se establece en el Capítulo III que “En el año 2.012 el aumento de los salarios pactados no debería exceder el 0,5 %, no lo condiciona a ninguna circunstancia, son términos claros, por lo que la demanda al no ajustarse a este parámetro acordado por su misma organización empresarial debe desestimarse. También se denuncia inaplicación del artículo 3 del Código Civil, debiéndose efectuar la interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, con equidad, y que atendido el incremento salarial que se ha producido en el convenio sectorial en los ejercicios 2007 al 2011 y teniendo en cuenta el II Acuerdo Nacional de evolución moderada salarial, solicita la desestimación de la demanda o subsidiariamente que se resuelva que el incremento salarial del ejercicio 2.012 no podrá exceder del 0,5 %.

La controversia generada en el presente supuesto se circunscribe a determinar si la

negativa de la patronal a aplicar el incremento salarial del 2,2 % para el año 2012, sobre las Tablas revisadas del año 2011, pactado en el Acuerdo de 16 de mayo de 2011, es o no justificada, dado el carácter vinculante para las partes del contenido del Convenio Colectivo incluida la prórroga de vigencia y los pactos sobre incrementos salariales.

La argumentación de la parte demandada en este trámite recurrente de que el incremento de los salarios pactados para el año 2012 no debería exceder el 0,5 %, no siendo de aplicación la previsión contenida en el Acuerdo de 16 de mayo de 2011, como consecuencia de la aplicación del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 publicado en el BOE de 6 de febrero de 2012, donde en su Capítulo III sobre Criterios en materia salarial establece para el año 2012 que el aumento de los salarios pactados no debería exceder el 0,5 %, no puede prosperar porque el II Acuerdo mencionado tiene naturaleza obligacional (Capítulo V, apartado 1 final último párrafo) y respeta la autonomía colectiva de las partes. No es de aplicación el principio de jerarquía normativa y no puede afectar a la fuerza vinculante del Convenio Colectivo en vigor. Y porque como adecuadamente señala la sentencia de instancia en el Capítulo III sobre Criterios en materia salarial del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, tras recoger las propuestas sobre incrementos salariales para los años 2012, 2013 y 2014, que se enuncian siempre en condicional y nunca en forma imperativa como sería de esperar si tuviera carácter normativo, expresamente se salva a los Convenios Colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes cuando señala: "... Respetando la autonomía de las partes, para aquellos convenios colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes que afecten al crecimiento salarial de los tres próximos años, los firmantes del presente acuerdo, proponen a los negociadores tener en cuenta la incidencia de estas cláusulas sobre el crecimiento salarial total de forma que esté en línea con el objetivo de moderación salarial del presente acuerdo ". Y siendo así que en el punto 3º del Acuerdo de prórroga del Convenio Colectivo para la Industria Siderometalúrgica de la Provincia de Castellón para los años 2012 y 2013, que se publicó el 31 de mayo de 2011, a propósito de las retribuciones salariales se convino un incremento para cada uno de ambos ejercicios, sobre las tablas del ejercicio anterior una vez revisadas, del 2,2 %, debe concluirse que a tenor literal de la cláusula señalada la intención de las partes era clara y se pacta un incremento para cada uno de los años 2012 y 2013 sobre las tablas del ejercicio anterior una vez revisados del 2,2 %, y ante esa nitidez y literalidad de las palabras utilizadas en la redacción de la cláusula no es posible acceder a la interpretación que pretende la parte recurrente, ni es procedente acudir a una interpretación de la norma conforme a la realidad social del tiempo en que debe ser aplicada, ya que como indica la sentencia de instancia, "aun en el supuesto de que los salarios hubieran crecido por encima del incremento anual del IPC, dado que en el momento en que se pactó por las partes tal circunstancia ya era conocida por todos y no impidió que se pactara el incremento salarial, en el marco de una negociación que implicaba otros aspectos además del retributivo".

TERCERO.- Con amparo procesal en el art. 193, c) de la LRJS se denuncia interpretación errónea del artículo 97.2 de le LRJS y del art. 217 de le LEC, y de modo subsidiario a los anteriores motivos, discrepa la parte recurrente de los razonamientos del F.D. 5º en el que se viene a establecer una carga de la prueba a esta parte, cuando su impugnación de no ajustarse a ese Plus convenio al incremento del 2,2 % se desprende de una simple operación matemática que no requiere más prueba, por lo que alega que no habiéndose practicado la más mínima prueba e incumbiendo la carga de la prueba a la parte actora de lo que solicita, pidiendo que se establezca que el Plus Convenio no puede tener un incremento superior al 2,2 %.

La alegación de la parte recurrente no puede alcanzar éxito. La sentencia de instancia sostiene que la parte actora ha justificado con la prueba aportada los cálculos efectuados, sin que hayan resultado desvirtuados por la parte demandada, por lo que partiendo de tal premisa y siendo así que la parte recurrente no ha propuesto revisión fáctica alguna, debe estarse al contenido de la inalterada, sin que tampoco se aporte por la parte recurrente en este trámite los extremos necesarios para desvirtuar tanto los extremos fácticos como la valoración jurídica que efectúa la sentencia impugnada o que evidencien el error del Juzgador “a quo”, por lo que no puede prosperar este motivo del recurso. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por U.P.E.M. (Unión Provincial de Empresas del Metal) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Castellón, de fecha 11 de octubre de 2012 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal. La parte recurrente abonará en concepto de honorarios de letrado a la parte recurrida la cantidad de 300 euros.

Sentencia núm. 666, de 12 de marzo de 2013

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora que presta sus servicios como dependiente a tiempo parcial. Posteriormente la empresa le comunica que temporalmente prestará servicios a tiempo completo. Más tarde la empresa la repone a su situación anterior.

Juzgado: Estima la demanda declarando injustificada la decisión empresarial de reducir la jornada de trabajo de la actora, condenando a ésta a reponerla en sus anteriores condiciones de trabajo (jornada completa).

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La trabajadora tiene derecho a seguir contratada a tiempo completo. No se puede modificar unilateralmente la duración de la jornada de trabajo por parte de la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por la representación letrada de la empresa demandada se formula recurso frente la sentencia de instancia, que estimó la demanda y declaró sin justificación la decisión de dicha compañía de reducir la jornada de trabajo de la demandante de cuarenta a veinticuatro horas a la semana.

El citado recurso se estructura en un único motivo, destinado al examen del derecho aplicado, en el que se censura la infracción, por interpretación indebida, del artículo 12.4 “e” del E.T., argumentando que contra lo que se indica en la sentencia, que considera a dicho cambio en la duración de la jornada una especie de novación contractual, no es de aplicación el precepto citado, al no poderse encuadrar el supuesto en los parámetros de esa norma.

Se indica en la sentencia que la trabajadora, dependiente especialista que desde mayo de 2008 presta servicios con un contrato a tiempo parcial de veinticuatro horas semanales, de carácter indefinido, se le comunicó por la empresa el 1 de noviembre de 2011 que temporalmente pasaría a prestar servicios a tiempo completo, esto es, cuarenta horas a la semana, y por un período determinado, con sucesivas prórrogas, hasta que el 1 de marzo de 2012 la empresa le comunicó que pasaría de nuevo a prestar tales servicios en jornada de veinticuatro horas semanales.

Partiendo del inalterado relato fáctico, al que necesariamente queda vinculado la Sala, pues el recurso no interesa la modificación de este, al margen de las referencias que se hacen en el motivo a un pacto con la trabajadora basado en razones organizativas, lo cierto es que la sentencia no yerra a la hora de decidir la cuestión, pues la norma que aplica se acomoda a la literalidad de lo que describe en dicha narración histórica; es decir, la posibilidad de transformar o convertir un contrato a tiempo parcial por uno a tiempo completo y viceversa, pues esa es la secuencia temporal citada, precisa la existencia de pacto entre el trabajador afectado y la empresa. En definitiva, cuando se transforma la jornada en uno u otro sentido,

ya que estos cambios en la duración de la jornada siempre tienen carácter voluntario para el trabajador, no pudiéndose imponer de manera unilateral, que es lo que parece ha ocurrido si atendemos a lo manifestado en los hechos probados de la sentencia, de modo que al no haberse interesado en el recurso la revisión de estos, no queda más remedio que desestimar este y confirmar la aludida resolución judicial.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por P.B.E, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia, de fecha 5.10.2012 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito para recurrir, y se condena a la recurrente a que abone los honorarios del letrado de la parte impugnante, en la cuantía de 200 euros.

Sentencia núm. 674, de 13 de marzo de 2013

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que presta servicios como profesora de enseñanza secundaria en centro privado concertado con la administración pública. Abono paga extraordinaria en concepto de antigüedad. Cálculo.

Juzgado: Estima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por el colegio donde la actora presta sus servicios y estima en parte la demanda sobre reclamación de cantidad frente a la Conselleria demandada.

Sala: Estima el recurso de la parte demandante y revoca la sentencia de instancia, declarando el derecho de la actora a percibir determinada cantidad, superior a la concedida en primera instancia. La paga a que tiene derecho la trabajadora ha de calcularse con arreglo al salario percibido a la fecha del devengo y no con arreglo a la fecha de la solicitud.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de A.S.A. la sentencia dictada el día 21 de marzo de 2012 por el Juzgado de lo Social número 5 de los de Alicante que estimó parcialmente la demanda por ella deducida frente a la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana y el Colegio M.A. y condenó a la Conselleria a abonar a la actora la cantidad de 1.557,21 euros, absolviendo a la codemandada por apreciar la falta de legitimación pasiva del centro docente. El recurso se ha impugnado por el Letrado de la Generalitat.

2. El primer motivo del recurso se dedica a la revisión fáctica, proponiéndose:

a) que, con sustento en la nómina correspondiente al mes de marzo de 2.009, así como en el informe de vida laboral obrante en las actuaciones, y en el informe de la administración educativa (folio 39) el primero de los hechos que fueron declarados probados sea modificado de forma que quede redactado con arreglo al siguiente tenor:

“A.S.A. con DNI XXX ha prestado servicios para el centro privado concertado “M.A.” de Alicante desde 01 de noviembre de 1991, con categoría profesional de profesora de educación secundaria (segundo ciclo), jornada de trabajo a tiempo completo (25 horas lectivas semanales) hasta marzo de 2.009 y de 4 horas lectivas semanales a partir de esa fecha, con salario de 519,07 euros mensuales con prorrata de pagas extraordinarias”.

b) que citando el texto del Convenio Colectivo publicado en el BOE de 17-1-2.007 se adicione al tercero de los hechos probados en el siguiente tenor:

“La Disposición Transitoria Primera del mismo Convenio extiende el derecho a percibir la Paga de antigüedad a los trabajadores que a la entrada en vigor del Convenio tuvieran cumplidos 56 o más años y, que a lo largo de su vigencia alcanzarán al menos 15 años de antigüedad en la empresa y menos de 25”;

y c) que con fundamento en las tablas salariales del Convenio Colectivo quede redactado el hecho probado sexto de forma que diga:

“La actora tiene derecho a una paga de antigüedad consistente, en atención a la fecha de cumplimiento de 15 años de antigüedad (1 de noviembre de 2006) que incluye sueldo base (art. 52, Anexos II y III del convenio señalado), trienios (art. 57 del Convenio, Anexos II y III) esto es el sueldo base 1.678, 58 euros, más antigüedad, a razón de 43,06 euros cada uno, lo que hace un total de 5.675,64 euros”.

3. Aceptamos la primera de las revisiones propuestas por ser fiel reflejo de las pruebas citadas en su sustento, no así las otras dos por no descansar en prueba alguna y no ser más que valoraciones de carácter jurídico impropias de los hechos probados, y que pueden ser realizadas en sede de censura jurídica sin necesidad de un sustrato fáctico en el que descansar. No obstante lo anterior, se ha de señalar que la Sala solo se encuentra vinculada por aquella parte de los hechos probados en que se constaten datos de carácter fáctico, y no por las valoraciones de carácter jurídico anticipatorias y predeterminantes del fallo que en la resultancia histórica de forma impropia se contienen.

SEGUNDO.- 1. El siguiente motivo del recurso se formula con invocación del apartado c) del art. 193 de la LRJS, y se destina a la censura jurídica y en el se denuncia infracción del art. 61 y de la Disposición Transitoria Primera del Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, en relación con los arts. 3, 1.281 y 1.283 Cc.

2. Reclamándose en el presente proceso por la actora la gratificación – tres mensualidades extraordinarias- que reconocen los preceptos convencionales citados como infringidos a aquellos trabajadores que alcancen los 25 años de antigüedad o que siendo mayores de 56 años hayan alcanzado o alcancen los 15 años de antigüedad en la empresa durante la vigencia del convenio, no cuestionando el derecho de la actora a la percepción de tal gratificación, el Magistrado “a quo” sostiene que el salario a computar para el cálculo de dicha gratificación es el percibido por la actora a la fecha en que reclamó el pago, esto es, en el año 2.010, cuando trabajaba y era retribuida en atención a una jornada lectiva de 4 horas semanales mientras que por la parte actora se sostiene que el salario a computar es el que se percibía cuando se devengó el derecho que se reclama, fecha en la cual la trabajadora trabajaba con una jornada lectiva de 25 horas semanales.

3. La Sentencia nº 940/2.006, de 23 de junio, de esta Sala (recurso de suplicación 3062/2.005) ya resolvió una cuestión similar con relación a la paga extraordinaria de 25 años, regulada en el anterior Convenio Colectivo en términos similares al que resulta de aplicación al presente caso y el criterio seguido no fue otro que el ahora postulado por el recurrente, esto es, que la paga debe calcularse con arreglo al salario percibido a la fecha del devengo y no con arreglo a la fecha de la solicitud, y elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley nos han de llevar a mantener a lo que con relación al anterior texto convencional ya señalábamos y que ahora procedemos a reproducir: “a la vista del texto del art 61 del IV Convenio Colectivo en base al cual se debe efectuar dicho cálculo, y de las normas generales civiles sobre el cómputo de los plazos por fechas, es evidente que el devengo de una paga por el cumplimiento de determinado periodo de tiempo en la empresa, debe tener en cuenta el salario vigente a la fecha de tal devengo, pues aunque pudiera establecerse otra previsión favorecedora en términos generales de los derechos de los trabajadores, como lo es objetivamente el que el salario a computar sea posterior a tal fecha, y por ello probablemente mayor, tal forma de calcular no puede imponer una interpretación que perjudique los derechos de quien, una vez transcurrido el plazo exigido para el devengo de tal paga, se ve abocado, por la razón que sea, a una reducción de jornada que merma sus emolumentos, salvo que tal situación se produzca dentro del período a computar.”

TERCERO- Procede en consecuencia estimar el recurso en el sentido de fijar la cantidad objeto de condena en la de 5.675,64 euros, cantidad correspondiente a 3 mensualidades de sueldo base más antigüedad, percibidos en la fecha del devengo de la gratificación reclamada, cantidad en que se cuantifica la misma de acuerdo con el precepto convencional.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con **estimación del recurso de suplicación** interpuesto por A.S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de ALICANTE en sus autos núm. 60/2011 el día 21-3 -2.012 procedemos a **REVOCAR la resolución recurrida en el sentido de fijar en 5.675, 64 euros la cantidad que la Conselleria de Educació debe abonar a la actora.**

Sin costas.

Sentencia núm. 678, de 14 de marzo de 2013

Materia: Reconocimiento de derecho. Abono de determinadas cantidades en concepto de diferentes indemnizatorias. Trabajadores al servicio de empresa dedicada a la ebanistería (empresa auxiliar del sector el automóvil). La relación laboral de los trabajadores finaliza por despido colectivo autorizado en un ERE. Fecha de antigüedad y vínculo contractual. Teoría de la unidad del vínculo.

Juzgado: Estima en parte la demanda condenando al pago de determinada cantidad a varios trabajadores en concepto de diferencias indemnizatorias.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La fecha para el cálculo de las indemnizaciones debe ser la reconocida por la empresa y no por la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la parte demandada, la sentencia de instancia que estimando la demanda que le condenó al pago de parte de las cantidades reclamadas por los actores.

La recurrente estructura el recurso en base a dos motivos diferenciados, en el primero redactado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- en adelante LRJS- solicita la modificación de los hechos probados segundo y sexto y la adición de un nuevo hecho que ubica en el ordinal octavo, desplazando el actual hecho probado octavo al ordinal noveno.

2. En primer lugar propone modificar el hecho primero sustituyendo el salario consignado en la sentencia para el trabajador J.B.P. (71,22€ día) por el de 69,48€ día alegando que de los documentos 160 a 171 aportados por la propia recurrente al juicio y consistente en recibos de salarios correspondientes al último año, se obtiene una remuneración anual distinta a la calculada por la Magistrada de instancia, impugnando además el sistema de cómputo del módulo salarial diario, cuestión esta última que no puede ser objeto de debate en este primer motivo al tratarse de una impugnación de normas sustantivas, pero cuya revisión se insta de forma complementaria invocando el apartado c del artículo 193 de la LRJS, por lo que podemos resolverlo de forma conjunta.

En cuanto al salario anual que se desprende de los documentos de referencia efectivamente es el postulado por la recurrente de 25.359,37€ por lo que procede acceder a la modificación propuesta.

Por otro lado, entendemos igualmente que el cálculo del módulo salarial diario debe ajustarse a la doctrina contenida entre otras en la STS 24/01/2011, recurso 2018/2010, cuya infracción se alega en el segundo motivo del presente recurso y que

determina que para obtener el módulo salarial diario a partir del salario bruto anual, éste debe dividirse por 365 o 366 para los años bisiestos. Por lo que aplicada a la presente determina que el salario diario del Sr. B. debe ser de 69,48€ y no el que se consigna en el hecho probado primero de la sentencia.

3. En segundo lugar se propone la adición de un nuevo hecho probado en el que se determinen los periodos en los que los trabajadores percibieron prestación por desempleo (documentos 42 a 58 , 73 y 91 de la parte actora) procede acceder a tal adición al ser este un dato objetivo que resulta de los certificados de vida laboral de cada uno de los trabajadores, documentos en los que la Magistrada ha basado el historial de contratación que se recoge en los hechos probados 5,6 y 7 de la sentencia y que debe ser debidamente completado.

4. Por último, y de acuerdo con lo establecido en el folio 59 de los documentos obrantes en el ramo de prueba de la parte actora, procede acceder a modificar el hecho probado sexto donde consta que la trabajadora A.M.M. disfrutó de una excedencia por cuidado de hijos hasta el 17 de enero de 1997, para aclarar que conforme al citado documento la excedencia fue prorrogada hasta el 18/01/1998, siendo esta la fecha de finalización de la excedencia. Se accede igualmente a la modificación propuesta.

SEGUNDO. 1. En el segundo motivo del recurso se denuncia por la parte recurrente, la infracción d de la doctrina contenida entre otras en las STS 29/05/1997, STS 20/01/1997, STS 8/03/2007 y 17/12/2007. Sostiene en definitiva que la aplicación que de la doctrina de la unidad del vínculo hace la sentencia de instancia para computar el módulo de antigüedad en el cálculo de las indemnizaciones por despido no es correcta y que atendidas las circunstancias que concurren en cada uno de los trabajadores cuyas pretensiones han sido estimadas, no pueden incluirse los contratos temporales anteriores a la actual contratación indefinida en cuanto existen interrupciones superiores a 20 días que rompen la unidad del vínculo laboral e impiden su apreciación conjunta.

2. La censura efectuada invoca la doctrina aplicada por la propia Sentencia combatida para estimar las pretensiones de dos de los actores, concretamente las de la trabajadora A.M.M. y las de su compañero Sr. R., a los que reconoce una antigüedad superior a la reconocida por la empresa que aplica para elevar las cuantías de la indemnización recibida.

Antes de analizar la aplicación que de la doctrina de la unidad del vínculo hace la sentencia de instancia partiendo de los criterios recogidos ya en las STS de 29/09/1999 (recurso. 4936/1998); 15/02/2000 (recurso. 2554/1999); 15/11/2000 (recurso. 663/2000); 18/09/2001 (recurso. 4007/2000); 27/07/2002 (recurso. 2087/2001) 19/04/2005 (recurso. 805/2004) y 4/07/2006 (recurso. 1077/2005), debemos recordar que si bien inicialmente se tenía en cuenta como plazo interruptivo máximo el de los veinte días previstos como plazo de caducidad para la acción de despido. Posteriormente, se ha señalado que cabe el examen judicial de toda la serie contractual, sin atender con precisión aritmética a la duración de las interrupciones entre contratos sucesivos. Así, por ejemplo, se ha computado la totalidad de la contratación, a pesar de la existencia de una interrupción superior a 20 días, entre otros en los supuestos resueltos por las sentencias de 10/04/1995 (recurso. 546/1994) y 10/12/1999 (recurso. 1496 /1999), con interrupción de 30 días, y de coincidencia con el período vacacional en el auto de 10 /04/2002 (recurso. 3265/2001). Por otra parte, como se establece en

algunas de estas sentencias -y conviene recordar aunque en el supuesto aquí enjuiciado no consta- que es igualmente doctrina de la Sala IV la de que tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos. El Tribunal Supremo apoya esta línea interpretativa en la Sentencia de 4 de julio de 2006, Caso Adeneler, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se declara que "la Cláusula 5ª del Acuerdo Marco (Europeo) sobre el trabajo de duración determinada (Anexo de la Directiva 99/70/CE, de 28 de junio) debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos, los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales"; sentencia que sin duda avala la actual doctrina interpretativa que el Alto Tribunal sostiene de nuevo en la STS 18/02/2009, recurso 3256/2007 y en la STS 16/04/2012, recurso 558/2011.

3. La sentencia de instancia aplica la citada doctrina y considera que en el caso de dos de los trabajadores demandantes existen interrupciones significativas de la contratación que impiden aplicar la doctrina expuesta, son el caso del Sr. P., cuyas pretensiones son íntegramente desestimadas y el del Sr. B. cuya pretensión se estima únicamente en relación a la modificación del módulo salarial utilizado para el cálculo de la indemnización pero no el de la antigüedad.

Por el contrario en el caso del Sr. R. la Magistrada considera que la interrupción de 61 días que se produce entre la última contratación temporal y la fecha de antigüedad reconocida por la empresa no resulta significativa y no rompe la unidad del vínculo laboral, valorando para ello la existencia de 13 contrataciones anteriores entre las que manifiesta se dan breves interrupciones, que sin embargo en más de la mitad superan los 30 días. Igual planteamiento hace en la relación laboral de la Sra. M., sin tener en cuenta que a pesar de que en el fundamento segundo dice que entre el contrato suscrito el 2/01/1989, fecha en la que la empresa admite la continuidad en la contratación existe un lapso temporal de 18 días con la anterior contratación, de los hechos declarados probados resulta, sin embargo, que había transcurrido más de un año entre la anterior contratación que según consta en el hecho 6º finalizó el 15/01/1987 y la siguiente que se inicia como ya hemos dicho el 2/01/1989.

Entendemos pues que en ninguno de los dos casos puede operar la teoría de la unidad del vínculo, en primer lugar y en el caso del Sr. R., teniendo en cuenta la fecha en la que la empresa reconoce que existió unidad del vínculo 7/11/1994, y a tenor de lo dispuesto en el hecho probado 4 se observa, no solo que entre ambos contratos, existió un periodo de interrupción superior a 60 días, lo que supera en gran medida los límites temporales admitidos por la actual jurisprudencia, sino que de la serie contractual anterior a esta fecha, que solo comprende 6 de los contratos temporales celebrados con el trabajador, no se desprende una continuidad efectiva existiendo periodos de ruptura superiores al mes, habiendo percibido al menos en dos ocasiones prestación de desempleo que le fue reconocida en un total de 90 días. Estos datos objetivos que resultan de los hechos probados deben, además, ponerse en relación con el contexto circunstancial de la presente reclamación en el que se le reclama a la empresa una cantidad superior a la abonada por despido objetivo autorizado en un expediente de regulación de empleo, en el que por acuerdo de las partes se pactó una indemnización de 45 días por año trabajado y una prima adicional de 6000. euros, y en los que a la hora de

calcular las cantidades la empresa ha incluido parte de la contratación temporal de los trabajadores aplicando de forma voluntaria la doctrina aquí discutida. Por lo que no podemos considerar irrelevante, la ruptura del vínculo contractual por un periodo de 60 días y en consecuencia entendemos que la fecha de antigüedad para el cálculo de la indemnización debió ser la reconocida por la empresa y no la tenida en cuenta por la sentencia.

La misma conclusión se alcanza con el supuesto de la Sra. M. dado que la sentencia parte de una afirmación que no se corresponde con los hechos declarados probados, tal y como ya hemos expuesto con anterioridad. Por lo que la antigüedad de esta trabajadora quedará fijada el 2 /01/1989. Y no el 21/11/1984.

Con los nuevos parámetros resulta que la cuantía percibida por ambos trabajadores en concepto de indemnización por despido (HP3) es superior a la que les correspondería según su salario y antigüedad, que sería de 50.039,44€ para el Sr. R. y 64.156,50€ para la Sra. M.

Igualmente, procede limitar la cantidad reconocida en sentencia al Sr. B. ya que conforme al módulo salarial determinado por esta Sala, la diferencia retributiva sería la reconocida por la empresa en cuantía de 4.854,46€ y no la fijada en sentencia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa F.I.S.E. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social. 17 de los de VALENCIA, de fecha 24/10/2012, en consecuencia, REVOCAMOS la sentencia recurrida y ABSOLVEMOS A LA DEMANDADA FRENTE A LAS RECLAMACIONES EFECTUADAS POR LOS TRABAJADORES A.M.M.T., Y V.R.M., LIMITAMOS LA CONDENA DE PAGO AL TRABAJADOR J.B.P. A LA CUANTÍA DE 4.854,46€ Y DEJAMOS INALTERADO EL FALLO RECAIDO FRENTE A LA RECLAMACIÓN EFECTUADA POR A.P.M.

Sin costas.

Sentencia núm. 692, de 14 de marzo de 2013

Materia: Reintegro de gastos: Gastos farmacéuticos. Trabajador afiliado a la seguridad que necesita un fármaco para hacer frente a una enfermedad crónica discapacitante (narcopalepsia). El actor paga el 40% del precio del fármaco y solicita a la Conselleria demandada el reintegro de esa cantidad. Procedencia. Asimilación del actor a la condición de pensionista. El actor está en activo.

Juzgado: Estima la demanda, condenando a reembolsar el gasto farmacéutico.

Sala: Desestima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La discapacidad que padece el actor no está incluida en el grupo que da derecho a asimilarlo a la condición de pensionista. Además, quedan excluidas todas aquellas personas que se encuentran en activo, aunque lo estén a jornada reducida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Frente a la sentencia de instancia, que estima la demanda en solicitud del reintegro, por la Conselleria de Sanitat, del gasto farmacéutico aportado por el actor, en relación con dos cajas del medicamento denominado Modiodial, y que asciende a 111,88 euros, recurre la entidad demandada.

En el recurso de suplicación, que se ampara en un motivo único con cita del apartado c) del art. 193 de la LRJS, se estima que en la instancia se ha interpretado erróneamente el art 89 de la Ley 29/2006 de 26 de julio de uso racional de los medicamentos, así como los arts. 16 y 31 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo de cohesión y calidad del servicio nacional de salud, así como el Anexo V del RD 1030/2006 de 15 de septiembre, sobre la cartera de servicios comunes del servicio nacional de salud, en relación con el RD 1065/80 que regula la aportación del personal beneficiario del sistema en activo, en un 40%. Entiende la Conselleria que no basta con que exista la prescripción médica y obviamente la necesidad, pero ello lo que implica es la aportación de solo el 40% del coste del medicamento, pues en el caso del actor, su situación no puede equipararse a la del pensionista o a las personas en situación de incapacidades graves. Por su parte, el impugnante del recurso entiende que las normas citadas permiten considerar como asimilados a pensionistas a determinados colectivos, entre los que cabe el actor, que solo puede trabajar media jornada, sin que sus ingresos alcancen a satisfacer los gastos del medicamento que necesita.

SEGUNDO.- Las normas aplicables al presente supuesto, exigen la cita previa de las normas que resultan de directa aplicación al caso, como lo es el apartado 3 del Anexo V del RD 1030/2006 de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. En dicha norma se parte del contenido del art. 3.2 de la La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad 3.2, que consagra el acceso a las prestaciones

sanitarias en condiciones de igualdad efectiva, al igual que de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Señala el citado apartado 3 del Anexo V de la norma mencionada en primer lugar, y dentro del título denominado de: “Participación económica de los usuarios”, lo que sigue:

“La participación en el pago a satisfacer por los usuarios por los medicamentos y productos sanitarios que les proporcione el Sistema Nacional de Salud se regula de conformidad con los criterios recogidos en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

3.1 Aportación normal: Con carácter general, la participación económica que corresponde satisfacer a los usuarios en el momento de la dispensación en oficina de farmacia es del 40% sobre el precio de venta al público.

3.2 Aportación reducida: Un 10% sobre el precio de venta al público, sin que el importe total de la aportación pueda exceder de 2,64 euros por envase, importe que puede ser actualizado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, según lo dispuesto en la normativa vigente. Corresponde abonar este tipo de aportación en los siguientes supuestos:

a) Medicamentos para el tratamiento de enfermedades crónicas o graves, clasificados en los grupos o subgrupos terapéuticos recogidos en la normativa vigente y de acuerdo con las condiciones establecidas.

b) Efectos y accesorios pertenecientes a los grupos reglamentariamente establecidos.

c) Medicamentos que proporciona el Sistema Nacional de Salud a través de receta oficial a los enfermos de SIDA.

3.3 Exentos de aportación: En los siguientes supuestos:

a) Pensionistas y colectivos asimilados, afectados de síndrome tóxico y personas con discapacidad en los supuestos contemplados en su normativa específica.

b) Tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional.

c) Productos cuya dispensación al usuario se realice en los centros o servicios asistenciales sanitarios”

Previamente, la Ley 29/2006 de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, había establecido cuáles debían ser las especialidades respecto a la aportación de los usuarios en la prestación farmacéutica ambulatoria, bajo el principio de que ésta está sujeta a la aportación del usuario, que ésta se produce en el momento de dispensarse y de la proporcionalidad en relación con los niveles de renta. Ya en dicha norma se establecía la garantía de continuidad de los tratamientos de carácter crónico para asegurar un alto nivel de equidad a los pacientes pensionistas con tratamientos de larga duración. Sin embargo, en la mención de situaciones que podrían asimilarse a los pensionistas, la norma señala determinadas discapacidades, en las que el actor no se encuentra incluido, así como a las personas perceptoras de rentas de integración social, o de pensiones no contributivas, parados que han perdido el derecho a percibir el subsidio de desempleo o aquellas con tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedad profesional, lo que excluye a todas aquellas personas en activo, aunque lo estén en jornada reducida, pues la situación de activo presupone una capacidad de trabajo, incompatible con las situaciones que descritas en las normas antes citadas. Admitir la gratuidad del medicamento supondría equiparar al trabajador, en situación de activo, a quien no es capaz de realizar ninguna actividad retribuida.

Pero su concreta situación también impide la inclusión del actor dentro de los supuestos de aportación reducida pues ello exigiría su inclusión normativa en alguno de los grupos o subgrupos terapéuticos establecidos en los Anexos del RD 1348/2003 de 31 de octubre. Sin embargo, ni el demandante ni la sentencia de instancia señalan en cuál de ellos podría incluirse, lo que posibilitaría la discusión. La Sala, en ningún caso, podría de motu proprio entrar a conocer de tal cuestión, que la parte ni siquiera ha suscitado, salvo de forma genérica, al pretender que se le aplique, bien la exención total o “la que le corresponda”.

Por todo lo cual procede, estimar el recurso dejando sin efecto la sentencia de la instancia.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de CONSELLERIA DE SANIDAD, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.UNO de los de ELCHE, de fecha 10 de junio del 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de D. A.J.S.C.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la Conselleria demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sentencia núm. 703, de 14 de marzo de 2013

Materia: Despido. Trabajador al servicio de Entidad Bancaria. El actor recibe una sanción de amonestación escrita por irregularidades en su trabajo. Falta leve. Posteriormente se emite un informe de auditoría. Excepción de prescripción: estimación. No se entra a conocer sobre el fondo del asunto.

Juzgado: Estimando la excepción de prescripción alegada por la parte actora, declara prescrita la falta imputada y, en consecuencia, la revocación de la sanción impuesta, lo que conlleva la estimación de la demanda. Declara la improcedencia el despido y condena a la empresa demandada a la readmisión o indemnización correspondiente.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia recurrida. En el momento del despido no había transcurrido el plazo de prescripción de 60 días previsto en el artículo 60.2 del ET. Desestima la excepción de prescripción y acuerda la devolución de los autos al juzgado de procedencia para que por la Magistrada de Instancia entre a resolver sobre el fondo de la cuestión debatida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de los de Castellón que estima la prescripción de la falta y estima la demanda por despido, interpone recurso de suplicación la parte demandada. Como primer motivo del recurso y al amparo de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social-LRJS- se solicita la nulidad de la sentencia recurrida por insuficiencia de hechos declarados probados, al entender la recurrente que la misma omite datos esenciales para la resolución de la imputación disciplinaria efectuada en la carta de despido y no se pronuncia sobre el fondo de la cuestión planteada. Cita la parte la infracción del artículo 97.2 de la LRJS en relación al artículo 202.2 de la LRJS. 2. La sentencia de instancia no infringe lo dispuesto en el artículo 97.2 de la LRJS en cuanto que fija los hechos que considera acreditados y fundamenta y motiva tanto la determinación del relato fáctico como el fallo de la sentencia. No puede la parte pretender la nulidad alegando que no se han consignado como hechos acreditados las conductas imputadas en la carta de despido, y ello porque tal pretensión excede sin lugar a dudas del derecho de la parte a obtener una sentencia motivada.

SEGUNDO.- 1. Como segundo motivo del recurso y al amparo de lo dispuesto en el apartado c del artículo 193 de la LRJS se denuncia la infracción del artículo 60.2 del ET por estimación indebida de la prescripción de la falta imputada. Para la recurrente el argumento de la instancia, fijando como fecha de inicio del computo de plazo de prescripción el día 28/12/2011, fecha en la que el actor se entrevistó con el auditor de cuentas nombrado por la entidad bancaria, infringe la interpretación que del precepto en cuestión hace la doctrina establecida en la reciente

sentencia del Tribunal Supremo de 19-9-2011, recurso de casación para la unificación de doctrina nº 4572/2010. Sostiene que el inicio del plazo debe coincidir con el momento en el que el órgano con facultades sancionadoras tiene conocimiento de los hechos y que esto solo se produce al finalizar el informe de auditoría. 2. Ciertamente, la citada doctrina ha sido recientemente aplicada por esta sala tal y como muy bien recuerda la recurrente en su argumentación jurídica con cita de nuestra sentencia de 20/03/2012, dictada en el recurso 334/2012 y según la cual cuando los hechos imputados no puedan descubrirse con una simple auditoría contable y solo puedan ser conocidos por la empresa en virtud de la denuncia de terceros o por la comunicación que le hiciera el trabajador, cuyo silencio es constitutivo de una falta continuada de deslealtad, el inicio del plazo de seis meses del art. 60.2 del E.T. debe de computarse a partir del día en que la empresa debió o pudo tener indicios de su comisión que es cuando los perjudicados denunciaron los hechos, cesó la ocultación y la empresa tuvo noticia de la posible conducta irregular del actor. Sostiene la Sala Cuarta del Tribunal Supremo en la STS 19/09/2011, Recurso: 4572/2010 con cita de las de 25 de julio del 2002 (Rec. 3931/2001), 27 de noviembre del 2001 (Rec 260/2001), 31 de enero del 2001 (Rec. 148/2000), 18 de diciembre del 2000 (Rec. 2324/99), 14 de febrero de 1997 (Rec. 1422/06), 22 de mayo de 1996 (Rec. 2379/1995), 26 de diciembre de 1995 (Rec. 1854/95), 29 de septiembre de 1995 (Rec. 808/95 , 15 de abril de 1994 (Rec. 878/93), 3 de noviembre de 1993 (Rec. 2276/91), 24 de septiembre de 1992 (Rec. 2415/91) y 26 de mayo de 1992 (Rec. 1615/91), entre otras que: *"Esta doctrina ha establecido los siguientes criterios: 1).- En los supuestos de despidos por transgresión de la buena fe contractual o abuso de confianza, "la fecha en que se inicia el plazo de prescripción establecido en el artículo 60.2 del Estatuto de los Trabajadores no es aquella en que la empresa tiene un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas, sino que, cuando la naturaleza de los hechos lo requiera, ésta se debe fijar en el día en que la empresa tenga un conocimiento cabal, pleno y exacto de los mismos"* (sentencias de 25 de julio del 2002 , 27 de noviembre y 31 de enero del 2001 , 18 de diciembre del 2000 , 22 de mayo de 1996 , 26 de diciembre de 1995 , 15 de abril de 1994 , 3 de noviembre de 1993 , y 24 de septiembre y 26 de mayo de 1992); 2).- *Se ha de entender que ese conocimiento cabal y exacto lo tiene o adquiere la empresa, cuando el mismo llega a un órgano de la misma dotado de facultades sancionadoras o inspectoras (sentencias de 25 de julio del 2002 , 31 de enero del 2001 , 26 de diciembre de 1995 y 24 de noviembre de 1989); 3).- En los supuestos en que los actos transgresores de la buena fe contractual se cometen por el trabajador de modo fraudulento o con ocultación, eludiendo los posibles controles del empresario, debe tenerse en cuenta que tal ocultación "no requiere ineludiblemente actos positivos, basta para que no empiece a computarse la prescripción, que el cargo que desempeña el infractor obligue a la vigilancia y denuncia de la falta cometida, pues en este supuesto, el estar de modo continuo gozando de una confianza especial de la empresa, que sirve para la ocultación de la propia falta, es una falta continua de lealtad que impide mientras perdura que se inicie el computo de la prescripción"* (sentencias de 25 de julio del 2002 y 29 de septiembre de 1995). *Es obvio que el conocimiento empresarial a que se refiere la jurisprudencia reseñada tiene que ser un conocimiento efectivo, real y cierto, no siendo aceptable sustituir ese conocimiento real y cierto por la mera posibilidad de haber tenido la empresa noticia de los hechos acontecidos, sin que ese conocimiento hubiese tenido lugar, y menos aún cabe admitir a este respecto la aplicación de ficciones o suposiciones". "El mero hecho de efectuar en la contabilidad de la empresa los oportunos asientos contables, aunque tal contabilidad se lleve informáticamente y aunque se realicen los pertinentes arqueos diarios, no supone de*

ningún modo que en la realidad de las cosas la empresa haya tomado noticia y conocimiento de la falta o faltas cometidas. La tesis de la sentencia recurrida es equivocada y contraria a esa realidad, pues la mera realización de esos asientos contables no supone la adquisición de conocimiento alguno sobre la existencia de la infracción por la empresa, y menos aún por parte de aquellas personas de la misma que ostentan facultades sancionadoras o inspectoras. Afirmar que la consignación en la contabilidad empresarial del asiento correspondiente a una determinada operación implica automáticamente que la empresa conoce adecuadamente esa operación (y también las personas con las facultades que se acaban de indicar), es una ficción jurídica que carece por completo de base. Y tal carencia de base se acrecienta de forma particularmente acusada en los casos como el presente, en que se trata de una entidad bancaria, en los que los asientos contables que se llevan a cabo en un solo día ascienden normalmente a muchos miles". "Se recuerda que las sentencias de esta Sala de 22 de mayo de 1996 y 26 de diciembre de 1995 resolvieron también unos despidos debidos a irregularidades cometidas por empleados de Banca, que en el momento en que fueron realizadas habían dado lugar a la consignación de las oportunas anotaciones contables en la contabilidad de la empresa, pero ésto no fue óbice ni obstáculo de ninguna clase para que esas sentencias considerasen que el plazo prescriptivo de tales faltas no comenzaba a contar sino desde que la empresa tuvo conocimiento pleno, cabal y exacto de las mismas". "Como se vió, esta doctrina jurisprudencial ha declarado que no basta, a los efectos del inicio del plazo prescriptivo, con que la empresa tenga "un conocimiento superficial, genérico o indiciario de las faltas cometidas", pues a tales efectos se requiere "un conocimiento cabal, pleno y exacto" de los hechos acaecidos. Y es impensable que un conocimiento de caracteres tan exigentes y rigurosos se alcance por el simple hecho de que se hayan recogido en la contabilidad de la empresa las anotaciones o asientos relativos a las operaciones de que se trate". "La jurisprudencia comentada exige que sean las personas u órganos de la empresa que tienen competencias sancionadoras o inspectoras, quienes tengan el referido conocimiento de los hechos acontecidos, y es prácticamente imposible que los concretos asientos contables diarios de la empresa sean conocidos por esas personas u órganos, salvo en el caso de que éstos realicen una auditoria o un expediente informativo en relación a tales asientos". Pues bien en el presente caso y a pesar del contenido de la entrevista mantenida el día 28/12/2011 por el actor y los auditores, lo cierto es que la determinación exacta de la operativa denunciada, su constatación y correlativa documentación ante posibles medidas disciplinarias, requieren por su complejidad y para conocimiento exacto del alcance y consecuencias de la misma una labor de averiguación previa por parte de los auditores, que concluye con el informe emitido el 9/02/2009 en el que se ponen de manifiesto los hechos imputados y son comunicados a la dirección. Conforme a la doctrina expuesta es este y no otro el momento en el que debe iniciarse el cómputo de la prescripción. Por lo tanto, debemos estimar el presente recurso y considerar que en el momento del despido no había transcurrido el plazo de prescripción de 60 días previsto en el artículo 60.2 del ET. La parte recurrente solicita la devolución de los autos para que la Magistrada de instancia entre a resolver sobre el fondo de la cuestión debatida, por lo que no habiéndose suscitado el debate sobre el fondo del asunto en esta instancia procede acceder a lo solicitado.

CUARTO- La estimación del recurso formulado por la parte demandada conlleva la revocación de la sentencia de instancia y la devolución de los autos al Juzgado sentenciador.

FALLO

ESTIMAMOS EL RECURSO DE SUPPLICACIÓN interpuesto por la representación procesal de C. SA contra la sentencia dictada por el Juzgado número dos de los de Castellón y en consecuencia revocamos la sentencia recurrido y desestimando la excepción de prescripción acordamos la devolución de los autos al juzgado de procedencia para que por la Magistrada de Instancia se entre a resolver sobre el fondo de la cuestión debatida.

Sentencia núm. 756, de 26 de marzo de 2013

Materia: Accidente no laboral. Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RETA. Solicitud prestación de incapacidad permanente. El INSS dicta resolución no reconociendo la prestación al no presentar el actor reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Queda probado que las dolencias que padece el trabajador le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual. Se concede al actor una invalidez permanente en el grado de total para profesión habitual con derecho a una pensión vitalicia del 55 por ciento de su base reguladora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por F.J.M.G., la sentencia dictada el día 23 de noviembre de 2.011 por el Juzgado de lo Social número 3 de los de Castellón que desestimó la demanda por él formulada frente al INSS en la que solicitaba ser declarado afecto de situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. No se ha presentado escrito de impugnación.

2. El primero de los motivos del recurso se destina a la revisión fáctica a fin de que con fundamento en lo declarado por el perito de parte en el acto de la vista se sustituya la expresión: "Al principio del día le cuesta comenzar pero luego puede realizar su jornada", por la expresión " El paciente manifiesta que debido a los dolores, cuando se levanta está mal, pero luego mejora algo a medida que avanza el día, siempre sin esfuerzos y que a veces necesita tomar algún analgésico".

3. La revisión se rechaza pues aun cuando haya sido declarado por el perito al deponer como tal en la vista, lo declarado no tiene el valor de pericia, esto es el resultado de la constatación de datos objetivos a través de especiales conocimientos científicos, artísticos o prácticos), pues se refiere a impresiones que al perito le ha referido la parte a cerca de su estado físico y que en la redacción fáctica propuesta no aparecen como constatadas de forma objetiva.

SEGUNDO.- 1 El segundo motivo, formulado con correcta invocación del apartado c) del art. 193 de la LRJS, se encuentra destinado a la censura jurídica, a fin de denunciar que, a juicio del actor, la resolución recurrida ha infringido los arts. 136.1 y 137,4 de la LGSS en cuanto que se considera que las dolencias padecidas por el actor aparecen descritas en el hecho tercero de la sentencia no incapacitan al actor para la ejecución de las principales y fundamentales tareas de su profesión habitual.

2. El grado de invalidez pretendido, se encuentra descrito en el apartado 4 del art.

137 de la LGSS, siendo de aplicación la redacción del mismo anterior a la Ley 24/1.997, vigente en la actualidad de conformidad con la Disposición Transitoria quinta bis de la LGSS, en cuanto que dicha reforma legislativa no sea objeto de desarrollo reglamentario, como aquella que supone un impedimento para la ejecución de las tareas esenciales de la profesión habitual de quien las padece, señalando la jurisprudencia (Sentencias del TS de 24-7-86 y 9-4-90) que señala que, a los efectos de la declaración de invalidez permanente en el grado de total, debe partirse de los siguientes presupuestos, sistematizados en la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid de 30-5-2005 que por su claridad hacemos nuestros: **A**). La valoración de la invalidez permanente ha de hacerse atendiendo fundamentalmente a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos del trabajador, en cuanto tales restricciones son las que determinan la efectiva restricción de la capacidad de ganancia; **B**). Han de ponerse en relación las limitaciones funcionales resultantes de los requerimientos de las tareas que constituyen el núcleo de la concreta profesión; **C**). La aptitud para el desempeño de la actividad laboral habitual de un trabajador implica la posibilidad de llevar a cabo todas o las fundamentales tareas de la misma, con profesionalidad y con unas exigencias mínimas de continuidad, dedicación, rendimiento y eficacia, sin que el desempeño de las mismas genere "riesgos adicionales o superpuestos" a los normales de un oficio que comporte el sometimiento a "una continuación de sufrimiento" en el trabajo cotidiano; **D**). No es obstáculo a la declaración del tal grado de incapacidad el que el trabajador pueda realizar otras actividades distintas, más livianas y sedentarias, o incluso pueda desempeñar tareas "menos importantes o secundarias" de su propia profesión habitual o cometidos secundarios o complementarios de ésta, siempre que exista una imposibilidad de continuar trabajando en dicha actividad y conserve una aptitud residual que "tenga relevancia suficiente y trascendencia tal que no le impida al trabajador concretar relación de trabajo futuro"; **E**). Debe entenderse por profesión habitual no un determinado puesto de trabajo, sino aquella que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarse en la movilidad funcional."

3. Expuestas las anteriores consideraciones doctrinales se ha de señalar que el relato histórico de la resolución recurrida, así como las aseveraciones que como probadas se contienen en los fundamentos de derecho, nos describe el caso de un trabajador, que en la actualidad cuenta con 54 años cuya profesión es la de oficial de primera mecánico, profesión esta que ejerce como autónomo y que a consecuencia de un accidente taurino ocurrido el día 9 de octubre de 2.008 presenta un cuadro de lumbalgia mecánica por hernia discal L3-L4, hernia discal extruida L5-S1, radiculopatía L5 izquierda crónica discreta, cicatrices en pierna, glúteo y tórax por herida de asta de toro presentando limitaciones moderadas de raquis lumbar presentando discapacidad para actividades con altas exigencias en cuanto a posturas mantenidas, incómodas, externas del raquis lumbar. Y a la vista de estos datos se ha de estimar el motivo y revocar la resolución recurrida pues es un hecho notorio que la profesión del actor requiere de constantes posicionamientos mantenidos con implicación del raquis lumbar tales como las cuclillas mantenidas, la torsión lumbar etc.; tareas éstas necesarias y fundamentales en la reparación mecánica de automóviles para las que el recurrente se encuentra impedido, lo que le hace merecedor del grado invalidante pretendido.

TERCERO.- Por lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho no procede sino estimar el recurso, con revocación de la resolución recurrida en el sentido de admitir la demanda interpuesta por el recurrente.

Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por F.J.M.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 4 de CASTELLÓN en sus autos núm. 1193/2.010 en fecha 23-11-2011 REVOCAMOS LA RESOLUCIÓN RECURRIDA en el sentido de estimar la demanda deducida por el actor frente al INSS, DECLARÁNDOLE AFECTO A SITUACIÓN DE INVALIDEZ PERMANENTE EN EL GRADO DE TOTAL PARA PROFESIÓN HABITUAL CON DERECHO A UNA PENSIÓN VITALICIA DEL 55 POR CIENTO DE LA BASE REGULADORA DE 750,85 EUROS con las actualizaciones que procedan y teniendo como fecha de efectos la de 22 de junio de 2.010.

Sin costas.

Sentencia núm. 787, de 27 de marzo de 2013

Materia: Prestación de viudedad. La demandante se encuentra separada del causante de la prestación. No se fijó pensión compensatoria a favor de la demandante en el convenio regulador de la separación. El organismo demandado denegó la pensión de viudedad al haber transcurrido más de diez años entre la fecha de separación o divorcio y la fecha del fallecimiento del causante. La demandante es beneficiaria de una pensión de vejez del SOVI. La demandante defiende la reanudación de la convivencia tras la separación.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones dirigidas en su contra. No procede la prestación demandada,

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Para que la reanudación de la convivencia deje sin efecto lo resuelto en el procedimiento de separación es necesario que ambos cónyuges lo pongan en conocimiento del juez, lo que no se ha producido en este caso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se dedica a la revisión de hechos probados, postulando se añada un segundo párrafo al hecho probado cuarto que diga: “No transcurre por consiguiente el plazo de más de diez años desde la separación judicial hasta el fallecimiento del causante, habida cuenta de que ambos cónyuges reanudan la convivencia marital y por consiguiente se produce una reconciliación que surte efectos frente a terceros”.

2. Basa la revisión propuesta en el documento aportado a que se hace referencia en el propio hecho probado cuarto, y que ha sido valorado por la razonada sentencia de instancia en el último párrafo de su fundamento jurídico único al señalar que “En cuanto a la alegada reanudación de la convivencia del matrimonio con posterioridad a la separación, además de ser dudosa, pues la única prueba de la que se puede deducir es el documento presentado en juicio que recoge la mera manifestación del causante de un cese de convivencia en febrero de 2010, sin que conste fecha de reanudación de la convivencia, lo cierto es que para que la reconciliación de los cónyuges produzca un efecto jurídico como el pretendido frente a terceros, debería haberse seguido el trámite que para la reconciliación prevé el artículo 84 del Código Civil...”. Como quiera que la valoración de la prueba corresponde en general a los órganos jurisdiccionales de instancia (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2000), y que la revisión quiere extraerse del propio documento tenido en cuenta por la Magistrado de instancia, y como indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1995 el propio documento tenido en cuenta por el juzgador de instancia no es eficaz a efectos revisorios, se impone la desestimación del motivo, teniendo en cuenta además que en el mismo se pretende introducir aspectos jurídicos como el relativo a que “se

produce una reconciliación que surte efectos frente a tercero”, extraños al relato fáctico y que pudieran predeterminar el fallo.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se dedica a la censura jurídica denunciando “infracción legal por inaplicación de lo preceptuado en la Disposición Transitoria 18ª de la Ley General de la Seguridad Social”, argumenta que a pesar de que en el Registro Civil no se anotó al margen de la inscripción de matrimonio y de la separación judicial la reconciliación, el causante puso en conocimiento de la Administración (en este caso el INSS) que ambos cónyuges habían reanudado la convivencia dando lugar a su reconciliación, por lo que jamás pudo transcurrir el plazo de más de diez años”.

2. Como quiera que el relato histórico permanece inalterado, y de la comunicación dirigida al INSS de que se hace mérito en el hecho probado cuarto, no se deduce sin más que desde la fecha de la separación por sentencia de 1 de septiembre de 1998 (hecho probado 3º) se hubiera reanudado en forma la convivencia que como había indicado la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2011, que cita otras y se invoca ya en la de instancia “...por razones de seguridad jurídica la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial”... que hay que tener en cuenta "la necesaria publicidad, que, en principio, resulta predicable de las situaciones relativas al estado civil y si la sentencia que acordó la separación se inscribe en el Registro Civil también tendrá que inscribirse la reconciliación, que sólo puede tener acceso al Registro a través de la resolución que el órgano judicial adopte, una vez comunicada por los cónyuges la reconciliación conforme al artículo 84 del Código Civil ".En conclusión, "la vida en común, que se presume por el matrimonio (artículo 69 del Código Civil), se suspende con la sentencia de separación (artículo 83), lo que por cierto, no es incompatible con la reanudación temporal de la «vida en el mismo domicilio», que no es lo mismo que vida en común -o tiempo vivido con el cónyuge expresión del artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social -, que es propia de la convivencia conyugal. Y para que la reanudación de esa convivencia pueda dejar «sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación» (artículo 84.1º) es necesario que los cónyuges la pongan en conocimiento del juez civil que entendió de la separación. Mientras tanto no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica...”. No se ha producido la infracción jurídica denunciada y este motivo también se desestima.

TERCERO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia impugnada. Sin costas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y 2º.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña Mª D.C.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 14 de Valencia el día dos de mayo de dos mil doce, en proceso sobre pensión de viudedad seguido a su instancia contra el **INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL** y confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 796, de 2 de abril de 2013

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Personal auxiliar sanitario al servicio de empresa demandada. A partir de determinada fecha la empresa les comunica modificación condiciones de trabajo en cuanto a jornada, horario y regularización de antigüedad de acuerdo con el convenio colectivo del sector de la Sanidad. La modificación de las condiciones solo afecta a cuatro trabajadoras. Incongruencia omisiva de la sentencia de instancia.

Juzgado: Declara justificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, con el derecho por parte de las actoras a optar en el plazo de 15 días por la extinción indemnizada de su contrato de trabajo, a razón de 20 días por año trabajado y con el límite de 9 mensualidades de salario.

Sala: Estima el recursos y anula la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse la misma a fin de que se proceda a dictar una nueva sentencia que resuelva la cuestión planteada de modo congruente con las pretensiones y alegaciones sustanciales formuladas por las partes. Y en particular, para que se pronuncie sobre la concurrencia de las causas alegadas por la empresa demandada para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las demandantes de fecha de efectos 1-6-2012, sin presumir su existencia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda y declara justificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo de las demandantes dispuesta por la empresa V., S.L. con efectos de 1-6-2012 con derecho de las actoras a optar en el plazo de quince días por la extinción indemnizada de su contrato de trabajo, interponen recurso de suplicación las demandantes que articulan en ocho motivos y que ha sido impugnado de contrario, como ya se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el cauce del apartado a del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), mientras que los cuatro siguientes se formulan por el cauce del apartado b del indicado precepto y los tres últimos se fundamentan en el apartado c del susodicho artículo.

SEGUNDO.- En el primer motivo se imputa a la sentencia de instancia la infracción del art. 97 y 138 de la LJS en relación con los artículos 208, 209, 216 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 41.3 del E.T., así como del art. 24.1 de la Constitución Española al existir vicios procedimentales que han producido indefensión

a la parte actora, por lo que solicita la nulidad de la sentencia. Razona la defensa de las actoras que a pesar de que la demanda origen de autos impugna las modificaciones sustanciales de trabajo de carácter individual, notificadas a las actoras el 11-5-2012, con efectos de 1-6-2012, la sentencia considera que se trata de una impugnación de modificación de las condiciones de trabajo de carácter colectivo y que acreditado el cumplimiento de los requisitos legales establecidos en el art. 41.4 del ET y no habiéndose impugnado la decisión empresarial por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho, declara justificadas las modificaciones de las condiciones impugnadas, a tenor de la presunción legal establecida en el último párrafo del art. 41.4 del E.T. Según la defensa de las recurrentes el juzgador de instancia yerra al considerar que las modificaciones laborales operadas tienen carácter colectivo, puesto que afectaron a un número de trabajadores inferior al establecido en el art. 41.3 del E.T., ya que el resto de trabajadores del centro ya aceptaron la modificación sustancial de las condiciones de trabajo el 1-12-2011, lo que es indicativo de que el período de consultas es ficticio y se llevó a cabo a efectos meramente formales. En definitiva si la modificación sustancial de las condiciones de trabajo notificada en mayo de 2012 solo afecta a las cuatro demandantes, no puede ser considerada de carácter colectivo, al no afectar al menos a 10 trabajadores por cuanto que la empresa solo tiene 21 empleados y por consiguiente la sentencia del juzgado es incongruente con las peticiones de las partes y produce indefensión a las demandantes, pues, se aparta de los términos del debate y deja cuestiones sin resolver ya que al entender erróneamente que se trata de una modificación de carácter colectivo declara justificada la decisión empresarial en base únicamente a la presunción legal establecida en el último inciso del art. 41.4 E.T. sin entrar a valorar materialmente si la empresa ha probado que las modificaciones operadas responden y resultan consecuentes con las causas esgrimidas en las respectivas notificaciones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Es cierto que la sentencia del Juzgado declara justificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo de las actoras dispuesta por la empresa demandada con efectos de 1-6-2012 y ello aun cuando en la demanda formulada se impugna la decisión empresarial de modificar las condiciones de trabajo de las actoras con carácter individual. Entiende el Magistrado “a quo” tras el examen de la prueba practicada que la decisión empresarial de modificar las condiciones de trabajo de las demandantes se enmarca en una solución de carácter colectivo adoptada con el acuerdo de la representación de los trabajadores en la empresa por cuanto que la modificación afecta a diecisiete trabajadoras, entre ellas, las actoras y que al haber dado cumplimiento a los requisitos formales establecidos en el art. 41 ET para la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, en tanto que la prueba practicada no ha desvirtuado la presunción de concurrencia de las causas económicas, organizativas y técnicas alegadas por la empresa demandada en la comunicación de la apertura del período de consultas, deben entenderse concurrentes dichas causas, por lo que declara ajustada a derecho la modificación.

Para dilucidar si estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter individual o de carácter colectivo, interesa tener presentes los siguientes hechos que se desprenden del relato fáctico de la sentencia de instancia y de la sentencia n.º 164/2012 del Juzgado de lo Social n.º dieciséis de Valencia a la que se refiere aquella en el hecho probado tercero:

La empresa demandada que es adjudicataria del contrato administrativo de gestión de servicios públicos por concierto para la prestación de la hemodiálisis ambulatoria suscrito por la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana ocupa a 21 trabajadores.

En fecha 1-12-2011 la empresa entregó a las actoras y al resto de trabajadores de la misma comunicación escrita sobre modificación de sus condiciones de trabajo en relación con la jornada, horario y regularización de antigüedad de acuerdo con el Convenio Colectivo del sector de la sanidad privada de la provincia de Valencia, alegando que las mejoras tecnológicas y de procesos ya incorporados así como una mayor dotación de recursos humanos permiten que la prestación del servicio de diálisis así como la atención complementaria que pueda requerir el paciente tenga una duración máxima de 5 horas y media. Hasta el 1-1-2012 las actoras –y el resto del personal, al menos el de enfermería –venían realizando su trabajo en turnos de 6 horas diarias durante 6 días a la semana. A partir de dicha fecha han pasado a realizar turnos de 5 horas y media si bien doblan turno tres días a la semana.

Contra la anterior modificación interpusieron demanda las actoras, sobre la que recayó la sentencia nº 164/2012 del Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia que declaró nula la modificación de condiciones de trabajo de las actoras comunicadas a estas por escrito de fecha 1-12-2011, por entender que se trataba de una modificación de carácter colectivo puesto que afectaba a condiciones reconocidas a los trabajadores en virtud de acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por éstos, en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos, sin que se haya seguido el procedimiento establecido en el art. 41. 4 ET y se condena a la empresa demandada a que reponga a las trabajadoras a sus anteriores condiciones, habiéndose solicitado la ejecución de la meritada sentencia.

El 10-5-2012 la empresa demandada comunicó por escrito a la representación legal de los trabajadores la apertura del período de consultas para la modificación colectiva de las condiciones de trabajo, conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET y se dice que afecta a un total de 17 trabajadores, entre ellos las actoras. En fecha 11-5-2012 se suscribió acto de finalización del período de consultas con acuerdo en los términos establecidos en la propuesta de la empresa en su escrito de 10-5-2012, haciéndose constar asimismo que dicha modificación fue aceptada por todos los trabajadores afectados, salvo por las actoras.

Mediante comunicación escrita de 11-5-2012 la empresa notificó de nuevo a las actoras la modificación de sus condiciones de trabajo esta vez con efectos de 1-6-2012 en relación a jornada, horario, y regularización de antigüedad de acuerdo con el Convenio Colectivo del sector de la sanidad privada de la provincia de Valencia, alegando que las mejoras tecnológicas y de procesos ya incorporados así como una mayor dotación de recursos humanos permiten que la prestación del servicio de diálisis así como la atención complementaria que pueda requerir el paciente tenga una duración máxima de 5 horas y media.

De los datos expuestos se evidencia que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las actoras de fecha de efectos 1-6-2012 que se impugna en el presente proceso no afecta más que a las propias actoras ya que si bien el resto de trabajadores vieron modificadas sus condiciones de trabajo de igual modo que las

actoras, aquella modificación se produjo con efectos de 1-1-2012 y no fue impugnada más que por las actoras, por lo que a fecha 1-6-2012 se mantenía dicha modificación respecto al resto de trabajadores y aunque en el escrito de la empresa de 10-5-2012 por la que se comunica a la representante de los trabajadores la apertura del período de consultas para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, se dice que dicha modificación afectará a diecisiete trabajadores, incluidas las actoras, lo cierto es que tan solo iba a afectar a las demandantes porque como se ha visto al resto de personal ya se le había modificado sus condiciones de trabajo con efectos de 1-1-2012. Luego si la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las demandantes con efectos de 1-6-2012 solo afecta a las mismas, esto es, a cuatro trabajadoras de un total de 21 trabajadores de la empresa demandada, dicha modificación no puede considerarse de carácter colectivo, pues, para ello tendría que afectar a un mínimo de 10 trabajadores, según se desprende del art. 41.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores según la redacción dada al mismo por el Real Decreto Ley 3/2012 que era la aplicable en la fecha en que se produce la modificación. Y si no se trata de una modificación de carácter colectivo no es aplicable el procedimiento establecido en el art. 41.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y por consiguiente el acuerdo alcanzado en el período de consultas sobre la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las actoras en la medida en que resulta inocuo no permite presumir la concurrencia de las causas alegadas por la empresa demandada para justificar la referida modificación, sino que es necesario entrar a examinar la concurrencia de dichas causas, lo que no efectúa la sentencia de instancia por lo que la misma ha incurrido en la incongruencia omisiva que le imputa la defensa de las recurrentes y que ha ocasionado una evidente indefensión a las demandantes que han visto modificados indebidamente los términos del debate, habiéndoseles limitado además sus motivos de oposición al entender el Magistrado de instancia que las actoras tan solo podían impugnar el acuerdo adoptado sobre la modificación sustancial de sus condiciones de trabajo por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho.

La incongruencia omisiva de que adolece la sentencia de instancia obliga a concluir que la misma ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas, por lo que procede estimar el recurso de suplicación interpuesto por la parte actora y, sin entrar a examinar el resto de los motivos del mismo, reponer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para que por el Magistrado “a quo” se resuelva la cuestión planteada de modo congruente con las pretensiones y alegaciones sustanciales formuladas por las partes y en particular para que se pronuncie sobre la concurrencia de las causas alegadas por la empresa demandada para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las demandantes de fecha de efectos 1-6-2012, sin presumir su existencia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^a M.^a C.G.A., D.^a M.^a E.L.O., D.^a M.^a D.T.P. y D.^a J.L.H. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Valencia y su provincia, de fecha 18 de septiembre de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de las recurrentes contra V. S.L., y anulamos la sentencia recurrida, reponiendo las actuaciones al momento procesal anterior al de dictarse la misma a fin de que se proceda a dictar una nueva sentencia que resuelva la cuestión planteada de modo congruente con las pretensiones y alegaciones

sustanciales formuladas por las partes en particular para que se pronuncie sobre la concurrencia de las causas alegadas por la empresa demandada para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de las demandantes de fecha de efectos 1-6-2012, sin presumir su existencia.

Sentencia núm. 805, de 3 de abril de 2013

Materia: Recurso contra auto. Fijación de indemnización: Indemnización por daños y perjuicios causados. Ejecución de sentencia firme. Trabajadores al servicio de entidad postal.

Juzgado: Fija las cantidades debidas por la entidad y desestima el recuro del organismo demandado en los autos.

Sala: Estima en parte el recurso, modificando las cantidades a indemnizar por el organismo demandado en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se plantea recurso de suplicación en representación de la S.E. C. y T. S.A. frente a los autos dictados en la instancia en materia de ejecución de sentencia firme. El recurso se estructura en un único motivo encajado dentro de lo establecido en el art. 193 c) de la LPL (que se cita por evidente error material al encontrarse ya en vigor la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) y denunciándose en el mismo la infracción del art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, art. 239.1 de la Ley de procedimiento laboral (art. 241 de la Ley procedimental). Se argumenta en el motivo que existiría una extralimitación en el auto dictado en ejecución al establecer unas indemnizaciones superiores a las concedidas en las sentencias pronunciadas dentro del actual procedimiento dado que en la dictada por ésta Sala de lo Social se fijó una indemnización “por un año” y la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en fecha 15/9/2009 no modificó el plazo de la indemnización sino solo el montante indemnizatorio por lo que no cabría alterar ni ampliar el indicado plazo. Y aunque es cierto que en la demanda se pedía una indemnización por daños y perjuicios a razón de 69,5 euros por días desde el 1 de julio de 2006 en cuya fecha entraron en vigor las nuevas bolsas de empleo y de las cuales fueron excluidos los actores hasta que fueran reintegrados en las mismas y que ello se produjo el 7 de abril de 2008 entendiendo la Abogada del Estado que al no haber recurrido la parte actora la sentencia de suplicación no cabría cuestionar ni ampliar el referenciado plazo del año que quedó así definitivamente fijado, apareciendo ello igualmente delimitado en los Autos dictados por el Tribunal Supremo en fecha 12 de enero de 2010 y en el auto de 15 de julio de 2010 ---ver fundamento de derecho quinto---- por lo que extender como hace el auto recurrido la indemnización a fecha 7 de abril de 2008 supondría una extralimitación a la sentencia que se ejecuta siendo pues los cálculos correctos los realizados en su momento para cada uno de los demandantes, es decir 14.417,50 € (39.5 € por 365 días) con descuento de los salarios cobrados durante dicho período por alguno de los demandantes.

SEGUNDO.- Para poder dar una adecuada respuesta al motivo dada la extensa y dilatada batería de recursos entablados dentro del actual proceso es preciso partir del contenido de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de fecha 15/9/2009 que anula la dictada por éste Tribunal Superior de fecha 27/6/2008 estimando el recurso de casación interpuesto por C. y T. en cuyo recurso se habían planteado los criterios de

cálculo para la liquidación de la indemnización en el caso de exclusión de las listas o bolsas de empleo y señalándose por parte del Tribunal Supremo –véase fundamento de derecho segundo- que de los salarios dejados de percibir debían de excluirse las cantidades adicionales por daños morales a diferencia pues del criterio sustentado por ésta Sala que había incluido dicha suma adicional. Se indica que los salarios dejados de percibir empezarían a contar desde la fecha de la contratación por parte de C. lo que coincidiría con lo pedido por la parte actora en la demanda, y tomado en consideración por éste Tribunal, es decir, desde el 30 de junio de 2006. Sin embargo, no se estimó la pretensión formulada por aquella parte en relación al devengo de salarios hasta la fecha de su reintegro en las bolsas pues como se indica en el punto 7 del fundamento jurídico octavo no existía prueba de que los actores hubieran trabajado continuamente todo el tiempo que se mantuvieron excluidos de la bolsa de trabajo considerándose como un factor estimado computable a éstos efectos indemnizatorios el plazo de un año. Frente a dicho pronunciamiento la parte actora no formuló recurso alguno por lo que no resulta posible que en vía de ejecución de sentencia se altere el pronunciamiento allí vertido, extendiéndose el montante del cálculo indemnizatorio más allá del indicado año, tal y como efectúa el auto recurrido. Para ello debió haberse impugnado por la parte actora la referencia que ésta Sala realizó sobre el montante indemnizatorio concedido en base a considerar los salarios de un año a tiempo continuado, lo que no hizo, y por lo tanto dicho aquietamiento debe determinar la aplicación del modulo anual aludido en dicha sentencia pues lo contrario supondría llevar a cabo una ejecución en contra de una decisión que no fue objeto de una posterior impugnación. Se reitera que la sentencia dictada por ésta Sala solo fue recurrida por la entidad demandada, y no por la parte actora, y el acogimiento del recurso no guardaba relación ni conexión alguna con el plazo anual al que se refería la sentencia recurrida por lo que no cabe alterar dicho extremo so pena de incurrir en una clara y patente extralimitación al llevarse a cabo una ejecución en contra de los propios términos fijados en el título que se ejecuta.

En definitiva, intentando armonizar los criterios expuestos en las resoluciones a ejecutar entendemos que el salario a aplicar debía ser el tomado en consideración por el Juzgado de instancia, es decir, 39,50 euros día que multiplicados por los 365 días del año al que se refirió la sentencia de esta Sala daría lugar a la suma de 14.417,50 €, sin efectuar descuento alguno respecto a los salarios percibidos por alguno de los demandantes ni durante el indicado año ni mucho menos hasta la fecha en la que aquellos fueron ya incluidos en las bolsas de empleo, ya que el cálculo de la cantidad fijada en concepto de indemnización fue fijada de manera ponderada o estimatoria sin conexión directa con los reales salarios a percibir. Por lo que tampoco cabría efectuar mediante la ejecución que ahora se plantea el descuento de lo cobrado dado que no existiría ninguna incompatibilidad entre la indemnización fijada en sentencia judicial derivada de una exclusión indebida de las listas de empleo producida en el seno de la entidad demandada y lo percibido por trabajos prestados en otra u otras empresas por parte de los empleados, no encontrándonos ante un proceso de despido sino de tutela de derechos fundamentales en los que se censura aquel comportamiento excluyente con la petición de una indemnización en concepto de daños y perjuicios que no tiene porqué ir anudada a la existencia de una prestación efectiva de servicios.

Razones que nos conducen al acogimiento parcial del recurso entablado fijando la cuantía de la indemnización a percibir por cada uno de los demandantes en la suma de **14.417,50 euros**, sin efectuar deducción o descuento alguno en relación a lo percibido

por la prestación de servicios por alguno de los actores durante el período 1/6/2006 al 7/4/2008.

De cuanto antecede,

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación formulado por C. y T., S.A.E. frente al auto de fecha 14 de septiembre de 2012 que desestimó el recurso de reposición formulado contra el auto de 29 de junio de 2012 dictados por el Juzgado De Lo Social número 3 de Alicante y con revocación de los indicados autos fijamos la cantidad debida a cada demandante derivada de la sentencia firme que se ejecuta en la suma de 14.417,50 euros condenando a la S.E. C. y T. a su completo pago.

Procédase una vez firme la presente resolución a la entrega del depósito efectuado para recurrir así como a la devolución a la entidad recurrente de la diferencia de la cantidad consignada y la fijada en la actual sentencia.

Sentencia núm. 822, de 9 de abril de 2013

Materia: Prestación de viudedad. Solicitud prestación. La actora estuvo casada con el causante de la prestación, del cual se encuentra separada desde 1999. No se estableció pensión compensatoria entre cónyuges. El INSS deniega la prestación por no concurrir los requisitos legalmente establecidos por resolución. La actora y el causante continuaron su convivencia desde la fecha de la separación judicial hasta el del fallecimiento de éste, sin que en ningún momento pusieran en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de reconciliación. Entre la fecha de la separación y el fallecimiento ha transcurrido más de 10 años.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de lo peticionado frente al mismo.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No procede conceder la prestación a la actora demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En un único motivo formulado al amparo del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), se fundamenta 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 pensión de viudedad, no habiéndose impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Aun cuando el único motivo del recurso debió de introducirse por el apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), habida cuenta que la sentencia de instancia se dictó cuando ya estaba en vigor la nueva norma procesal, pues así lo establece la Disposición Transitoria Segunda de la LJS, dicho defecto no puede impedir entrar a conocer del recurso, al no causar indefensión a la contraparte, por ser idéntico el contenido de los dos preceptos procesales referidos.

Imputa la defensa de la parte recurrente a la sentencia del juzgado la infracción de los artículos 171 a 179 de la LGSS así como de la jurisprudencia que lo interpreta, si bien no cita sentencia alguna en apoyo de su denuncia, alegando que en el caso que nos ocupa no existe ninguna duda de la convivencia entre los cónyuges desde la separación legal hasta el momento de la muerte del causante por lo que estamos ante un supuesto de auténtica pareja de hecho, no debiendo dejarse sin protección a la demandante por el mero incumplimiento de un requisito formal como es la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la comunidades autónomas o ayuntamientos, máxime si tenemos en cuenta la edad y educación de la demandante y el hecho de que no solo convivió con el causante los últimos once años, sino que además estuvo casada con el causante desde el 29-7-1973, habiendo tenido en común varios hijos.

Respecto a la censura jurídica expuesta se ha de señalar que la misma no puede prosperar al incumplir los requisitos exigidos por el artículo 196.2 de la LJS, ya que no basta la cita de los preceptos que se consideran infringidos, sino que es necesario fundamentar la infracción en relación con la propia normativa o en los términos empleados por la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2006 “es preciso... que se desarrolle, adecuada y suficientemente, la fundamentación de la infracción jurídica que se atribuye a la sentencia impugnada”, aspecto aquí totalmente omitido y sustituido por un simple alegato.

Por otra parte, se ha de señalar que del inalterado relato fáctico de la sentencia del juzgado se constata que la actora y el causante en el momento del fallecimiento de éste se encontraban separados judicialmente, perviviendo el vínculo matrimonial entre ambos, lo que hace a todas luces imposible que se les considere como pareja de hecho y ello no solo porque no estuvieran inscritos como tal en el correspondiente Registro de parejas de hecho que existe en esta Comunidad Autónoma desde el año 2001 y que fue creado por Ley 1/2001, de 6 de abril, sino porque se hallaban impedidos para contraer matrimonio al continuar casados, de modo que su situación no cabe incardinarla en el apartado 3 del art. 174 de la LGSS, como pretende la defensa de la recurrente y como quiera que la demandante tampoco reúne los requisitos establecidos en el nº 2 del art. 174 de la LGSS por cuanto que no era beneficiaria de pensión compensatoria en el momento del fallecimiento del causante ni era víctima de la violencia de género en el momento de la separación judicial, careciendo asimismo de los requisitos establecidos en la Disposición Transitoria 18ª del mismo texto legal, ya que desde la fecha de la separación judicial y la fecha de fallecimiento del causante transcurrieron más de once años, siendo la edad de la demandante en la fecha del fallecimiento del causante inferior a los 65 años, se ha de concluir, tal y como efectúa la sentencia de instancia, denegando la pensión de viudedad reclamada en la demanda con la consiguiente desestimación de la misma y la confirmación de la resolución impugnada, previa desestimación del recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Dª. R.F.J. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Cinco de los de Alicante y su provincia, de fecha 11 de julio de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 835, de 10 de abril de 2013

Materia: Tutela de los derechos fundamentales. Trabajadora que presta sus servicios como agente de ventas en agencia de viajes. Por causas organizativas y de producción, y tras haber disfrutado la actora de permisos de maternidad y lactancia, se le comunica traslado de su centro de trabajo, sin modificación alguna del resto de condiciones laborales y salariales. La demandante alega trato discriminatorio.

Juzgado: Desestima la demanda, declarándose no haber lugar al amparo judicial solicitado por la demandante.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia recurrida. La medida que se impugna no obedece a móvil discriminatorio alguno sino al legítimo ius variandi empresarial. La medida adoptada no conlleva un perjuicio apreciable para la trabajadora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por parte de R.C.P. la sentencia dictada el día 30 de noviembre de 2.012 por el Juzgado de lo Social número 7 de los de Valencia que desestimó la demanda que interpuso frente a su empleadora Viajes X. SAU y el Ministerio Fiscal promoviendo procedimiento de tutela de los derechos fundamentales, en la consideración de que el cambio de centro de trabajo al que se encuentra adscrita decretado por la demandada vulnera el art. 14.1 CE. Al recurso se ha adherido el Ministerio Público, sin que por parte de la empresa se haya formulado impugnación.

2. Encontrándose articulado el recurso en un único motivo destinado a la censura jurídica, debemos comenzar por señalar que el Magistrado “a quo”, contra el criterio de la actora y del Ministerio Fiscal, consideró que la decisión empresarial impugnada por aquella no vulneraba el principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo sobre la base de los siguientes datos fácticos que obran en el inalterado por consentido por loas partes relato histórico de la sentencia recurrida:

a) la actora, con domicilio en Xiva (Valencia) viene prestando servicios por cuenta y orden de la demandada como asesora de viajes desde el 1-1-1.998, servicios estos que al menos desde Febrero de 2.002 venían siendo prestados en el centro de trabajo que la empresa tiene en la localidad de Torrent (Valencia), centro de trabajo este que se encuentra a 28 kilómetros de su domicilio, siendo el tiempo que normalmente se emplea para desplazarse de un lugar a otro de unos 28 minutos;

b) la actora desde el 4-11-2.008 tiene reconocida una reducción de jornada por cuidado de hija siendo su horario de lunes a viernes de 10:30 a 16:30 horas y uno de cada tres sábados de 10:30 a 13:30 horas, esta hija es recogida por la ruta escolar todas las mañanas a las 8:15 siendo devuelta a las 17:25 horas;

c) la actora dio a luz a su segundo hijo el 14-12-2.011, acumulando al permiso de maternidad el de lactancia, incorporándose al trabajo el 30-4-2.012;

d) con carácter previo a tal reincorporación la demandante el día 27 de abril de 2.012 había recibido un correo electrónico en el cual la empresa, haciendo uso de sus facultades directivas y en virtud de causas organizativas y de producción, obedeciendo a la necesidad de optimizar recursos, su centro de trabajo una vez reincorporada sería la Oficina sita la Avenida de Campanar de Valencia, sin modificación alguna de condiciones laborales y salariales, este centro de trabajo dista del domicilio de la recurrente 31 Kilómetros, empleándose normalmente en el desplazamiento 33 minutos;

e) el centro de trabajo de Torrent tenía presupuestado para el año 2.012 un volumen de facturación de 920.000 euros, integrando su plantilla tres trabajadoras: la jefa que hace solo horario de mañana pues tiene una reducción de jornada y dos asesoras de viaje una en horario de mañana y otra en horario de tarde, por su parte, el centro de trabajo de la Avenida Campanar, donde se le respeta a la recurrente su reducción de jornada, cuenta con una facturación presupuestada para el ejercicio 2.012 de 720.000 euros, y cuenta con dos trabajadores, la demandante como asesora de viaje, con horario de 10:30 a 16:30 y el jefe de la oficina cuyo horario finaliza a las 20:30 horas;

f) la empresa demandada ha disminuido su nivel de ventas y cuenta con pérdidas.

3. En el único motivo de su recurso considera el recurrente que la resolución recurrida ha vulnerado el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 en relación con los arts. 4.2 c), 17 y 20 del Estatuto de los Trabajadores, ya que se considera que la orden de lo que denomina traslado de la actora es una reacción empresarial a la reincorporación de la misma a la empresa tras finalizar su descanso maternal y de lactancia ya que no encuentra justificado de forma objetiva y razonable, habiéndose aportado en el acto del juicio por parte de la empresa datos relativos a la situación económica de la misma que no aparecen reflejados en la comunicación modificativa que se remitió a la actora, no obedeciendo esta medida y la elección concreta de la trabajadora en cuestión sino a represaliarla por haber disfrutado de los meritados descansos, y que, por otro lado, la medida se ha llevado a cabo lo establecido en el art. 13 del Convenio de aplicación en la empresa.

4. A fin de resolver el motivo, debemos señalar en primer lugar, que amen de referirse a cuestiones de legalidad ordinaria, no susceptibles de ser discutidas en la modalidad procesal de tutela de la libertad sindical y demás derechos fundamentales por mor del carácter sumario que a tal modalidad procesal se le otorga en el art. 53.2 de la CE, lo cierto es que el precepto que se cita se refiere supuestos de movilidad geográfica, esto es, a modificaciones de centro de trabajo que impliquen para el trabajador cambio de residencia (art. 40 E.T), circunstancia esta que no concurre en el presente caso en el que el cambio de centro de trabajo, no implica cambio de domicilio, pues como se ha expuesto, en el presente caso, la actora estaba adscrita a un centro de trabajo que distaba 28 kilómetros de su domicilio y ha sido destinada a otro centro que dista 33 kilómetros del mismo- En este sentido cabe citar lo ha entendido el TS, así la STS de 9-2-2.010 (RCUD 1605/2.009) que "El traslado de centro de trabajo sin cambio de domicilio y respetando la categoría y funciones, se viene considerando por la reiterada jurisprudencia de esta Sala como una modificación accidental de las condiciones de trabajo y encuadrable dentro de la potestad organizativa del empresario. Y que " los supuestos de movilidad que no impliquen aquel cambio (bien de forma permanente, en el traslado; bien de forma temporal, en el desplazamiento) están amparados por el ordinario poder de dirección del empresario reglado en los arts. 5.1.c) y 20 ET no

estando sujetos a procedimiento o justificación algunos, a excepción del preceptivo informe del Comité de Empresa (art. 64.1.4º b) ET, para el supuesto de traslado -total o parcial- de las instalaciones-.

5. Partiendo de que, como se acaba de exponer, el cambio de centro de trabajo objeto de enjuiciamiento es una potestad empresarial dimanante del “ius variandi” empresarial, y no obstante dicha naturaleza de la se ha de señalar que esta conducta deberá ser tildada de nula si obedece a una motivación discriminatoria por razón de sexo, como pudiera serlo toda represalia en relación con el disfrute de descansos relacionados con el embarazo y la maternidad (arts 10 y 8 de la LO 3/2.007 de 22 de marzo de Igualdad efectiva de mujeres y hombres). Dicho lo cual se ha de señalar que en estos casos, que la propia LO 3/2.007 establece en su artículo 13 que “en aquellos procedimientos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias, por razón de sexo, corresponderá a la persona demandada probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y su proporcionalidad”, lo cual trasladado al proceso laboral tiene su reflejo en los artículo 96.1 de la Ley 36/2.011 de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, al señalar con carácter general y para todo tipo de procesos que “1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un 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”, refiriéndose a esa particular distribución de la carga de la prueba en la modalidad procesal objeto de examen en el apartado 2 del art. 181 de la propia LRJS (“2. 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”), Lo cual, traslado al supuesto objeto de enjuiciamiento, nos debe llevar a la conclusión de que, no obstante, el carácter de facultad empresarial de la modificación de centro de trabajo operada, al haber sido notificada a la actora, tres días antes de su reincorporación tras disfrutar de los descansos de maternidad y lactancia, lo que implica un serio indicio, de que tal decisión pudiera estar relacionada con tal disfrute, le incumbe al empresario para obtener una sentencia absolutoria justificar que tales medidas resultan justificadas y proporcionales, esto es, que están relacionadas con el derecho a la libertad de empresa que reconoce el art. 38 de la CE, no obedeciendo a móvil discriminatorio alguno, sin que dicha justificación sea necesario que preste con carácter previo al juicio, en la comunicación empresarial, pues, como ya se ha dicho, no nos encontramos ante una medida empresarial que requiera de notificación formal y fundada alguna como pudiera ser un traslado o desplazamiento que implique cambio de domicilio (arts. 40.1 y 4 E.T, o una modificación sustancial de condiciones de trabajo del art. 41 E.T)

6. Y acudiendo a datos que arriba expusimos, resulta que hemos de coincidir con el Juzgador de instancia a la hora de estimar que la medida que se impugna no obedece a móvil discriminatorio alguno sino que se encuadra dentro del legítimo ius variandi empresarial y ello por las siguientes circunstancias que valoradas de forma conjunta han de hacer desvanecerse cualquier tinte discriminatorio que pudiera entrañar el proceder empresarial impugnado: en primer lugar, la medida impuesta desde el punto

de vista del tiempo empleado en el desplazamiento para la actora desde su domicilio a su lugar de trabajo, apenas le causa un perjuicio apreciable a la trabajadora, que por otro lado continua trabajando con jornada reducida y con idénticas condiciones laborales que las que tenía reconocidas con anterioridad al descanso; y, en segundo lugar, concurren las razones organizativas y productivas alegadas en la comunicación efectuada a la actora, pues lo cierto es que con su reincorporación, la oficina en la que se encontraba destinada resultaría sobredimensionada en el turno de mañana, contando la de Campanar con un solo trabajador a tiempo completo resultando, pues, justificadas razones de organización de recursos humanos para dar una atención debida a la clientela, con los medios materiales que se cuentan en una empresa en la que no son viables nuevas contrataciones dada la situación de pérdidas y de descenso de la facturación. Por ello se ha desestimar el motivo.

SEGUNDO.- Corolario de lo razonado será la confirmación de la resolución recurrida. Sin costas al gozar el recurrente, dada su condición de trabajador del sistema de seguridad social, del derecho a la asistencia jurídica gratuita (art. 235.1 de la LRJS y 2 d) de la Ley de asistencia jurídica gratuita).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por R.C.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de VALENCIA de fecha 30 de noviembre de 2012 en sus autos núm. 520/2.012, PROCEDEMOS a CONFIRMAR LA RESOLUCIÓN RECURRIDA.

Sin costas.

Sentencia núm. 841, de 10 de abril de 2013

Materia: Recurso contra auto. Expediente de regulación de empleo. Incidente concursal laboral. Mercantil dedicada a servicios informáticos.

Juzgado: Acuerda la extinción colectiva de las relaciones laborales interesadas, extinguiéndose los contratos de trabajo del personal de la empresa y se fijan las correspondientes indemnizaciones.

Sala: Desestima el recurso interpuesto por una particular y estima el recurso interpuesto por el representante del comité de empresa. Declara la nulidad de las actuaciones para que practicadas las diligencias que se consideren necesarias se proceda a integrar el relato de hechos probados y a resolver expresamente las cuestiones formales y procesales suscitadas en el expediente de despido colectivo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Contra el Auto acordando la extinción colectiva de los contratos de trabajo de los trabajadores afectados, se interponen dos recursos de suplicación. El primero de ellos lo interpone una de las trabajadoras afectadas por el despido, V.M.G., y el segundo el representante del comité de Murcia, J.M.C.S.

No procede admitir el recurso formulado por la Sra. M., en cuanto que tal como se alega por la impugnante y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 64.8 de la Ley Concursal- en adelante LC-, esta carece de legitimación activa. En este sentido hay que recordar que el precepto en cuestión establece que contra el auto extintivo del Juez del Concurso, podrán interponer recurso de suplicación, la administración concursal, el concursado, los trabajadores a través de sus representantes y el Fondo de Garantía Salarial. Esta Sala ya se ha pronunciado sobre el alcance e interpretación de dicho precepto a efectos de legitimación activa en el recurso de suplicación entre otras en la ST de 12/02/2012 dictada en el recurso 1462/2012, y lo ha hecho en el sentido de restringir la legitimación individual del trabajador frente a la decisión colectiva.

La Sra. M. comparece en nombre propio y no acredita representación alguna por lo que de acuerdo con los argumentos expuestos procede acordar la inadmisión de su recurso por falta de legitimación activa de la recurrente.

2. El segundo de los recursos cuya admisión no se cuestiona por la impugnante plantea dos motivos de suplicación que aunque no se remiten expresamente al artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- en adelante LRJS- se encuadran a tenor literal de su contenido en los apartados a y c del citado precepto legal.

En primer lugar, se denuncia la infracción de normas o garantías del procedimiento; en concreto, infracción del artículo 64.5 de la LC que ha causado indefensión a los trabajadores. Argumenta la recurrente que el juzgador no resolvió pese estar obligado a ello sobre la petición efectuada, mediante otro sí, en el escrito presentado por los trabajadores el 24/07/2012 y por la que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 64.5 de la LC, se solicitaba la participación en el periodo de consultas de otras personas físicas o jurídicas sobre las que existían indicios de grupo empresarial con responsabilidad laboral, así como la aportación de la documentación contable de las mismas, pudiendo haber sido esta información determinante tanto a efectos de la valoración de la concurrencia de las causas extintivas como de las responsabilidades patrimoniales derivadas de las mismas.

En segundo lugar, se denuncia infracción de normas sustantivas (artículo 64 de la LC y 51 del Estatuto de los Trabajadores- en adelante-ET) alegando falta de acreditación de las causas económicas alegadas en el expediente de extinción, inexistencia de negociación previa, infracción de la buena fe y abuso de derecho. Incumplimiento de otros requisitos formales previstos para la tramitación de este tipo de expedientes y existencia de grupo de empresas.

SEGUNDO- 1. Se solicita en primer lugar la nulidad parcial de las actuaciones al entender que el Juzgado no dio respuesta alguna a la petición de los trabajadores fundada en el párrafo 3º del apartado 5. Del artículo 64 de la LC que permite a estos solicitar al juez la participación en el período de consultas de otras personas físicas o jurídicas que indiciariamente puedan constituir una unidad de empresa con la concursada. A estos efectos, podrá interesar el auxilio del juzgado que se estime necesario para su comprobación. Igualmente, para el caso de unidad empresarial, y a efectos de valorar la realidad económica del conjunto empresarial, se podrá reclamar la documentación económica consolidada o la relativa a otras empresas. Y que tal incumplimiento generó indefensión a los trabajadores.

Efectivamente, y tal como ya ha establecido esta Sala entre otras en la ST de 27/07/2012, recurso 1696 /2012, la falta de tratamiento de la existencia o no del grupo empresarial vicia la decisión judicial sobre extinción de contratos, que se toma al margen de un elemento determinante tanto para la constatación de la causa alegada como para las posibles responsabilidades patrimoniales que pudieran derivarse del acuerdo de extinción. Esta doctrina que encuentra fundamento en la STS de 23/01/2007, es anterior a la redacción actual del artículo 64 dada por la ley 38/2011, en la que de forma imperativa se incorpora la necesidad de que el juez del concurso de entrada a la discusión jurídica del grupo de empresas con carácter previo a la resolución de los contratos de trabajo. La falta de respuesta del juzgado a la petición de los trabajadores constituye una infracción de la norma que genera indefensión a los mismos en la defensa de sus intereses laborales y patrimoniales, privándoles del acceso a una información que como ya hemos dicho resulta relevante para la resolución del despido colectivo planteado por la empresa concursada.

No existen, sin embargo, datos objetivos que permitan a este tribunal entrar a resolver ninguna de las cuestiones sustantivas planteadas por la recurrente, recordando a las partes que nos encontramos ante un recurso extraordinario y excepcional en el que la Sala se encuentra vinculada por los hechos declarados probados en la instancia, cuya revisión no ha sido instada. En este caso, además, la resolución impugnada adolece de

hechos probados, lo que supone, además, una infracción de lo dispuesto en el artículo 191.4 b de la LRJS, limitándose el Juzgador a incorporar en este apartado la lista de trabajadores afectados y la fecha de declaración del concurso, lo que nos impide realizar cualquier tipo de valoración acerca de las cuestiones sustantivas planteadas.

La consideración anterior nos lleva necesariamente a acordar la nulidad de actuaciones en los términos previstos en el artículo 202.2 y la remisión de autos al órgano competente para que recabando la información y practicando las diligencias que considere necesarias complete e integre el relato de hechos probados y resuelva sobre las cuestiones planteadas en el expediente de extinción colectiva, incluida la concurrencia de causa extintiva considerando para ello la posible existencia o no de grupo de empresas con responsabilidad laboral.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de J.M.C.S. QUIEN ACTUÓ EN NOMBRE Y REPRESENTACIÓN DEL COMITÉ DE EMPRESA DE Murcia C.I. SL contra el AUTO dictado por el Juez de lo Mercantil nº 2 de ALICANTE Y en consecuencia, declaramos la NULIDAD DE LO ACTUADO con devolución de los autos al Juzgado de procedencia para que practicadas las diligencias que se consideren necesarios se proceda a integrar el relato de hechos probados y a resolver expresamente las cuestiones formales y procesales suscitadas en el expediente de despido colectivo.

Con inadmisión del recurso planteado por la trabajadora V.M.G.

Sin costas.

Sentencia núm. 858, de 16 de abril de 2013

Materia: Prestación de viudedad. Actora que convive con el causante de la prestación durante los últimos cinco años. El causante presentó demanda de divorcio, a la cual se opuso su esposa formulando petición de pensión compensatoria, desestimándose la misma. Cumplimiento de los requisitos para optar a la pensión de viudedad. Falta de inscripción en el registro de parejas de hecho.

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Combate en suplicación la representación letrada de la parte actora la sentencia del juzgado que desestima su demanda sobre reconocimiento de pensión de viudedad al faltar el requisito de inscripción registral de la pareja de hecho formada por la actora y el causante de la pensión solicitada, articulándose el recurso en dos motivos y no habiendo sido impugnado el mismo de contrario.

En primer lugar se examinará el segundo motivo del recurso al pretenderse con él la modificación de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, mientras que en el primero de los motivos se contiene la censura jurídica de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- Solicita la defensa de la recurrente la revisión de los hechos probados, haciendo hincapié en que la sentencia del juzgado tiene por acreditada la convivencia efectiva de la pareja formada por la demandante y el causante con cinco años de antelación al fallecimiento de éste, pero sin admitir que fue la actitud obstructiva de la esposa del causante la que impidió la disolución del matrimonio a través del preceptivo divorcio, actitud que según la recurrente se evidencia en el otorgamiento y formalización de la escritura notarial de capitulaciones matrimoniales por los que el causante y su esposa liquidaban su régimen ganancial y que obra como documento nº 3 de la demanda.

La deficiente forma en que se deduce la revisión fáctica postulada por la demandante impide su éxito ya que como señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de junio de 2006, recurso nº 189/2004, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), “para que la denuncia del error pueda ser apreciada en este recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin

necesidad de argumentaciones o conjeturas y sin recurrir a la alegación de prueba negativa, consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Y d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91-; 31/03/93 -rec. 2178/91-; 26/09/95 -rec. 372/95-; 04/10/95 -rec. 45/95-; 04/11/95 -rec. 680/95-; 21/12/98 -rec. 1133/98-; 24/05/00 -rec. 3223/99-; 03/05/01 -rec. 2080/00-; 19/02/02 -rec. 881/01-; 12/03/02 -rec. 379/01-; 07/03/03 -rec. 96/02-; 15/07/03 -rec. 7/03-; 27/01/04 -rec. 65/02-; 06/07/04 -rec. 169/03-; 12/07/04 -rec. 166/03-; 17/09/04 -rec. 108/2003-; 29/12/04 -rec. 54/04-; 18/04/05 -rec. 3/04-; 18/05/05 -rec. 140/02-; 15/06/05 -rec. 191/04-; 27/07/05 -rec. 13/04-; 22/09/05 -rec. 193/04-; 10/10/05 -rec. 180/04 -).

En el presente caso ni se concreta la adición, modificación o supresión que se interesa introducir en el relato fáctico de la resolución recurrida ni tampoco se constata la trascendencia que le da la defensa de la recurrente, a efectos de modificar el pronunciamiento del fallo, al otorgamiento en escritura notarial de las capitulaciones matrimoniales realizadas por el causante y su esposa poco antes de presentar la demanda de divorcio, lo que conduce al fracaso el motivo ahora examinado.

TERCERO.- En el primero de los motivos se denuncia la infracción del artículo 174.3 de la LGSS y del “art. 3.2 de la Ley 2001 de 6 de abril de la Comunidad Valenciana por la que se regula las Relaciones de hecho.”

Aduce la defensa de la parte actora que en el presente caso concurren todos los requisitos necesarios para la concesión de la pensión de viudedad solicitada, si bien es necesaria una interpretación amplia y en nada restrictiva de los hechos que se han de tener en cuenta y de los que destaca que la imposibilidad de contraer matrimonio por estar aún casado el causante y que le impedía acceder a la constitución y registro de pareja de hecho con la demandante, obedecía a la actitud torticera y obstructiva de la esposa del fallecido quien se negó en todo momento a conceder el divorcio de forma amistosa o por el procedimiento de común acuerdo a su esposo, estando acreditada, por lo demás, la convivencia de la actora con el causante durante al menos cinco años antes del fallecimiento de aquel.

El párrafo cuarto del número 3 del artículo 174 LGSS en redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, dispone que "A efectos de lo establecido en este apartado , se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante".

En el presente caso se trata de interpretar la exigencia que contiene la norma en orden a acreditar la propia existencia de la pareja de hecho en relación con el requisito de inscripción en el registro de parejas de hecho con una antelación de dos años al momento del fallecimiento del causante. No se discute la convivencia entre los integrantes de esa pareja, que según los hechos probados de la sentencia de instancia, se extendió desde el año 2004 hasta el fallecimiento, ocurrido el 25 de octubre de 2010.

Sobre el indicado punto, se explica en la STS de 20 de julio de 2010 (recurso 3715/2009) que en el párrafo cuarto del número 3 de aquél precepto se contienen dos simultáneos requisitos para que el miembro superviviente de la «pareja de hecho» pueda obtener la pensión de viudedad : a) de un lado, la convivencia estable e ininterrumpida durante el periodo de cinco años (a acreditar mediante empadronamiento, o por cualquier otro medio de prueba, con especial poder de convicción, particularmente documental, tal y como se afirma en las SSTS 25/05/10 -rcud 2969/09 - y 09/06/10 -rcud 2975/09) ; y b) de otro, la publicidad de la situación de convivencia more uxorio , imponiendo -con carácter constitutivo y antelación mínima de dos años al fallecimiento- la inscripción en el registro de parejas de hecho (en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia) o la constancia de su constitución en documento público.

Y se razona sobre ello a continuación en la referida STS 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 -como antes hemos señalado- 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). 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»."

La proyección de la anterior doctrina al presente caso lleva a desestimar la pretensión ejercitada por la demandante, tal y como ha efectuado la sentencia de instancia, al no concurrir el requisito de inscripción en el Registro de parejas de hecho que existe en esta Comunidad Autónoma desde el año 2001, siendo creado por Ley 1/2001, de 6 de abril, sin que se haya acreditado que la imposibilidad de dicha inscripción fuera debido a la actitud obstructiva de la esposa del causante, sino más bien a la tardanza de éste en presentar la demanda de divorcio, pese a llevar conviviendo con la demandante más de cinco años antes de su fallecimiento, téngase en cuenta que desde el año 2004 consta la convivencia de la demandante y el causante y este no presentó la demanda de divorcio hasta el 29-10-2009, dictándose la sentencia que estimó dicha demanda el 19-5-10 que fue confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial por sentencia de 3-12-2010, cuando ya había fallecido el causante.

Al no darse los requisitos establecidos en el número 3 del artículo 174 LGSS en redacción dada por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, no cabe sino, como ya se adelantó, desestimar la demanda origen de autos, tal y como ha efectuado la sentencia de instancia que se ha de confirmar, previa desestimación del recurso contra ella interpuesto.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^a M.L.G.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Elche y su provincia, de fecha 29 de abril de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 898, de 18 de abril de 2013

Materia: Recargo de prestaciones. Seguridad social y accidente de trabajo. Trabajador que presta sus servicios en taller eléctrico y que sufre un accidente de trabajo. La inspección de trabajo inició expediente sancionador de recargo por falta de medidas de seguridad. Suspensión del procedimiento por causa penal abierta por hechos semejantes.

Juzgado: Estima la demanda y acuerda la suspensión del procedimiento seguido contra la actora por la dirección provincial del organismo codemandado, por no ser firme el acta de infracción que da lugar al expediente por falta de medias de seguridad.

Sala: Estima el recurso decretando la nulidad de la sentencia con el fin de que se dicte una nueva que resuelva todas las cuestiones planteadas y no resueltas y se haga constar en los hechos declarados probados los extremos necesarios para resolver adecuadamente sobre la existencia o inexistencia de recargo por falta de medidas de seguridad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora acordó la suspensión del procedimiento seguido contra la actora por la Dirección Provincial del INSS, por no ser firme el acta de infracción que da lugar al expediente por falta de medidas de seguridad, interpone recurso de suplicación el INSS y el trabajador se adhiere al mismo, siendo impugnado este recurso por la empresa M.T.E. S.L., y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social respecto del derecho, denuncia que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en el artículo 123.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social en relación con el artículo 27 del Reglamento de Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como de la jurisprudencia a la que se remite la sentencia de esta Sala de 14 de julio de 2008, recurso 568/2006, y alega la parte recurrente que no existe obligación legal de suspender el recargo, que el art. 123.3 de la LGSS tiene por objeto evitar dilaciones indebidas del procedimiento de recargo que perjudicarían al accidentado si se hace depender la continuación de aquel de la resolución de otros procedimientos paralelos. No habiéndose causado indefensión a la empresa que ha sido parte en el procedimiento de recargo y ha podido defender sus intereses en vía judicial.

Con independencia de que la causa de suspensión del procedimiento de recargo por falta de medidas de seguridad haya sido debido a la existencia de procedimiento penal, o por no ser firme en la vía administrativa el procedimiento sancionador, debe recordarse que la existencia de un procedimiento judicial en la vía penal por los mismos hechos no suspende el expediente por esto solo hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento penal, ya que como tiene establecida la jurisprudencia del Tribunal Supremo dicha paralización carece de mandato legal que lo ampare, por lo que

no existía razón alguna para la suspensión. Tampoco existe razón para suspender el expediente administrativo para la imposición del recargo por falta de medidas de seguridad hasta la firmeza del acta de infracción o de la sentencia del orden contencioso-administrativo que se pronuncia sobre la existencia de la infracción de medidas de seguridad en el accidente producido. Por lo tanto, se haya fundado la suspensión del procedimiento de recargo por falta de medidas de seguridad en una u otra causa o en ambas, el dejar sin efecto la suspensión aunque sea por una de las causas que no se hubiera alegado no genera indefensión a la parte que ha podido alegar cuanto a su derecho interesa y defenderse en este proceso. Sin que el Organismo demandado quede constreñido para levantar la suspensión acordada en su momento por la razón que adujo para efectuarla, porque fuera o no ajustada a derecho la causa de la suspensión, advertida la innecesariedad de la suspensión por cualquiera de las causas citadas, debe levantar la misma y continuar con el procedimiento iniciado, porque la Administración esta obligada a continuar con la tramitación iniciada y no esta eximida del cumplimiento de la obligación legal de resolver la cuestión. Y al haberlo entendido de ese modo debe estimarse el motivo del recurso que se examina.

SEGUNDO.- Con adecuado amparo procesal se interesa la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse la infracción de normas o garantías del procedimiento que han producido indefensión, y se postula este motivo para el caso de que sea estimado el anterior, solicitando la nulidad de la sentencia porque esta no contiene en los hechos declarados probados ningún hecho relativo a las circunstancias del accidente laboral ni entra a conocer de manera subsidiaria en la fundamentación jurídica de las causas del accidente.

En efecto, la resultancia fáctica de la sentencia impugnada se limita a relatar los extremos relativos a la suspensión y levantamiento del procedimiento del expediente de recargo por falta de medidas de seguridad, por lo que habiéndose acogido la alegación precedente debe entrar el Juzgador de Instancia a resolver el fondo de la cuestión planteada y para ello resulta imprescindible que se consignen en los hechos de la sentencia impugnada los necesarios para conocer las circunstancias del caso y poder valorar la existencia o no de recargo.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación formulado por la representación letrada del INSS, frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número 5 de los de Alicante, de fecha 11 de enero de 2012, se decreta la nulidad de dicha sentencia, a que se contrae el presente rollo, a fin de que por el Juez “a quo” se dicte una nueva, con libertad de convicción, en la que se resuelva sobre todas las cuestiones planteadas de forma principal o subsidiaria no resueltas en el presente recurso, y se haga constar en los hechos declarados probados los extremos necesarios para resolver adecuadamente sobre la existencia o inexistencia de recargo por falta de medidas de seguridad.