

Sentencia núm. 1.014, de 10 de abril de 2012

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como auxiliar de clínica para las empresas demandados con relación laboral de carácter indefinido. Expediente disciplinario con sanción de despido como consecuencia de falta muy grave cometida por la actora. Prescripción de la falta.

Juzgado: Desestima la excepción de prescripción de la falta opuesta por la actora, desestimando asimismo la demanda de nulidad por vulneración del principio de indemnidad o improcedencia del despido formulada por la actora, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso de la actora declarando prescrita la falta imputada en la carta de despido. Estima la demanda de la recurrente declarando la improcedencia del despido. Absuelve al resto de las codemandadas.

Ponente: Ilma. Sra. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la parte actora y dice que lo hace procesalmente amparada por la Ley 36/ 2011 de la Jurisdicción Social, cuando a la fecha de la sentencia (3 de noviembre de 2011), no estaba dicha nueva ley procesal en vigor atendiendo a lo dispuesto en la Disposición Final Séptima que determina su entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE que lo fue el día 11 de octubre de 2011, en relación con la Disposición Transitoria Segunda 2 que dispone: “Las sentencias y demás resoluciones que hayan puesto fin a la instancia o al recurso con anterioridad a la vigencia de esta Ley se registrarán, en cuanto al régimen de recursos de suplicación, casación y demás medios de impugnación, por lo dispuesto en la legislación procesal anterior, hasta la conclusión del recurso o medio de impugnación correspondiente, rigiéndose no obstante su ejecución provisional por la presente Ley”. En consecuencia se atenderá a lo dispuesto en la derogada Ley de Procedimiento Laboral que rige para la tramitación y resolución del recurso que se examina.

El recurso se estructura en dos motivos. En el primero, por el apartado b) del art. 193 b) de la Ley de la Jurisdicción Social, que debe ir referido al art. 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, se solicita la modificación del relato probado para añadir al hecho sexto datos que ya reconoce la sentencia relativos a que las empresas que precedieron a D. 2008 SA en la Dirección de la Residencia para la que presta servicios la demandante no abrieron expediente disciplinario a la actora ni interpusieron denuncia penal contra la misma, que la apertura del expediente disciplinario por esta última en fecha 21 de diciembre de 2010, se efectúa cuando han transcurrido 25 meses desde que tuvieron lugar los hechos sucedidos el 27 de enero de 2008, que eran conocidos, así como la existencia del procedimiento penal abierto contra la actora por denuncia de los padres del lesionado y no denunciaron a la actora ni se personaron en el

procedimiento penal, y que la actora puso en conocimiento de la residencia inmediatamente los hechos a través de los partes internos de fecha 27 y 28 de enero de 2008, reconociendo las lesiones del residente, si bien alegando que su causación fue fortuita, involuntaria y no intencionada. Y como todos estos datos son reconocidos en la sentencia resulta innecesaria su adición que en efecto se basa en las pruebas documentales señaladas que ya las valoró el Magistrado “a quo”, excepto el relativo a que fueron los padres del residente quienes denunciaron, ya que el residente en enero de 2008 tenía 96 años actualmente está fallecido y obviamente los que formularon denuncia fueron otros familiares.

SEGUNDO.- El segundo motivo, se formula con amparo en la letra c) del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, se entenderá referido al art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral, y denuncia la infracción por inaplicación y/o aplicación indebida del art. 60.2 del Estatuto de los Trabajadores, así como de la jurisprudencia que lo interpreta, al entender que habría prescrito la falta que se imputa a la actora, al ser conocidos los hechos por la empresa en el momento en que se produjeron, que determina el dies a quo para el cómputo de la prescripción, que no debe situarse en la fecha en que se notifica la sentencia de la Audiencia Provincial que condena a la trabajadora como autora de un delito de lesiones, porque no estamos ante unos hechos ocultos ni de difícil averiguación ni ante una falta continuada en el tiempo, por lo que la empresa pudo y debió haber iniciado el expediente disciplinario si su voluntad hubiera sido la de sancionar a la demandante o haber denunciado los hechos penalmente, y el aquietamiento y la pasividad radical de la empresas imponen la aplicación de la prescripción de la falta al haber transcurrido tanto el plazo corto de dos meses como el largo de seis meses que señala el precepto infringido, sin que pueda aplicarse efecto alguno interruptivo de la prescripción ni sea de aplicación la STS de 9 de febrero de 2009 que sigue la sentencia recurrida.

Los hechos probados de la sentencia dan cuenta del supuesto a enjuiciar. Se trata de una trabajadora que presta servicios en el centro de trabajo de la Residencia para personas mayores dependientes “X.” sita en la C/ X. de Valencia, que ha sido regentado sucesivamente por diferentes empresas, que ha sido despedida mediante carta de fecha 18 de marzo de 2009 en la que se le imputan hechos ocurridos el 27 de enero de 2008 y concretamente que sobre la 1,30 hora se encontraba trabajando como auxiliar de enfermería en la Residencia X., donde residía D. A.M.H. de 96 años de edad en la habitación que ocupa desde el año 2003, y al ir en la primera ronda a cambiarle el pañal, el Sr. M. se produjo una herida en el dorso de la mano izquierda que precisó de puntos de sutura, tardando en curar 7 días y dejando como secuela una cicatriz de 9 cm. de longitud. En la carta se alega que “Ante la circunstancia de que la familia del Sr. M. la acusaba a Vd. de ser la autora de las heridas producidas al residente, y que los hechos no aparecían, en principio, suficientemente claros pues Vd. negó en todo momento los hechos por los que le acusaba, la empresa tomó la medida de apartarla del cuidado del residente y advertirla por medio de la Directora en funciones D.^a E.A.C. que dicha medida se alargaría hasta que se esclareciera los sucedido, reservándose la toma de medidas disciplinarias hasta el total esclarecimiento del mismo.”, también se refiere en la carta de despido que se había recibido auto del Juzgado en el que se acordaba la medida cautelar de apartar a la actora del cuidado del residente y que por sentencia, que es firme, de 23 de febrero de 2010 de la Audiencia Provincial de Valencia se le ha condenado como autora de un delito de lesiones. Dice la sentencia que los hechos relatados en la carta de despido son ciertos, conociendo las sucesivas empresas los

mismos, desde su comisión por haber puesto la demandante los hechos en conocimiento de la empresa esa misma noche, como un hecho accidental, sin que las empresas tomaran medidas contra la demandante, a la que llegaron a hacerse cargo de su defensa jurídica, hasta la firmeza de la sentencia. La Fiscalía solicitó la libre absolución de la actora. Y que el expediente disciplinario se ha incoado el 25 de febrero de 2010.

Pues bien, con estos datos y tratándose única y exclusivamente de determinar si concurre la prescripción de la falta, debe estimarse el recurso que se examina, ya que la STS de 9 de febrero de 2009 que refiere la sentencia recurrida, no es de aplicación al caso que se examina, pues la empresa no interrumpió la prescripción mediante el ejercicio de la acción penal, no denunció ni se querelló contra la demandante, limitándose a adoptar la medida cautelar luego impuesta por el Juzgado de apartar a la actora del cuidado del residente, y quedando inactiva y a resultas del procedimiento iniciado por los familiares del este, lo que impide otorgar los efectos interruptivos que establece el art. 1973 del Código Civil. En efecto, la empresa conocía los hechos y pudo haberlos sancionado, acreditando de haber sido denunciada la sanción, la veracidad de los mismos en la jurisdicción social que es independiente de la penal en materia sancionadora. Solo cuando la empresa ejercita la acción penal para esclarecer los hechos puede posponer la sanción a resultas del procedimiento penal, como se refleja en la resolución tantas veces mencionada.

La STS de 25-10-2005 (rec. 622/2003) aprecia falta de contradicción comparando un supuesto similar y señalando: “En la sentencia recurrida la empresa no ejercitó la acción penal, sino que el proceso en ese orden se inició por denuncia de la usuaria del autobús dirigida, únicamente contra el conductor de la empresa demandada y por un solo hecho que fue conocido por la empleadora prácticamente desde el primer momento. En la de contraste se trataba de hechos ocultos por los propios infractores, un grupo de empleados del que se desconocía su implicación y alcance de las conductas luego calificadas de falsedad y apropiación indebida y que se trató de esclarecer penalmente por la empresa mediante la interposición de una querrela.

b) La sentencia recurrida parte de la realidad de que la empresa conocía los hechos así como de la no vinculación de procedimientos social y penal, de la independencia de la actividad probatoria en esos ámbitos, de los distintos bienes protegidos en cada jurisdicción y, en suma, de la imposibilidad de que, con carácter general, el proceso penal sea causa de interrupción de la prescripción. La sentencia de contraste estima interrumpida la prescripción precisamente porque, a diferencia de la sentencia recurrida, se está en presencia de hechos cuya autoría no está bien determinada, precisamente por la complejidad de los mismos y la actitud de ocultación de los culpables.

c) Correlativamente con lo anterior, en la sentencia recurrida no existe actividad de indagación alguna o dificultad de conocimiento de conductas ocultas o complejas, sino una simple espera a que la jurisdicción penal resuelva la cuestión. Por el contrario, en la de contraste sí existió una compleja actividad averiguatoria que condujo en vía penal a la condena de los querrelados, menos uno de ellos, que fue absuelto.”

En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser revocada, al haber prescrito la falta imputada en la carta de despido, que debió ser sancionada en los plazos previstos

en el precepto denunciado en el recurso, que se ha infringido en la resolución recurrida.

TERCERO.- En esta fase procesal no se ha discutido la nulidad del despido ni la responsabilidad de las empresas demandadas que sucesivamente han regentado la residencia en la que presta servicios la recurrente, pese a ello la condena debe ir referida solo a la empresa última que ha tomado la medida extintiva, al haber quedado subrogada en los derechos y obligaciones laborales y no ser de aplicación a las anteriores la responsabilidad solidaria durante tres años de obligaciones laborales nacidas después de la transmisión (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores). Téngase en cuenta lo dispuesto en el art 127 LGSS. Y se estimará en parte el recurso.

Debe tenerse en cuenta, además que los hechos probados de la sentencia recurrida dan cuenta de que: “La actora fue despedida por carta de fecha 10 de julio de 2009, con efectos de la fecha de notificación de la carta de despido, por la empresa D. 2008, S. L. por diversos motivos relacionados con el abandono del puesto de trabajo y trato deficiente a los residentes. Por sentencia del Juzgado Social nº 17 de los de Valencia de fecha 29 de enero de 2010, dicho despido fue declarado nulo. Instada por la actora el incidente de readmisión irregular, por Auto del mismo Juzgado Social nº 17 de Valencia, fecha 30 de abril de 2010, se declaró dicha readmisión regular.”, Y estos datos determinan que las consecuencias del despido que ahora se enjuicia de 18 de marzo de 2010 se limiten a la declaración de su improcedencia porque la indemnización y salarios dejados de percibir coinciden con los impuestos en el procedimiento de despido que se tramitó ante el Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia que decidió un despido anterior cuyas consecuencias tienen efectos posteriores al que aquí nos ocupa

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña Y.Z.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia de fecha 3 de noviembre de 2011; y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida, y estimamos la demanda de la recurrente contra la empresa D. 2008 SL, declarando la improcedencia del despido de 18 de marzo de 2010, condenando a la referida empresa a estar y pasar por esta declaración estando en cuanto a la indemnización y salarios a los señalados por el Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia en el procedimiento por despido nº 1229/2009, ejecución 91/2010 y absolvemos a las empresas B.S.I. SA y X. SLU.

Sin costas.

1574

Sentencia núm. 1.040, de 17 de abril de 2012

Materia: Despido. Trabajadoras al servicio de empresa dedicada a la venta de electrodomésticos. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. La empresa no ha consignado en fecha las cantidades a que tienen derecho las trabajadoras. Declaración de improcedencia del despido.

Juzgado: Desestima la demanda frente a la mercantil demandada declarando procedente el despido objetivo al que fueron objeto las actoras, quedando extinguida la relación laboral, con las correspondientes indemnizaciones a que tengan derecho.

Sala: Estima el recurso declarando improcedente la extinción de la relación laboral de las actoras. No se produce el requisito de simultaneidad entre la comunicación escrita del despido y la puesta a disposición de la cantidad indemnizatoria.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Seis de los de Valencia que desestima las demandas sobre impugnación de despido por causas objetivas, interponen recurso de suplicación las demandantes que articulan en dos motivos, habiendo sido dicho recurso impugnado de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El primer motivo del recurso se introduce por el cauce del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y pretende la revisión del hecho probado segundo para que se le dé la siguiente redacción: “La empresa demandada en fecha 20 de abril de 2011 notificó por escrito a las actoras carta de despido objetivo, con efectos del 4 de mayo de 2011, alegando como causa de la extinción de la relación laboral, al amparo de lo dispuesto en el artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores, causas objetivas, económicas, técnicas, organizativas y productivas, cuyo tenor literal obra en autos y se da por reproducido por economía procesal, haciendo constar en dicho documento, poner a disposición de las Actoras el importe del 60% de la indemnización correspondiente a los 20 días de salario por año de servicios, con el tope de 12 mensualidades; si bien, la efectiva puesta a disposición –por la empresa– del importe indemnizatorio referido en la carta de despido a favor de las trabajadoras, se produjo el día 09/05/2011 mediante cheque nominativo extendido a favor de Doña T. S.(sic), librado contra el Banco de Valencia Serie L núm. X. por importe de 9.913,68 € FECHADO EL DÍA 9/5/2010; y mediante cheque nominativo extendido a favor de Doña J.S., librado contra el Banco de Valencia Serie L núm. X. por importe de 10.161,25 €, FECHADO TAMBIÉN EL DÍA 9/5/2010, esto es, DIECINUEVE DÍAS DESPUÉS DE LA NOTIFICACIÓN DE LA CARTA DE DESPIDO.”

La redacción solicitada difiere de la original en que introduce el dato sobre la fecha en que se puso a disposición de las actoras el 60% de la indemnización referida en las respectivas cartas de despido y la misma se apoya en los documentos 1 y 2 del ramo de prueba de la empresa demandada que es la carta de despido, en el documento foliado con el núm. 501 del ramo de prueba de la parte actora que es el recibo suscrito por la actora Doña M.T.S.P. y referente al cobro de la indemnización percibida por la misma, y que obra también como documento obrante al folio 236 del tomo I del ramo de prueba de la demandada, en el documento foliado con el núm. 502 del ramo de prueba de la parte actora que es el cheque nominativo extendido a favor de Doña T.S.P., aportado también como documento foliado con el núm. 237 del Tomo I del ramo de

prueba de la demandada, en el documento foliado núm. 503 del ramo de prueba de la parte actora que es el documento expedido por Bancaja sobre el ingreso del cheque referido, en los documentos foliados núm. 3 y 4 del ramo de prueba de la demandada que es la carta de despido de la actora Doña J.S.P., en el documento foliado núm. 511 de ramo de prueba de la parte actora (Tomo II), que es el recibo suscrito por la actora Doña J.S. del cobro de la indemnización referida en la carta de despido, que obra también como documento foliado núm. 257 del Tomo I del ramo de prueba de la empresa demandada, en el documento foliado num. 512 del ramo de prueba de la parte actora que es el cheque extendido a nombre de Doña J.S., que obra también como documento foliado núm. 258, Tomo II del ramo de prueba de la empresa demandada y en el documento foliado núm. 513 que es el documento expedido por Bancaja sobre el ingreso del cheque referido. La modificación postulada ha de prosperar aunque rectificando la fecha que aparece en los cheques que es la de 9 de mayo de 2011, según se desprende de los documentos en los que se sustenta siendo la revisión fáctica solicitada relevante para variar el sentido del fallo al haberse alegado por la representación de las demandantes tanto en las demandas como en el acto del juicio incumplimiento de los requisitos formales en el despido objetivo de las actoras al no haberse entregado simultáneamente con la comunicación de dicho despido la indemnización que se refería en la carta de despido y ello pese a afirmarse lo contrario en dicha carta y pese a que en la fundamentación jurídica de la resolución recurrida se diga que no se ha efectuado por la actora alegación sobre el incumplimiento de los requisitos formales establecidos en el art. 53.1 del ET para considerar válido el despido objetivo, afirmación que se ve desmentida tanto por el tenor de las demandas (hecho tercero) como por el acta levantada al efecto en el acto del juicio y obrante al folio 498 de los presentes autos.

SEGUNDO.- En el correlativo motivo del recurso que se formula al amparo del apartado c del art. 191 de la LPL se denuncia la infracción y aplicación indebida del artículo 53.1b) y 53.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con lo previsto en el artículo 122.3 de la LPL, así como la doctrina y jurisprudencia que se cita.

Razona la representación de las demandantes que la empresa debe indemnizar en el mismo acto en que comunica al trabajador su despido por causas objetivas, excepto cuando el despido lo sea por causas económicas y como consecuencia de las mismas la empresa no pueda poner a disposición la indemnización, excepción que requiere su referencia en la carta de despido así como que se justifique la situación de iliquidez de la empresa, pero dicha excepción no es aplicable al presente caso porque no se hizo constar en la carta de despido de las actoras y por la empresa en ningún momento se esgrimió una hipotética situación de iliquidez, por lo que entiende que el despido de las actoras debió de declararse improcedente, citando en apoyo de su razonamiento diversas sentencias de Tribunales Superiores de Justicia, así como del TS, en concreto, STS de 29-4-88 RJ 3042, de 13-10-2005 EDJ 188489, de 23-9-2005, EDJ 157674, de 10-5-10, Rec. 3611/09, de 22-4-10 Rec. 3449/09, de 23-4-01, EDJ 5783 y de 1-7-10, Rc. 3439/09.

Sobre la cuestión ahora planteada por las recurrentes ya se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal, entre otras, en la sentencia de 23 de Septiembre del 2005 (ROJ: STS 5528/2005), Recurso: 3357/2004, citada por la representación de las recurrentes, y como en ella se dijo “el núcleo del problema a resolver radica en determinar si en aquellos casos en los que se prescinde de un trabajador con invocación del artículo 52 c)

del Estatuto de los Trabajadores, la "puesta a disposición" de la indemnización legal ha de hacerse de forma simultánea a la entrega de la comunicación escrita sin paliativos o los términos legales han de interpretarse de forma flexible e individualizada..."

La misma sentencia manifiesta al respecto que "Identificado el problema jurídico a resolver, en el recurso de casación para la unificación de doctrina planteado se denuncia como infringido el artículo 53.1. b) y 4 del Estatuto de los Trabajadores. En él se dice literalmente que la adopción del acuerdo extintivo por circunstancias objetivas previstas en el artículo 52 del mismo texto legal exige como formalidad "Poner a disposición del trabajador, simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, la indemnización de veinte días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades.", y en el número 4 del mismo artículo 53 se vincula como efecto jurídico de la ausencia del cumplimiento de los requisitos del número 1, la declaración de nulidad de la medida extintiva acordada.

Tal y como se dice en la sentencia referencial remitiéndose a la sentencia de esta Sala de 17 de julio de 1.998 (Recurso 151/1998), el requisito de simultaneidad que el precepto establece, vinculando en un mismo momento la entrega de la comunicación escrita con la puesta a disposición de la cantidad legalmente prevista como indemnización en estos supuestos, exige que el trabajador en el momento en que recibe esa comunicación pueda disponer de la referida cantidad. En otro caso, no se puede eludir la declaración de nulidad del despido objetivo acordado."

En el caso aquí examinado, la empresa demandada incurrió en una demora de diecinueve días a la hora de hacer efectiva esa puesta a disposición, pues, tal y como consta en el relato de hechos probados de la sentencia de instancia con la modificación fáctica acogida a instancias de las recurrentes la comunicación escrita era de 20 de abril de 2011, con efectos del 4 de mayo, y la puesta a disposición de la cantidad no tuvo lugar hasta el 9 de mayo de 2011 en el que la empresa demandada entregó a las actoras los cheques nominativos para cobrar las indemnizaciones referidas en las respectivas cartas de despido objetivo, lapso de tiempo que determina que no sea posible anudar la entrega de la carta con la repetida puesta a disposición, por lo que el requisito legal de simultaneidad no se produce. Tal y como exige sin matices o paliativos la norma, lo que no puede conducir a otra solución jurídica que la prevista en el propio artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, esto es, la improcedencia del despido así practicado porque las trabajadoras no tuvieron ninguna posibilidad de disponer de la cantidad a la que legalmente tenían derecho en el mismo momento en que se les entregó la comunicación escrita ni la referida cantidad había salido del patrimonio del demandado.

Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia para estimar las demandas y declarar la improcedencia de los despidos objetivos de las demandantes, con la consiguiente condena de la empresa demandada a las consecuencias previstas en el art. 55.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.^a M.^a J.S.P. y D.^a M.^a T.S.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Seis de los de Valencia y su provincia, de fecha 20 de octubre de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de las recurrentes contra M. e H., S.A.; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia de los despidos de las actoras y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días, les readmita en las mismas condiciones laborales anteriores o les indemnice en la cantidad de 61.651,8 euros en el caso de D.^a M.^a J.S.P. y en la cantidad de 58.325,4 euros en el caso de D.^a M.^a T.S.P., debiendo abonarles en cualquier caso los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución en la cuantía diaria de 48,93 euros en el caso de D.^a M.^a J.S.P. y en la cuantía diaria de 46,29 euros en el caso de D.^a M.^a T.S.P.. Si la empresa procede a la readmisión, las trabajadoras habrán de reintegrarle la indemnización percibida, y en caso de sustitución de la readmisión por compensación económica, se deducirá de ésta el importe de dicha indemnización.

1575

Sentencia núm. 1.042, de 17 de abril de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadores al servicio de entidad de derecho público adscrita a la Generalitat. Reclamación de cantidad. Abono complementos retributivos acordados: Retribuciones por hora festiva y nocturna. Falta de consignación presupuestaria. Sistema de fuentes. Supremacía de la ley sobre los convenios colectivos y la voluntad de las partes.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las peticiones de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Los incrementos retributivos que superen lo establecido en la ley de presupuestos no tendrán eficacia jurídica, teniendo en cuenta el sistema de fuentes de la relación laboral prevista en el artículo 3.1 del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate desestimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la parte actora proponiendo un único motivo de recurso en el que al amparo de lo dispuesto en el art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral denuncia la infracción de los arts. 26.1 en relación con el 4.2 f) del Estatuto de los Trabajadores. Se argumenta en el motivo que no sería válido el planteamiento de la sentencia de resultar inviable la reclamación por falta del preceptivo informe favorable de la Conselleria de Hacienda y de la oportuna consignación presupuestaria pues debe ser el IVADIS el obligado a remover los obstáculos

administrativos que el cumplimiento de lo pactado conllevaba, máxime cuando se había pactado un calendario de pago al efecto.

Esta Sala ya se ha pronunciado sobre la materia suscitada en el recurso como es de ver en sentencia dictada en fecha 20 de septiembre de 2011 (rs.768/2011), ya seguida en diversas resoluciones posteriores, por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan seguir el criterio expuesto en ella.

Como se razona en el segundo de sus fundamentos jurídicos, “el motivo deberá ser desestimado, pues con independencia de la fecha de los informes lo cierto es que los incrementos retributivos que superen lo establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos no tendrían eficacia jurídica, pues como indicamos en la sentencia resolutoria del recurso 1321/08 “...el sistema de fuentes de la relación laboral diseñado por el legislador español recogido en el artículo 3.1 ET, parte de la supremacía de la ley sobre los convenios colectivos y la voluntad de las partes, de tal manera que el convenio colectivo ha de adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico (SSTC 58/1985, 177/1988 y 171/1989). Más concretamente, y en relación con la imposición legal de limitaciones al sistema retributivo de los empleados públicos, la STC 96/1990, 24 de mayo, señaló que “la extensión del citado límite retributivo al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas no vulnera el principio de igualdad ante la Ley que se reconoce en el art. 14 CE en relación con el 37.1 de la misma, como alega la representación del Parlamento de Cataluña, por generar un trato discriminatorio diferenciado en la negociación de las condiciones de trabajo respecto al resto de los trabajadores. En efecto, como reiteradamente ha señalado este Tribunal (AATC 815/1985, 858/1985, 731/1986), la justificación de un régimen salarial y negocial diferente entre unos y otros trabajadores radica en los evidentes rasgos diferenciadores que existen entre la Administración o una empresa pública frente a las empresas privadas, circunstancia que, en este caso, permite modular el derecho a la negociación colectiva típico de la empresa privada y someter a los trabajadores a una superior presión de los intereses públicos y de los servicios generales a que sirve la política económica, por lo que la existencia real de dicho régimen diferenciado, como consecuencia de la Ley de Presupuestos no vulnera el principio de igualdad, al recaer sobre situaciones que en sí no son idénticas...En esta misma línea se ha venido pronunciando el Tribunal Supremo con reiteración, al pronunciarse sobre diversos supuestos en los que se discutía si por vía de la negociación colectiva se podían superar los límites salariales impuestos legalmente para quienes prestan sus servicios en el sector público. Así por ejemplo, se razonaba en la STS de 27-10-2004 (recurso 134/2003) que “la Administración solo podrá asumir las cargas salariales de los centros concertados hasta la cuantía máxima global fijada en las Leyes de Presupuestos para los módulos concertados. Y que, por consiguiente, las posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos entre empresas y trabajadores bien para incrementar los conceptos retributivos previstos en la fecha de suscripción del concierto, bien para crear otros nuevos, solo podrán ser asumidas por la Administración si no superan el citado límite legal.

Como quiera que el respectivo artículo 31.1 de las Leyes de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio de 2008 y para el ejercicio de 2009, establecen como “Requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario”, “el informe favorable de las Consellerias que tengan

asignadas las competencias en el área de hacienda y en materia de función pública para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal laboral y no funcionario al servicio de la administración de la Generalitat y sus entidades autónomas”. Y que el artículo 23 de dichas leyes establecen que con efectos de 1 de enero de 2008 y 1 de enero de 2009 “las retribuciones del personal al servicio del sector público valenciano, incluidas las diferidas, y las que, en concepto de pagas extraordinarias, correspondieran en aplicación de lo previsto en el art. 23.2 de la Ley 11/2006, de 27 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para el ejercicio 2007, no podrán experimentar un incremento global superior al 2 por ciento con respecto a las del año... en términos de homogeneidad para los dos períodos de la comparación, tanto por lo que respecta a efectivos de personal como a la antigüedad del mismo”, indicando en su apartado 6 que “los acuerdos, convenios o pactos que impliquen crecimientos retributivos superiores a los que se establecen en los apartados anteriores o en las normas que lo desarrollen, deberán experimentar la oportuna adecuación, deviniendo inaplicables en caso contrario las cláusulas que se opongan a los mismos”. Consecuentemente, el incremento pactado por encima de dicha previsión no puede aplicarse teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3.1.c) del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 1255 del Código Civil, sin que a ello se oponga la previsión del artículo 37.1 de la Constitución por cuanto la fuerza vinculante de los convenios nunca puede significar una actuación de los mismos contra legem, que vulneraría otros principios constitucionales como el de legalidad, garantizado en su artículo 9.3.

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

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a D.M.P. y OTROS CUATRO, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia de fecha 28 de junio de 2011 en virtud de demanda formulada contra IVADIS, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

1576

Sentencia núm. 1.068, de 17 de abril de 2012

Materia: Indemnización por daños y perjuicios por errónea transcripción de la consignación de las cantidades a que tiene derecho el trabajador como consecuencia de un despido improcedente.

Juzgado: Estima la demanda por allanamiento y satisfacción extraprocesal de la pretensión procesal, declarando la improcedencia del despido del actor y correctamente constituido el depósito a favor del trabajador, condenando a la empresa demandada al abono de determinada

cantidad por daños y perjuicios, por errática manifestación informática en el lugar de consignación de la cuantía.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La empresa demandada consignó correctamente las cantidades si bien se produjo un error material de transcripción que fue subsanado, sin que conste que el trabajador desplegara conducta alguna de averiguación al respecto. No procede indemnización por daños.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la representación de la parte demandada la sentencia de instancia que, estimando la demanda declaró la improcedencia del despido del actor y correctamente constituido el depósito que hiciese a favor del trabajador, “condenando a la demandada al abono al actor de la suma de 1.600 euros por los daños y perjuicios que le irrogara la errática manifestación informática de que aquel se había realizado en juzgados de Murcia, cuando realmente se había hecho en los de Valencia dado el tiempo transcurrido, un mes, hasta su subsanación” (sic).

El recurso se formula al amparo de lo establecido por los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL, solicitando en primer lugar, en el ámbito de la revisión fáctica, la modificación del hecho probado 2º, segundo párrafo, proponiéndose una redacción alternativa que elimine la referencia al municipio de Murcia, quedando de este modo: “De no producirse la aceptación del ofrecimiento que le hace la empresa, ésta procederá en el plazo de 48 horas a consignar la cantidad antes citada a su disposición en el JUZGADO DE LO SOCIAL”. Se admite porque la introducción en dicho hecho de la referencia a Murcia en la comunicación del despido, evidencia un claro error que se desprende de forma patente de los folios 23 y 32 de los autos. En un primer momento no se hizo referencia a Murcia y conocer la secuencia exacta de los hechos es relevante para un correcto enjuiciamiento de la cuestión litigiosa.

Asimismo se propone una redacción alternativa para el hecho probado 3º de la sentencia que aceptamos por derivarse directamente de los solos documentos alegados (folios 23, 32, 20, 34, 35 y 38) y ser trascendente. Es la siguiente: “Con fecha 11 de diciembre la empresa procedió a consignar en el Decanato de los Juzgados de lo Social de Valencia las cantidades de 2.723,62 euros por el reconocimiento de la improcedencia del despido y 338,94 euros en concepto de salarios de tramitación por la demora en la consignación. En esa misma fecha se le remitió comunicación al trabajador sobre la consignación, donde se señaló como lugar de consignación los Juzgados de Murcia, circunstancia que fue corregida por la empresa mediante comunicación de 18 de enero de 2010”.

SEGUNDO.-Al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia la infracción de lo dispuesto en el art. 85.1 de la LPL, que proscribe la variación sustancial de la demanda. En el suplico de la misma no se pide indemnización alguna por daños y perjuicios. Sigue diciendo la parte recurrente en el último motivo, que lo que realmente debió haber estudiado el juzgador es si el error que se menciona en la sentencia y que se prolongó desde el 11 de diciembre de 2009 al 18 de enero de 2010

debió conllevar el devengo de salarios de tramitación. Y es patente que dicho error no ha producido perjuicio alguno para el trabajador ya que la consignación se hizo en los Juzgados que correspondían, los de Valencia. En todo caso estaríamos ante un error excusable que carecería de trascendencia alguna por lo que debe revocarse la sentencia absolviendo a la demandada.

Pues bien, ya desde ahora se adelanta que el recurso formulado merece prosperar. Ha quedado acreditado que el actor fue despedido el 4-12-2009 mediante comunicación realizada el mismo día en la que la empleadora reconocía la improcedencia de dicho despido y se le comunicaba que se depositaría una cantidad en concepto de indemnización. En la carta de hacía constar que, “en virtud de lo establecido en el art. 56.2 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores y a los efectos de evitar el devengo de los salarios de tramitación, se reconoce la improcedencia del despido, y se le oferta en concepto de indemnización la cantidad de 2.723,62 € importe que le será hecho efectivo en el plazo de una semana desde el día siguiente a la aceptación del presente ofrecimiento, mediante transferencia bancaria a la cuenta donde venía Ud percibiendo la nómina”. En la carta también se recogía que: “De no producirse la aceptación del ofrecimiento que le hace la empresa, ésta procederá en el plazo de 48 horas a consignar la cantidad antes citada a su disposición en el JUZGADO DE LO SOCIAL”. Por lo tanto, en la comunicación de 4-12-2009 no se hizo mención alguna a los juzgados de Murcia. Es en la comunicación al actor de 11-12-2009, fecha en que la empresa procedió a consignar en el Decanato de los Juzgados de lo Social de Valencia las cantidades de 2.723,62 euros por el reconocimiento de la improcedencia del despido y 338,94 euros en concepto de salarios de tramitación devengados hasta la fecha de la consignación, cuando por evidente error material se hace constar la palabra “Murcia” en lugar de “Valencia”, como ciudad en la que está la consignación. La empresa no consignó en el plazo de 48 horas, como había anunciado en la primera comunicación, pero sí en el séptimo día, razón por la cual además de la cuantía de la indemnización deposita los salarios de tramitación devengados hasta esa fecha (art. 56.2 ET), en unas cuantías que no han sido impugnadas.

Cierto es como dice la recurrente que pretender una indemnización de daños y perjuicios constituye una modificación sustancial de la demanda que contraviene el art. 85.1 de la LPL, puesto que tal petición se hizo en el acto de la vista, de modo totalmente extemporáneo, por lo que tal solicitud indemnizatoria no puede tenerse en cuenta. Nótese que en el suplico de la demanda se solicitó la nulidad del despido o subsidiariamente la improcedencia del mismo con abono de una indemnización de 45 días y los salarios de tramitación que correspondan, pero no una indemnización. Y en todo caso, lo que debe solicitar la demandada es que el pago de los salarios de tramitación no se frene en el momento de la consignación sino el 18-1-2010, fecha de la subsanación terminológica. Pero ello no puede ser así ya que el art. 56.2 del ET limita los salarios de tramitación a la fecha de la realización de la consignación correctamente efectuada, y como tal entendemos que fue la que ejecutó la empresa, pues tanto las cantidades depositadas fueron correctas, como el órgano ante el cual efectivamente se hizo, Juzgados de Valencia, era el competente, como la existencia de una notificación al trabajador sobre que la misma estaba hecha. Tan solo se produjo un error relativo al nombre de la ciudad, que fue material, de transcripción, solventado en cuanto fue apercibido, sin que tampoco conste que el trabajador desplegara conducta alguna de averiguación al respecto, por lo que en ultimo extremo estaríamos ante un error

excusable e intrascendente, que determina el no devengo de salarios de tramitación más allá de la consignación. Procede pues, la estimación del recurso planteado.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito prestado para recurrir, así como de las cantidades consignadas. No procede la imposición de costas (art. 233.2 LPL).

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la empresa F.S. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 6 de los de Valencia, de fecha 7 de julio de 2011, revocamos parcialmente la misma en el extremo relativo a la condena a la empresa al pago al actor de la suma de 1.600 euros por daños y perjuicios, que dejamos sin efecto, absolviendo a F.S. SA de la condena que le fue impuesta y confirmando el resto de pronunciamientos del fallo de la sentencia de instancia.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución de la consignación y del depósito prestado para recurrir.

Sin costas.

1577

Sentencia núm. 1.154, de 25 de abril de 2012

Materia: Declaración de invalidez: Agravación de grado Declaración de incapacidad permanente absoluta para el ejercicio de cualquier actividad.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor en situación de invalidez permanente en grado de incapacidad permanente absoluta con origen en enfermedad común. El trabajador tiene derecho a una pensión vitalicia en la cuantía del 100% de su base reguladora con los incrementos y los límites legales correspondientes.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia y absolviendo a la entidad gestora de las peticiones formuladas en su contra. Las dolencias y limitaciones que padece el demandante no le incapacitan de forma absoluta, aunque sí para la realización de todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual. No procede el grado de agravación solicitada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) la sentencia de instancia que, estimando la pretensión deducida en la demanda, declaró que el actor se encontraba afecto de una incapacidad permanente absoluta dejando sin efecto la resolución de la entidad gestora en la que tras proceder a la revisión de dicha incapacidad acababa declarando que no se había producido variación del grado de afección manteniendo la calificación del grado de total para su profesión habitual de panadero que ya le había sido reconocido al actor en el año 2006.

En el primer motivo del recurso redactado al amparo de la letra b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –hoy derogada y aplicable a la presente en virtud de la DT 2ª de la Ley 36/2011 de 10 de octubre-, se solicita la revisión de los hechos probados segundo y séptimo, a los que pretende la parte que se añadan dos nuevos párrafos mediante transcripción en el primer caso, del hecho probado quinto de la sentencia dictada por esta Sala el 4/4/2007 en el recurso 3642/2006, y en el segundo de la documental médica obrante en el documento 1 del ramo de la actora y de los documentos incorporados a los folios 22 a 27.

La revisión fáctica no puede prosperar en el caso del hecho segundo, no procede incorporar como hecho probado, una resolución dictada por este Tribunal, que en cualquier caso puede ser alegada como antecedente jurídico, pero que no afecta a la valoración de la prueba documental que se efectúa en la instancia, en la medida que de la misma no resulta error manifiesto en la valoración que da la prueba documental y pericial hace el Juzgador para fijar el hecho probado cuya revisión se insta. Tampoco procede integrar el hecho probado séptimo, en la parte que se refiere al documento 1 aportado por la actora, ya que en el mismo el juzgador realiza una transcripción parcial abierta de su contenido que hace innecesario la incorporación material del resto del documento que se debe tener por reproducido. Por último, y en cuanto al contenido de lo dispuesto en los folios 22 a 37, debe ser integrado con el resto de documentación aportada, y entendemos que de los mismos no resulta error alguno en la valoración de dicha prueba por parte del Magistrado por lo que se rechaza la adición propuesta en virtud de los mismos al considerar que esta excede del ámbito de aplicación del precepto procesal invocado (STS 11/12/2003, recurso 63/2003).

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 137.5 y 143.2 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS- en relación con los artículos 136 y 139 del citado texto legal. Se sostiene en síntesis por la Entidad Gestora que las dolencias y limitaciones funcionales que padece el demandante no le incapacitan de forma absoluta aunque sí para la realización de todas o de las fundamentales tareas de su profesión habitual.

3. El artículo 143.2 de la LGSS prevé que la inicial calificación de la invalidez pueda ser revisada por agravación o mejoría del estado invalidante, siendo condición básica de dicha revisión, que el estado invalidante previamente calificado experimente variación sustancial repercutible sobre la capacidad laboral de la trabajadora. Lo importante pues no es tanto la evolución natural de las dolencias como la repercusión funcional de dicha evolución.

En el presente caso nos encontramos ante una patología crónica y degenerativa que desde el año 2006, fecha en el que se declaró la incapacidad permanente en el grado de total del trabajador, ha evolucionado con agravamiento de la sintomatología. Sin embargo, para determinar si tal evolución afecta a la calificación del grado, será necesario valorar si las limitaciones funcionales actuales anulan de forma absoluta la capacidad laboral del trabajador o por el contrario éste mantiene una capacidad residual que limita el acceso al grado postulado, tal y como sostiene la entidad gestora.

Consta en el relato fáctico que el actor presenta discapacidad para actividades que requieran movilidad, carga, marcha/deambulaci3n prolongada, sedestaci3n que no permita adaptaci3n y que implique rigidez bloqueo de rodilla, a1nadiendo el juzgador que aunque realiza desplazamientos ocasionales con ayuda de bast3n y 3ª persona no conduce y est1 imposibilitado para hacer uso del transporte p1blico.

En primer lugar debemos acotar los elementos determinantes de la declaraci3n de incapacidad absoluta que ser1n aquellos que afecten de forma exclusiva a las aptitudes laborales f1sicas y ps1quicas del trabajador, y no a otros elementos o circunstancias personales que efectivamente repercuten en la vida diaria y profesional de la persona pero que tal como ha venido precisando una reiterada Doctrina Jurisprudencial, que es recogida por el Juzgador de Instancia, no pueden determinar el grado de incapacidad.

Pues bien de las limitaciones declaradas probadas no consta que el actor tenga afectada su capacidad ps1quica ni sus miembros superiores, conservando capacidad residual para realizar trabajos sedentarios que no le supongan grandes esfuerzos lo que excluye conforme a los preceptos citados la agravaci3n del grado reconocido en sentencia.

4. Por tanto, siendo ello as1 cabe concluir que la resoluci3n de instancia infringe la norma citada por la entidad recurrente, lo que nos conduce a la estimaci3n del recurso.

FALLO

ESTIMAMOS el recurso de suplicaci3n interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 3 de los de CASTELL3N de fecha 28/10/2011, en virtud de demanda presentada a instancia de L.F.G.S. y, en consecuencia, REVOCAMOS la sentencia recurrida y ABSOLVEMOS a la entidad gestora de las peticiones efectuadas en su contra.

Sin costas.

Sentencia núm. 1.175, de 26 de abril de 2012

Materia: Trabajadora afiliada al RGSS y al servicio de corporación local, desempeñando tareas administrativas. Declaración de invalidez. Se le declara afecta de incapacidad permanente absoluta. Expediente revisión grado. Se le declara en situación de incapacidad permanente total. Disconforme con la modificación plantea recurso de suplicación.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El cuadro clínico que presenta la actora en el momento de la revisión de grado es el mismo que en el momento en que se decretó el grado de incapacidad permanente absoluta. La entidad gestora no ha podido acreditar grado alguno de mejoría de la trabajadora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora, la sentencia que ha desestimado su demanda confirmando la resolución del INSS que ha reducido el grado de Incapacidad Permanente Absoluta (IPA), que tenía reconocido en sentencia judicial desde el 20-10-06, por revisión de oficio, al de Incapacidad Permanente Total (IPT).

El recurso contiene dos motivos que van precedidos de una llamada “CUESTIÓN PREVIA”, en la que se interesa la admisión de documentos por el art. 233 de la Ley de la Jurisdicción Social, en relación con el art 270 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consistentes en un informe médico de 13 de noviembre de 2011 del Doctor D. R.A., médico de Atención primaria de la Conselleria de Sanidad de la Agencia Valenciana de Salud de la Conselleria de Sanidad y copias de la Historia Clínica “hojas de evolución del paciente” del periodo comprendido entre los días 9-4-2007 y 13-4-2011, extendidos por la Unidad de Salud Mental del Centro de Salud de Ciudad Jardín de la Agencia Valencia de Salud, porque todos confirman la necesidad de tratamiento para la psicosis y depresión y que el estado psiquiátrico de la actora justificaría su negativa a acudir al requerimiento de la Mutua para ser sometida a revisión psiquiátrica.

En principio conviene precisar que como quiera que la sentencia se dicta el 24 de noviembre de 2011, la Ley de la Jurisdicción Social no es aplicable en este recurso a tenor de lo establecido en la Disposición Final Séptima que señala su entrada en vigor a los dos meses de su publicación en el BOE que lo fue el día 11 de octubre de 2011, en relación con la Disposición Transitoria Segunda 2 que dispone: “ Las sentencias y demás resoluciones que hayan puesto fin a la instancia o al recurso con anterioridad a la vigencia de esta Ley se regirán, en cuanto al régimen de recursos de suplicación, casación y demás medios de impugnación, por lo dispuesto en la legislación procesal anterior, hasta la conclusión del recurso o medio de impugnación correspondiente, rigiéndose no obstante su ejecución provisional por la presente Ley.”.

En consecuencia se atenderá a lo dispuesto en la derogada Ley de Procedimiento Laboral que rige para la tramitación y resolución del recurso que se examina.

Por lo que se refiere a la admisión de los documentos, tal y como señala la parte recurrida, no es posible acceder a la petición de la recurrente al tratarse de documentos que pudieron haber sido obtenidos para su aportación al juicio, momento en que la parte puede valerse de todos los medios de prueba, estado vedada la admisión de documentos en el recurso de suplicación (art. 231 de la Ley de Procedimiento Laboral).

SEGUNDO.- Seguidamente el primer motivo que se formula con amparo procesal en la letra b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita la introducción en el relato probado de la sentencia de un nuevo hecho, con la redacción que propone y que apoya en los documentos cuya admisión había solicitado y en el que se ubica al folio 22 que es un informe de la psiquiatra Dra. S. Y la inadmisión de los informes médicos, no impedirá que figure en la sentencia el dato de que la actora en periodos de reagudización requiere tratamiento, lo que se desprende del informe de la Doctora S. Por lo que en estos términos se estima la modificación.

TERCERO.- Por la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo de recurso la infracción de los arts. 137.2 y 143 de la Ley General de la Seguridad Social, al considerar que no hay mejoría, que la actora estaba sometida a tratamiento en el momento de la revisión y desde luego a terapia psicológica siendo idéntico el cuadro clínico actual y el que le sirvió para obtener la IPA, habiéndose descrito episodios de intensa depresión y ansiedad en el informe de síntesis, y que el simple hecho de no acudir a revisión psiquiátrica a requerimiento de la Mutua cuando está siendo tratado por los servicios médicos oficiales, no es motivo para revisar el grado de incapacidad.

Se debe partir de los datos que constan en los hechos probados de la sentencia. En ellos aparece que a la demandante le fue reconocida la IPA por sentencia de 28-12-2006, con base en el siguiente cuadro residual: “trastorno depresivo mayor recidivante, trastorno de estrés postraumático previo y raquialgias crónicas, cuya patología le impide realizar tareas que supongan exposición a situaciones de estrés o de carga mental elevada y someterse a cualquier régimen de disciplina y responsabilidad laboral dado que repercute en su capacidad de iniciativa, concentración, mantenimiento de la tensión y capacidad de interacción social.” Y que iniciada revisión de oficio por resolución del organismo demandado se declaró que no estaba afecta a ningún grado de incapacidad y tras la reclamación previa se ha declarado afecta de IPT a partir de 1-7-10. Dice la sentencia que según refiere el Médico Evaluador del INSS, cuyo informe se da por reproducido en su integridad, en la exploración presenta “lenguaje coherente y fluido, no impresiona de alteración de juicio, pensamiento o percepción”, y está diagnosticada de trastorno depresivo mayor recidivante, sin síntomas psicóticos, trastorno de ansiedad generalizada, no refiriendo la paciente tratamiento actual ni consta en los informes; concluyendo dicho informe “mujer de 49 años, administrativa en Ayuntamiento de B., que ante la no concordancia de sintomatología presentada en consulta y sin base orgánica, se pide una segunda opinión especializada en psiquiatría, que la paciente no quiere realizar según escrito de X. de fecha 26.04.10”.

El art. 143 de la LGSS permite la revisión de la Invalidez y sus grados en tanto que el beneficiario no haya llegado a la edad de jubilación, revisiones que deben

ampararse en la agravación o la mejoría o en el error de diagnóstico. En este caso, propuesto, iniciado y discutido el expediente de revisión por mejoría que nos ocupa, deben concurrir dos requisitos, el primero que se haya producido en el cuadro clínico y limitaciones del beneficiario una mejoría o curación; y, el segundo, que las limitaciones actuales permitan su incorporación a la profesión por la que había obtenido la IPT.

Pues bien, con los datos que arrojan los hechos probados completados con las afirmaciones vertidas en la fundamentación jurídica no cabe sino estimar el recurso, dado que como se afirma por la Magistrado “a quo” la patología que afecta a la demandante es la misma antes y después de la revisión “trastorno depresivo mayor recidivante”, y no es posible estimar que una dolencia psiquiátrica de esta gravedad y con las limitaciones descritas haya mejorado solo porque no se cuenta con un informe médico al efecto que dice la Mutua haberse negado la actora a realizar, cuando en el informe de síntesis, al que podemos acudir al darse por reproducido en la sentencia, se describe un episodio de la actora en el suelo “con movimientos que impresionan de bizarros”. En definitiva, la Entidad Gestora debió acreditar la mejoría y no lo ha hecho, valiéndose de los informes que constan en el expediente o reconociendo a la demandante y dando explicación suficiente de la mejoría que dice haberse producido, sin que proceda la extinción de la prestación por otra causa que no sea la mejoría que solo intenta acreditar. Y no hay motivo para rebajar el grado de invalidez. Al no haberlo entendido así la Magistrado de Instancia procede estimar el recurso y revocar su sentencia para estimar la demanda.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M.T.I.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 4 de los de Alicante, de fecha 24 de noviembre de 2011; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social dejando sin efecto la resolución de 2 de junio de 2010 y condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración.

Sin costas.

1579

Sentencia núm. 1.181, de 26 de abril de 2012

Materia: Despido. Trabajador con contrato a tiempo parcial al servicio de la empresa demandada, ejerciendo funciones de vigilante en urbanización. Se le comunica por el presidente de la urbanización que a partir de determinado momento deja de prestar estos servicios. Extinción de la relación laboral. Declaración de despido. Caducidad de la acción.

Juzgado: Estima la caducidad de la acción de despido alegada por el FOGASA y desestima la demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso y anula la sentencia de instancia. En la fecha de la presentación de la demanda por despido no se ha cumplido el plazo de los veinte días de la caducidad. Se devuelven los autos al Juzgado de procedencia para que, con retroacción de actuaciones al momento de la sentencia, se dicte nueva resolución examinando el resto de las cuestiones planteadas en el proceso, teniendo en cuenta lo indicado al final del fundamento jurídico segundo de la presente resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que no ha sido impugnado de contrario, se estructura en un solo motivo, aunque se numera como primero, motivo que se ampara en el artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral, para que se repongan los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, invocando infracción del “artículo 9.1 y 3, y el artículo 24.1 de la Constitución Española y el artículo 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral, en relación con el artículo 63, el artículo 65, el artículo 85.2 y el artículo 200 del mismo cuerpo legal, con el artículo 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita y con el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores”. Argumenta en síntesis que el juez a quo no ha tenido en cuenta en el cómputo del plazo de caducidad la suspensión a que alude el artículo 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, pese a que ya en la demanda el trabajador alegó haber solicitado abogado de oficio, y sin que el FOGASA opusiera la excepción en trámite de oposición a la demanda sino en conclusiones, con lo que ya no se podía realizar alegaciones sobre tal excepción, solicitando se admitan al amparo del artículo 231 de la Ley de Procedimiento Laboral los tres documentos aportados junto con el escrito de formalización del recurso (Impreso de solicitud de Asistencia Jurídica Gratuita, Admisión de la solicitud de fecha 20/10/2010 –sin duda por error de transcripción dice 2011- y Concesión de Abogado de oficio de fecha 9/11/2010), y que en definitiva se estime el recurso.

2. Como quiera que la alegación efectuada en el juicio de la caducidad lo fue de modo totalmente genérico, sin aludir a los días que específicamente se consideraban transcurridos o que constituían plazo de suspensión de la caducidad, desde la fecha del despido hasta la interposición de la demanda, en la que ya se hizo ver la solicitud de Abogado de oficio, entiende la Sala –desde la perspectiva del artículo 16, párrafo tercero de la Ley 1/1996, de 10 de enero de Asistencia Jurídica Gratuita- que los documentos presentados junto con el escrito de interposición del recurso deben ser admitidos ya que no consta la existencia de controversia sobre los específicos avatares de la solicitud y otorgamiento de la asistencia jurídica gratuita, sino que simplemente se alegó genéricamente la excepción de caducidad de la acción sin que en la instancia se verificara por ninguno de los demandados cuenta alguna de días transcurridos desde el cese alegado en la demanda y la efectiva presentación de la misma, por lo que a la vista de lo en definitiva decidido en la instancia cobra relevancia la presentación de esos documentos, que como veremos, inciden directamente en el cómputo del plazo de

caducidad, y ello, aunque sean de fecha anterior al acto del juicio, ya que sin ellos podría vulnerarse la tutela judicial efectiva del recurrente.

3. Atendiendo al inalterado relato histórico de la sentencia impugnada, complementado con los datos dimanantes de los documentos aportados junto con el escrito de interposición del recurso, y a la normativa jurídica que en relación a los mismos se dirá, deberemos llegar a las siguientes conclusiones: A) El despido se produjo el día 9 de septiembre de 2010 (fecha en que dejó de trabajar para la empresa demandada), presentándose la papeleta de conciliación ante el SMAC el día 29-9-10, por lo que descontados los días inhábiles –incluidos sábados, véanse las sentencias del Tribunal Supremo de 3 y 23 de enero de 2006, y reiteradas sentencias de esta Sala, por todas las de 15 de abril y 15 de noviembre de 2005, y el propio día del despido –art-103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral-, tendríamos trece días hábiles transcurridos, como se indica en la sentencia de instancia. B) Se celebró sin efecto la conciliación ante el SMAC en 20 de octubre de 2010 teniendo lugar en la misma fecha la solicitud de asistencia jurídica gratuita, por lo que atendiendo a lo dispuesto en el párrafo tercero in fine del artículo 16 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, (“cuando la acción pueda resultar perjudicada por el transcurso de los plazos de caducidad, ésta quedará suspendida hasta que recaiga resolución definitiva en vía administrativa, reconociendo o denegando el derecho, momento a partir del cual se reanudará el cómputo del plazo”) resolución definitiva que nada más será operativa obviamente desde la fecha de notificación al interesado, dada la finalidad de la misma (artículo 57.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre). C) En consecuencia, desde el día 20 de octubre de 2010 hasta la notificación al interesado de la comunicación de fecha 9 de noviembre de 2010 designando provisionalmente Abogado de oficio en la persona de don J.M.R.M., que en definitiva fue el que actuó en su nombre tanto en el acto del juicio como ahora en trámite de recurso, el plazo de caducidad estuvo suspendido, reanudándose a partir del día siguiente a aquella notificación, es decir, hasta entonces habían transcurrido trece días hábiles. D) Como quiera que la demanda inicial se presentó en el registro correspondiente para su reparto el día 17 de noviembre de 2010, desde el día 9 de noviembre hasta el indicado habían transcurrido 5 días hábiles (debe excluirse el día de presentación de la demanda y en su caso aplicarse la prevención del artículo 135.1 de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil), por lo que sumados a los trece que habían transcurrido hasta el 20 de octubre, tenemos dieciocho (y ello operando desde el 9 de noviembre y no desde la fecha de notificación de la designación al interesado, que normalmente será posterior) de ahí que de conformidad con lo previsto en los artículos 59.3 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y 103.1 de la Ley de Procedimiento Laboral en la fecha de presentación de la demanda no se había cumplido el plazo de los veinte días de caducidad señalado en los indicados preceptos.

SEGUNDO. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, y anular como se pide en el mismo la sentencia impugnada, que se ha limitado al examen fáctico y jurídico de la caducidad opuesta sin examinar las demás cuestiones planteadas, para que en su lugar se dicte otra examinando éstas, con total libertad de criterio, y cumpliendo lo previsto en el artículo 97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, indicando los razonamientos que le llevan a la conclusión fáctica

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don D. G.C.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Elche el día 24 de noviembre de 2010, en proceso de despido seguido a su instancia contra B.S. SL y el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y, anulamos dicha sentencia por defectuosa apreciación de la caducidad de la acción ejercitada. Firme que sea la presente resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia para que con retroacción de actuaciones al momento de la sentencia dicte nueva resolución examinando el resto de las cuestiones planteadas en el proceso, teniendo en cuenta lo indicado al final del fundamento jurídico segundo de la presente resolución.

1580

Sentencia núm. 1.196, de 30 de abril de 2012.

Materia: Recargo de prestaciones. Vigilante de seguridad que sufre accidente de trabajo mientras presta sus servicios en establecimiento dedicado a la venta de material deportivo. Las lesiones invalidantes del trabajador conllevan al reconocimiento de una situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo. Imposición de sanción al establecimiento deportivo por la comisión de infracción grave. Recargo de prestaciones por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Nulidad del expediente sancionador. Estimación.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Se cumplen los tres requisitos que dan lugar al recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral, para que se modifique el ordinal segundo del relato histórico, del que ofrece esta redacción: “El 5 de marzo se encontraba con un compañero de la empresa S., de nombre V., en el interior de la tienda, cuando un cliente de D. les informó de que una de las puertas correderas metálicas de acceso al parking se había salido de su carril. El trabajador se dirigió al lugar donde estaba la puerta de referencia, comprobando que la puerta corredera se encontraba totalmente abierta, incluso más de lo normal y que la parte delantera se había salido de la guía formada por los rodillos. El accidentado, desatendiendo las instrucciones que conforme al protocolo de actuación tenía

encomendadas para estos supuestos, en lugar de acotar y señalizar la zona de peligro, avisar a la dirección de la empresa y esperar vigilando a que nadie entrase en la zona acotada, intentó volver a colocar la puerta sobre la guía pero debido a su elevado peso de mas de 900 kilos no pudo por lo que llamó a su compañero V. para que le ayudase y mientras esperaba a que llegara, se percató de que la puerta se estaba tambaleando y presentaba un peligro inminente de desplomarse, asumiendo un riesgo a todas luces innecesario se dirigió nuevamente hacia ella, para sujetarla con las manos para que no se cayera. Desplomándose la puerta sobre él”.

2. La revisión propuesta se basa: A) En las manifestaciones del accidentado referidas en el Acta de propuesta de sanción emitida por el Inspector de Trabajo en relación con la argumentación que efectúa analizando la sucesión de hechos. B) En el informe emitido por el Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo, de fecha 12 de mayo de 2008, destacando que el accidente se produjo debido al fuerte viento y al peso de la puerta, que se desplomó sobre el trabajador. C) En el informe pericial unido a las actuaciones y elaborado por D. A.A.M., ingeniero industrial, cuando destaca que la puerta por sí misma desembragada y sin tope no suponía riesgo alguno, siendo precisa la concurrencia de otros factores, como la que llevó a cabo el trabajador, que no cumplió en ningún momento con el protocolo de actuación que le facilitó su empresa para evitar accidentes, y que no existía relación de causalidad entre el accidente y un posible incumplimiento por parte de la empresa D. E. S.A, siendo la causa del siniestro la actuación del accidentado.

3. Las actas de la Inspección de Trabajo y los informes en general no son idóneos para la revisión (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de julio de 1995 que cita otras), máxime cuando respecto del acta de la Inspección se quieren hacer valer las manifestaciones del accidentado, que en su caso tendrían naturaleza de prueba personal y por ello inidónea a los efectos revisorios pretendidos de acuerdo con el propio precepto procesal en que el motivo se ampara; es más, constituye también doctrina jurisprudencial reiterada la relativa a que la revisión debe resultar de forma directa e inequívoca de los solos documentos aportados sin interpretaciones (así sentencias del Tribunal Supremo de de 13 de marzo de 1997 y 15 de julio de 2003 que citan muchas otras), defecto en el que se incurre en el motivo argumentando sobre la conducta del trabajador que deduce de la “sucesión de hechos”, así como respecto del contenido del Informe del Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo, y también respecto del Informe Pericial a que se remite, Informe que tampoco estimamos eficaz al fin propuesto en cuanto se quiere destacar lo indicado en el mismo respecto de la causa del accidente con aspectos valorativos sobre la acción del accidentado más próximos al derecho a aplicar que al acaecimiento del accidente, además, de acuerdo con no menos reiterada doctrina jurisprudencial, de la que es ejemplo la contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1994 y 5 de junio de 1995, para que los documentos o pericias puedan tener eficacia revisoria no deben estar contradichos por otros elementos probatorios, ni ser los mismos tenidos en consideración por la sentencia, siendo significativo lo indicado en el párrafo segundo del fundamento de derecho primero de la resolución impugnada al respecto de que “Los hechos declarados probados en el apartado segundo se extraen del informe del accidente de trabajo redactado por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social obrante en el expediente administrativo. Del mismo modo, se tiene en cuenta el interrogatorio como demandado del trabajador accidentado, F.A.B.G., y la declaración testifical prestada por el otro vigilante de seguridad que prestaba servicios el día del accidente, Sr. M.

Además, se tiene en cuenta el informe de 9 de mayo de 2.009 sobre el accidente emitido por el Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo dependiente de la Conselleria de Economía Hacienda y Empleo, en el que se incluyen fotografías de la puerta corredera y del estado en que se encontraba tras el accidente”.

4. Corolario de todo lo razonado será la desestimación de este motivo de recurso.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, denunciando “interpretación errónea del artículo 123 LGSS y demás normativa aplicable”. Argumenta en síntesis, partiendo de la revisión fáctica interesada, que no se daban los requisitos exigidos jurisprudencialmente para que el recargo proceda, citando las sentencias de la Sala de lo Social de Galicia de 31 de marzo de 1998, de Andalucía/Málaga de 21 de febrero de 1995, y de esta Sala de 12 de julio de 1994, extendiéndose en un amplio alegato sobre los requisitos para imponer el recargo, y que el trabajador accidentado incumplió el protocolo de actuación que le había facilitado su empresa y ello fue la causa del accidente.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia impugnada y datos de hecho contenidos en su fundamentación jurídica, destacamos: A) El día 5 de marzo de 2.008 en el transcurso de la jornada laboral se encontraba en su puesto de trabajo en el centro de trabajo de D.E. SA don F.A.B.G. en el interior del establecimiento. Un cliente se acercó hasta donde se encontraba en compañía de otro vigilante de seguridad, y les informó de que una de las puertas correderas metálicas de acceso al parking se había salido de su carril. B) El establecimiento de D.E. SA sito en la calle Grecia s/n del Parque Comercial Ciudad del Transporte en Castellón cuenta con tres accesos a la zona de aparcamiento mediante tres puertas metálicas de tipo corredera, que se accionan mediante motor eléctrico y mando a distancia. Tales puertas tienen un peso aproximado de 900 kg, y se sitúan en una estructura porticada con dos pares de rodillos situados en su parte superior que la mantienen en posición vertical. La puerta se apoya sobre tres ejes de ruedas y se abre y se cierra deslizándose sobre una guía inferior formada por un perfil redondo de 14 mm de diámetro empotrado en el suelo. De las tres puertas existentes, dos contaban con un tope de limitación de recorrido para impedir que la puerta se saliera de su guía. La tercera puerta, la implicada en el accidente, carecía del tope limitador. C) EL VIGILANTE, tras el aviso del cliente, se dirigió al lugar donde se encontraba la puerta, comprobando por la parte trasera que se encontraba totalmente abierta y que se había salido de la guía formada por los rodillos, y que la puerta se movía por la acción de las fuertes ráfagas del viento que soplaba ese día. Cuando se disponía a señalar la zona, una ráfaga de viento hizo que la puerta se moviera con intensidad, y cuando trató de sujetarla, sin poder evitarlo, se desplomó sobre el trabajador, ocasionándole fracturas en ambas piernas y hematomas por todo el cuerpo. D) El día del accidente la puerta se encontraba desembagada del motor eléctrico, lo que implicaba que carecía del freno que supone el motor eléctrico que la acciona y que al tiempo impide su apertura como medida de seguridad, circunstancia que se producía con asiduidad dado que no funcionaba correctamente. Esa misma puerta con anterioridad se había salido de las guías de los rodillos en una ocasión provocando desperfectos en vehículos estacionados, pese a lo cual la empresa no había tomado medida alguna. E) Como consecuencia del accidente don F.A.B.G. causó baja por incapacidad temporal. Incoado expediente de incapacidad permanente por el INSS con nº 2009/502573/42, el Director Provincial de tal organismo dictó resolución el 13 de mayo de 2.009 por el que el reconocía la incapacidad permanente total para su profesión

habitual derivada de accidente de trabajo. F) El Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en el Trabajo dependiente de la Conselleria de Economía Hacienda y Empleo, en relación al accidente de 5 de marzo de 2.008, emitió informe el 9 de mayo de 2.009 y en el apartado de medidas preventivas y/o protección señalaba "...Con el fin de evitar posibles accidentes, en condiciones similares, deberán adoptarse las siguientes medidas de prevención:

-Dotar a la puerta corredera de tope de recorrido (durante la investigación del accidente se constató que la empresa D. ya había implantado dicha medida).

-Deberá establecerse un procedimiento de coordinación entre los operarios de la empresa D. de forma que las puertas, una vez abiertas, se dejen inmovilizadas.

-Deberá establecerse un procedimiento para que en los días de fuerte viento se compruebe y controle que elementos susceptibles de verse afectados por el mismo, tales como: puertas exteriores, toldos, o similares, que puedan suponer posibles riesgos de accidente, se retiren o afiancen convenientemente.

-Deberá revisarse la evaluación de riesgos de la empresa D. incluyendo los posibles riesgos derivados de las puertas correderas, adoptando las correspondientes medidas de prevención y/o protección en caso necesario, conforme se establece en los art. 6y 8 del Reglamento de los Servicios de Prevención (R.D. 39/1997, de 17 de enero).

-Deberán impartirse normas precisas a los vigilantes para que cuando se observe una situación de peligro, como puede ser por desplome o por derrumbamiento, para lo que no han sido formados ni adiestrados, como en el caso que nos ocupa, en lugar de intentar resolver la situación ellos directamente, que procedan a acotar y señalizar la zona, impidiendo que los usuarios accedan a la misma, y que soliciten ayuda conforme se tenga establecido en el propio Plan de Emergencias del centro de trabajo, exigiéndose su cumplimiento...". G) La Inspección de Trabajo y Seguridad Social levantó acta de infracción nº I122009000067521, proponiendo la imposición de una sanción por importe de 20.000 euros por la comisión de una infracción grave, recogiendo las siguientes conclusiones: "...Los hechos descritos constituyen una infracción en materia de Seguridad y Salud Laboral, a tenor de lo previsto en el art. 5 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, (BOE: 8-8), , por infracción de los art. 4.2 y 19 del R.Dto. Legislativo 1/95 de 24 de marzo por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE: del 29), arts. 14 y 15, 16 Y 17 de la Ley 31/95 de 8-11, de Prevención de Riesgos Laborales (BOE 10-11-95) y los art. 3.1 y 4.1 del RD 39/97 de 17 de enero (BOE del 31). La infracción está tipificada y calificada preceptivamente como GRAVE en el art. 16.b del R.D Legislativo 5/2000, mencionado. La sanción resultante se aprecia en su grado Medio de acuerdo con el art. 39 del mismo texto legal, en atención al daño causado al trabajador consistente en lesiones graves en las dos piernas. Por lo que se propone la imposición de la sanción correspondiente por un importe de 20.000.- euros...". H) En fecha 15 de octubre de 2.009 por la Inspección de Trabajo se comunicó a la D.P. del Instituto Nacional de la Seguridad Social el anterior acta de infracción a los efectos de la tramitación del correspondiente recargo de prestaciones de la Seguridad Social por infracción de medidas de seguridad e higiene, dictándose en fecha 4 de noviembre de

2009 acuerdo de iniciación de procedimiento administrativo para la imposición de recargo del 30% al 50% en las prestaciones económicas causadas por accidente de trabajo derivado de falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo. Tramitado el expediente, en fecha 18 de febrero de 2.010 se dicta resolución por la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social en Castellón declarando la responsabilidad exclusiva de la empresa D.E. S.A. por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, en el accidente sufrido por F.A.B.G. en fecha 5 de marzo de 2.008 y la procedencia de incrementar con cargo exclusivo a la citada empresa las prestaciones del sistema de Seguridad Social derivadas del accidente, en un 30%.

3. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, reiterando doctrina precedente, los requisitos que determinan la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones derivadas de accidente de trabajo son: “a) Que la empresa haya cometido alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleador (STS 26 de marzo de 1999); b) Que se acredite la causación de un daño efectivo al trabajador; c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado”...subrayando además que “del juego de los preceptos contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales “el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”. Esta doctrina debe entenderse revisa la alegada en el motivo, y que como precedente de Salas de lo Social en ningún caso constituiría jurisprudencia (artículo 1.6 del Código Civil), y su eventual infracción no podría basar un motivo de suplicación al amparo del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral, entonces vigente (hoy artículo 193.c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

4. La aplicación de la doctrina jurisprudencial de referencia a los hechos que se describieron en el apartado 2 de este fundamento jurídico conduce a la desestimación del motivo y por ende del recurso ya que la causa del accidente fue que la puerta implicada en el accidente, carecía de tope limitador, encontrándose desembargada lo que implicaba que carecía del freno que supone el motor eléctrico que la acciona y que al tiempo impide su apertura como medida de seguridad, circunstancia que se producía con asiduidad dado que no funcionaba correctamente, y ya con anterioridad se había salido de las guías de los rodillos provocando desperfectos en vehículos estacionados, pese a lo cual la empresa no había tomado medida alguna, produciéndose el accidente cuando el vigilante se disponía a señalar la zona y una ráfaga de viento hizo que la puerta se moviera con intensidad, y al tratar de sujetarla, sin poder evitarlo, se desplomó sobre el trabajador, ocasionándole fracturas en ambas piernas y hematomas por todo el cuerpo, por lo que el resultado dañoso producido tuvo su causa en las infracciones aludidas en la razonada sentencia de instancia. Y es que como también subrayó la

sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2007, antes mencionada, del juego de los preceptos contenidos en los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales “...el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medias de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones”, debiendo subrayarse que el apartado 2 del artículo 14 de la Ley 31/1995, exige que el empresario desarrolle “una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva con el fin de perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar”; que el artículo 15 de la citada norma le impone la obligación de evitar los riesgos, incluidos los que pudieran derivarse de distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador; y que conforme a lo dispuesto en el artículo 16.2 es el empresario quien debe asegurar “la efectiva ejecución de las actividades preventivas incluidas en la planificación, efectuando para ello un seguimiento continuo de las mismas”. No apreciamos infracción de protocolo alguno por parte del trabajador accidentado, que intentó más allá de lo normalmente exigible impedir daños mayores derivados de la caída de la puerta que desgraciadamente se produjo, con el resultado ya indicado, no apreciamos imprudencia temeraria ni siquiera profesional del trabajador accidentado pues como ya hemos indicado el accidente se produjo cuando el vigilante se disponía a señalar la zona y una ráfaga de viento hizo que la puerta se moviera con intensidad, y al tratar de sujetarla, sin poder evitarlo, se desplomó sobre el trabajador, ocasionándole fracturas en ambas piernas y hematomas por todo el cuerpo, de ahí que apreciemos la existencia de los tres requisitos exigidos por la jurisprudencia para dar lugar al recargo de prestaciones, según se indicó en el apartado 3 de este fundamento jurídico. A mayor abundamiento según se subrayó en el epígrafe F) del apartado 2 de este fundamento jurídico el Instituto Valenciano de Seguridad y Salud en relación al accidente de 5 de marzo de 2.008, emitió informe el 9 de mayo de 2.009 y en el apartado de medidas preventivas y/o protección señalaba “....Con el fin de evitar posibles accidentes, en condiciones similares, deberán adoptarse las medidas de prevención que disponía entre las que destacamos: -Dotar a la puerta corredera de tope de recorrido (durante la investigación del accidente se constató que la empresa D. ya había implantado dicha medida). -Deberá establecerse un procedimiento para que en los días de fuerte viento se compruebe y controle que elementos susceptibles de verse afectados por el mismo, tales como: puertas exteriores, toldos, o similares, que puedan suponer posibles riesgos de accidente, se retiren o afiancen convenientemente. -Deberá revisarse la evaluación de riesgos de la empresa D. incluyendo los posibles riesgos derivados de las puertas correderas, adoptando las correspondientes medidas de prevención y/o protección en caso necesario, conforme se establece en los art. 6 y 8 del Reglamento de los Servicios de Prevención (R.D. 39/1997, de 17 de enero). -Deberán impartirse normas precisas a los vigilantes para que cuando se observe una situación de peligro, como puede ser por desplome o por derrumbamiento, para lo que no han sido formados ni adiestrados, como en el caso que nos ocupa, en lugar de intentar resolver la situación ellos directamente, que procedan a acotar y señalar la zona, impidiendo que los usuarios accedan a la misma, y que soliciten ayuda conforme se tenga establecido en el propio Plan de Emergencias del centro de trabajo, exigiéndose su cumplimiento...”.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia de instancia con la consiguiente imposición de costas (art. 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral) y demás efectos previstos en los artículos 202.1 y concordantes de la Ley de Procedimiento Laboral.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.E. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Castellón el día 3 de junio de 2011 en proceso sobre recargo de prestaciones seguido a su instancia frente al INSS, la TGSS, don F.A.B.G. y S.S.E. SA y confirmamos la aludida sentencia.

Acordamos la pérdida del depósito constituido para recurrir, y condenamos a la parte recurrente a que haga pago al letrado impugnante del recurso de la cantidad de 300 euros, en concepto de honorarios, todo ello a la firmeza de la presente.

1581

Sentencia núm. 1.215, de 3 de mayo de 2012.

Materia: Resolución contrato de trabajo por incumplimiento empresarial y vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora empleada como auxiliar de farmacia. El empresario dispone de cámaras de seguridad para vigilar y grabar el trabajo de las dependientas. No consta consentimiento para la utilización de las mismas. Doctrina Tribunal Constitucional.

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

Sala: Estima el recurso declarando no ajustado a derecho la utilización de cámaras de vigilancia para controlar el trabajo de los empleados. La utilización de este sistema de control rebasa ampliamente las facultades que la ley atribuye al empresario. Se reconoce el derecho de la trabajadora a rescindir su relación laboral y a obtener la indemnización correspondiente por el tiempo de servicio prestado en la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De dos motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por el Letrado de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Elche que desestima la demanda sobre resolución indemnizada del contrato de trabajo por incumplimientos empresariales, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se formula al amparo del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y pretende la adición de un nuevo hecho probado que de prosperar tendría la siguiente redacción: “La demandante en junio de 2010, concretamente el día 03, y por depresión por conflicto laboral, tengo que cogerme (sic) la baja médica, derivándome al servicio de psicología y psiquiatría.

El 15 de diciembre de 2010 y el 20 de diciembre de 2010, la actora fue valorada por I. y por la doctora Doña M.G.R. del C.S. M de Orihuela I, concluyéndose que “la paciente refiere clínica ansiosa y subdepresiva desde hacia varios meses reactiva a problemática laboral. Refería una situación de maltrato psicológico efectuado por su jefe (hipercriticismo constante, cambio de turnos, abuso, uso de castigos, etc.).”

La redacción postulada se apoya en los documentos obrantes a los folios 42, 43 y 44 que son un informe médico de I., la solicitud de información de contenido médico y de documentación clínica formulada por la actora y un informe de la Agencia Valenciana de Salud. Sin que pueda prosperar la adición postulada por cuanto que de los indicados documentos lo único que se infiere es que la actora inició en fecha 3-6-2010 situación de incapacidad temporal por trastorno de ansiedad, siendo las referencias de la actora las que relacionan dicho trastorno con la problemática laboral, careciendo dichas referencias de eficacia revisoria al tener el valor de manifestaciones de parte y además dichos documentos ya han sido tenidos en cuenta por el Magistrado de instancia que los ha considerado insuficientes para evidenciar el origen laboral de los síntomas clínicos de la actora, como se recoge al final del fundamento de derecho cuarto de la sentencia del Juzgado, sin que se aprecie error alguno en la valoración de los indicados informes médicos, teniendo que recordar que es al Juez de instancia, cuyo conocimiento directo del asunto garantiza el principio de inmediación del proceso laboral, a quien corresponde apreciar los elementos de convicción –concepto más amplio que el de medios de prueba, al incluir también la conducta de las partes en el proceso–: SSTCT 4 abril 1975 (RJ 1975\1660), 5 octubre 1977 (RJ 1977\4607), y STS 12 junio 1975 (RJ 1975\2709)–, para establecer la verdad procesal intentando su máxima aproximación a la verdad real, valorando, en conciencia y según las reglas de la sana crítica (STC 17 octubre 1994 [RTC 1994\272]), la prueba practicada en autos conforme a las amplias facultades que a tal fin le otorgan los arts. 316, 326, 348 y 376 Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el art. 97-2 de la Ley de Procedimiento Laboral. Y esta atribución de la competencia valorativa al Magistrado «a quo» es precisamente la que determina que el Tribunal Superior ha de limitarse normalmente a efectuar un mero control de la legalidad de la sentencia y sólo excepcionalmente pueda revisar sus conclusiones de hecho, precisamente para cuando de algún documento o pericia obrante en autos e invocado por el recurrente pongan de manifiesto de manera incuestionable el error del Juez «a quo», rechazándose toda potencialidad revisoria de la prueba testifical y de la confesión judicial, así como de los posibles argumentos y las conjeturas e interpretaciones valorativas más o menos lógicas del recurrente (valgan por todas las SSTS de 17 octubre 1990 [RJ 1990\7929] y 13 diciembre 1990 [RJ 1990\9784]), hasta el punto de que –precisamente– se haya dicho que la certidumbre del error excluye toda situación dubitativa, de manera que si la parte recurrente no aduce un hábil medio revisorio y el mismo no acredita palmariamente el yerro valorativo del Juzgador, estaremos en presencia del vano e interesado intento de sustituir el objetivo criterio judicial por el comprensiblemente subjetivo de la propia parte que es lo que pretende en el presente caso la recurrente, lo que determina como ya se ha adelantado antes la desestimación de la modificación fáctica postulada.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c del art. 191 de la LPL se introduce el correlativo motivo del recurso en el que se imputa a la sentencia del Juzgado la infracción de los artículos 4, 14, 15 17 y 42 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales y art. 8.11 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 7 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en relación con los artículos 4.2 d, 4.2.e, 50 del Real Decreto Legislativo por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y los artículos 35.1, 15, 18.1 y 10 de la Constitución.

En este motivo, la defensa de la recurrente tras transcribir el contenido de los meritados preceptos aduce que en el acto del juicio oral se demostró la existencia de un sistema de vigilancia mediante cámaras de dudosa legalidad que supone una supervigilancia de los trabajadores sin haberles informado de la instalación del mismo y que por sí solo constituye una intrusión en el ámbito privado de los trabajadores y una manifestación de acoso laboral. A continuación, hace hincapié en una serie de hechos que no tienen su reflejo en el correlato de la sentencia de instancia y cuya inclusión en el mismo ni siquiera se ha intentado por la defensa de la recurrente por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para dilucidar la cuestión enjuiciada al encontrarse vinculada la Sala al relato narrativo de la resolución impugnada salvo que el mismo haya sido modificado a través del cauce establecido en el apartado b del art. 191 de la LPL que no es el caso.

Se habrá de estar, por lo tanto, a lo expuesto en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia para determinar si ha existido el incumplimiento grave y culpable que imputa la demandante al empresario demandado y del que trae causa la acción sobre resolución indemnizada del contrato de trabajo ejercitada por la demandante.

De dicho relato fáctico y de las afirmaciones contenidas en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia interesa destacar que la demandante trabaja como auxiliar de farmacia para el demandado desde el año 2004, el demandado tiene instaladas cámaras de vigilancia en el centro de trabajo que captan imágenes a control remoto y de las que son conocedoras las trabajadoras, aunque no han firmado el consentimiento ni el conocimiento de la existencia de grabación de su imagen. A través de las cámaras el demandado controla el trabajo de las dependientas de farmacia, observando su quehacer y llamando en ocasiones para dar instrucciones a las mismas sobre la relación con los clientes. El demandado no permite a las trabajadoras que se posicionen en la puerta de la farmacia para hacer las pausas para fumar un cigarrillo y ha dicho a las empleadas que limiten sus horas de estancia de sol en la playa. El demandado distribuye los regalos de los representantes entre sus empleadas. A finales de año las trabajadoras reorganizaron el armario donde guardan las batas y desecharon las más viejas y desgastadas para que se compraran otras. El propietario de las batas es el empresario que es el que las paga y repone.

De las diversas conductas empresariales que se acaban de referir tan solo la instalación de un sistema de vigilancia con la finalidad de controlar el trabajo de las dependientas de farmacia, aparece como susceptible de constituir un incumplimiento empresarial grave y culpable encuadrable en el apartado c del art. 50.1 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, habida cuenta que el resto de conductas si bien pueden

revelar un exceso de celo empresarial en el control del negocio no entrañan vulneración alguna de los derechos de la trabajadora accionante.

Procede examinar, pues, si la instalación de las cámaras de vigilancia por parte del empresario en el centro de trabajo sin el consentimiento de las trabajadoras, constituye o no vulneración del derecho a la intimidad de las mismas y, en concreto, respecto a la trabajadora accionante. Como es sabido el derecho a la intimidad, en cuanto derivación de la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE, implica *"la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana"* (SSTC 209/1988, de 27 de octubre, 231/1988, de 1 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, 99/1994, de 11 de abril, 143/1994, de 9 de mayo, y 207/1996, de 16 de diciembre, entre otras).

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que *"el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho"* (SSTC 57/1994, de 28 de febrero, y 143/1994, de 9 de mayo, por todas).

En este sentido debe tenerse en cuenta, como señala la sentencia del TC núm. 98/2000, de 10 de abril de 2000, *"que el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales (art. 20.3 LET). Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respeto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda la normativa laboral (arts. 4.2.e y 20.3 LET).*

Y sobre los límites impuestos por la dignidad humana al empleo de medidas de vigilancia y control, debe tenerse en cuenta, en cuanto a la cuestión que aquí interesa, que el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en relación con el art. 2 de la misma Ley, considera intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad, entre otras (sin perjuicio de los supuestos de consentimiento expreso del titular del derecho y de actuaciones autorizadas por una ley) "el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas" y "la utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción."

También indica la referida sentencia que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional *"ha insistido reiteradamente en la plena efectividad de los derechos fundamentales del trabajador en el marco de la relación laboral, ya que ésta no puede implicar en modo alguno la privación de tales derechos para quienes prestan servicio*

en las organizaciones productivas, que no son ajenas a los principios y derechos constitucionales que informan el sistema de relaciones de trabajo (STC 88/1985, de 19 de julio, FJ 2, cuya doctrina se reitera posteriormente, entre otras, en las SSTC 6/1988, de 21 de enero, 129/1989, de 17 de julio, 126/1990, de 5 de julio, 99/1994, de 11 de abril, 106/996, de 12 de junio, 186/1996, de 25 de noviembre, y 90/1997, de 6 de mayo). En consecuencia, y como también ha afirmado este Tribunal, el ejercicio de tales derechos únicamente admite limitaciones o sacrificios en la medida en que se desenvuelve en el seno de una organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 38 y 33 CE y que impone, según los supuestos, la necesaria adaptabilidad para el ejercicio de todos ellos (SSTC 99/1994, de 11 de abril, FJ 4; 6/1995, de 10 de enero, FJ 2; 106/1996, de 12 de junio, FJ 5, y 136/1996, de 23 de julio, FJ 6), perspectiva ésta desde la que deben valorarse las específicas limitaciones que a los derechos fundamentales les pueda imponer el propio desarrollo de la relación laboral (SSTC 99/1994, FJ 4, y 6/1995, de 10 de enero, FJ 2). (...)

En definitiva, los equilibrios y limitaciones recíprocos que se derivan para ambas partes del contrato de trabajo suponen, por lo que ahora interesa, que también las facultades organizativas empresariales se encuentran limitadas por los derechos fundamentales del trabajador, quedando obligado el empleador a respetar aquéllos (STC 292/1993, de 18 de octubre, FJ 4). Este Tribunal viene manteniendo que, desde la prevalencia de tales derechos, su limitación por parte de las facultades empresariales sólo puede derivar bien del hecho de que la propia naturaleza del trabajo contratado implique la restricción del derecho (SSTC 99/1994, FJ 7, y 106/1996, FJ 4), bien de una acreditada necesidad o interés empresarial, sin que sea suficiente su mera invocación para sacrificar el derecho fundamental del trabajador (SSTC 99/1994, FJ 7, 6/1995, FJ 3 y 136/1996, FJ 7). Pero, además de ello, la jurisprudencia constitucional ha mantenido, como no podía ser de otro modo, que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (así, entre otras, SSTC 94/1984, de 16 de octubre, 108/1989, de 8 de junio, 171/1989, de 19 de octubre, 123/1992, de 28 de septiembre, 134/1994, de 9 de mayo, y 173/1994, de 7 de junio), ni a la sanción del ejercicio legítimo de tales derechos por parte de aquél (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 22).

Por eso, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1988, de 21 de enero). Pues dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo se producirá "en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva" (STC 99/1994). Lo que entraña la necesidad de proceder a una ponderación adecuada (SSTC 20/1990, de 15 de febrero, 171/1990, de 12 de noviembre, y 240/1992, de 21 de diciembre, entre otras muchas), que respete la correcta definición y valoración constitucional del derecho fundamental en juego y de las obligaciones laborales que pueden modularlo (SSTC 170/1987, de 30 de octubre, 4/1996, de 16 de enero, 106/1996, 186/1996, de 25 de noviembre, y 1/1998, de 12 de enero, entre otras muchas).

Estas limitaciones o modulaciones tienen que ser las indispensables y estrictamente necesarias para satisfacer un interés empresarial merecedor de tutela y protección, de manera que si existen otras posibilidades de satisfacer dicho interés menos agresivas y afectantes del derecho en cuestión, habrá que emplear estas últimas y no aquellas otras más agresivas y afectantes. Se trata, en definitiva, de la aplicación del principio de proporcionalidad.

Como indica la sentencia del TC núm. 98/2000 no existe normativa específica que regule la instalación y utilización de estos mecanismos de control y vigilancia consistentes en sistemas de captación de imágenes o grabación de sonidos dentro de los centros de trabajo, por lo que son los órganos jurisdiccionales los encargados de ponderar, en caso de conflicto, en qué circunstancias puede considerarse legítimo su uso por parte del empresario, al amparo del poder de dirección que le reconoce el art. 20 LET, atendiendo siempre al respeto de los derechos fundamentales del trabajador, y muy especialmente al derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE, teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.

En el presente caso la justificación ofrecida para instalar las cámaras de vigilancia es llana y simplemente controlar el trabajo de las dependientas de farmacia y dicha justificación es a todas luces insuficiente para entender que no se ha vulnerado el derecho a la intimidad de la trabajadora accionante ya que la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de grabación de imágenes, al existir otros medios para comprobar si los trabajadores cumplen adecuadamente con su deber de prestar servicios, por ejemplo utilizando medios automáticos de control de entrada y salida del centro de trabajo o de verificación de la venta de los productos, etc. No ha quedado acreditado, pues, que la instalación del sistema de captación y grabación de la imagen sea indispensable para el control y buen funcionamiento de la farmacia. Así las cosas, el uso de un sistema que permite la grabación continuada e indiscriminada de toda la actividad de las dependientas de farmacia realizada en la zona de venta de la misma, sin más justificación que la de favorecer el control empresarial constituye una actuación que rebasa ampliamente las facultades que al empresario otorga el art. 20.3 LET y supone, en definitiva, una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE por lo que constituye un incumplimiento empresarial de suficiente entidad para justificar la resolución indemnizada del contrato de trabajo solicitada por la demandante y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia, procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución impugnada, estimando la demanda y declarando la extinción del contrato de trabajo que une a las partes con efectos de la fecha de la presente sentencia y condenando a la empresa demandada a que abone a la demandante la cantidad de 17.243,17 euros en concepto de indemnización que es la correspondiente al despido improcedente (art. 50.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 56.1 del mismo texto legal) y que se obtiene de sumar al producto obtenido de multiplicar el salario diario de la demandante de 45´89 euros por 367,50 días que son los que le corresponden por antigüedad, a razón de 45 días de salario por año de servicios, prorrateando por meses los períodos inferiores a un año, en el período que va del 8-1-2004 al 12-2-2012, fecha esta última de entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, el producto obtenido que resulta de multiplicar el salario diario de la demandante, 45,89 euros por 8,25 días que son los que le corresponden por antigüedad, a razón de 33 días de salario por año de servicio, prorrateando por meses los períodos inferiores al año, en el período que va del 12-2-2012 al 3-5-2012 (Disposición

Transitoria Quinta del Real Decreto Ley 3/2012), es decir, (45,89 euros x 367,50 días) + (45,89 euros x 8,25 días) = 17.243,17 euros.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^a A.L.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Elche y su provincia, de fecha 24 de junio de 2011, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa J.M.R.V.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, declarando la extinción del contrato de trabajo de la demandante con fecha de efectos de la presente sentencia y condenamos a la empresa demandada a que abone a la demandante la cantidad de 17.243,17 euros en concepto de indemnización.

1582

Sentencia núm. 1.244, de 9 de mayo de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador con contrato de duración determinada que presta servicios como oficial de construcción. El actor sufre accidente de trabajo. Se le decreta en situación de incapacidad permanente total para profesión habitual. Posteriormente es declarado en situación de incapacidad permanente absoluta. Solicitud de mejora voluntaria prevista en convenio.

Juzgado: Estima la demanda condenando solidariamente a las empresas a abonar determinada cantidad en concepto de principal y a absolver al resto de los codemandados de los pedimentos formulados de contrario, estimando la falta de legitimación pasiva formulada por la mutualidad. No ha lugar a fijar cantidad alguna en concepto de intereses moratorios.

Sala: Estima el recurso reconociendo al actor la mejora voluntaria en la indemnización derivada del accidente de trabajo sufrido, al acreditar éste que se le ha reconocido una incapacidad permanente absoluta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor la sentencia que ha estimado en parte su demanda sobre mejora voluntaria de seguridad social en la cantidad de 25.000 € por incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo.

El recurso, solicita que la cuantía de la indemnización se eleve a la cifra de 44.000 €, porque sostiene que se ha acreditado que el demandante ha sido declarado en

situación de Incapacidad Permanente Absoluta, y la sentencia le otorga la mejora prevista en el Convenio que corresponde a la Incapacidad Permanente Total. Para ello se formulan tres motivos que tienen por objeto sin mención del precepto legal en que se apoyan la revisión de los hechos probados, el examen de las infracciones de normas sustantivas y de la jurisprudencia y la reposición de los autos al momento en que se encontraban al haberse infringido normas o garantías de procedimiento que hayan producido indefensión.

Y pese a la defectuosa formulación de los motivos, se resolverá el recurso comenzando por el último, en el que se pretende se practique diligencia final a fin de conocer el grado de incapacidad que tiene declarado el recurrente como solicitó en el acto del juicio, alegando la vulneración del art. 24 de la Constitución y la indefensión que genera la decisión adoptada en la sentencia, e imposible protesta. Basta para desestimar el motivo recordar aquí el contenido del art. 88 de la Ley de Procedimiento Laboral que regula las diligencias para mejor proveer como facultad del Magistrado, por lo que aunque lo acertado si el Magistrado “a quo” dudaba solo la declaración de la Incapacidad Permanente Absoluta haber practicado diligencia para mejor proveer, no tenía obligación de hacerlo. Y se desestima el motivo.

SEGUNDO.- Solicita el primer motivo la supresión en el hecho cuarto de la frase “No consta la firmeza de dicha resolución”, lo que no se apoya en prueba alguna y se desestima. Se trata de una aseveración negativa que no estorba en la sentencia, en cuanto que como se dirá nada jurídicamente significa, y además, por falta de requisitos formales se desestima este primer motivo de recurso.

TERCERO.- En el segundo motivo se alega la violación del art. 35 del Convenio Colectivo de la Construcción de la Provincia de Valencia que establece las cuantías indemnizatorias que corresponde percibir para cada grado de Invalidez y la del art. 24.1 de la Constitución Española, el principio de tutela judicial efectiva y de inversión de la carga de la prueba, argumentando que las resoluciones administrativas son definitivas y ejecutivas y que corresponde a quien sostenga su revocación acreditarlo.

En efecto, la única cuestión planteada en el recurso tiene que ver con la determinación del grado de Invalidez que tiene reconocido el recurrente para concretar la cuantía que le corresponde percibir como mejora voluntaria de la Seguridad Social prevista en el Convenio Colectivo. La sentencia admite que el INSS ha dictado resolución de fecha 25 de febrero de 2009 reconociendo la Incapacidad Permanente Total derivada de accidente de trabajo ocurrido el 5 de noviembre de 2007 y que frente a esta resolución el actor solicitó el reconocimiento de Incapacidad Permanente Absoluta o Gran Invalidez que se tramitó como reclamación previa y que terminó con la resolución de 27 de mayo de 2009 que declaró al demandante afecto de Incapacidad Permanente Absoluta, añadiendo que no consta la firmeza de esta última resolución. Y sin otro dato fundamenta que impugnado el documento (resolución) que declara el grado de Incapacidad Permanente Absoluta corresponde la carga de la prueba del hecho constitutivo de la pretensión ejercitada a la parte actora.

Pues bien, se equivoca la sentencia concediendo la mejora voluntaria que corresponde al inferior grado, porque la parte actora a quien en efecto corresponde acreditar el hecho constitutivo de la pretensión ejercitada ha aportado la resolución que

declara el grado de Absoluta y es a quien lo niega al que corresponde probar que esa resolución ha sido revocada, y en ese caso cual es la resolución dictada en su lugar, sin que desde luego pueda concederse la mejora voluntaria que corresponde a un grado que si consta revocado, como lo es el de Total, cuando aparece que se elevó a Absoluta.

Así las cosas, y aunque como ya hemos observado hubiera sido oportuno que se practicara diligencia final sobre el particular, lo cierto es que el actor ha probado el requisito de acceso a la mejora reclamada aportando la resolución administrativa que lo documenta, sin que se haya acreditado su revocación, resolución administrativa que no es preciso adquiriera firmeza, al ser ejecutiva inmediatamente, por lo al no haberse impugnado otras cuestiones, procede estimar el recurso en su pretensión principal que se dirige a la revocación parcial de la sentencia para elevar la suma que de acuerdo con el precepto señalado en el recurso determina la cuantía de la mejora que corresponde percibir al actor recurrente.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don S.A.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia de fecha 20 de junio de 2011; y en consecuencia revocamos en parte la sentencia en cuanto a la cantidad que en concepto de mejora voluntaria prevista en el Convenio corresponde percibir al demandante que se cifra en 44.000 €, confirmándola en el resto.

Sin costas.

1583

Sentencia núm. 1.252, de 9 de mayo de 2012

Materia: Modificación de las condiciones de trabajo. Trabajadora que presta servicios como limpiadora en empresa de limpieza que se ha subrogado en la prestación de servicios de otra anterior. La nueva empresa de limpieza reduce la jornada semanal de la trabajadora. La actora solicita a la nueva empresa adjudicataria que le cubra toda la jornada.

Juzgado: Desestima la excepción procesal de inadecuación de procedimiento planteada por la demandada, así como la demanda en materia de modificación sustancial de condiciones, absolviendo a la parte demandada de cuantas pretensiones se deducen en su contra en la referida demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La subrogación operada lo es respecto al servicio adjudicado por el cliente, debiendo asumir la anterior adjudicataria el exceso de horas de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por parte de M.R.J. contra la sentencia que dictó el día 16-11-2.011 el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante en la que, además de desestimarse la excepción de inadecuación de procedimiento invocada por la demandada y señalarse que, no obstante dicha desestimación, el procedimiento debería continuar tramitándose como procedimiento ordinario, se desestimó la demanda de modificación sustancial de condiciones de trabajo deducida por la hoy recurrente contra las entidades U.S. S.L y L.E.M. S.A.

2. El primero de los motivos del recurso se formula con errónea invocación del apartado b) del art. 193 de la Ley 36/2.011 de 10 de octubre de la Jurisdicción Social (en adelante LJS) - estimamos erróneo el precepto invocado por cuanto que siendo la sentencia anterior a la entrada en vigor de tal ley, el recurso de suplicación debe tramitarse por los cauces de la anterior LPL de 7-4-1.995, conforme a la Disposición Transitoria Segunda, apartado 2 de la propia LJS- y se destina a la revisión de la resultancia fáctica de la resolución recurrida, pretendiéndose que el primero de los párrafos del ordinal del primero de los hechos probados quede redactado con arreglo al siguiente tenor, que deduce de la documental obrante al folio 82 (contrato de trabajo):

“D^a. M.R.J., con NIF número X., presta sus servicios en las instalaciones del Instituto Politécnico Marítimo Pesquero del Mediterráneo (sita en el Muelle Pesquero de Alicante), por cuenta y orden de la empresa U.S., S.L (dedicada a la actividad de limpieza de edificios y locales) desde el 3 de diciembre de 2.001, categoría profesional de limpiadora y salario de 687,40 euros mensuales (incluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias), con una jornada de trabajo de 25 horas semanales distribuidas de lunes a viernes”.

3. Siendo doctrina jurisprudencial consolidada la contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que señala que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél”, y constando a lo largo de todo el hecho primero que la jornada que la actora prestaba servicios para la empresa L.E.M., S.A desde el 3-12-2.001 y que en virtud de subrogación desde el 17-5-2.011 su empresario es la hoy demandada y recurrida U.S., S.L y que con anterioridad a la subrogación prestaba una jornada semanal de 25 horas y con posterioridad a la misma de 20, resulta claro que el motivo debe desestimarse pues no se evidencia, si quiera tangencialmente, error alguno del juzgador de instancia en la redacción del hecho probado que se pretende modificar.

SEGUNDO.- 1. El motivo correlativo del recurso se destina a la censura jurídica de la resolución recurrida a fin de denunciar infracción de lo dispuesto en el art. 7 Del Convenio Colectivo de Limpieza de edificios y locales de la provincia de Alicante

en relación con el art. 41 E.T, viniéndose a señalar, que la nueva empleadora de la actora, en su condición de nueva adjudicataria de la contrata de limpieza donde aquella se encontraba empleada, en virtud de la aplicación de estos preceptos debió acudir al procedimiento previsto en el art. 41 del E.T a fin de reducir la jornada de la actora de 25 a 20 horas semanales.

2. Para resolver el motivo se ha de señalar que el inalterado relato histórico de la resolución recurrida nos expone el supuesto a enjuiciar: la actora venía prestando, desde el 3-12-2.001, servicios por cuenta y orden de la empresa E. S. A como limpiadora en el Instituto Politécnico Pesquero del Mediterráneo, desde el 16-5-2.011 la demandada es la nueva adjudicataria de la contrata y lo ha sido en los siguientes términos 12 horas de limpieza diarias de personal de limpieza (60 horas semanales), por lo que desde ese momento tanto la actora como sus otras dos compañeras empleadas en la contrata realizan una jornada semanal de 20 horas semanales, lo que le ha sido comunicado a la actora el 6-6-2.011.

3. Y dados los hechos objeto de enjuiciamiento, así como los preceptos citados como infringidos, se ha de señalar que esta Sala, como indica la empresa recurrida en su escrito de impugnación del recurso, ya ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión que aquí se suscita en un supuesto similar en la Sentencia de 12-1-2.012 (recurso de suplicación 3.009/2.011), y lo hacíamos en los siguientes términos:

“2. El Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la Provincia de Alicante (BOP de 24-3-10), en su art. 7, en lo que aquí interesa, dice, “Adscripción de personal. 1º. Al término de la concesión de una contrata de limpieza, los trabajadores de la empresa contratista saliente pasarán a estar adscritos a la nueva titular de la contrata, la que se subrogará en todos los derechos y obligaciones siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: a) Trabajadores en activo que presten sus servicios en dicho centro con una antigüedad mínima de los cuatro últimos meses.... 2º. Todos los supuestos anteriormente contemplados deberán acreditarse fehacientemente y documentalmente por las empresas salientes a las entrantes en el plazo de diez días hábiles, mediante los documentos que se detallan al final de este artículo. El indicado plazo se contará desde el momento en que la empresa entrante comunique fehacientemente a la saliente y a la Asociación Provincial de Empresarios de Limpieza de Edificios y Locales de Alicante ser la nueva adjudicataria del servicio. De no cumplir este requisito la empresa entrante, automáticamente y sin más formalidades, se subrogará en todo el personal que preste sus servicios en el centro de trabajo. En cualquier caso, el contrato de trabajo entre empresa saliente y los trabajadores sólo se extingue en el momento en que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria.... 4º. Si la subrogación de una nueva titular de la contrata implicase que un trabajador realizase su jornada en dos centros de trabajo distintos, afectando a uno de ellos el cambio de titularidad de la contrata, los titulares de las mismas gestionarán el pluriempleo legal del trabajador, así como el disfrute conjunto del periodo vacacional, abonándosele por la empresa saliente la liquidación de partes proporcionales de las pagas correspondientes. Esta liquidación no implicará el finiquito si continúa trabajando para las empresas. 5º. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento por las partes a las que vincula, empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador. No desaparece el carácter vinculante de este artículo en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiese el mismo por un periodo inferior a dos meses; dicho personal, con todos sus derechos, se adscribirá a la nueva empresa.... Documentos a facilitar por la empresa saliente a la entrante.

- Certificado del organismo competente de estar al corriente en el pago de la Seguridad Social.
- Fotocopia de las cuatro últimas nóminas mensuales de los trabajadores/as afectados.
- Fotocopia de los contratos de los trabajadores/as objeto de subrogación, asimismo relación de certificados de retenciones de todos los trabajadores/as.
- Fotocopia de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social de los cuatro últimos meses.
- Relación nominal en la que se especifique: Nombre y apellidos, domicilio, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, jornada de trabajo, modalidad de su contratación y fecha de disfrute de sus vacaciones....
- Copia de documentos, debidamente diligenciados, por cada trabajador afectado en el que se haga constar que éste ha recibido de la empresa saliente su liquidación de partes proporcionales de sus haberes hasta el momento de la subrogación, no quedando pendiente cantidad alguna. Esta documentación deberá estar en poder de la nueva adjudicataria en la fecha de inicio del servicio como nueva titular.

Si la omisión de datos a los que se hace referencia en este artículo fuese imputable a la empresa cesante o saliente, ésta tendrá que hacerse cargo de la persona o personas no relacionadas debidamente, o excluidas o no incluidas, y responderá de todos los perjuicios a que hubiere lugar y de los que estará exonerada, en este caso, la empresa entrante.

La empresa saliente facilitará a la empresa entrante la relación de la afiliación por nómina, conjuntamente con todos los documentos a los que se hace referencia en este apartado.

En lo no previsto en el presente artículo, se estará a lo dispuesto en esta materia en el artículo 44 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores...”.

3. Esta Sala en Sentencia de 8-6-11, rec.868/11, respecto al artículo 31 del convenio colectivo del sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Valencia, señaló que, “...el objetivo declarado del artículo 31 del convenio de aplicación es “mantener la estabilidad en el empleo de los trabajadores y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos”, tal y como se dice en su párrafo primero. A tal fin, una de las medidas que se establece es, precisamente, que en el caso de que una empresa sustituya a otra en la prestación del servicio a un determinado cliente, la nueva adjudicataria se subroga en la posición de la anterior respecto de los trabajadores que prestaban servicios en la contrata y que cumplan determinadas condiciones. Por tanto, la obligación de subrogación que establece el precepto viene condicionada por dos elementos: a) se impone solo respecto de los trabajadores que presenten servicios en la contrata y que reúnan determinadas condiciones, como la antigüedad; y b) se vincula a una determinada contrata y, en consecuencia, a las condiciones pactadas con la empresa principal o cliente....Esta conclusión se apoya no solo en una interpretación teleológica, sino también en la sistemática (artículo 1285 del Código Civil), como se aprecia del examen del apartado 11 de este artículo 31 del convenio en el que se regulan los supuestos en que el trabajador implicado en la subrogación realiza su jornada en varios centros de trabajo, afectando a uno solo de ellos el cambio de contrata”.

4. Pues bien, a la vista de la doctrina expuesta es claro que la aplicación de la misma al supuesto descrito ha de llevarnos a la desestimación de la demanda, ya que debemos estimar que la subrogación operada lo es respecto del servicio adjudicado por el cliente, de manera que si la actora realizaba una superior jornada de trabajo para la anterior adjudicataria, será ésta la que debió seguir asumiendo el resto de jornada que exceda de la adjudicada por el cliente a la nueva empresa adjudicataria, lo que lleva a la

estimación del recurso y, en consecuencia , a la absolución de la empresa recurrente, sin que proceda condena respecto a las codemandadas dado que la acción ejercitada es la de modificación sustancial de condiciones de trabajo

TERCERO.- Corolario de lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto con confirmación en sus propios términos de la resolución recurrida. Sin costas (art. 233.1 de la LPL en relación con el art. 2 d) de la Ley de asistencia jurídica gratuita).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

fallo

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por M.R.J. contra la sentencia de fecha 16 de noviembre 2.011 del juzgado de lo social número 3 de alicante dictada en sus autos 637/2.011 confirmamos la misma en sus propios términos.

Sin costas.

1584

Sentencia núm. 1.294, de 10 de mayo de 2012

Materia: Prestación de jubilación. Errores en el cálculo de la base reguladora. Competencia funcional por razón de la cuantía.

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por la parte demandante se pretendió ante el órgano de instancia el abono por parte del INSS de la pensión de jubilación sobre el 100% de la base reguladora mensual de 2084,41 euros, en tanto el referido organismo se la había reconocido, en igual porcentaje, pero sobre la base reguladora de 2037,10 euros mensuales. Dicha pretensión fue desestimada en la sentencia, que informó que cabía recurso de suplicación contra la misma, recurso que se plantea, en un doble motivo, al amparo de lo señalado en el artículo 191, “b” y “c” de la LPL.

Ante lo individualizado de la cuestión objeto del proceso, pues la discrepancia en el aludido cálculo se trata de una cuestión meramente puntual, la Sala estima improcedente por razón de la cuantía el recurso de suplicación interpuesto, al no alcanzar la prevista en el artículo 189.1 “b” de la L.P.L. de 1803 euros, ya que la diferencia entre ambas cifras, computadas en una anualidad por catorce pagas no

alcanza el límite mínimo para recurrir aludido, ni tampoco existir notoriedad en la afectación general ni por la naturaleza de la cuestión debatida, ni por las circunstancias concurrentes, ni por la existencia de múltiples procesos con iguales pretensiones, tal y como el T.S. viene indicando desde la sentencia de 3 de octubre de 2003, que subrayó como la afectación general debía quedar de manifiesto por la peculiar naturaleza de las reclamaciones efectuadas, lo que aquí no sucede, en tanto se trata de una mera reclamación de cantidad derivada del importe señalado a la pensión de jubilación del recurrente.

Corolario de lo expuesto será declarar improcedente por razón de la cuantía el recurso interpuesto y firme la sentencia de instancia, al no estar en presencia de algún otro de los supuestos previstos en el artículo 189 de la L.P.L. que posibilitaran el acceso a este recurso extraordinario, y en consecuencia carecer la Sala de competencia funcional para decidirlo, con arreglo al artículo 7 “b” de la L.P.L.

FALLO

Declaramos la incompetencia funcional de la Sala al ser improcedente por razón de la cuantía el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la parte demandante contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante el día 20 de julio de 2011, en proceso sobre jubilación seguido a instancia de Don J.F.R.B., y firme dicha sentencia.

1585

Sentencia núm. 1.298, de 10 de mayo de 2012.

Materia: Reclamación de cantidad. Extinción de relación laboral a solicitud de la trabajadora. La empresa debe a la trabajadora parte de los salarios, pagas de beneficios y parte proporcional de pagas extras.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenado a la empresa demandada a abonar determinada cantidad.

Sala: Estima parcialmente el recurso de la parte actora en la instancia, reconociéndole el derecho a percibir determinada cantidad adicional en concepto de compensación económica por no disfrute de vacaciones en determinado ejercicio, pero no respecto al anterior al estar caducada la presente reclamación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que estimó parcialmente su demanda en materia de reclamación de cantidad. El primer motivo del recurso se redacta al amparo

de la letra b) del art. 191 de la LPL, interesando, en primer lugar, la revisión del hecho probado primero a fin de que se el adicione el siguiente texto, "...Conforme consta en el folio 28 el salario mensual de 30 días se compone de un salario base de 893,85€. Artº 16 Convenio Colectivo 28,28€. Complemento Salarial 1.701,21€. La actora estaba de baja por IT desde agosto de 2009, permaneciendo en dicha situación hasta la extinción de la relación laboral", basándose en los folios 28, 23, petición formulada en otrosí de la demanda y, escrito de demanda.

La revisión no puede admitirse, pues el hecho impugnado ya indica, y no se combate, el salario mensual con prorrata de pagas extras, por lo que el contenido de la nómina de abril-09 (folio 28), carece de trascendencia, no constando en ninguno de los documentos invocados referencia alguna a la alegada situación de incapacidad temporal.

2. En segundo lugar, interesa la revisión del segundo párrafo del hecho probado segundo, proponiendo en base a la misma documental citada anteriormente, la siguiente redacción, "La empresa adeuda: 505'82 euros como parte de las nóminas debidas de septiembre a noviembre de 2009 y paga de beneficios de 2008; y la parte proporcional de pagas extras de verano y navidad de 2009 y beneficios de 2009: 3.588'47 euros".

La revisión no se admite, pues ni de la nómina de abril obrante al folio 28, ni de la copia de la sentencia de 19-4-10 (folios 112 a 14, y 23 a 25), se desprende error alguno en la valoración de la prueba efectuada por al Magistrada de instancia, pues el hecho probado segundo de la sentencia citada declara cantidades abonadas en concepto de "mensualidades salariales", debiéndose tener en cuenta que según manifiesta el Tribunal Supremo en sentencia de 11-12-2003, "solamente gozan de virtualidad revisora aquellos documentos que por si mismo hagan prueba de su contenido y no resulten contradichos por otros documento probatorios", y, a estos efectos, la demanda es un mero documento de parte.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción del art. 217 apartados 2 y 3 de la LEC, en relación con el art. 38 del ET, Convenio 132 de la OIT y Directiva 2003/88, art. 7.1 y 2. Sostiene el recurrente que a la fecha de extinción de la relación laboral nace el derecho del derecho al disfrute de las vacaciones de 2009 y 2010, con cita de la Sentencia del tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20-1-09, solicitando se estime lo reclamado en concepto de vacaciones 2009 y 2010, ampliando así la condena.

2. El art. 38 del Estatuto de los Trabajadores dispone, "Vacaciones anuales".
1. El período de vacaciones anuales retribuidas, no sustituible por compensación económica, será el pactado en convenio colectivo o contrato individual. En ningún caso la duración será inferior a treinta días naturales. 2. El período o períodos de su disfrute se fijará 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. En caso de desacuerdo entre las partes, la jurisdicción competente fijará la fecha que para el disfrute corresponda y su decisión será irrecurrible. El procedimiento será sumario y preferente. 3. El calendario de vacaciones se fijará en cada empresa. El trabajador conocerá las fechas que le correspondan dos meses antes, al menos, del comienzo del disfrute. Cuando el período de vacaciones fijado en el calendario de vacaciones de la empresa al que se refiere el párrafo anterior coincida en el tiempo con una incapacidad temporal derivada del embarazo, el parto o la lactancia natural o con el

período de suspensión del contrato de trabajo previsto en el art. 48.4 y 48.bis de esta Ley, se tendrá derecho a disfrutar las vacaciones en fecha distinta a la de la incapacidad temporal o a la del disfrute del permiso que por aplicación de dicho precepto le correspondiera, al finalizar el período de suspensión, aunque haya terminado el año natural a que correspondan. En el supuesto de que el período de vacaciones coincida con una incapacidad temporal por contingencias distintas a las señaladas en el párrafo anterior que imposibilite al trabajador disfrutarlas, total o parcialmente, durante el año natural a que corresponden, el trabajador podrá hacerlo una vez finalice su incapacidad y siempre que no hayan transcurrido más de dieciocho meses a partir del final del año en que se hayan originado”.

3. De la relación de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, a la que esta Sala queda vinculada, se desprende que la actora trabajó para la demandada desde el 4-6-07 hasta el 19-4-10, con un salario bruto mensual de 3.166,20€, incluida prorrata de pagas extras, habiendo presentado la papeleta de conciliación ante el SMAC el 30-6-10 (folio 4), por lo que el recurso debe estimarse en cuanto a la compensación económica por el no disfrute de la parte proporcional de las vacaciones correspondientes a la anualidad 2010, que asciende a 945€; pero debe desestimarse la reclamación de la compensación por vacaciones no disfrutadas de la anualidad 2009, ya que a la fecha de presentación de la papeleta de conciliación ya había transcurrido el año natural correspondiente a su disfrute, por lo que la presente reclamación está caducada, pues no consta ni en la sentencia aquí recurrida, ni en la dictada en materia de rescisión del contrato de trabajo, por aplicación del art. 50.1.b) del ET, que la actora haya permanecido en situación de incapacidad temporal. Procediendo en atención a lo expuesto, estimar en parte el recurso.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de M. I.-S. T., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de los de Castellón, de fecha 6-7-2011, en virtud de demanda presentada a su instancia contra K.C. SL; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida, en el sentido de que la cantidad total a cuyo abono procede condenar a la demandada asciende a 5.039,29€.

1586

Sentencia núm. 1.353, de 16 de mayo de 2012

Materia: Lesiones permanentes. Trabajador afiliado al RGSS que presta servicios por cuenta de empresa, con categoría profesional de reglista. El actor se encuentra expuesto al ruido durante ocho horas al día. El actor presenta solicitud sobre reconocimiento de incapacidad permanente de lesiones no invalidantes derivadas de enfermedad profesional.

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

Sala: Estima el recurso declarando al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad

profesional conforme al número 11 del baremo recogido en el Anexo de la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a la mutua demandada al abono de determinada cantidad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor, la sentencia que ha desestimado su demanda en la que reclama la indemnización correspondiente al baremo 11 por hipoacusia en ambos oídos, derivada de enfermedad profesional, siendo que en la vía administrativa le había sido reconocido el baremo 9.

El recurso, se impugna por la Mutua, y contiene un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, en el que denuncia la infracción por no aplicación de la doctrina unificada establecida por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 2 de abril de 2002 y 24 de noviembre de 2003, y así mismo infracción por su no aplicación de lo dispuesto en la Orden TAS/1040/2005 de 18 de abril, baremo 11. Argumenta el recurso que atendiendo al trazado audimétrico de fecha 20-5-2009 sobre el cual el INSS declaró al trabajador afecto de hipoacusia bilateral leve, baremo 9, el promedio de la pérdida del nivel de audición en el oído derecho es de 31.25 decibelios, y en el oído izquierdo de 27,5 decibelios, siendo superior a los límites señalados por el Tribunal Supremo para considerar afectada la zona conversacional en ambos oídos y por tanto tener derecho a la indemnización prevista en el baremo 11 de lesiones permanentes no invalidantes cuyo importe ascienda a 2.990 €.

Como hemos señalado en la sentencia de esta Sala nº 1249/2011 de 19 de abril (rec.2380/2010): "...la cuestión que se suscita ha sido objeto de reiterados pronunciamientos por parte de la doctrina unificadora del Tribunal Supremo en sentencias, entre otras, de 8 de marzo de 2006, 10 de mayo de 2006 y 4 de octubre de 2006, en las que, con cita incluso de sentencias anteriores, sobre todo las de 2 de noviembre de 2005 y 2 de abril de 2002, en la interpretación de la normativa que se reputa infringida, ha venido a establecer los siguientes presupuestos:

1º.- Que la clave de la decisión radica en valorar si la hipoacusia padecida tal como resulta de las pruebas de audiometría realizadas, afecta o no a la zona conversacional.

2º.- Que la denominada "zona conversacional" de la emisión de palabras es la que "se halla encuadrada entre los 500 y 3000 ciclos (Hz) por segundo" y por lo tanto, se entiende por pérdida auditiva producida fuera de la zona conversacional la que tiene lugar por encima de los 3000 Hz.

3º.- Que debe estarse para la calificación o graduación de la hipoacusia a las denominadas normas técnicas de experiencia; en concreto a las normas indicadas en una "guía de valoración del menoscabo permanente" editada en 1996 por el Instituto

Nacional de Medicina y Seguridad en el Trabajo, que sigue a su vez estándares internacionales.

4º.- Que de acuerdo con dichas reglas de experiencia, para determinar si existe o no “hipoacusia que afecta a zona conversacional” se ha de verificar la media aritmética de los niveles de audición, medidos en decibelios, de 500, 1000, 2000 y 3000 Hz, en “ circunstancias de audición ordinarias”.

5º.- Que consecuentemente para determinar si existe o no “hipoacusia que no afecta a zona conversacional” se estará al promedio de los niveles de audición en decibelios de los valores superiores a 3000 Hz.

6º.- Si, en uno y otro caso, el menoscabo auditivo resultante es igual o inferior a 25 dbs., no es de apreciar un deterioro significativo, esto es, se entiende que no existe pérdida patológica, por lo que no será objeto de indemnización alguna.

7º.- Si el resultado en el ámbito de la zona conversacional asciende a una pérdida auditiva entre 26 y 40 dbs se estará en presencia de una pérdida leve que ya motiva una dificultad para la conversación en voz baja o a distancia- por lo tanto afecta a la zona conversacional-, alcanzando una calificación de grave cuando supera los 40 dbs.

8º.- Si el resultado en el ámbito de la zona no conversacional supera los 25 dbs. se estará también en presencia de una pérdida auditiva indemnizable.

9º.- Que, en función de estas reglas, la hipoacusia de un solo oído puede afectar tanto a la zona conversacional como a la no conversacional, en cuyo caso prima, por ser más grave, la que afecta al nivel conversacional.

10º.- Que deben quedar indemnizadas las lesiones de ambos oídos que rebasen el límite de decibelios ya mencionado, con la limitación de que la suma de las indemnizaciones no puede superar el montante previsto para la hipoacusia que afecta a la zona conversacional en ambos oídos.

En función de estas previsiones hermenéuticas se impone concluir señalando que si la respuesta es afirmativa, en los términos expresados, respecto de los dos oídos, cuando afecta a la zona conversacional, la indemnización que corresponde es la prevista en el núm. 11 del baremo; si la respuesta es afirmativa para un oído y negativa para el otro por ser normal, también en zona conversacional, el importe de la indemnización es el fijado en el núm.10; si la respuesta es afirmativa, respecto de los dos oídos, fuera de la zona conversacional, la indemnización será la establecida en el núm. 9, en el caso de afectar a un solo oído, siendo normal la del otro, será la prevista en el núm. 8. Por último, si concurre la hipoacusia que en un oído no afecta a la zona conversacional y en la del otro sí que afecta a la indicada zona conversacional, la indemnización vendrá dada por los baremos 8 y 10 con el límite previsto para el baremo 11.”

La aplicación de la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado, en el que no se discute la enfermedad profesional de la que deriva el defecto auditivo que presenta el demandante y constanding en el hecho segundo que: realizada en fecha 20/05/2009, la

última audiometría que ha tenido en cuenta el INSS para el reconocimiento de la lesión auditiva del actor con las siguientes mediciones a 500 Hz, 1000 Hz, 2000 Hz y 3000 Hz: en O.D. 25, 25, 40 y 35, y en O.I. 25, 25, 25 y 35, no cabe sino dar la razón al actor recurrente al ser ciertos los porcentajes que calcula como promedio que afecta a la zona conversacional en ambos oídos que se encuentran entre 25 y 40 decibelios y generan el baremo que solicita, debiendo en consecuencia ser estimado el recurso, sin perjuicio de que deba compensarse la indemnización que corresponde al baremo 11 de 2.990 € con la ya percibida de la Mutua por el baremo 9 declarado en la vía administrativa de 1500 € (hecho segundo).

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la CS X. en nombre e interés de don M.A.F.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 4 de los de Castellón y su provincia, de fecha 26 de abril de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, Unión de Mutuas, y la empresa “B. SA”; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda declarando al actor afecto de lesiones permanentes no invalidantes derivadas de enfermedad profesional conforme al número 11 del baremo recogido en el Anexo de la Orden TAS/1040/2005, de 18 de abril, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y al Unión de Mutuas a abonar al actor la suma de 2.990 euros.

Sin costas.

1587

Sentencia núm. 1.365, de 17 de mayo de 2012

Materia: Recargo de prestaciones. Existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad en la empresa. Trabajador que sufre accidente de trabajo y que posteriormente es declarado en situación de incapacidad permanente parcial para el ejercicio de profesión habitual. Error humano involuntario con consecuencias graves. Nexo causal entre el siniestro y las obligaciones empresariales en materia preventiva.

Juzgado: Desestima la demanda formulada por el trabajador, absolviendo a los organismos demandados de las pretensiones deducidas en su contra. No cabe imputar responsabilidad empresarial en el accidente sufrido por el trabajador demandante.

Sala: Estima parcialmente el recurso al constatarse que la empresa no ha tomado todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad de los trabajadores; en particular, en cuanto al manejo del equipo de trabajo. Limita al 30% el recargo de prestaciones ya que un error humano involuntario de un

compañero contribuyó en el accidente sufrido por el trabajador demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Trece de los de Valencia que desestima la demanda sobre recargo de prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la parte actora que articula en dos motivos y que no ha sido impugnado de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y pretende diversas revisiones fácticas.

La primera de dicha revisiones atañe al hecho probado tercero para que se adicione después del primer punto y aparte, lo siguiente: “La empresa no había hecho una evaluación preventiva específica de los riesgos laborales para la utilización del equipo de trabajo del camión autocargante y de la grúa y que se utilizaba cuando ocurrió el accidente.”

La adición postulada se apoya en la Evaluación de Riesgos Laborales aportada por la empresa como documento nº 4 y ha de prosperar porque en efecto de la indicada evaluación está ausente la prevención de los riesgos derivados del equipo de trabajo utilizado cuando se produjo el accidente, siendo relevante la modificación postulada en la medida en que la falta de evaluación de los riesgos derivados de los equipos de trabajo evidencia la falta de información de dichos riesgos a los trabajadores que los utilizan y la omisión de las medidas de prevención necesarias para evitarlos.

La siguiente modificación pretende la adición de un nuevo hecho a continuación del anterior con el siguiente tenor: “El actor no había recibido formación ni información específica en materia de riesgos laborales para la utilización del equipo de trabajo que estaban utilizando, consistente en camión autocargante y grúa para las funciones de elevación de transporte y depósito de cargas.”

Dicha adición se sustenta en el documento 3-A y 3-B del ramo de prueba de la demandada que es la formación específica del puesto de trabajo de mecánico y la misma también ha de prosperar por cuanto que de los referidos documentos se desprende que la formación e información recibida por el trabajador no hace referencia al equipo de trabajo en el que se produjo el accidente laboral del demandante, pues la única información que recibió sobre los equipos de trabajo se refiere a elevadores y gatos.

A continuación, se solicita la adición de un nuevo hecho probado con el siguiente contenido: “El trabajador J.C.C., no había recibido formación e información específica para el manejo de grúas y del camión autocargante.”

Esta adición se apoya en los documentos 3-A y 3-B de la demandada que recoge la formación específica del puesto de trabajo de mecánico que es el desempeñado por el actor y por el trabajador J.C.C. y la misma merece favorable acogida porque en efecto y como ya se expuso antes, dicha formación no incluye el manejo de grúas ni del camión autocargante sino que los equipos de trabajo sobre los que han recibido información los mecánicos de la empresa demandada son elevadores y gatos.

La cuarta modificación pretende la adición de un nuevo hecho probado en el que se indique que: “los equipos de trabajo involucrados en el accidente eran:

Puente grúa PLU 3200 kg. 4/1.

Camión Autocargante Pegaso 1334 RG; matrícula V-7134-CW

Grúa sobre camión; marca HIAB; modelo 120-4; n° de fabricación 0120897”.

La adición reseñada se deduce del documento n° 1 del ramo de prueba de la empresa demandada que es el informe de investigación del accidente realizado por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales, en concreto de la página 2, apartado 4 y la misma ha de prosperar por desprenderse del referido documento y ofrecerse con la misma una información más detallado acerca del equipo de trabajo en el que se produjo el accidente.

La siguiente modificación pretende la adición de un nuevo hecho probado, a continuación del anterior, cuya redacción de prosperar sería la siguiente:

“La empresa no entregó a los trabajadores implicados en el accidente manual de instrucciones sobre seguridad en el manejo de la grúa sobre camión marca HIAB modelo 120-4, n° de fabricación 0120897, instalada sobre el camión autocargante”.

La adición indicada se apoya en los documentos 3-A a 6 de la prueba de la empresa demandada y la misma no puede prosperar por cuanto que los mismos se refieren a la formación específica del puesto de trabajo de mecánico, a la evaluación de riesgos realizado por S.P., S.L., al certificado de importación y características técnicas de la grúa hidráulica marca HIAB Modelo 120-4 n° de fabricación 0120897 y al manual de instrucciones de dicha grúa, de los que no se puede desprender si la empresa demandada entregó o no a los trabajadores implicados en el accidente de trabajo el manual de instrucciones de la referida grúa HIAB.

La última modificación consiste en la adición al hecho probado cuarto, en el primer párrafo después de ...camión autocargante marca Pegaso 1334 RG..., lo siguiente: ...equipado con una grúa sobre camión; marca HIAB modelo 120-4. N° de fabricación 0120897.”

La adición se desprende del documento n° 1 del ramo de prueba de la empresa demandada, en concreto de la página 2, apartado 4 y la misma ha de ser acogida por resultar del documento en el que se apoya y especificar más detalladamente

los equipos de trabajo en los que se produjo el accidente laboral sufrido por el demandante.

SEGUNDO.- El correlativo motivo del recurso que se formula al amparo del apartado c del art. 191 de la LPL, denuncia la infracción del art. 123.1 de la LGSS al no haber apreciado la sentencia del Juzgado que la empresa no ha observado las medidas de seguridad en el trabajo que hubieran podido evitar el accidente. También se denuncia la vulneración del art. 53.2 del R.D. Legislativo 5/2000 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo al otorgar presunción de certeza a la conclusión a la que llega el Inspector de Trabajo acerca de que “estamos antes un error humano que no puede achacarse a la responsabilidad empresarial dada la formación preventiva recibida por ambos trabajadores.”

También se denuncia la infracción por inaplicación del art. 16-1 del Convenio 155 de la OIT, de los arts. 16-2 a), 18.1.a) y 19.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y del apartado 10 del punto 1 del Anexo II del Real Decreto 1215/1997 sobre Disposiciones mínimas de Seguridad para los trabajadores de los equipos de trabajo.

Aduce la defensa del demandante que si se hubiera previsto el riesgo de los trabajadores situados en las proximidades del equipo de trabajo y se hubiera respetado en todo caso una distancia de seguridad antes de accionar el mando de movimiento del brazo de la grúa cuando el trabajador estaba a su alcance, se hubiera evitado el accidente de trabajo, no habiéndose informado además a los trabajadores implicados en el mismo de los riesgos en la utilización de la citada grúa, información que hubiera evitado también el accidente al posibilitar la adopción de medidas de seguridad, como el respetar en todo caso una distancia de seguridad, sin que las conclusiones o valoraciones jurídicas del Inspector de Trabajo resulten vinculantes para el Juez de instancia, como parece que resulta de los fundamentos de derecho primero y tercero de la resolución recurrida.

Como señala nuestro Alto Tribunal en sentencia de 12 de Julio del 2007 (ROJ: STS 5606/2007), Recurso: 938/2006:

“1) El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador".

Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los

trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador". Finalmente, el artículo 17.1 establece "que el empresario adoptará las medidas necesarias con el fin de que los equipos de trabajo sean adecuados para el trabajo que debe realizarse y convenientemente adaptados a tal efecto, de forma que garanticen la seguridad y salud de los trabajadores".

Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores".

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

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

En el presente caso se evidencia del relato narrativo de la sentencia de instancia, con las modificaciones que han sido acogidas, que la empresa demandada aunque dio formación específica del puesto de trabajo de mecánico que es el desempeñado por el trabajador accidentado y por su compañero el Sr. C.C., implicado en el accidente, dicha formación no incluyó el manejo del equipo de trabajo en el que se produjo el accidente ya que ni el demandante ni el Sr. C. recibieron formación acerca del manejo de la grúa HIAB montada sobre el camión autocargante y cuyo brazo golpeó al actor cuando éste acababa de liberar el gancho de la misma al equivocar el Sr. C. el mando de control y maniobra, de modo que en vez de accionar su retirada, lo precipita contra la cara del demandante. Si a ello unimos que la empresa demandada tampoco realizó una evaluación preventiva de los riesgos laborales que entrañaba la utilización

del equipo de trabajo en el que se produjo el accidente, se ha de concluir que la empresa ha infringido su deber de seguridad para con el trabajador accidentado. En efecto el art. 16.2 apartado a) de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales establece que "El empresario deberá realizar una evaluación inicial de los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores, teniendo en cuenta, con carácter general, la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes y de los trabajadores que deban desempeñarlos. Igual evaluación deberá hacerse con ocasión de la elección de los equipos de trabajo, de las sustancias o preparados químicos y del acondicionamiento de los lugares de trabajo. La evaluación inicial tendrá en cuenta aquellas otras actuaciones que deban desarrollarse de conformidad con lo dispuesto en la normativa sobre protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad. La evaluación será actualizada cuando cambien las condiciones de trabajo y, en todo caso, se someterá a consideración y se revisará, si fuera necesario, con ocasión de los daños para la salud que se hayan producido.

Quando el resultado de la evaluación lo hiciera necesario, el empresario realizará controles periódicos de las condiciones de trabajo y de la actividad de los trabajadores en la prestación de sus servicios, para detectar situaciones potencialmente peligrosas."

En el presente caso no cabe duda que si la empresa demandada hubiera evaluado los riesgos derivados de la utilización del equipo de trabajo en el que se produjo el accidente laboral del demandante, hubiera podido informar de los mismos a los trabajadores implicados en dicho accidente y facilitarles la formación preventiva necesaria para eliminar dichos riesgos y, en concreto, y tal y como apunta la defensa del demandante, la obligación de respetar la distancia de seguridad necesaria para que cuando se accionase el brazo de la grúa HIAB no se encontrase en su radio de acción ningún operario. De modo que el incumplimiento por parte de la empresa demandada de sus obligaciones en materia de evaluación de riesgos y de formación de sus trabajadores se evidencia como causa eficiente del accidente de trabajo sufrido por el actor, sin que dicho nexo causal se vea desvirtuado por el error del compañero de trabajo del demandante, Sr. C., al accionar el mando de control y maniobra de la grúa ya que dicho error era previsible y sus desgraciadas consecuencias se hubieran podido evitar si el empresario hubiera adoptado las medidas de seguridad a las que se ha hecho referencia.

Conviene recordar que conforme la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo recogida en la sentencia de 8 de octubre de 2001 (Rec. 4403/2000) del juego de los artículos 14.2, 15.4 y 17.1 L.P.R.L. "se deduce, como también concluye la doctrina científica, que el deber de protección del empresario es incondicionado y, prácticamente, ilimitado. Deben adoptarse las medidas de protección que sean necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aún en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador. No quiere ello decir que el mero acaecimiento del accidente implique necesariamente violación de medidas de seguridad, pero sí que las vulneraciones de los mandatos reglamentarios de seguridad han de implicar en todo caso aquella consecuencia, cuando el resultado lesivo se origine a causa de dichas infracciones." La aplicación de la anterior doctrina al presente caso determina, como ya se adelantó, la imposición del recargo al no haberse garantizado de forma completa por la empresa demandada la evaluación y formación sobre riesgos del trabajador, aun cuando en la producción del accidente de trabajo haya tenido una

participación relevante la equivocación del otro trabajador implicado en dicho accidente.

En cuanto al porcentaje del recargo que se solicita en su grado máximo por el demandante, procede fijarlo en el 30% habida cuenta que el incumplimiento de la empresa demandada en materia de evaluación de riesgos laborales y en materia de formación de los trabajadores no es total y absoluto sino que tan solo se aprecia respecto a la utilización del equipo de trabajo en el que se produjo el accidente, además de que en la producción de dicho accidente también ha tenido relevancia un hecho ajeno al incumplimiento empresarial como es el error del trabajador que manejaba la grúa HIAB y que al equivocarse al accionar el mando de control y maniobra de la misma, provocó que el brazo de dicha grúa golpease la cara del trabajador demandante, haciéndole perder el ojo izquierdo.

FALLO

Estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. V.N.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Trece de los de Valencia y su provincia, de fecha 4 de julio de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social y la empresa C.J., S.L. y revocamos la indicada sentencia, estimando parcialmente la demanda y reconociendo al demandante el derecho a percibir el recargo del 30% de las prestaciones de Seguridad Social derivadas de su accidente de trabajo, condenado a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a la mercantil demandada al abono del recargo impuesto.

1588

Sentencia núm. 1.439, de 23 de mayo de 2012

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo.

Trabajador que presta sus servicios en empresa funeraria. Al inicio de la relación laboral tiene encomendadas funciones de chófer, pasando más tarde a desempeñar funciones de encargado, con la consiguiente modificación de la categoría profesional. Absorción por fusión de la empresa funeraria por otra. La nueva empresa cambia funciones y horario al trabajador demandante. Posteriormente, le cambia la categoría aunque con las mismas funciones.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo alas demandadas de las pretensiones formuladas en su contra. No hay vulneración al art. 41 del ET. Considera no sustanciales las modificaciones.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La Sala aprecia injustificada la modificación del horario, jornada y turno de trabajo del demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte actora se articulan dos motivos en el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Social número dos de los de Elche que desestima su demanda sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, tal y como se expone en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO. 1. En el primer motivo de su recurso, y con amparo en el apartado a) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL), el demandante pretende en que se anule la sentencia de instancia, reponiéndose las actuaciones hasta el momento anterior en que se infringieron, en su opinión, los artículos 41 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) y 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC).

2. Constituye doctrina jurisprudencial consolidada (por todas, sentencia de 21 de noviembre de 2.005) que para que prospere este motivo de impugnación deben concurrir tres requisitos: 1) que se identifique el precepto procesal que se estima infringido; 2) acreditar la existencia de indefensión; 3) que la parte que se considera perjudicada por la decisión judicial haya efectuado la oportuna protesta en el acto del juicio oral, para que no se le pueda reprochar haber contribuido a la indefensión que luego denuncia, salvo que la infracción de las normas o garantías procesal se produzca en la sentencia o sea apreciable de oficio.

Para que pueda declararse la existencia de indefensión a la parte, no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales sino que éste debe tener una repercusión real sobre los derechos de defensa y contradicción, privando de la posibilidad de justificar el reconocimiento del derecho que se reclama o de la de replicar las posiciones contrarias a esa reclamación (por todas, sentencia del Tribunal Constitucional 168/2.002).

3. La aplicación de la doctrina expuesta a la denuncia formulada por el recurrente conduce a la desestimación del presente motivo del recurso que se examina, toda vez que no se aprecia que la decisión de la magistrada de instancia haya causado indefensión al demandante, y hoy recurrente, ni que se haya infringido ninguna norma procesal. La aplicación de la doctrina expuesta a la denuncia formulada por el recurrente conduce a la desestimación del primer motivo de suplicación porque, en primer lugar, el letrado que suscribe el recurso denuncia la presunta infracción del artículo 41 del ET que no es una norma procesal sino sustantiva, por lo que el cauce adecuado para oponerse a una errónea interpretación de dicho precepto es el de censura jurídica. En segundo lugar, porque no se acredita la presunta indefensión que ha sufrido el demandante, pues no se ha visto privado de su derecho de defensa.

TERCERO. 1. Ya en el marco de la censura jurídica denuncia la parte recurrente la presunta infracción de los artículos 41.1,f) y 41.3 en relación con los artículos 39.1 y 3.c) todos ellos del ET. En síntesis, argumenta el letrado del recurrente que en el caso enjuiciado *“se ha producido una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, que afectan a las funciones y horario del actor, y que ésta se ha llevado a cabo sin cumplir con los trámites y requerimientos del propio art. 41.3, y sin alegar ni acreditar la*

conurrencia de las causas que permitirían llevarla a cabo, según el núm. 1 del art. 41” (sic).

2. El carácter sustancial al que se refiere el artículo 41 del ET, y que determina la aplicación del procedimiento previsto en el mismo, no está referido a la condición laboral sino al cambio o modificación (sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2.004), lo que permite que las condiciones de trabajo enumeradas en dicho precepto puedan ser objeto de modificaciones no sustanciales, accidentales o accesorias y, en consecuencia, entran dentro del *ius variandi* del empresario. Como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2.003, “*para diferenciar entre sustancial y accidental es necesario tener en cuenta (a) el contexto convencional e individual, (b) la entidad del cambio, (c) el nivel de perjuicio o el sacrificio que la alteración supone para los trabajadores afectados*”. A tal fin, habrá de valorarse “la importancia cualitativa de la modificación impuesta, su alcance temporal y las eventuales compensaciones pactadas, pues de tales circunstancias dependerá que la intensidad del sacrificio que se impone al trabajador, haya de ser calificado como sustancial o accidental” (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2.005). Se trata, sin embargo, de criterios generales que exigen una valoración conjunta de los hechos concurrentes en cada caso concreto, que incumbe en exclusiva al Juez de instancia y que el Tribunal “ad quem” sólo podrá corregir si resulta errónea, irracional o injustificada.

3. Para resolver, conforme a la doctrina expuesta, la petición que se formula en el recurso que analizamos, es necesario, primero, recordar que en el asunto enjuiciado, las circunstancias fácticas más relevantes, como se desprende del inalterado relato de hechos declarados probados que no ha sido impugnado, son que el actor comenzó a prestar servicios para Tanatorio F.V.G., S.A., hoy F., S.L., con la categoría profesional de chófer hasta enero de 2.004 en que se le reconoció la categoría profesional de encargado. Sin embargo, desde el año 1.997 estuvo realizando funciones de coordinación de servicios, asignación y reparto de tareas, contratación y cobro de servicios, confección de cuadrantes de personal, coordinación del mantenimiento de edificio y vehículos y responsable de personal. El horario de trabajo era el siguiente: de lunes a viernes, de 9 a 14 horas y de 16.30 a 20 horas, trabajando un fin de semana de cada cinco, con cuatro horas de guardia el sábado y el domingo.

En enero de 2.009 se asigna al demandante la categoría profesional de “funerario”, asignándole, entre otras, las siguientes funciones: elaboración de presupuestos, contratar servicios y asesorar a familias, mostrar salas, confirmar la identidad, realizar encuestas y atender reclamaciones. A partir de ese momento, el horario de trabajo pasa a ser el siguiente: de lunes a domingo, de 9 a 15 horas y de 17 a 21 horas, trabajando durante cuatro fines de semana y descansando el quinto.

Tras confrontar estos hechos con los criterios expuestos en el párrafo anterior hemos de concluir que el cambio de funciones no tiene entidad suficiente para ser calificado de sustancial pues no se han excedido los límites impuestos por el artículo 39 del ET para la movilidad funcional, condición necesaria para poder afirmar que estamos ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo (artículo 41.1,f) del ET). Por contra, sí es sustancial el cambio de horario de trabajo, que se produce a partir de enero de 2.009, porque, en primer lugar, afecta al núcleo esencial de la condición tiempo de trabajo, habida cuenta que modifica el régimen de trabajo a turnos, el horario

y la jornada de trabajo; en segundo lugar, porque afecta a tres de las condiciones enumeradas en el artículo 41.1 del ET (a), b) y c)); en tercer lugar, porque la modificación supone una mayor onerosidad en la prestación laboral del actor, como lo demuestra el hecho de que haya impugnado la decisión empresarial por no considerarla favorable a sus intereses (por todas, sentencia del Tribunal Supremo (Sala 4ª) de 7 de febrero de 2.005); y, por último, porque el cambio de condiciones no es coyuntural ni limitado en el tiempo sino permanente.

Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. A.V.B. contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de los de Elche, de fecha 5 de septiembre de 2.011 y, en consecuencia, revocamos el pronunciamiento combatido, declarando injustificada la modificación del horario, jornada y turno de trabajo del demandante, reconociéndole el derecho a ser repuesto en las condiciones de trabajo anteriores a su modificación en fecha 1 de enero de 2.009.

1589

Sentencia núm. 1.484, de 28 de mayo de 2012

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de empresa textil. Se produce un incremento de pedidos. Solicitud flexibilización de la jornada de trabajo. Inaplicación del art. 37 del convenio colectivo en relación con el art.34.1 y 2 del ET.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la empresa demandada de las peticiones de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se ha producido una infracción al artículo 37 del convenio citado. La empresa ha utilizado un procedimiento distinto al que denuncia el recurrente.

Ponente: Ilma. Sra. Dª. Inmaculada Linares Bosch.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se interpone recurso de suplicación por la parte actora, frente a la sentencia que desestimó su demanda en materia de conflicto colectivo. El recurso se articula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 193 de la LPL, - debe entenderse de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, vigente conforme a lo dispuesto en su disposición transitoria segunda-, en el que se denuncia la infracción del art. 37 del Convenio Colectivo General de la Industria Textil y de la Confección, en

relación con el art. 34-1 y 2 del ET. Sostiene el recurrente que el Convenio autoriza flexibilidad partiendo de un calendario laboral ya establecido, y no existía calendario laboral, pretendiendo la empresa imponer un calendario laboral para 2011 con unas semanas ya flexibilizadas, pues en febrero no se había pactado calendario laboral ordinario, aportando como documento, -con cita del art. 460-2-3 de la LEC-, escrito sobre reunión de 12-12-11 y calendario.

Planteado el recurso en los términos expuestos, debe desestimarse, pues del relato fáctico se desprende que en Enero de 2011 se produjo un incremento imprevisto de pedidos, razón por la que, al no conseguir llegar a un acuerdo con el Comité de Empresa, la demandada comunicó el 18-2-11 que a partir del 26-2-11 y hasta el 21-5-11 ambos incluidos, la jornada de trabajo de los trabajadores de la sección de urdimbre, tisaje, confección y almacén será de lunes a sábado, compensándose cada hora trabajada que exceda de las 40 semanales con un 15% de tiempo descanso; sin que de lo expuesto pueda apreciarse infracción de la flexibilidad prevista en el art. 37 del Convenio Colectivo General Textil, ni de lo dispuesto en el art. 34 del ET, pues tal como consta probado, se celebraron distintas reuniones sin conseguir llegar a un acuerdo, de manera que no logrado el mismo, y ante el imprevisto incremento de pedidos, la empresa utilizó el cauce previsto como “procedimiento A” del art. 37 del citado Convenio Colectivo que establece, en defecto de acuerdo, una distribución de la jornada en régimen de turnos, habilitando los sábados con compensación adicional de tiempo de descanso del 15%; de manera que el procedimiento utilizado no ha sido el “B”, cuya infracción denuncia el recurrente y que prevé la disposición de una bolsa de horas anuales sobre el calendario que rija en la empresa, por lo que la documental aportada por el recurrente, referida la calendario de 2012, carece de trascendencia, procediendo la desestimación del recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del Comité de Empresa de B-B. S.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.10 de los de Valencia, de fecha 16-12-2011; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida. Sin costas.

1590

Sentencia núm. 1.508, de 29 de mayo de 2012

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que presta servicios para empresa demandada. El actor sufre un accidente de trabajo mientras conducía una motocicleta. La empresa tiene concertada cobertura de contingencias profesionales con la mutua codemandada, estando al corriente en el pago de cotizaciones. Existe lesión crónica de ligamento. Solicitud declaración grado de invalidez: Incapacidad permanente parcial.

Juzgado: Estima la demanda delirando a la parte actora afecta de una invalidez permanente parcial derivada de accidente de trabajo, condenando a los demandados a los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece el actor no anulan en al menos un 33% el rendimiento normal de su profesión habitual. No procede conceder al actor una incapacidad permanente en grado de parcial: No concurren los requisitos necesarios.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia da acogida a la demanda interpuesta por el actor al entender que se encuentra afecto al grado de invalidez permanente parcial postulado, y frente a tal decisión, se suscita el presente recurso de suplicación, interpuesto por la Mutua demandada, -impugnado de contrario en nombre del demandante-, en el que se interesa su revocación, 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 191 de la Ley de Procedimiento Laboral aplicable.

SEGUNDO.- En el ámbito de la revisión fáctica se insta, de un lado, la modificación del hecho probado primero en el específico particular relativo a la categoría profesional del actor por ser la de “ayudante de maquinista rotativa” y no la de “maquinista rotativa”, conforme se constata, según se dice, de los documentos obrantes a los folios 35 y 150 de los autos, consistentes en sendos estudios descriptivos del puesto de trabajo desempeñado por el demandante en la empresa; y, de otra parte, se solicita también la sustitución del primer párrafo del hecho probado tercero cuando indica que “Con fecha 6.08.09, la mutua da el alta al trabajador con propuesta de incapacidad permanente en grado parcial” para que se haga constar que “Con fecha 6-08-09 la mutua da el alta al trabajador con propuesta de Lesiones Permanentes No Invalidantes sujetas a Baremo”, según se deriva de la documental referida a dicha propuesta, que obra a los folios 165, 168 y 169 de las actuaciones.

La pretensión revisora ha de ser acogida en su integridad pues ciertamente las dos rectificaciones que se propugnan se evidencian de manera directa y concluyente de la documental a que se alude, por lo que deben tenerse por acreditadas en el sentido propuesto.

TERCERO.- En el campo dedicado a la censura jurídica se entiende infringidos los artículos 136 y 137 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con el art. 218.2 in fine de la Ley de Enjuiciamiento Civil por estimar, en esencia, que se induce claramente contradictorio con los datos que conforman los hechos probados, las consideraciones valorativas de los padecimientos del actor que se efectúan y en que se sustenta la fundamentación jurídica de la sentencia, de forma que atendido el contenido de los hechos probados quinto y sexto en relación con las condiciones del

trabajo habitual del demandante, el análisis lógico y congruente ha de conducir a considerar que no existe imposibilidad o impedimento en la realización de las tareas en un porcentaje superior a la tercera parte, por lo que su situación no puede inscribirse en el ámbito de la incapacidad permanente parcial.

En orden a su examen, deviene conveniente resaltar, que de conformidad con la conceptualización prevista en el punto 3 del artículo 137 citado, para determinar la existencia de una incapacidad permanente en grado de parcial, se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que las reducciones o limitaciones padecidas por el trabajador sean objetivables; b) que, de igual manera, sean previsiblemente definitivas; y c) que las reducciones sean graves desde la perspectiva de su incidencia laboral hasta el punto que disminuyan o anulen la capacidad laboral en al menos un 33% del rendimiento normal para su profesión habitual. Por tanto, como ha reiterado la jurisprudencia, es esencial la consideración de la profesión del interesado en la calificación jurídica de la situación residual en que quede a consecuencia de un acontecimiento que afecte a su integridad, de tal manera que unas mismas lesiones o secuelas pueden ser constitutivas de invalidez permanente o no en función de las actividades, trabajos o tareas que requiera dicha profesión (STS de 12-6-1986 y de 24-7-1986, entre otras). Y en torno a este ámbito funcional a tener en consideración, deberá estarse, cual ha determinado el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, “ a todas las funciones que integran objetivamente la profesión, en tanto que “la profesión habitual no es esencialmente coincidente con la labor específica que se realice en un determinado puesto de trabajo sino aquélla que el trabajador está cualificado para realizar y a la que la empresa le haya destinado o pueda destinarle” (STS. 12-2-2003; 23-2-2006; 10-6-2008 y 25-3-2009).

Partiendo de estos presupuestos, al centrarse las dolencias que sufre el actor, atendida la declaración fáctica acreditada en su punto quinto, e incluso admitiendo las determinaciones que se establecen en el fundamento de derecho tercero, en una disminución de la movilidad articular del tobillo derecho, con la consiguiente incidencia en la permanencia en bipedestación estática o en la deambulación prolongada, se induce manifiesto, en concordancia con las conclusiones que del informe expedido por el médico del Servicio de Prevención se concretan en el punto sexto del relato fáctico y atendida la descripción de las funciones que competen al ayudante de maquinista de una rotativa, según lo dispuesto en el Reglamento de Régimen interior de la empresa en la que efectuaba la prestación de los servicios, que la proyección de las indicadas secuelas en el ámbito de las esenciales tareas que conlleva la actuación profesional del actor no adquieren significación objetiva suficiente, como para estimar que el rendimiento llegue a verse afectado de manera tan sustancial que supere el límite legal del 33%, que conforma la invalidez que le resulta reconocida en la decisión impugnada, ya que ciertamente el posible manejo de cargas se limita a los particulares momentos en que se produce el cambio de clichés y de troqueles de la rotativa y, en su caso, pertinente almacenamiento, operación que se realiza con intervención de otro trabajador y con el auxilio de una carretilla elevadora, y, de otra parte, el desempeño de las operaciones de control y auxilio al maquinista en el proceso de trabajo de la rotativa así como las de limpieza permiten coordinar un juego de alternancia de bipedestación y de sedestación, por lo que se está en el caso de apreciar la concurrencia de algunas dificultades en la ejecución de sus funciones pero sin alcanzar el componente que le atribuye la decisión recurrida, de aquí que no quepa compartir la conclusión estimatoria a la que se llega, lo que conduce, en definitiva, a que, con la estimación del recurso, deba ser revocada.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Mutua demandada X., Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante de fecha 12 de septiembre de 2011, y, en su consecuencia, con revocación de la misma debemos absolver y absolvemos a la indicada Mutua y al resto de los demandados de la pretensión en su contra deducida por el actor D. V.S.L.

Sin costas.

Cancélense los aseguramientos prestados y devuélvase el depósito constituido para recurrir.

1591

Sentencia núm. 1.585, de 5 de junio de 2012

Materia: Reclamación de derecho y cantidad. Trabajador al servicio de entidad deportiva, con categoría profesional de médico. Supresión complemento retribuido por cese en el ejercicio de jefe responsable de los servicios médicos. Reconocimiento de complemento personal.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando el derecho del actor a que le sea reconocida una antigüedad en la empresa desde determinada fecha y al abono de determinada cantidad en concepto de diferencias salariales.

Sala: Desestima el recurso, declarando que el actor solo tiene derecho al complemento personal en tanto en cuanto ejerce determinada actividad. Se trata de un complemento funcional no consolidable.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Cuatro son los motivos que contiene el escrito de interposición del recurso de suplicación formulado por el letrado del demandante contra la sentencia de instancia que desestima su demanda en reclamación de cantidad, habiendo sido impugnado de contrario como ya se expuso en los antecedentes de hecho.

SEGUNDO. 1. Se interesa, en primer lugar, la revisión del tercero de los hechos declarado probados por la magistrada de instancia, proponiendo el texto alternativo que consta en el escrito de interposición y que damos por reproducido.

La modificación pretendida, que se apoya en los folios 1 a 4, 6 y 7 del ramo de prueba de la parte actora, debe ser rechazada por dos motivos: en primer lugar, porque

para demostrar el error en la valoración de la prueba que se denuncia, no puede utilizarse la misma documentación de la que el juzgador extraiga sus conclusiones (por todas, sentencias del Tribunal Supremo de 14 marzo 1.973), que es lo pretendido por el letrado recurrente en el asunto que nos ocupa; en segundo lugar, porque de la prueba documental y pericial invocada por el recurrente no se desprende la existencia de ningún error cometido por el juez “a quo” al valorar los medios de prueba aportados por las partes al acto del juicio sino que lo pretendido por el recurrente es ofrecer su particular interpretación sobre el acuerdo suscrito entre las partes y que es el objeto del conflicto que nos ocupa.

2. Al amparo del apartado b del artículo 191 de la LPL, solicita el letrado recurrente la sustitución de la redacción original del séptimo de los hechos declarado probados por la magistrada de instancia, por el texto alternativo que consta en el escrito de interposición y que damos por reproducido. Tal petición también debemos rechazarla porque la modificación propuesta carece de eficacia para modificar el sentido del fallo.

En consecuencia, ha de quedar incólume el relato de hechos probados de la sentencia recurrida y de él se ha de partir para resolver el resto de los motivos del recurso.

TERCERO. 1. Ya en el marco de la censura jurídica, denuncia el recurrente la presunta infracción de los artículos 1281 y siguientes del código Civil (en lo sucesivo, C.C.), sin mayor concreción. Alega el letrado recurrente que *“en ningún apartado del contrato y anexo suscrito entre el actor y la demandada se hace referencia alguna a condición de pacto de confianza entre las partes, inexistente entre la entidad y sus médicos, pues la verdadera voluntad de las partes es la fijeza y estabilidad sin sujeción a tiempo ó vencimiento más allá de la determinación, libre y voluntaria, del actor y no del club”* (sic).

Pese a la confusa argumentación que contiene el escrito de interposición del recurso examinado, la cuestión debatida consiste en determinar si la interpretación del párrafo segundo de la cláusula segunda del anexo I al contrato de trabajo suscrito entre los litigantes el 15 de diciembre de 2.005, realizada por la magistrada de instancia se ajusta o no a las reglas de interpretación de los contratos fijadas en el artículo 1.281 del C.C. La cláusula contractual cuya interpretación resulta controvertida, es la siguiente: *“Este aumento de la retribución estará en vigor mientras el productor ostente el cargo de responsable de los servicios médicos de la Entidad. En el momento el productor dejara este cargo su retribución volvería a ser la misma que venía percibiendo antes de la fecha de este anexo, aplicándose las subidas según el IPC interanual que correspondieran”*.

Alega el recurrente que la interpretación correcta de la cláusula transcrita es que el trabajador demandante sólo dejará de percibir el salario correspondiente al puesto de trabajo de jefe de los servicios médicos de la entidad demandada, cuando abandone dicho puesto de trabajo por voluntad propia, pero no cuando sea destituido, como ha sucedido en el asunto que nos ocupa.

2. Para un adecuado enfoque y resolución de la cuestión litigiosa, resulta conveniente, en primer lugar, exponer las siguientes consideraciones: en el caso presente nos hallamos ante un supuesto de movilidad funcional que se concreta en la designación del actor para desempeñar un cargo de confianza: el de jefe de los servicios médicos de la entidad demandada. El hecho de que estamos ante un puesto de confianza y de libre designación se deriva de dos hechos no controvertidos: el jefe de los servicios médicos posee plena autonomía en el desempeño del puesto de trabajo, estando bajo la

dirección y supervisión del director general o de la persona que designe el consejo de administración de la entidad demandada (hecho probado tercero de la sentencia recurrida); se trata de un puesto de trabajo que está excluido del ámbito de aplicación del convenio colectivo de la entidad demandada (hecho probado octavo de la sentencia recurrida).

La designación y el cese de los cargos de confianza compete al empleador por constituir una facultad perteneciente al denominado “ius variandi” (artículo 39 del ET). Este precepto obliga a que la movilidad funcional se realice sin perjuicio de los derechos económicos que, de forma regular y estable, definen el estado profesional del trabajador en la empresa, pero tal garantía no alcanza a la consolidación de la retribución de un momento determinado, ligada al desempeño de un puesto de trabajo (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 24 marzo 1.987). Por consiguiente, el cese decidido por el empleador en ejercicio de tal facultad empresarial, comporta la pérdida de la retribución vinculada al puesto de trabajo.

En el caso de autos, el salario que percibió el actor desde el 15 de diciembre de 2.005 hasta el 29 de septiembre de 2.009, no retribuía su condición profesional sino que su devengo estaba ligado al desempeño del cargo de jefe de los servicios médicos de la entidad demandada, para el que fue designado. Así se manifiesta expresamente en el anexo I al contrato de trabajo que vincula a las partes litigantes. En el párrafo segundo de la cláusula segunda de dicho anexo, suscrito en el momento en que el actor fue designado jefe de los servicios médicos de la entidad demandada, puede leerse: “*Este aumento de la retribución estará en vigor mientras el productor ostente el cargo de responsable de los servicios médicos de la Entidad*”.

Por consiguiente, la supresión del aumento retributivo deviene correcta pues las retribuciones ligadas “*a las características de un determinado puesto de trabajo no son consolidables ni se incorporan a ese status profesional, percibiéndose cuando se desarrollan las actividades que dan lugar a las mismas o cuando una garantía específica asegura su mantenimiento*” (sentencia del Tribunal Supremo de 27 julio 1993).

3. No podemos aceptar la censura jurídica formulada por el letrado recurrente, al denunciar que la magistrada de instancia ha infringido las reglas sobre interpretación de los contratos contenidas en el C.C. La primera regla para interpretar un acuerdo de voluntades es atender al propio tenor de las palabras, y si éstas no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de sus cláusulas (artículo 1.281 del C.c.). Pues bien, el tenor literal del citado párrafo segundo de la cláusula segunda del anexo I suscrito por los contendientes en el año 2.005, no deja lugar a dudas de que la intención de los firmantes fue que el aumento de la retribución del actor no es consolidable sino que dejaría de percibirla en el momento en que dejara de desempeñar el cargo de responsable de los servicios médicos de la entidad demandada, con independencia de que el cese en dicho cargo se produjera por voluntad del empleador o del propio trabajador. Si la intención de los contratantes hubiera sido el mantenimiento de la mayor retribución cuando el cese en el cargo se hubiera producido por voluntad del empleador, así se hubiera hecho constar. Tal interpretación no es más que un intento voluntarista e interesado de defender los intereses del actor, pero, precisamente, no se ajusta a los cánones interpretativos de los negocios contractuales. Además, la interpretación de la cláusula controvertida no puede hacerse sesgadamente ni contrariar la intención del empleador demandado que, como se ha señalado y se manifiesta en la primera frase de la citada cláusula, “*Este aumento de la retribución estará en vigor mientras el productor ostente el cargo de responsable de los servicios*

médicos de la Entidad”, y no cuando deje de ostentar dicho cargo de confianza, por la causa que sea.

CUARTO. Por último, denuncia el recurrente la presunta infracción de los artículos 41.1, d), 26, 25, 17 y 4.2, b) y f) del ET, solicitando, con una confusa redacción, que, de manera alternativa y subsidiaria, se reconozca el derecho del actor a mantener el *“llamado plus ó complemento personal por importe de 7.583.- euros mensuales, aplicado en las nóminas del actor a partir del mes de Julio de 2007, y suprimido en 1 de Septiembre de 2009, e inexistente en la fecha de reconocimiento a favor del mismo de la categoría y funciones de Jefe Médico de los servicios del Club”* (sic).

Antes de examinar el motivo de censura jurídica, esta Sala debe recordar que este motivo de suplicación exige no sólo citar los preceptos presuntamente infringidos sino argumentar jurídicamente qué infracción ha cometido el magistrado de instancia que deba ser corregida por el Tribunal “ad quem”. Sin embargo, el escrito de formalización del recurso que ahora analizamos no contiene sino manifestaciones de parte; discrepancias sobre la valoración de la prueba realizada por la jueza “a quo”, buscando sustituir el convencimiento alcanzado por la misma, tras el examen de los medios de prueba aportados al juicio oral, por su propio criterio interesado, lo que no resulta admisible. Debemos recordar que es al magistrado de instancia a quién corresponde en exclusiva ponderar los distintos elementos de prueba y valorar su significado. Desde ésta perspectiva, el juez de instancia es soberano para la apreciación de la prueba, con tal de que su libre apreciación sea razonada, lo cual quiere decir que la resolución judicial ha de contener el razonamiento sobre las conclusiones de hecho, a fin de que las partes puedan conocer el proceso de deducción lógica del juicio fáctico seguido por el órgano judicial (artículo 97.2 LPL). Ello sería suficiente para rechazar el recurso sometido a nuestra consideración; sin embargo, en aras a garantizar la tutela judicial efectiva del recurrente, la Sala estima que, sin causar indefensión a la contraparte, puede examinarse la censura jurídica planteada incorrectamente.

Es un hecho no controvertido que (fundamento de derecho tercero de la sentencia recurrida) el denominado “complemento personal” que el actor percibió a partir de julio de 2007, obedece al desempeño del cargo de responsable de los servicios médicos de la entidad demandada y, por tanto, no consolidable. En consecuencia, una vez cesado de tal cargo el demandante no ostenta derecho a percibir dicho complemento salarial de carácter funcional.

Las consideraciones expuestas llevan a esta Sala a la desestimación del cuarto, y último, de los motivos de impugnación y, por su efecto, del recurso de suplicación interpuesto por la parte demandante.

QUINTO. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la LPL, en relación con el artículo 2,d) de la Ley 1/1.996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada

de D. A.G.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número cuatro de los de Valencia, de fecha 4 de octubre de 2.011, en el procedimiento promovido por el recurrente contra V. C.F., S.A.D., sobre reconocimiento de derecho y cantidad, y, en consecuencia, confirmamos dicha sentencia.

Sin imposición de costas.

1592

Sentencia núm. 1600, de 5 de junio de 2012

Materia: Conflicto colectivo: Convenio colectivo grandes almacenes.

Trabajadores al servicio de empresa de alimentación (gran superficie). Calendario de vacaciones de verano e invierno. Fecha inicio periodo vacacional de verano para la Línea de Caja: Acuerdo entre Dirección del Centro y el Comité de Empresa para un determinado año. Obligación cumplimiento del acuerdo para posteriores ejercicios.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la demandada de la pretensión contra la misma deducida.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No existe obligación de aplicar el acuerdo en sucesivos años, ni queda recogida esa facultad en el posterior convenio colectivo firmado. No existe infracción del art. 37 del convenio colectivo ni del art. 38.2 del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte demandante la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda planteada, recurso que se estructura en un único motivo al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS, lo que hemos de entender referido al art. 191 c) de la LPL por aplicación de la Disposición Transitoria 2^a de la Ley 36/2011 de 10 de octubre, Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Ha recaído impugnación al recurso. Bien que la recurrente no cita directamente norma o jurisprudencia infringida, al comienzo de su motivo señala expresamente el art. 37 del Convenio colectivo de Grandes Almacenes, transcribiendo una parte del mismo, así como el Acuerdo entre el Comité y la Dirección del Centro de Trabajo suscrito en 2003, todo lo cual interpreta y aplica de manera diferente a como lo hace la sentencia de instancia, lo que significa que entiende que se ha producido una indebida aplicación o interpretación de los mismos. Es por ello que, contrariamente a lo que dice la impugnante, entendemos cumplidos formales del escrito de interposición del recurso.

SEGUNDO.- La cuestión litigiosa a resolver en el presente caso consiste en dilucidar si el inicio del periodo vacacional de verano para la Línea de Cajas debe comprender desde el 1 de junio o desde el 15 de junio de cada año. La sentencia de instancia ha entendido que desde el 1 de junio, tesis ésta sustentada por la empresa y con la que la parte actora no está de acuerdo. Alega como base de su postura la

existencia de un acuerdo suscrito en 2003 según el cual las vacaciones empezarían la segunda quincena de junio de cada año; el que desde 2003 hasta 2010 los trabajadores de la Línea de Cajas han venido disfrutando de las vacaciones de verano a partir del 15 de junio de cada año sin que la empresa haya puesto ningún inconveniente, lo que es suficiente para darle la validez de indefinido; y que el motivo de tal inicio viene atribuido a la necesidad de conciliar la vida familiar y laboral del colectivo de la Línea de Cajas.

Así las cosas, la censura jurídica formulada no puede prosperar ya que, según tenor literal del art. 37 del Convenio colectivo de Grandes Almacenes (BOE 240/2009, de 5 de octubre de 2009 Ref Boletín: 09/15824) relativo a períodos de disfrute, y por lo que a nuestro caso atañe, tenemos que: “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”.

Por su parte, y según consta al hecho probado 1º, en fecha 26 de Febrero de 2003 hubo una reunión del comité de empresa del centro de trabajo situado el Elche, apareciendo como primer orden del día “vacaciones de verano e invierno”. Y en el acta consta en el primer punto: “Da comienzo la reunión leyendo este Comité el acta anterior, de la cual el único punto que se llegó a un acuerdo, el tema de las vacaciones de la línea de cajas. La empresa dijo que las vacaciones empezaran en la 2ª quincena de Junio tal y como lleva pidiendo F. desde hace más de cinco años y que hasta ahora se habían negado y que nuevamente en este caso ha sido el Comité quien lo ha pedido. Por fin podremos disfrutarlas. Al igual que las vacaciones de invierno fuese por mutuo acuerdo no impuestas.”

Pues bien, lo primero que procede indicar es que lo acordado en la reunión de 26-2-2003 y plasmado en el primer punto de la misma, limita sus efectos a ese año 2003. En ningún momento se establece tal obligación para la empresa en sucesivas anualidades, ni se incluyó en el Convenio siguiente (el vigente para los años 2009-2012), ni se formalizó a través de un Pacto o Acuerdo del que por su origen, forma y contenido podamos entender que vincula y obliga a las partes firmantes del mismo de manera indefinida o hacia el futuro. Las vacaciones se planificaban año tras año, su calendario se establecía anualidad tras anualidad, y el que en el centro de trabajo de Elche el personal de la línea de cajas haya venido disfrutando de las vacaciones de verano desde el 2003 al 2010 a partir del día 15 de Junio de cada año (como consta al hecho probado 3º), no significa que se haya adquirido un derecho o una condición más beneficiosa por parte de los trabajadores, ni supone la existencia de una costumbre vinculante, pues no basta la mera repetición o continuidad en el tiempo de un determinado proceder para que se consolide en el tiempo sino una voluntad empresarial de conceder el beneficio o mejora e incorporarlo a la relación contractual. Y de lo actuado no se desprende tal voluntad sino un pacto de inicio de vacaciones referido a 2003, que se ha ido repitiendo otros años.

Por todo ello, el que en el año 2011 la empresa haya establecido el correspondiente calendario iniciando los turnos del colectivo de la línea de cajas a partir del 1 de junio, es conforme a lo dispuesto en el art. 37 del Convenio colectivo de aplicación y al art. 38.2 del ET, lo que implica la desestimación del recurso interpuesto y la confirmación de la sentencia de instancia, teniendo en cuenta, asimismo, que "la interpretación de los contratos y demás negocios jurídicos (y el convenio colectivo participa de tal naturaleza) es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio, como más objetivo, ha de prevalecer sobre el del recurrente, salvo que aquella interpretación no sea racional ni lógica, o ponga de manifiesto la notoria infracción de alguna de las normas que regulan la exégesis contractual" (sentencias de 12 de noviembre de 1993, 3 de febrero del 2000, 27 de abril del 2001 y 16 de diciembre del 2002).

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre la FEDERACION X UGT-PV contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Elche, el día 13 de septiembre de 2011; y en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

1593

Sentencia núm. 1.603, de 5 de junio de 2012.

Materia. Prestación por desempleo. Trabajadora afiliada al RGSS que presta servicios en empresa deportiva. Tras seis años en este régimen se da de alta en el RETA pero no cotiza al desempleo en este régimen. Finalizada su relación laboral solicita prestación. Cálculo de días para calcular la duración de la prestación.

Juzgado: Desestima la falta de acción alegada por el organismo demandado y estima la demanda sobre prestación por desempleo, modificando la resolución del organismo demandado y fijando la duración de la prestación en 720 días.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, desestimando la demanda y absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Uno de Elche que estima la demanda sobre reconocimiento del derecho a percibir la prestación de

desempleo por un período 720 días, en lugar de los 420 días reconocidos por la Entidad Gestora, interpone recurso de suplicación la Letrada Sustituta del Abogado del Estado que articula en dos motivos y que formalmente ha sido impugnado de contrario en el sentido de remitirse al contenido íntegro de la sentencia de instancia.

El primer motivo del recurso se introduce por el apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y pretende la revisión del hecho probado primero para que se haga constar como fecha de baja de la demandante en la empresa R.S. S.L. la de 18/09/2009 en lugar de la que figura en el indicado hecho, el 19/09/2009 y la misma ha de prosperar por desprenderse de los documentos en los que se apoya, informe de vida laboral (folio 13) y comunicación de la actora a la empresa sobre cese (folio 49), siendo la modificación propuesta relevante para determinar la fecha de nacimiento del derecho a la prestación por desempleo de la demandante.

SEGUNDO.- El segundo motivo del recurso se formula al amparo del apartado c del art. 191 de la LPL y en él se alega la infracción por interpretación errónea del art. 210 de la LGSS y la vulneración por aplicación indebida del art. 124 del mismo texto legal.

Aduce la Abogada del Estado que conforme se desprende del hecho probado primero de la resolución recurrida la demandante tan solo acredita en los seis años inmediatamente anteriores a la prestación de desempleo un total de 1.363 días, ya que el período en que estuvo en alta en el RETA (del 1/04/2006 al 31/12/2008) no cotizó al desempleo, sin que quepa computar como cotizado el período de excedencia voluntaria de la demandante en la empresa R.S., S.L., no siendo dicha situación de excedencia encuadrable en ninguno de los supuestos previstos en el art. 124 de la LGSS.

El motivo ha de prosperar habida cuenta que, según se constata del relato fáctico de la sentencia de instancia, la actora en el periodo de los seis años inmediatamente anteriores a la situación de desempleo y que va del 19/09/2003 al 18/09/2009 tiene cotizados al Régimen General los siguientes períodos de tiempo: del 19/09/2003 al 25/05/2006: 980 días y del 1/09/2008 al 18/09/2009: 383 días, lo que hace un total de 1363 días, por lo que la duración de la prestación de desempleo de la demandante se ha de fijar en 420 días, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 210.1 de la LGSS que establece dicha duración cuando el período de cotización oscila entre 1.260 días y 1.439 días, sin que quepa computar el período en que la actora estuvo en excedencia voluntaria en la empresa R.S. S.L. (del 1/04/2006 al 31/12/2008) ya que dicha situación no es asimilable a la suspensión con reserva del puesto de trabajo contemplada en el art. 48.6 del ET y que obedece a la decisión de la trabajadora que se ve obligada a abandonar su puesto de trabajo por ser víctima de la violencia de género.

La estimación del recurso conlleva la revocación de la sentencia del Juzgado y la desestimación de la demanda.

FALLAMOS

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre del Servicio Público de Empleo Estatal, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Elche y su provincia, de fecha 10 de junio de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de D.ª M.T.M.C. contra la Entidad Gestora; y, revocamos la indicada sentencia, desestimando la demanda y absolviendo al Servicio Público de Empleo Estatal de los pedimentos deducidos en su contra.

1594

Sentencia núm. 1.644, de 7 de junio de 2012

Materia: Reclamación de cantidad: Diferencias salariales y salarios de tramitación. Trabajadora con categoría profesional de auxiliar de servicios varios, que presta sus servicios en empresa de hostelería y restauración con contrato de duración determinada. Extinción relación laboral. Consignación indemnización por despido improcedente. Disconformidad con la liquidación practicada.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la empresa demandada a abonar a la actora de determinada cantidad más otra cantidad por la diferencia en los salarios de trámite abonados hasta la consignación.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de la actora a percibir los salarios de tramitación devengados hasta la fecha en que le fue notificada la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Recurre la trabajadora la sentencia de instancia que, si bien estimó parcialmente su demanda y condenó a la empresa demandada a abonarle la cantidad de 796,85 euros, en concepto de diferencia entre la indemnización consignada por la empresa como consecuencia del reconocimiento de la improcedencia de su despido y la realmente debida, no hizo extensiva la condena al abono de los salarios de tramitación devengados hasta la fecha de notificación de la sentencia.

2. Previamente al examen de los motivos del recurso debemos pronunciarnos sobre los documentos que se acompañaron al escrito de interposición para rechazarlos, pues no cumplen con las exigencias impuestas por el artículo 231 de 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-, en cuanto son de fecha anterior al acto del juicio y bien pudieron aportarse en ese momento procesal, sin que, además, contengan elemento relevante alguno para la resolución del recurso.

3. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 191 de 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- la modificación del hecho probado primero de la sentencia, para que se deje constancia en él de que su salario diario ascendía a la cantidad de 40,83 euros. La empresa no solo se opone en su escrito de impugnación a esta modificación sino que, además, propone un texto alternativo en el que se pretende que se diga que el convenio colectivo de aplicación es el de residencias de la tercera edad y que el salario que le correspondía percibir era, precisamente, el de 30,83 euros.

Ninguna de las dos peticiones puede prosperar. La propuesta por la demandante porque es una modificación intrascendente, pues en la sentencia recurrida ya se reconoce que los 40,83 euros era el salario que la actora debía percibir como contraprestación al trabajo que realizaba como auxiliar de servicios. Y la de la empresa porque afecta a una cuestión jurídica, que no fáctica, como es el convenio colectivo de aplicación a la trabajadora, por lo que esta cuestión solo sería susceptible de ser planteada en vía de recurso y no de impugnación.

SEGUNDO.- 1. En el segundo y último motivo del recurso se denuncia la infracción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores (ET), pues se considera que la diferencia entre la indemnización consignada por la empresa como consecuencia del reconocimiento de la improcedencia del despido y la realmente debida de acuerdo con el salario que la trabajadora tenía derecho a percibir, no se puede calificar de error excusable.

2. Según consta en los hechos probados de la sentencia, la demandante venía trabajando para la empresa S.P.H.R., S.L. como auxiliar de servicios en la residencia de la tercera edad L.B. de la localidad de M. (Valencia), teniendo pactado en su contrato la aplicación del convenio colectivo de hostelería. También se refleja en la sentencia, que a pesar de que según esta previsión su salario diario debía ascender a 40,83 euros, sin embargo se le venía retribuyendo con 30,83 euros, siendo este el módulo salarial utilizado por la empresa para calcular la indemnización derivada del reconocimiento de la improcedencia del despido, lo que ha dado lugar a una diferencia a favor de la trabajadora de 796,85 euros, que representa en torno a un 70% de la cantidad consignada por la empresa por tal concepto que ascendió a 1.040,5 euros.

3. Como se razona en la STS de 7 de febrero de 2006 (rcud. 3850/2004), la interpretación del artículo 56.2 del ET –en la redacción vigente a la fecha del despido de la trabajadora- se regía por las siguientes pautas: “a) Que no todas diferencias cuantitativas permiten llegar a la conclusión de que la consignación esté mal hecha, pues admitido en su estricta literalidad conduciría a hacer ineficaz el precepto - STS 15-4-1998 citada -; b) Que, en su consecuencia, debe aceptarse cumplido el mismo cuando se produce algún error de cuantía, pero distinguiendo según se trate de un error excusable en cuyo caso la diferencia no impide entender cumplido el precepto, y un error inexcusable o injustificable en cuyo supuesto debe estimarse incumplido el precepto en cuestión - STS 24-4-2000-; c) Los datos que permiten calificar un error de consignación como excusable o no pueden variar de un supuesto a otro y habrán de ser ponderados en cada caso en el decir textual de nuestra STS de 19-6-2003, que añade: "Un indicio de error excusable...es la escasa cuantía de la diferencia entre lo consignado y lo debido consignar; diferencia achacable en ocasiones a error de cuenta cuya probabilidad se acrecienta por la complejidad de la estructura retributiva en algunas empresas. Otro indicio de error excusable...es la coincidencia del cálculo de la empresa

en la cantidad a consignar con el efectuado por el Juez de lo Social en la sentencia de instancia...; otra causa de error de consignación insuficiente excusable...es la dificultad "jurídica" del cálculo de las indemnizaciones en supuestos en que los conceptos o elementos a computar en las mismas puedan dar lugar a una "discrepancia razonable..." en tal caso el error no invalidará el efecto interruptivo de los salarios de tramitación, pero deberá ser corregido mediante el abono de la diferencia realmente resultante".

4. En el supuesto enjuiciado es evidente, como ya hemos señalado, que no estamos ante un error de cuenta ni de escasa cuantía, pues la cantidad debida representa un 70% de la consignada, y, a diferencia de lo resuelto por la sentencia de instancia, entendemos que tampoco se puede calificar de error excusable. En efecto, si en el contrato de trabajo suscrito entre las partes se pactó con toda claridad que el convenio colectivo de aplicación sería el de hostelería –como así se dice en la sentencia recurrida y se refleja en el contrato aportado a autos- y si es pacífico que conforme a la mencionada norma convencional el salario a percibir por la trabajadora, según su categoría profesional y jornada, ascendía a 40,83 euros, no hay ninguna razón jurídica que pueda justificar que la indemnización se calculara sobre un módulo salarial 10 euros inferior al que correspondía. Sin que pueda servir como excusa el hecho de que esa fuera la retribución que vino percibiendo la trabajadora durante el tiempo que duró la prestación de servicios, pues ello supondría tanto como “santificar” una práctica irregular por el mero hecho del paso del tiempo. En definitiva, la empresa tenía todos los elementos necesarios para conocer cuál era el salario que la demandante debía percibir y, a pesar de ello, el importe de la indemnización que se consignó tras el reconocimiento de la improcedencia del despido fue sensiblemente inferior al debido, por lo que no hay motivos para eximirle del pago de los salarios de tramitación al no cumplirse las condiciones exigidas por el artículo 56.2 del ET, que exige que la indemnización ofrecida sea la establecida en el apartado a) del artículo 56.1 del citado texto legal.

TERCERO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA Á.P.S.D. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.10 de los de Valencia de fecha 4 de octubre de 2011; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida en el sentido de condenar a la empresa S.P.H.R., S.L. a abonarle los salarios de tramitación devengados hasta la fecha en que le fue notificada la sentencia de instancia.

Sin costas.

1595

Sentencia núm. 1647, de 7 de junio de 2012

Materia: Sanción con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador comandante de aeronave al servicio de empresa demandada. El trabajador se encuentra afiliado al sindicato de

pilotos (SEPLA) y ostenta la condición de delegado sindical y miembro del comité de pilotos. Sanción grave por incumplimiento programación vuelo. Indisciplina laboral. Nulidad o improcedencia de la sanción disciplinaria.

Juzgado: Desestima la demanda confirmando la sanción por falta muy grave impuesta por la empresa.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El trabajador tiene la obligación de obedecer las órdenes de la empresa a no ser que atenten a su dignidad, sean ilegales o concurren circunstancias peligrosas u análogas que justifican la negativa a obedecer. Considera ajustada a derecho la sanción impuesta al trabajador demandante.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de don F.M.P., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la sanción de dieciséis días de suspensión de empleo y sueldo que le fue impuesta por la empresa A.N. Lamsa, por desobedecer la orden por la que se le asignaban determinados servicios los días 28 y 29 de junio de 2010.

2. En el primer motivo del recurso se solicita al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) que se modifique el hecho probado cuarto, para que se deje constancia en el segundo párrafo que el 28 de junio se le asignó la línea Valencia-Vigo-Bilbao en imaginaria y al día siguiente, programado franco de servicio, la línea Bilbao-Valencia en situación. Petición que se rechaza, pues sin perjuicio de señalar que se trata de datos que ya se recogen en el propio hecho probado cuya modificación se solicita, no añaden nada nuevo al debate, en cuanto este gira en torno a la procedencia de la sanción disciplinaria impuesta por la empresa, o dicho de otro modo, a si se estima justificada la negativa del trabajador a cumplir con la orden recibida el 28 de junio de 2010 por el departamento de programación de la demandada, sin que en relación con los hechos objeto de sanción exista controversia entre las partes.

SEGUNDO.- 1. Los dos restantes motivos del recurso están redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 del LRJS y pueden ser examinados conjuntamente por cuanto en ambos se suscita la misma cuestión esto es, la nulidad o, subsidiariamente, la improcedencia de la sanción impuesta por la empresa. Se alega en el motivo segundo, la infracción de los artículos 10 y 24 de la Constitución Española (CE), en relación con el artículo 14 del III convenio colectivo de la empresa, con el apartado 7 del Acuerdo de 14 de junio de 2003 y con lo resuelto por la sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de febrero de 2006; y en el motivo tercero se invoca de nuevo la infracción del artículo 14 del convenio colectivo y del artículo 13 de la citada norma convencional.

2. Lo que en definitiva se trata de dilucidar, como ya ha quedado expuesto, no es otra cosa que si la negativa del trabajador a cumplir la orden recibida el día 28 de junio

de 2010 constituye un falta de indisciplina o desobediencia tipificada como muy grave en el artículo 8.5 del III convenio colectivo de A.N.. Al respecto debemos recordar que consta probado –hecho cuarto- que el recurrente tenía programados para los días 28 y 29 de junio de 2010 línea imaginaria y franco de servicio, respectivamente, Que el mismo día 28 de junio recibió una orden telefónica del departamento de programación de la empresa por la que se le asignaba para ese día la línea Valencia-Vigo-Bilbao con hora de salida 17:40, y al día siguiente Bilbao-Valencia en situación, con hora de firma a las 9:45. Y que el trabajador manifestó que se negaba a realizar el vuelo franco, por lo que tuvo que ser sustituido por otro trabajador -hecho probado decimoquinto-.

3. La argumentación del recurso descansa, esencialmente, sobre la ilegalidad de la orden recibida y el correlativo derecho del trabajador a desobedecerla. Así, se alude al “ius resistentiae del trabajador a todas aquellas órdenes en las que se pueda apreciar irregularidad en el ejercicio de las facultades directivas empresariales”.

Planteada la cuestión en estos términos, hemos de comenzar recordando que el trabajador queda sujeto al deber de obediencia a las órdenes de la empresa, que se deriva del artículo 5 a) y c) del Estatuto de los Trabajadores (ET) en relación con los artículos 20. 1 y 54. 2. b) del mismo texto legal, sin que, con carácter general, sea aceptable un "ius resistentiae" entendido como derecho a incumplir la orden recibida cuando entienda que puede ser ilegítima, pues ello sería tanto como atribuirle la condición de definidor de su propio derecho. Lo que significa que el trabajador no puede desatender, bajo pretexto de improcedencia, las órdenes de quien en la empresa tiene el poder de cursarlas en razón a la facultad de dirección que le incumbe, subordinando su apreciación subjetiva a la necesaria dependencia de la jerarquía empresarial, y sin perjuicio de reclamar ante los organismos competentes si estima que fueron conculcados sus derechos. Solamente en supuestos excepcionales en que la orden recibida atente a su dignidad o a cualquier otro derecho fundamental, sea abusiva en extremo o resulte totalmente contraria a las mínimas exigencias laborales podría negarse a cumplirla.

En esta misma línea se ha venido pronunciando la jurisprudencia desde antiguo. Así, ya en la STS de 14 de octubre de 1988 se razonaba que la desobediencia del trabajador acarrea el despido en cuanto se ofrece como una directa contradicción a una orden del empresario dada en base al poder rector que le reconoce el Estatuto de los Trabajadores, sujeto a las exigencias de la buena fe, puesto que la desobediencia no puede minimizarse al amparo de una duda, siquiera sea razonable [SSTS 23/10/84; 16/07/86; 21/07/86; 21/09/87]. Y por ello, las órdenes legítimas deben ser cumplidas por el trabajador, sin perjuicio de su derecho a reclamar por la vía pertinente si estimase que las tareas encomendadas no corresponden a su categoría profesional [SSTS 09/07/87; 01/10/87; 03/12/87]. Y en la STS de 21 de septiembre de 1987 se insistía en que únicamente se exceptúan de este deber de obediencia (07/03/86) las órdenes del empresario que afecten a derechos irrenunciables del trabajador, atenten a su dignidad, sean ilegales, o concurran circunstancias de peligrosidad u otras análogas que, por su exceso, razonablemente justifiquen la negativa a obedecer; dado que el empresario, en ningún caso, puede afectar a los derechos inviolables de quienes dirige en su trabajo, como tampoco coartar el libre desarrollo de su personalidad.

4. La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado nos conduce a la desestimación del recurso, pues evidente que la orden cursada por la empresa

programando determinados servicios para los días 28 y 29 de junio de 2010 que el demandante se negó abiertamente a cumplir, no encaja en ninguno de los supuestos excepcionales a los que hemos hecho referencia, en cuanto no es claramente ilegal o ilegítima ni, por supuesto, atenta a ninguno de sus derechos fundamentales. Prueba evidente de ello, es que la sentencia recurrida considera, de una manera muy razonada, que la orden no contravenía lo dispuesto en el artículo 14 del convenio colectivo ni lo resuelto por la Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de febrero de 2006. Esta interpretación se podrá compartir o no –recuérdese que el objeto de este procedimiento no es determinar si la actuación empresarial se ajustó exactamente a las previsiones del convenio en la interpretación de la sentencia de la Audiencia Nacional-, pero lo que demuestra es que la orden que el trabajador decidió incumplir no era palmariamente ilegal. Esta conclusión se refuerza con la lectura del resto de los hechos probados que contiene la sentencia recurrida, de la que se aprecia que desde el mes de diciembre de 2009 existe un conflicto más o menos larvado sobre la interpretación que hacen el SEPLA y A.N. de lo resuelto por la Audiencia Nacional en su sentencia de 24 de febrero de 2006. Así se relata la existencia de otros conflictos colectivos posteriores - hechos probados octavo y decimocuarto-; las circulares y boletines emitidos por el SEPLA sobre el particular -hechos probados décimo y undécimo-; los comunicados de la empresa -hecho probado duodécimo-; las sanciones impuestas a otros trabajadores por hechos similares -hecho probado decimosexto y decimoséptimo-; o las consultas a la Comisión de Interpretación del convenio -hechos probados decimotercero y decimonoveno-. Todo ello demuestra que estamos ante una cuestión que no es pacífica, que es objeto de controversia entre la empresa y el sindicato de pilotos y que puede ser susceptible de diversas interpretaciones. Pero esta misma naturaleza controvertida, excluye la posibilidad de que los trabajadores utilicen las vías de hecho –en este caso la desobediencia abierta a la orden recibida- como un medio de presión para hacer prevalecer su posición.

5. Por último, tampoco resulta de aplicación la previsión contenida en el artículo 13.5 del convenio, que también se cita como infringido en el motivo tercero del recurso, pues lo que se regula en él es un cambio de programación, entendiendo por tal la realización de vuelos distintos de los programados o el hecho de que un tripulante no tripule un vuelo programado porque lo tripule otro. Mientras que en el supuesto enjuiciado el actor no tenía programado inicialmente ningún vuelo para los días 28 y 29 de junio de 2010, sino que su programación consistía en línea imaginaria –que conforme al artículo 14.9 del convenio concluye con la firma del vuelo asignado- y franco de servicio –situación en la que se encuentra quien sin tener previamente programado un servicio, puede ser requerido para realizar una actividad-.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON F.M.P.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 11 de los de Valencia de fecha 16 de diciembre de 2011; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

1596

Sentencia núm. 1.657, de 11 de junio de 2012

Materia: Extinción de la relación laboral. Modificación de las condiciones sustanciales de trabajo y vulneración de los derechos fundamentales por acoso laboral. Trabajadora familiar de socio de empresa donde presta sus servicios. Carácter laboral de la relación. Competencia de jurisdicción.

Juzgado: Desestima la demanda acogiendo la excepción de incompetencia de jurisdicción por la materia. No entra en el fondo del asunto. Absuelve a la parte demandada de las pretensiones efectuadas en su contra., pudiendo ejercer sus derechos ante la jurisdicción civil.

Sala: Estima parcialmente el recurso declarando como laboral la relación entre la trabajadora y la empresa codemandada. Desestima la acción de rescisión de la relación laboral por parte de la trabajadora, absolviendo a los demandados del resto de los pedimentos efectuados en su contra.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Como primer motivo del recurso y al amparo de lo dispuesto en el apartado b del artículo 193 de la LRJS, se propone por la parte recurrente la revisión de hechos probados, en concreto se solicita:

1º. La revisión del hecho probado PRIMERO, en el que considera se ha hecho constar por error en la valoración de los documentos obrantes en los folios 255 y 256, que la actora viene haciendo uso de un vehículo propiedad de la empresa demandada, cuando a criterio de la parte la titularidad del derecho de uso y disfrute corresponde a su esposo.

Tal modificación sin embargo no puede prosperar, en primer lugar porque los documentos de referencia, burofax dirigido al Sr. M.C. (esposo de la trabajadora) requiriéndole la entrega de llaves y documentación del citado vehículo, no constituyen un medio de prueba absoluto respecto del uso real del vehículo en el ámbito familiar, y en segundo lugar porque a pesar de lo alegado por la parte el dato cuya corrección se

postula carece de trascendencia a efectos de calificar la naturaleza de la relación y la actuación en el marco de la misma de la empresa demandada.

2º. La revisión y modificación parcial del Hecho probado TERCERO para suprimir la siguiente expresión en referencia al motivo del cambio organizativo acordado tras el nacimiento de sus hijos y en virtud del cual la trabajadora pasó a realizar sus funciones desde el domicilio mediante acceso informático: *“le fue concedido dado que su esposo era el socio del 50% del capital social”* alegando que tal expresión constituye un juicio de valor sin sustento probatorio y que entra en contradicción con otros elementos fácticos. Y para instar la adición de varios párrafos cuyo texto literal se tiene por reproducido y en los que la parte hace referencia a la modificación de condiciones de trabajo y el contenido de su jornada laboral antes y después de la misma. Pretensiones ambas que no encuentran acogida en el precepto procesal invocado en cuanto que no parten de la existencia de un error judicial en la valoración de la prueba documental o pericial sino en la discrepancia manifiesta con los razonamientos que han llevado a la convicción del Juzgador para la consignación en sentencia del relato de hechos probados, por lo que debe rechazarse esta segunda propuesta.

3º. Modificación del hecho probado CUARTO con apoyo en el documento obrante en el folio 390, para hacer constar que las demandas de reclamación de cantidad interpuestas por la empresa demandada contra la actora lo fueron en calidad de cliente del supermercado y no como trabajadora del mismo. Hecho este último que se extrae sin dificultad de la redacción actual del citado hecho que hace constar la causa de la demanda y el origen civil de la misma por lo que se considera innecesaria la modificación instada.

4º. Adición de un nuevo hecho probado DECIMOCUARTO en el que con referencia a los documentos número 50 aportado por la actora y número 49 aportado por la demandada se solicita se haga constar que a pesar de haber presentado justificantes médicos la empresa requirió a la trabajadora para que presentara certificación del hospital con fecha y hora de ingreso del hijo de la misma así como del tiempo de permanencia en el citado centro de la trabajadora y del hijo de esta. Procede incorporar al relato fáctico el texto del documento 49 aportado por la parte demandada, en los términos literales que se desprenden del citado documento, aportado de contrario.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo del recurso, y al amparo procesal de lo dispuesto en el apartado c del artículo 193 de la LRJS, se denuncia la infracción de lo dispuesto en lo dispuesto en los artículos 24,35,15 18 y 10 de la CE, artículos 1.1, 1.3 e) 4.2 y 50 del ET en relación al artículo 386 de la LEC y aplicación indebida de la DA 27ª de la LGSS con cita de la doctrina recogida en las STS 29/05/2000, recurso 4630/2000, STS 13/03/2001 recurso 1971/1999 y STS 5/11/2008 recurso 143372007.

La recurrente reivindica en definitiva el carácter laboral de la relación, y la existencia de un incumplimiento grave por parte del empleador con vulneración de sus derechos de conciliación, indemnidad formación profesional, derecho de ocupación efectiva e integridad moral que justifican la pretensión extintiva.

Son dos las cuestiones a resolver en el presente recurso en primer lugar la determinación del carácter laboral de la relación existente entre la empresa demandada y

la trabajadora y en segundo lugar la de si a la vista del relato fáctico la empresa ha incurrido en un incumplimiento grave y culpable que justifique la extinción indemnizada del contrato laboral.

2. Respecto a la primera de las cuestiones planteadas, entendemos que existe una aplicación e interpretación errónea de la DA 27ª.1 de la LGSS, que regula la inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de aquellos trabajadores que en su calidad de socio ejercen funciones de dirección en la empresa, y presume salvo prueba en contrario y a los efectos de la aplicación de la citada norma, que un trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste servicios esté distribuido entre socios con los que conviva o a los que se encuentre unido por vínculo conyugal. En primer lugar, la presunción aplicada lo es a efectos de determinar el campo de aplicación del régimen especial de trabajadores autónomos, y no a efectos de determinar la laboralidad de la prestación, y en segundo lugar estamos ante una presunción que admite prueba en contrario.

De los hechos declarados probados en la sentencia se extrae con claridad que con independencia de la vinculación familiar existente entre la trabajadora y uno de los socios titulares de la empresa M. SL, la cual es socia única de la empresa empleadora, la misma mantenía una relación laboral con esta última, relación cuya naturaleza no se ve alterada por el hecho de contraer matrimonio con uno de los socios, quien por otro lado en el momento de la unión ya no ejercía funciones de gerencia, ya que desde el año 1999 estas eran ejercidas por el también demandado J.F.M., sobrino de aquel e hijo del otro socio propietario de M. SL.

Las notas de dependencia y ajenidad que viene exigiendo el artículo 1.1 del ET, están presentes desde el inicio de la relación hasta el momento del juicio, a tal efecto debemos poner de relieve que son los propios actos de la demandada los que denotan la naturaleza laboral del vínculo. En este sentido es la empresa la que comunica a la actora el cambio de política y le requiere para que vuelva a prestar servicios en el centro de trabajo, comunicándole posteriormente la modificación sustancial de las condiciones de trabajo por razones técnicas organizativas y productivas (hecho octavo), también es la empleadora la que en fecha 2/08/2010, indica a la trabajadora cual es su actual puesto y las funciones a desarrollar(HP quinto), resuelve sobre la autorización de fecha de disfrute de las vacaciones anuales (hecho probado séptimo) y le requiere justificación de ausencias (hecho probado adicionado).

TERCERO.- 1. Delimitado el carácter laboral de la relación, procede pues entrar a resolver si tal como pretende la actora ha existido un incumplimiento grave y culpable de la empleadora que justifique la extinción indemnizada de la relación laboral a tenor de lo dispuesto en el artículo 50 del ET.

2. Sostiene la parte recurrente que ha existido una situación de acoso hacia su persona y que se han lesionado sus derechos fundamentales, sin embargo de los hechos declarados probados resulta claro que nos encontramos en el marco de un enfrentamiento familiar que trasciende a la dirección de la empresa y que en este contexto la empleadora adopta una serie de medidas que afectan a la trabajadora y las circunstancias de su prestación laboral. Hay que decir en primer lugar que de las conductas referidas no resulta una conducta clara y objetiva de hostigamiento que tal como viene exigiendo la jurisprudencia se materialice en actos concretos dirigidos a

menoscabar la dignidad de la trabajadora. Debemos recordar aquí tal como ha señalado esta misma Sala de lo Social en pronunciamientos anteriores, que dentro de los supuestos de incumplimiento empresarial del contrato de trabajo, se incluyen aquellos en los que existe una situación de hostigamiento o acoso de tal entidad que llega a provocar síntomas psicossomáticos y reacciones anormales o de estrés hacia el trabajo, causados por actitudes hostiles. Dicha situación, conocida como “mobbing”, suele tener su origen no tanto en relación directa con el desempeño del trabajo, sino en la manera de desarrollarse las relaciones interpersonales en el seno de la empresa. Desde ésta última perspectiva se han puesto de manifiesto por ésta Sala en sentencia de fecha 17-01-2003 (número 192/2003) las siguientes conductas: a) ataques a través de medidas adoptadas contra el acosado, por las que se le limita las posibilidades de comunicarse con sus compañeros, o se aíslan o se cuestionan repetidamente sus decisiones o su trabajo; b) con ataques a la vida privada del trabajador, a la que se hace responsable de los fallos en el trabajo; c) agresiones verbales consistentes en la crítica permanente de su trabajo, o a través de gritos, insultos o levantar la voz repetidamente; d) a través de la creación de rumores y su difusión en el centro de trabajo contra dicha persona.(SSTSJ. Navarra 30.4 y 18.5.2001 No se puede desconocer que en el marco de una relación de jerarquía como es la laboral, en que el empresario tiene el poder de dirección y organización de su empresa y las facultades disciplinarias que se anudan a aquél, suele ser habitual la presencia de situaciones conflictivas que pueden desembocar en fuertes tensiones entre cada una de las partes que integran aquélla relación. Pero estas situaciones se deben diferenciar claramente del fenómeno de acoso moral, que viene integrado por las específicas notas a las que antes nos hemos referido y que constituyen un ataque frontal a la integridad del trabajador.

En este sentido cabe excluir igualmente la responsabilidad personal del codemandado J.F.M.G., administrador único de la mercantil, cuya actuación personal no consta en la sentencia y cuya participación en los hechos debe ir ligada al ejercicio de su poder de dirección de la empresa.

3. Descartada la existencia de un acoso laboral con vulneración de derechos fundamentales hemos de proceder a analizar si las decisiones adoptadas por la empleadora en relación a la trabajadora y a sus circunstancias laborales constituyen un incumplimiento laboral sancionable con la extinción indemnizada.

Así, como hechos relevantes a efectos de determinar la naturaleza y alcance de la conducta empresarial, cabe destacar que tras la junta de accionistas celebrada el día 8/07/2010, y con fecha de 14/07/2010 se dio de baja a la trabajadora en las claves informáticas que le daban acceso a su trabajo desde el domicilio, y que tras la denuncia de falta de ocupación efectiva que la trabajadora pone de manifiesto el día 19, el empleador el día 26 le requiere para incorporarse al centro, incorporación que se produce día 2 de agosto, una vez en el centro se le ubica en el lugar de trabajo de otra persona y se le pone a realizar funciones de archivo, Por otro lado, no es hasta el día 2/10/2010 cuando la empresa formaliza la nueva situación de la trabajadora mediante comunicación en la que se le informa del cambio de condiciones laborales, y las razones del mismo. Esta comunicación que a su vez ha sido debidamente recurrida no deja sin efecto las decisiones adoptadas hasta ese momento por vía de hecho, siendo esta actuación previa la que es objeto de enjuiciamiento.

Por lo tanto a tenor de los hechos declarado probados que son vinculantes para esta Sala son dos los incumplimientos acreditado por la actora, el primero hace referencia a la falta de ocupación efectiva que se produce entre el 14 de julio de 2010 y el 8 de agosto, y el segundo la modificación sustancial de las condiciones de trabajo que la empresa acuerda de forma irregular al requerir a la trabajadora para que preste sus servicios de manera presencial en el centro de trabajo y al atribuirle funciones diferentes a las que venía desempeñando, tal actuación podría determinar la nulidad de dichas decisiones, en cuanto que estas se adoptaron al margen de los procesos formales previstos para ello, pero la existencia de un modificación sustancial de condiciones laborales, no justifica de forma automática la rescisión indemnizada de la relación laboral, que es la acción ejercitada en el presente procedimiento.

Entendemos que en el presente caso no concurre las notas que definen el incumplimiento del empresario, como grave y culpable puesto que aunque es cierto que durante unos días la trabajadora se vio impedida para la realización de su trabajo, esta falta de ocupación se produce en un contexto de reorganización del sistema de trabajo, y por lo tanto en el marco de unas circunstancias puntuales y temporales que acotan la trascendencia de la actuación empresarial. Igualmente, y tras su incorporación a la empresa, la trabajadora realiza tareas distintas de las que había venido desarrollando anteriormente, si bien no son tareas ajenas a su grupo profesional, por lo que no puede considerarse que la modificación vulnere su dignidad o formación profesional, mas aun cuando de nuevo nos encontramos ante una situación temporal que posteriormente es corregida y formalizada por la empleadora en la comunicación efectuada el 2 de octubre.

4. En este sentido cabe recordar el criterio mantenido por esta Sala entre otras en la STSJCIV 2/02/ 2001 (núm.591/2001), en la que se sostiene que aunque ni el citado artículo 50 del ET ni el artículo 1124 del Código Civil, señalan cuáles son los caracteres que debe revestir el incumplimiento para que sea susceptible de conllevar la resolución del contrato, la Jurisprudencia viene declarando de forma constante que el incumplimiento determinante de la resolución ha de ser grave, es decir, ha de hacer referencia a una parte esencial de lo pactado, y ha de ser de tal índole que, en términos generales, frustre las legítimas aspiraciones o expectativas de la parte que cumplió su pretensión (sentencias del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1990 y de 8 de febrero de 1993). En esta línea el Tribunal Supremo en sentencia de 22-09-2003 (recurso 122/2002) ha recordado la doctrina jurisprudencial sobre la materia señalando lo siguiente: a) la modificación para ser sustancial ha de producir perjuicios al trabajador (STS 3-4-1995); y b) ha de ser de tal naturaleza que alteren y transformen los aspectos fundamentales de la relación laboral, entre ellas, las previstas “ad exemplum” del artículo 41.2 ET, pasando a ser otras distintas de un modo notorio, mientras que cuando se trata de simples modificaciones accidentales, éstas no tienen dicha condición siendo manifestaciones del poder de dirección y del “ius variandi” empresarial (STS.11-11-1997). En definitiva, pues, como también señaló esta Sala de lo Social en la sentencia de 21-06-2001 (número 3625/2001), para que la acción extintiva del artículo 50 ET pueda prosperar, es necesario que la modificación operada en las condiciones de trabajo no solamente sea sustancial, sino que es preciso que afecte de modo negativo a la profesionalidad o a la dignidad del trabajador. De modo que se puede entender que la profesionalidad quedará afectada desde el momento en que no se encomiende al trabajador función alguna, o no se le permita desarrollar las tareas propias de su categoría profesional o equivalentes a estas. Mientras que el menoscabo a la dignidad

del trabajador se producirá cuando el cambio de funciones lleve consigo una pérdida del respeto que merece ante sus compañeros o jefes; siendo necesario una prueba fehaciente de tal desmerecimiento. En este sentido, se ha entendido que constituyen vejaciones a la dignidad todos aquellos supuestos que supongan una clara desproporción -objetiva, y no subjetiva- entre el cambio de funciones y las consecuencias que conlleva para la posición personal y profesional del trabajador en la empresa.

5. Partiendo de tal doctrina, y a la vista de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, procede desestimar la pretensión ejercitada sobre rescisión indemnizada a instancia de la trabajadora.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 234.1 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de M.J.C.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 7 de los de ALICANTE, de fecha 19/11/2011; y, en consecuencia, REVOCAMOS parte de la resolución recurrida DECLARANDO EL CARÁCTER LABORAL DE LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LA EMPRESA X. Y LA ACTORA, desestimando la acción de rescisión y absolviendo a los demandados del resto de pedimentos efectuados en su contra.

Sin costas.

1597

Sentencia núm. 1.675, de 12 de junio de 2012

Materia: Extinción de contrato. **Competencia de jurisdicción:** Orden jurisdiccional social. **Trabajadores que prestan sus servicios como pintores, los cuales junto con los codemandados han constituido una sociedad civil. Los actores son socios de la empresa en un 25%. Irregularidades tributarias cometidas por la sociedad. Conflictos entre los socios. Órgano competente para resolver los mismos.**

Juzgado: Estima la excepción de incompetencia de jurisdicción del orden social, siendo competente la jurisdicción civil.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La relación que mantienen los actores con los demandados es una relación societaria, no siendo competente el orden jurisdiccional social para resolver los problemas que se planteen entre estas partes. No se constatan las notas de dependencia y amenidad entre los actores y los demandados. Carácter civil de la relación laboral. Compete a la jurisdicción civil remover las controversias en este

proceso.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de los de Benidorm que, estimando la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por la parte y declarando ser competente la jurisdicción civil, absolvió a los demandados, interpone recurso de suplicación la parte actora, al amparo de los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL, (aplicable al supuesto de autos y no el art. 193 en virtud de la DT 2^a de la Ley 36/2011) habiendo sido impugnado de contrario el recurso.

Por lo que atañe a la revisión fáctica, la recurrente propone la íntegra supresión del hecho probado 5º y una extensa redacción alternativa que, obrante a los folios 313 y 314 de los autos, damos por reproducida a los solos efectos expositivos. En la misma se subraya que toda la gestión y dirección de la sociedad es ejercida de forma directa, personal y exclusiva por D. P.S.C. ya que toda la documentación de la empresa, declaraciones tributarias, documentos bancarios, facturas, contratos, etc., están firmados por el mismo, sin que nunca conste la firma de los otros miembros de la sociedad, y además la cuenta corriente de la sociedad se usa como si fuese en realidad una cuenta personal del mismo, así como obran en el texto propuesto otros extremos relativos a los cargos en la cuenta de la sociedad de los gastos de seguridad social de autónomos del Sr. S. y no del resto de socios, a los que sí se realizaba transferencias desde la cuenta de la sociedad por el concepto de nóminas.

No estimamos la sustitución pedida ya que la documental señalada se cita de forma genérica (folios 144 a 215) sin precisar el concreto documento del que derive el error del juzgador, que además ha de ser patente y manifiesto. Y como dice 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". Por otra parte, la revisión propugnada no puede prosperar dado que el bloque documental citado en su apoyo ya ha sido tenido en cuenta por el juzgador de instancia, no valorando la documental aisladamente sino en relación el total material probatorio (y recuérdese que el concepto elementos de convicción es más amplio que el de los medios de prueba), sin que a las conclusiones por él alcanzadas, que no denotan error patente y manifiesto, pueda imponerse la visión subjetiva y parcial de la parte recurrente. Por último, indicar que ningún error se detecta tampoco en relación con la valoración de la prueba pericial por el juez a quo, sin que de la auditoría presentada (como tampoco del resto de lo actuado al que esta Sala tiene acceso por encontrarnos ante un caso de análisis de la jurisdicción competente) puedan deducirse las conclusiones interesadas por la recurrente.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, destinado a la censura jurídica, se denuncia la infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la existencia de una sociedad irregular, citando determinadas sentencias e insistiendo en que las relaciones

entre las partes no eran societarias ni paritarias, sino de ajenidad y dependencia entre los demandantes y el empresario real Sr. S.C.

Desde ahora se adelanta que la censura jurídica formulada no puede prosperar. De lo actuado resulta que: A).- Los actores constituyeron el 18/10/2006 junto a los codemandados Don M.V.B. y Don P.S.C., una sociedad civil denominada "X. SC", cuyo objeto social se detalla en el art. 3 del contrato de sociedad civil de la siguiente manera: "El objeto social de esta comunidad lo constituyen la actividad de pintura de cualquier clase y revestimientos con papel, tejidos o plásticos, y terminación y decoración de edificios y locales". Los actores y los codemandados dispusieron un capital social de 15.000 euros aportando cada uno de ellos el 25% de dicha cantidad. Se pactó que la administración de la sociedad fuera ejercida de manera solidaria por tres socios, sin determinar el nombre. B).- El 17/07/2007 los actores y los demandados contrataron póliza de descuento en favor de X. SC con la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo por un total de 40.000 €. La póliza de descuento se amplió a 63.000 €. Los demandados y el actor Don J.M.D. afianzaron (en fecha no determinada) a favor de la sociedad civil mencionada un préstamo de 16.000 € con la entidad Caja de Ahorros del Mediterráneo. En otros productos de la entidad financiera aparece como representante legal de la sociedad civil tanto el codemandado P.S.C. como J.M.D.. C).- La sociedad civil se dedica a trabajos de pintura y acabados. Los actores y los demandados convinieron que fuera el Sr. P.S.C. el que se encargara del papeleo de la sociedad y de representarla para presentar presupuestos, facturas, gestiones con bancos, administraciones, contratos de trabajo. Convinieron que el Sr. S.C. era más adecuado para esas funciones y el resto para desarrollar trabajos de pintura. D).- En el seno de la sociedad acordaron que se repartirían beneficios en función de cuando se obtuvieran. A partir de 2008 la bajada de beneficios conllevó que no se entregaran cantidades a los distintos socios con la asiduidad anterior. Un informe pericial de auditoría emitido a fecha 21/2/2011 concluye que hay irregularidades tributarias cometidos por la sociedad y que la gestión y dirección (a juicio del auditor) de la sociedad es llevada a cabo por Don P.S.C.

Así las cosas, presupuesto básico de la acción de resolución contractual ejercitada por los actores es que los mismos sean trabajadores por cuenta ajena, condición que no han acreditado y sí la de socios de una sociedad civil, sin que de la circunstancia de que el Sr. P.S.C. fuera el que se encargara del papeleo de la sociedad y de representarla para presentar presupuestos, facturas, gestiones con bancos, administraciones y contratos de trabajo, pueda deducirse que el mismo actuaba de auténtico empleador de los demandantes, pues una cosa es el ejercicio de las facultades de administración (en las que también en ocasiones intervenían los actores) y otra la concurrencia de las notas definitorias del contrato de trabajo, especialmente las notas de dependencia y ajenidad. El propio Estatuto de los Trabajadores, en su art. 1.1, delimita, desde el punto de vista positivo, la relación laboral, calificando de tal la prestación de servicios con carácter voluntario cuando concurren, además de dicha voluntariedad, tres notas que también han sido puestas reiteradamente de manifiesto por la jurisprudencia (por todas, Sentencia de esta Sala de 19 de Julio de 2002, Recurso 2869/01), cuales son, "la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios". La dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa, a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato (entre otras, SSTS/IV 14-II-

1994 --recurso 123/1992-, 27-V-1992 --recurso 1421/1991-, 10-IV-1995 --recurso 2060/1994-, 20-IX-1995 --recurso 1463/1994-, 22-IV-1996 --recurso 2613/1995-, 28-X-1998 --recurso 4062/1997-, Sala General). Y en el caso de autos no se constata tal dependencia ni ajenidad en la relación que mantenían los actores con los codemandados, sino una relación societaria, con sus problemas y circunstancias propias, marcadas por desavenencias entre los socios, por lo que el recurso planteado deberá ser desestimado dada la falta de competencia de este orden jurisdiccional para resolver las cuestiones que se suscitan en el presente proceso.

TERCERO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar los recurrentes del beneficio de justicia gratuita, dado que han litigado con la condición de trabajadores.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de los demandantes P.S.C. y M.V.B. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Benidorm de fecha 31-1-2012; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

1598

Sentencia núm. 1.684, de 12 de junio de 2012

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador al que se le concede una prestación por desempleo tras cesar en determinada empresa. Posteriormente, por resolución se le notifica que no le correspondía la misma, declarando lo cobrado como indebido. Incompatibilidad entre salarios de tramitación percibidos de anterior relación laboral y la prestación por desempleo. Superposición de fechas.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las peticiones formuladas de contrario.

Sala: Estima en parte el recurso y limita como indebidas determinadas prestaciones por desempleo percibidas, debiéndose regular la prestación a partir de determinada fecha, tomando en cuenta el periodo de ocupación cotizada en ambas relaciones de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO. Por la representación letrada del demandante se formula recurso frente a la sentencia que desestimó su pretensión, consistente en que se dejara sin efecto

la decisión del SPEE que anuló una previa resolución de dicho organismo en la que se reconocía al trabajador la prestación por desempleo, y que como colofón declaraba dicho cobro como indebido.

El recurso, que no discute los hechos probados que recoge la sentencia, articula, pero sin cita procesal, un motivo destinado al examen del derecho aplicado en el que se señala que la sentencia infringe los artículos 209, 210 y 211 del RD Legislativo 1/94, y el artículo 207 “c” de la LGSS, en la redacción dada por el artículo 1 del RDL 5/2002, de 24 de mayo, indicando que sin discutir la incompatibilidad entre los salarios de tramitación y la prestación por desempleo, no es de recibo que por el hecho de omitir la presentación de una segunda solicitud de la prestación de desempleo, cuando esta ya venía percibiéndola, la consecuencia sea su pérdida y subsiguiente devolución de prestaciones por entenderles indebidas.

La cronología de los hechos es simple: a consecuencia de un periodo trabajado para la empresa “E.T., SL” el trabajador solicita y obtiene prestación por desempleo desde el 26 de diciembre de 2007 al 25 de diciembre de 2008, aunque en la fecha indicada en primer lugar el actor estaba inmerso en un proceso por despido a resultas de una anterior relación de trabajo con la empresa “G.E.C., SL”, que acabó con sentencia que declaró la improcedencia de dicho despido y la extinción de la relación laboral el 21 de febrero de 2008. A partir de este dato, y teniendo en cuenta que hasta esa última fecha se percibieron salarios de tramitación, la incompatibilidad alcanza en principio al periodo que comprende del 26 de diciembre de 2007 al 21 de febrero de 2008, y lo que debe dilucidarse es si por el mero hecho de no solicitarse de nuevo la prestación por desempleo tras la extinción de la relación laboral decidida judicialmente el 21 de febrero de 2008, la consecuencia es la de pérdida de la totalidad de la prestación.

Al hilo de lo que se regula de forma prolija en el artículo 209, 5 “a” del TR de la LGSS, en referencia a los trámites que se deben seguir en los supuestos de percepción de salarios de tramitación y prestación de desempleo, en los casos en que estas se empiecen a percibir antes de que aquellos se concreten, el supuesto legal está pensando en una única relación laboral, generadora de salarios y prestaciones de desempleo. En el caso que se examina, previamente a la relación que se extingue el 21 de febrero de 2008 existe otra relación laboral que dio lugar a la percepción de dicha prestación, supuesto distinto del recogido por la norma, y que en todo caso, dará lugar a la consecuente pérdida de la prestación pública en el lapso que coincida con el percibo de salarios de tramitación, pero el hecho de que no se presente una segunda solicitud tras el auto de extinción de relación de trabajo no puede acarrear, a guisa de sanción por la falta de dicha comunicación, la consecuente pérdida de toda la prestación, pues el hecho de que exista una coincidencia o superposición de salarios de tramite y prestación de desempleo dará lugar a la pérdida de dicho periodo pero no de la totalidad de la prestación, partiendo de que en casos como el enjuiciado la cuestión se agota en la regularización de la prestación por parte del SPEE, partiendo del periodo de ocupación cotizada en una y otra relación de trabajo.

En consecuencia, se estimará en parte el recurso y se revocará la sentencia también parcialmente.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por E.R.C.C. frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante de 21 de enero de 2011, recaída en autos sobre desempleo instados contra el SPEE, y con revocación de la citada resolución judicial, debemos declarar y declaramos la nulidad de la resolución de 19 de febrero de 2009, y en consecuencia, limitamos como indebidas las prestaciones por desempleo percibidas por el recurrente desde el 26 de diciembre de 2007 al 21 de febrero de 2008, debiéndose de regularizar la prestación citada a partir de la fecha citada en último lugar, tomando en cuenta el periodo de ocupación cotizada en ambas relaciones de trabajo.

1599

Sentencia núm. 1.702, de 14 de junio de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Incumplimiento de la obligación de alta en la Seguridad Social, respecto a la obligación de abono de la prestación de incapacidad permanente, como consecuencia de accidente de trabajo. Responsabilidad directa y responsabilidad solidaria subsidiaria.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando a la empresa en que el trabajador presta sus servicios a pagar determinada cantidad, absolviendo al resto de los demandados de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, en el sentido de declarar responsable solidario a la empresa codemanda en la instancia de la cantidad objeto de la condena.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre en suplicación por J.O. la sentencia que dictó el día 24 de junio de 2011 en procedimiento iniciado a consecuencia de demanda por él entablada frente a P.O. C.B, A. y V.J.M., P.E.H. S. XXI, S.L y E.D. S.L en reclamación de cantidad fundada en la responsabilidad frente a él contraída, a consecuencia de accidente de trabajo por él padecido, en la que se estimó parcialmente dicha demandada y se condenó únicamente al codemandado A.J.M. a abonar al actor la cantidad de 196.656 euros por los conceptos reclamados, absolviendo al resto de los codemandados de las peticiones formuladas. Se han presentado escritos de impugnación del recurso por parte de los codemandados P.E.H. SXXI, E.D. S.L y A.J.M..

2. Estructurándose el recurso en cuatro motivos, los dos primeros de los mismos, que se acomodan en el apartado b) del art. 191 de la LPL, se destinan a la revisión fáctica, mientras que los dos restantes, formulados con invocación del apartado c) del art. 191 de la LPL, tienen por objeto la censura jurídica. En los dos primeros motivos se pretende:

a) en el primero, la adición del siguiente tenor a los hechos que se declararon probados obedeciendo a los ordinales 7º, 8º, 9º y 10º, con fundamento en las pruebas documentales aportadas por la parte actora como pruebas 16, 17, 1 y 2 y 18:

“SÉPTIMO.- Por el INSS en el expediente de falta de medidas de seguridad e higiene n. 2006/04-IP contra la empresa P.O., CB, se resolvió declarar la existencia de responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo en el accidente sufrido por el trabajador D. J.O.R. el día 19 de mayo de 2.004 y declarar, en consecuencia, la procedencia de que las prestaciones derivadas de seguridad social derivadas del accidente de trabajo, sean incrementadas en el TREINTA POR CIENTO (30%), con cargo exclusivo a la empresa responsable P.O., C.B.”

“OCTAVO.- Por el INSS en el expediente de responsabilidad empresarial e imposición del recargo por faltas medidas de seguridad e higiene en el trabajo por el accidente sufrido el 19/05/2004 seguido contra la empresa P.O. CB, en fecha 27/11/2007 se comunicó al trabajador la finalización del expediente recaudatorio por crédito incobrable.”

“NOVENO.- Por la Inspección de Trabajo se impusieron las sanciones administrativas a la empresa P.O. CB consistentes en: la infracción grave de estabilidad y solidez del andamio derivada de la ausencia de arriostamiento del andamio; la infracción grave de faltas de puntos de anclaje de los arneses y la ausencia de estos en los trabajadores; la infracción grave de falta de formación del trabajador; y la infracción grave por falta de afiliación del trabajador, al ser dado de alta en la Seguridad Social el día del accidente pero con posterioridad al mismo.”

“DÉCIMO.- La empresa P.E.H. S. XXI, SL, que no solo ostentaba su condición de promotora, contrató directamente con el empresario D. A.J.M., la ejecución de trabajos de pintura en su obra sita en la calle Torreblanca de Oropesa del Mar, según contrato con los hermanos J. de fecha 22-12-2.003, sin adoptar las debidas cautelas sobre las garantías de dicho empresario, al tener éste el trabajador sin asegurar, resultar insolvente, y sin que conste que P. vigilase y supervisase su actuación en materia de prevención de riesgos laborales”;

b) En el segundo de los motivos con sustento en la documental aportada con los números 10 (certificación literal de inscripción de matrimonio del actor), 11 (certificado de empadronamiento) del actor y 12 (certificado de empadronamiento de la hermana de éste) se pretende la modificación del quinto de los hechos que se declararon probados proponiendo que su párrafo 1º quede redactado con arreglo al siguiente tenor:

“QUINTO.- Al actor se le ha reconocido un grado de minusvalía de 83% categoría física y psíquica, con menos de 7 puntos por movilidad reducida y 29 por necesidad de concurso de 3ª persona (folio 256); siendo la persona que se encarga de su cuidado y atención continuada para sus actos cotidianos su hermana la Sra. E.O., que ha acogido al actor en su domicilio de la calle Alzira número 7 de Turis, para atenderle debidamente.”.

3. Ninguna de las revisiones postuladas pueden prosperar: la que afecta a la adición de los ordinales 7º a 9º por carecer de trascendencia alguna de cara a la alteración del fallo de la resolución recurrida, pues los datos que se pretenden introducir en el relato histórico, en modo alguno sirven del sustento fáctico de la ulterior censura jurídica que se efectúa en los dos siguientes motivos; la concerniente a la adición del ordinal décimo se rechaza por cuanto que de la contratación directa ya se da cuenta en el relato histórico de la sentencia, y el resto de la adición versa sobre hechos negativos y valoraciones de carácter subjetivo impropias del relato histórico de una sentencia; y, finalmente, la referida a la modificación del hecho quinto por cuanto que de la documental que se señala lo único que se deduce sin efectuar conjeturas es que el actor se encuentra divorciado desde el año 1.998 y que desde el 6 de marzo de 2.007 se encuentra empadronado en el mismo domicilio que su hermana, siendo el resto de las conclusiones que se pretenden introducir valoraciones del contenido de la documental que exceden el ámbito de la revisión fáctica en sede de un recurso extraordinario cual es el de suplicación.

SEGUNDO.- 1. El primero de los motivos que se destinan a la censura jurídica tiene por objeto denunciar la inaplicación en la resolución recurrida de lo dispuesto en los arts. 1902 Cc en relación con los arts. 24.3 y 42 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, por cuanto que se señala que examinados desde el prisma de tales preceptos debió derivarse la responsabilidad solidaria de la demandada P. S.L respecto de los daños y perjuicios ocasionados al actor a consecuencia del accidente de trabajo acaecido y ello por entender, que como promotor incurrió básicamente en una inicial culpa in eligendo al contratar para la ejecución de parte de los trabajos de la obra respecto de la que era promotor a un empresario como el codemandado A.J.M. que no tenía a los trabajadores dados de alta en la seguridad social, ni les proporcionaba los medios mínimos de seguridad y salud, así como la más mínima formación en materia de prevención de riesgos laborales, y, posteriormente, en culpa in vigilando, ya que prescindió de los deberes de coordinación y vigilancia de la actividad preventiva que como titular del centro de trabajo le impone el art. 24 de la LPRL, lo que debe llevar a que se determine su responsabilidad en el accidente de trabajo acaecido con arreglo a los arts. 42.1 y 1.902 Cc.

2. El relato de hechos probados de la resolución recurrida nos expone que el accidente en cuestión ocurrió el 19 de mayo de 2.004 cuando el actor realizaba labores de pintura en un patio de luces, situado en un andamio a 3,40 metros de altura, cuando al intentar abandonar el andamio, saliendo hacía una ventana que se encontraba a la misma altura, y al acercar la pierna al alféizar de la ventana, estando apoyando en este el peso del trabajador, el andamio se balanceó, separándose de la fachada, de forma que el actor cayó por el hueco existente entre el andamio y la fachada sufriendo un traumatismo craneo encefálico grave, a raíz de dicho siniestro se levantó acta por la ITSS en la que se señalaron como causas del siniestro: la falta de formación del trabajador previa al inicio de su contratación, que el andamio no estaba convenientemente arriostrado, y que el trabajador no usase dispositivo anti-caídas, arnés o cinturón de seguridad fijado a elemento rígido de la edificación o la llamada cuerda de vida que deberá colocarse independientemente de la estructura del andamio; el trabajador prestaba servicios por cuenta y orden de A.J.M., quien a su vez había sido contratado por la empresa P. S.XXI. S.L para la realización de determinados trabajos de pintura en la obra sita en la esquina de las calles Torreblanca y Morato de Oropesa, consistiendo la misma en la edificación de 64 viviendas, locales comerciales y piscinas;

el trabajador no se encontraba de alta en la seguridad social en el momento del accidente, siendo dado de alta dos horas después; la empresa P. según consta en su escritura de constitución tiene por objeto “la compra, venta y arrendamiento, salvo el financiero, de fincas rústicas y urbanas, la promoción, construcción de toda clase de edificaciones y la actividad inmobiliaria en general.”

3. Dados estos hechos debe tomarse en consideración que el art. 24.3 de la LRPL dispone que “Las empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo deberán vigilar el cumplimiento por dichos contratistas y subcontratistas de la normativa de prevención de riesgos laborales”, así como que es doctrina jurisprudencial que se viene manteniendo por la Sala 1ª del TS que para exista responsabilidad civil en un accidente de de trabajo, ya sea esta contractual (art. 1.101 Cc)- en caso de que exista tal vínculo entre el perjudicado y el responsable- o extracontractual (arts. 1902 y ss Cc) - en caso de que el mismo no exista- deben concurrir los siguientes presupuestos (por todas, sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 24 de septiembre de 2.002): a) la existencia de una acción u omisión generadora de una conducta imprudente o negligente, objetivamente imputable a la persona o entidad contra la que se dirige la reclamación; b) la realidad de la lesión o daño causado, y c) el nexo o relación de causalidad entre los dos elementos anteriores. Por tanto, ha de hacerse patente que los daños y perjuicios deriven o sean ocasionados por un acto u omisión imputable a quien se exige su reparación mediante el abono de una indemnización (vid. sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 30 de abril de 1.998). Y a la vista de lo expuesto es claro que el motivo ha de merecer favorable acogida, pues a la vista de los hechos expuestos resulta patente que de haber obrado la promotora de acuerdo con el deber genérico de vigilancia que le impone el apartado 3 del art. 24 el siniestro bien podría haberse evitado, siendo patente que la meritada promotora no se cercioró que el empleador con el que formalizó la contrata hubiese cumplido con los más elementales deberes que en aras a la formación de los trabajadores y proporción de equipos y medios de protección le impone con carácter genérico los arts. 19 y 17 de la LPRL y que en materia de obras en construcción son objeto de desarrollo en el RD 1627/1.997. Y no ha de ser óbice para la estimación del motivo el hecho de que en la demanda rectora el actor únicamente invocase la condición de promotora de P. como título en virtud del cual exigir responsabilidad a ésta, limitándose a citar los arts. 42 E.T y que concurría en ella “culpa in eligendo” e “in vigilando”, y ello porque en el proceso social no es necesario que el actor invoque fundamento de derecho de alguno, sino simplemente los hechos en los que funde su pretensión como se deduce del contenido del art. 80 de la LPL- carga esta con lo que cumple la mera invocación de condición de promotora y por ende titular del centro de trabajo de la codemandada P.-, cobrando pleno vigor en la instancia los principios da mihi factum dabo tibi ius y iura novit curia, en virtud de los cuales, el órgano jurisdiccional aplica el derecho sustantivo a los hechos alegados y probados por las partes. Y por ello, la Sala estima erróneo el razonamiento contenido en la resolución recurrida de que no procede la condena de la demandada porque ninguna conducta negligente o culposa se ha imputado a ésta, pues como se ha visto, la mera descripción del siniestro es suficiente como para derivar tal imputación.

TERCERO.- 1. En el segundo de los motivos que se destinan a la censura jurídica se denuncia infracción de los arts. 1101 y 1.902 C.c en relación con lo dispuesto en la Ley 34/2.003 de 4-11 y el Baremo para la valoración del daño corporal establecido

por Resolución de 20-1-2.011 por infracción por inaplicación de la Tabla IV del sistema valorativo en relación con el resarcimiento de los perjuicios morales de los familiares del gran inválido, y se considera que con arreglo al art. 10 de la Lec el actor se encuentra legitimado para solicitar los 20.000 euros que estima que le corresponden a su hermana que es quién dado el estado que presenta aquel a consecuencia del accidente padecido se hace cargo de su persona.

2. El motivo debe rechazarse. En nuestro sistema procesal (arts. 10 de la LEC y 17.1 de la LPL) la legitimación activa y pasiva viene determinada por la titularidad de la relación jurídica litigiosa, y en nuestro caso, si bien a consecuencia del accidente de trabajo que ha dado lugar a la reclamación de responsabilidad hay únicamente una víctima o accidentado, el actor, lo cierto es que además del propio actor, pueden existir otros perjudicados por el mismo, pues la condición de perjudicado viene determinada por el mero hecho de haber sufrido un perjuicio material o moral, pero en todo caso evaluable económicamente, de ahí que el propio anexo IV del Baremo haga expresamente referencia a los “perjuicios morales de familiares”, a consecuencia del accidente, de ahí que resulte impecable el razonamiento de la sentencia de instancia que señala que la única legitimada para solicitar los 20.000 euros en cuestión es la hermana del accidentado y no éste, como persona perjudicada en su condición de familiar de la víctima que tiene que hacerse cargo de la misma.

CUARTO.- Por todo ello procede revocar parcialmente la resolución recurrida, en el sentido de condenar solidariamente con A.J.M. a la codemandada P.E.H. S. XXI S.L al abono de la cantidad objeto de condena, sin que proceda, pues, imponer las costas a ninguna de las partes.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por J.O.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de CASTELLÓN de fecha 24-6-2.011 en sus autos núm. 356/07, **PROCEDEMOS a REVOCAR** la resolución recurrida en el sentido de condenar solidariamente a la codemandada P. E H. S.XXI S.L a responder solidariamente de la cantidad objeto de condena. Sin costas.

1600

Sentencia núm. 1.719, de 14 de junio de 2012

Materia: Extinción de contrato. Trabajadora que presta servicios de cocinera en mercantil demandada. La demandante y el representante de la mercantil mantienen una discusión, interponiendo la primera denuncia ante la Policía Nacional. Voluntad de extinción unilateral del contrato de trabajo por parte de la trabajadora. Finalmente no lo materializa, si bien no se presenta a su puesto de trabajo presentando posterior parte de baja. La empresa entienda que si no se presenta es porque voluntariamente quiere extinguir su relación laboral y procede a darle de baja en la seguridad

social. Declaración de despido improcedente. Estimación.

Juzgado: Desestima íntegramente la demanda acumulada de despido, y sin necesidad de resolver sobre el fondo de la acción de rescisión por incumplimiento empresarial dado la pérdida sobrevenida de objeto, declara inexistente el despido absolviendo a la demandada de los pedimentos habidos en su contra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El cese de la demandante constituye un despido que se debe calificar como improcedente. La empresa demandada debería haber tomado las medidas disciplinarias laborales que están a su alcance como consecuencia de la no incorporación de la trabajadora a su puesto de trabajo, pero no cursar baja a la actora en la Seguridad Social.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la demandante la sentencia de instancia que desestimó su demanda de despido, por entender que “dada la incomparecencia injustificada de la demandante al puesto de trabajo, tras el requerimiento efectuado por la demandada, debe considerarse que la actora unilateralmente extinguió el contrato de trabajo”.

2. Los tres primeros motivos del recurso están redactados al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y se solicita en ellos la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia recurrida en los términos que pasamos a examinar:

a) En el primer motivo se interesa la modificación del hecho tercero para que se deje constancia de que fue la empresa la que comunicó a la trabajadora su despido verbalmente el día 15 de septiembre. Petición que no puede prosperar pues no cumple con la exigencia impuesta por los artículos 193 b) y 196.3 de la LRJS de fundarse en prueba documental o pericial, dado que no se pueden considerar como tales ni la declaración de don A.S. en el procedimiento penal, ni el DVD que se visionó en el acto del juicio, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo en su sentencia de 16 de junio de 2011 (rcud. 3983/2010).

b) En el segundo motivo se propone la adición de un hecho nuevo, que sería el tercero bis, en el que se pretende narrar el forcejeo que, al parecer, se produjo el día 16 de septiembre de 2011 entre doña E.R. y el representante de la empresa, así como el resultado de las diligencias penales que se incoaron por tales hechos y que concluyó con una sentencia condenatoria de don A.S. como responsable de una falta de lesiones. Esta petición también se rechaza, pues en el hecho probado segundo de la sentencia ya se hace referencia al proceso penal seguido como consecuencia de los hechos ocurridos el 16 de septiembre, lo que permite a la Sala examinar las actuaciones relacionadas con ese proceso sin necesidad de que se produzca su transcripción formal al texto de la sentencia.

c) Se interesa, por último, que se añada al hecho probado sexto de la sentencia un párrafo en el que se diga que el 23 de septiembre de 2011 la demandante presentó papeleta de conciliación en materia de extinción del contrato de trabajo fundada en el artículo 50 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y que con efectos 20 de septiembre de 2011 se encontraba en situación de incapacidad temporal por contingencia común. Petición a la que se accede, pues así resulta de los documentos indicados, si bien desde un punto de vista de estricta técnica procesal, se tendría que haber solicitada la modificación del hecho probado octavo en el que se dice que la baja se cursó con efectos de 23 de septiembre de 2011.

SEGUNDO.- 1. El recurso concluye con dos motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS. Se denuncia en el motivo cuarto la infracción de los artículos 49.k y 56 del ET. Discrepa la recurrente en él, de la solución alcanzada por la sentencia de instancia al desestimar la demanda de despido, pues, a su entender, lo que se produjo es un despido y no la extinción del contrato por abandono o desistimiento. Y en el quinto y último motivo se alega la vulneración de los artículos 49.j y 50 del ET. Se argumenta que procede la extinción indemnizada del contrato de trabajo pues “existe una evidente amenaza a su integridad”. Se razona, además, en este motivo, que “la trabajadora inició el proceso de extinción contractual cuanto tuvo conocimiento de que la decisión extintiva mediante despido que la empresa le comunicó el día 16/09/2011 no había sido llevada a efectos”.

2. A efectos de resolver ambos motivos, hemos de comenzar recordando que en este procedimiento judicial se ventilan dos pretensiones distintas: una impugnatoria del despido que la demandante manifiesta haber sido objeto el 22 de septiembre de 2011, fecha de efectos de su baja en la Seguridad Social cursada por la empresa; y otra de extinción del contrato de trabajo por incumplimientos del empresario al amparo del artículo 50 del ET. Pues bien, la sentencia recurrida desestimó la demanda de despido por inexistencia del despido de fecha 16 de septiembre, y no entró a resolver la de extinción contractual por pérdida sobrevenida del objeto.

3. Como señala la STS de 27 de febrero de 2012 (rcud. 221/2011), “la acumulación de ambas acciones prevista en el art. 32 de la LPL, como señaló nuestra sentencia de 23 de diciembre de 1996 (rcud 2205/96), tiene, entre otras, la finalidad de evitar actuaciones que persigan, bien por parte del trabajador eludir a través del ejercicio de la acción resolutoria las consecuencias de un despido que se prevé inminente, o bien por parte de la empresa buscar la enervación de la posible acción resolutoria mediante una rápida decisión de despido. Nuestras sentencias de 25 de enero de 2007 (rcud 2851/05), dictada en Sala General, y la posterior de 10 de julio de 2007 (rcud 604/06) señalan que dicho precepto “obliga no sólo a acumular, sino también a debatir las dos demandas y a resolverlas, para evitar tener que reproducir un nuevo pleito que chocaría con la previsión de acumulación del precepto, si se resolviera solo la primera y el signo del recurso fuera contrario a la decisión de instancia”. Y por lo que respecta a la forma de resolver ambas acciones, continúa la sentencia razonando que “Cuando las dos acciones que se ejercitan están fundadas en las mismas causas o en una misma situación de conflicto, la sentencia antes citada de 23-12-96 estableció que la sentencia de instancia debe analizar conjuntamente ambas acciones y las conductas subyacentes (...) cuando las causas de una y otra acción son independientes, esta Sala IV consideró, en la ya comentada sentencia de 23-12-96, que era posible el análisis autónomo de una y otra conducta y, por tanto, la fijación del orden a seguir en la respuesta a las indicadas

acciones. Y señaló que, normalmente, ello conduciría a resolver en primer término la acción resolutoria, en tanto que ejercida con anterioridad a que se hubiera producido el despido, y luego la acción de despido, produciendo consecuencias el eventual éxito de la primera, en la condena que se impusiera de ser también acogida la segunda”.

4. En el supuesto que ahora se enjuicia, se demanda la extinción del contrato como consecuencia de los incidentes ocurridos el día 16 de septiembre de 2011, esto es con anterioridad a la fecha de efectos del despido que se sitúa en el 22 de septiembre de 2011 –y no en el 16 de ese mes, como dice la sentencia recurrida-, que es la fecha de efectos de la baja de la trabajadora en la Seguridad Social cursada por la empresa. Por tanto, yerra la sentencia de instancia cuando se dejan de enjuiciar los hechos ocurridos ese día 16 de septiembre para decidir si constituyen un incumplimiento del empresario susceptible de dar lugar a la extinción contractual por la vía del artículo 50 del ET. Pero como sobre esta cuestión nada se dice en el recurso y como quiera que en el relato de hechos probados de la sentencia tampoco existe una narración de los acontecimientos del 16 de septiembre, más allá de una referencia al proceso penal que todavía no había concluido por sentencia firme, esta Sala carece de elementos suficientes para poder estimar la acción resolutoria del artículo 50 del ET, pues para ello hubiera sido preciso que en la sentencia del Juzgado se hubiera realizado una narración de lo ocurrido para poder evaluar la gravedad del incumplimiento empresarial, dado que lo único que consta en ellos es que “las partes mantuvieron una discusión” que terminó en una sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, que no es firme.

TERCERO.- 1. Si bien, como se acaba de razonar, no puede prosperar el motivo quinto del recurso, sí que debe hacerlo el motivo cuarto. A tal fin, hay que partir de que la empresa demandada en ningún momento procedió a despedir a la trabajadora con causa en las faltas de asistencia al trabajo, sino que simplemente cursó una comunicación en la que requería su personación al puesto de trabajo con advertencia de que en caso contrario se procedería a darle de baja por abandono, y sin que después de tal comunicación se le comunicara carta de despido alguna. Esto es, la empresa demandada lejos de optar por la vía sancionadora, que exige el cumplimiento de unas formalidades impuestas por el artículo 55 del ET, entendió que el contrato de trabajo se había extinguido con causa en el abandono o dimisión de la trabajadora. Y a este respecto debe recordarse que no es indiferente que la causa alegada de extinción del contrato sea la contemplada en el apartado d) del artículo 49.1, que la expresada en la letra k) y desarrollada en los artículos 54 y siguientes del ET.

Como ha tenido ocasión de pronunciarse esta Sala en reiteradas sentencias como la de 21 de febrero de 2002 o la de 11 de febrero de 2004 (rs. 3617/2003), no puede sostenerse en supuestos como el controvertido la existencia de un abandono o dimisión del trabajador. Así se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de marzo de 2001 al analizar un supuesto en que se había producido una demora de siete días en la incorporación al trabajo tras serle expedida al trabajador el alta médica. Niega el Alto Tribunal que tal circunstancia sea signo evidente de la voluntad rupturista de la trabajador y, con mención de una sentencia anterior de 21 de noviembre de 2000 sostiene que “en materia de contratación la declaración de voluntad tácita puede tener lugar en cualquiera de las fases principales del contrato de trabajo: el nacimiento, el desarrollo y la extinción, en cuanto a ésta última, cabe recordar que los contratos bilaterales o sinalagmáticos, si son de trato único, tienen como causa normal o principal de extinción el propio cumplimiento de lo pactado. Pero si son contratos de tracto sucesivo, el cumplimiento de lo estipulado no hace más que confirmar su subsistencia.

Por eso, lo que a las partes importa más bien refiere a los medios con que cuentan para romper esa continuidad. En nuestro derecho, donde se parte de que hay un contratante débil, que es el trabajador, lo que más interesa es delimitar y constreñir las posibilidades extintivas del empresario, a quien se exige la concurrencia de unas ciertas causas, como muestra el art. 49, con los concordantes, del Estatuto de los Trabajadores. En cambio, al trabajador nada se pide: el citado precepto, en su núm. 1.d), previene que el contrato se extingue por dimisión del trabajador... La dimisión del trabajador, como todo acto negocial, en este caso con finalidad de extinguir otro negocio más amplio, y de carácter sucesivo o prologado, que es el propio contrato de trabajo, requiere una voluntad incontestable en tal sentido; la cual puede manifestarse al exterior, para que la conozca el empresario, de manera expresa: signos escritos o verbales que directamente explicitan la intención del interesado; o de manera tácita: comportamiento de otra clase, del cual cabe deducir clara y terminantemente que el empleado quiere terminar su vinculación laboral. De ahí que el llamado abandono (mencionado en la vieja Ley de Contrato de Trabajo de 1944, art. 81; y tangencialmente en el ET, art. 21.4 a propósito de los pactos de permanencia), materializado en una inasistencia más o menos prolongada del trabajador al centro o lugar de trabajo, no sea algo que mecánicamente equivalga a una extinción por dimisión; sino que, y este sería el significado unificador de la presente resolución, se necesita que esas ausencias puedan hacerse equivaler a un comportamiento del que quepa extraer, de manera clara, cierta y terminante, que el empleado desea extinguir el contrato”.

3. El examen de lo ocurrido en el supuesto enjuiciado no lleva a concluir que la falta de incorporación de la demandante a su puesto de trabajo con posterioridad al 16 de septiembre de 2011 se debiera a su intención de dar por finalizada por voluntad propia la relación laboral que mantenía con la empresa demandada, como lo prueba el hecho de que ese mismo día dejara constancia de su disconformidad en el documento que la empresa pretendía entregarle para, precisamente, poner fin a esa relación. Es verdad que la trabajadora no contestó e ninguno de los dos requerimientos que le hizo la empresa mediante sendos burofax remitidos los días 19 y 20 de septiembre para que se incorporara a su puesto de trabajo, pero de este hecho no se puede deducir sin más que aquella hubiera decidido dimitir. Lo que la empresa debió hacer, en su caso, es adoptar las medidas disciplinarias que el ordenamiento laboral pone a su alcance, pero no cursar una baja por una causa que no se correspondía con la realidad. Es por ello que el cese de la demandante constituye un despido que se debe calificar de improcedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del ET y con las consecuencias previstas en el artículo 56 del citado texto legal, en la redacción que tenía el precepto antes de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 3/2012, que se expresan en la parte dispositiva de la presente resolución.

CUARTO.- No procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DOÑA E.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 2 de los de Castellón, de fecha 9 de febrero de 2012, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa

A.S.; y, en consecuencia, declaramos la improcedencia del despido de fecha 22 de septiembre de 2011 y condenamos a la empresa demandada a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución, le readmita en las mismas condiciones laborales anteriores o le indemnice en la cantidad de 7.719,75 euros, debiendo abonarle en cualquier caso los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución en la cuantía diaria de 43,8 euros.

Sin costas.

1601

Sentencia núm. 1.729, de 18 de junio de 2012

Materia. Prestación de jubilación. Empresa que acuerda despido objetivo de trabajador jubilado parcial y del trabajador relevista. Mantenimiento de los contratos de relevo y de jubilación parcial. El INSS abre expediente de responsabilidad empresarial, emitiéndose resolución en la que se declara a la empresa actora deudora de la pensión de jubilación parcial. Solicitud revocación resolución del organismo demandado.

Juzgado: Estima la demanda, revocando la resolución del Instituto demandado.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La empresa acordó el despido objetivo del trabajador relevado, jubilado parcial, y del relevista, sin que conste contratación alguna de relevo mientras el jubilado parcial ha continuado percibiendo la correspondiente pensión de jubilación parcial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por el letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, frente a la sentencia que estimando la demanda revocó la resolución del recurrente declarando responsabilidad empresarial en el abono de la pensión de jubilación parcial del codemandado. El recurso se formula en un único motivo, redactado al amparo de la letra c) del art.191 de la LPL, en el que denuncia la infracción de la Disposición Adicional Segunda del RD 1131/02, de 31 de octubre, en relación con el art. 16 del mismo, y del art. 12.6 del Et, art.166.1 y 4 de la LGSS y art. 25.1 de la Constitución. Sostiene el recurrente que en el presente caso el trabajador relevado cesó por despido objetivo, con causa económica, por lo que no estamos ante un despido improcedente, sino ante una situación más próxima al despido procedente, por lo que no es aplicable le nº 3 de la DA Segunda del RD 1131/02, de manera que al empresa podía extinguir el contrato del trabajador jubilado parcial pero debía conservar el contrato de relevo o contratar uno nuevo en caso de cese de este, incluido el despido, hasta que el relevado cumpla 65 años o deje de percibir pensión de jubilación anticipada.

2. El Real Decreto 1131/2002, de 31 de octubre, por el que se regula la Seguridad Social de los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial, en su

Disposición Adicional Segunda, dice, “*Mantenimiento de los contratos de relevo y de jubilación parcial. 1. Si durante la vigencia del contrato de relevo, antes de que el trabajador sustituido alcance la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada, se produjera el cese del trabajador relevista, el empresario deberá sustituirlo por otro trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada.*

2. Si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurran las circunstancias a que se refiere el apartado anterior. En el supuesto de que la jornada de trabajo del relevista fuera superior a la jornada dejada vacante, la ampliación a la que se refiere el párrafo anterior tendrá como límite la jornada a tiempo completo establecida en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, de la jornada ordinaria máxima legal.

3. Las nuevas contrataciones deberán hacerse en la modalidad de contrato de relevo, tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo. En ambos casos, los nuevos contratos deberán concertarse en el plazo de los quince días naturales siguientes a aquel en que se haya producido el cese o, en su caso, la decisión de no readmisión tras la declaración de improcedencia del despido. La jornada pactada en los nuevos contratos será, como mínimo, igual a la que realizaba, en el momento de producirse la extinción, el trabajador cuyo contrato se ha extinguido.

4. En el supuesto de incumplimiento de las obligaciones establecidas en los apartados anteriores, el empresario deberá abonar a la Entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada”.

3. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22-9-10, rec. 4166/09, en un supuesto en que la empresa despidió por causas económicas, art. 52.c) del ET, al trabajador relevado y al relevista sin contratar a ningún otro trabajador para cubrir la jubilación parcial, señala que “... esta Sala ha tenido ocasión de interpretar la citada Disposición en las tres sentencias que antes hemos citado --29 de mayo de 2.008 (rec. 1900/2007), 23 de junio de 2.008 (rec. 2930/2007) y 16 de septiembre de 2.008 (rec. 3719/2007) -- referidas todas a la misma empresa, en las que, efectivamente, se exonera a la empleadora de las responsabilidades derivadas del incumplimiento de la obligación de contratar nuevos relevistas que se desprende de la redacción de la Adicional transcrita, que se califica en ellas “de evidente contenido sancionador y antifraude”, y que se materializa en el pago de lo abonado por la Entidad Gestora como pensión o pensiones de jubilación anticipada. Pero en todos esos casos se trataba de un supuesto especial, en el que la extinción de los contratos de trabajo no se produjo solo en el caso del relevista y el relevado, sino que afectó a la totalidad de la plantilla de la empresa, que cerró al amparo de la correspondiente autorización administrativa dictada en el curso de un expediente de regulación de empleo y por las causas previstas en el artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores, con lo que la exigencia de la obligación de contratar carecía en aquellos supuestos de virtualidad y se hacía inviable, así como la responsabilidad empresarial derivada de esa ausencia de contratación. ...Precisamente y en esa línea, la doctrina de

la Sala contenida en esas sentencias ha sido posteriormente matizada o corregida, y así, cabe decir que en la STS de 9 de febrero de 2.010 (recurso 2334/2009), cuya doctrina reitera la de 15 de marzo de 2.010 (recurso 2244/2009) se niega con rotundidad que la repetida Disposición Adicional tenga una finalidad sancionadora, porque "...no se trata de la respuesta punitiva a una contravención legal, sino más bien al incumplimiento de una obligación contraída ex arts. 166.4 LGSS y 12.6 ET, y que era requisito sine qua non para que el trabajador pudiera acceder a la jubilación parcial, de forma que el abono de la prestación a la Entidad Gestora se articula como la mera recuperación de la cantidad satisfecha por pensión cuando no se hubiese cumplido por parte de la empresa el presupuesto -contratar un relevista en los términos legalmente previstos- de lo que se presenta como un negocio a tres bandas (INSS, beneficiario de la prestación y empresario); pero nunca como un «castigo» al incumplidor".

4.- Del mismo modo, la estrecha vinculación e interrelación sobre la que se razona en aquéllas sentencias entre el contrato de relevo, la jubilación parcial y el mantenimiento por el relevado de una parte de su jornada, también ha encontrado matices en la SS.TS. de 25 de febrero de 2.010 (recurso 1744/2009) y 25 de enero de 2.010 (recurso 1245/2009). En la primera de ellas se contiene un distanciamiento entre las situaciones del relevista y el relevado, manteniéndose la validez y subsistencia del contrato de relevo en el caso de fallecimiento del trabajador relevado, razonándose sobre ello que "...en su origen el contrato de relevo surge de una novación del contrato de trabajo del relevado que convierte su relación de trabajo en empleo a tiempo parcial. Pero esta conexión originaria no determina una dependencia funcional del contrato de relevo respecto de la situación de jubilación-empleo parcial. Prueba de que esta conexión es meramente externa, de coordinación y no de subordinación de un contrato a otro, es que el contrato de relevo suscrito por el relevista puede ser desde el principio un contrato de trabajo por tiempo indefinido. Así resulta de lo dispuesto en el art. 12.7.b) ET donde se establece que 'la duración del contrato de relevo que se celebre como consecuencia de una jubilación parcial tendrá que ser indefinida o como mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador sustituido para alcanzar la edad de sesenta y cinco años.'. Por otra parte, continúa diciendo la referida sentencia de la Sala, "...la finalidad de la institución del empleo-jubilación parcial es armonizar o combinar los intereses de los sujetos implicados - empleador, relevado y relevista - sobre la base de mantener incólume, en principio, el volumen de empleo existente en la empresa, en lo que concierne a las funciones laborales afectadas. De ello se deduce que el puesto de trabajo afectado por el contrato de relevo, que ha de ser el mismo desempeñado por el jubilado parcial o un puesto de trabajo "similar", se ha de conservar, salvo causas económicas justificadas sobrevenidas luego, al menos hasta la jubilación total del relevado. La propia normativa del art. 12.7 lo viene a decir, de un lado en la letra b), cuando exige, como se acaba de ver, una duración mínima del contrato 'igual' al intervalo entre la jubilación parcial y la total, y de otro lado en la letra c), cuando impone que "la duración de la jornada deberá ser, como mínimo, igual a la duración de la jornada acordada por el trabajador sustituido". En conclusión, la muerte del trabajador relevado es, ciertamente, causa de la extinción de su contrato de trabajo, de acuerdo con lo previsto en el art. 49.1.e) ET, y con todas sus consecuencias legales que de ello se derivan. Pero tal acontecimiento no tiene incidencia en el contrato de trabajo del relevista, el cual, se haya suscrito por tiempo indefinido o por una duración determinada, se mantiene vivo y vigente en sus propios términos". Y en la segunda sentencia, la de 25 de enero de 2.010 (recurso 1245/2009), se afirma la inexistencia de responsabilidad empresarial en el caso de un trabajador relevista que pasó por subrogación desde su empresa en la que se había

concertado el contrato de relevo, a otra empresa, manteniéndose el relevado jubilado parcial en la empresa originaria, sin que procediera a contratar un nuevo relevista. En este caso se afirma que "...Si bien formalmente ha cesado el trabajador relevista en la empresa originaria, su adscripción a otra empresa por subrogación no impide el cumplimiento de la finalidad de la norma ni evita las posibles responsabilidades empresariales futuras, aunque con la mayor complejidad derivada de la necesaria interrelación empresarial al estar adscritos jubilado parcial y relevista a distintas empresas; y, sin perjuicio, en su caso, de que de cesar al relevista en la nueva empresa, la obligación de contratar pudiera volver a recaer sobre la empresa originaria, lo que ahora no se resuelve..." (En el mismo sentido la STS de 18/05/2010 recurso 2165/2009). QUINTO.- Desde la perspectiva que se extrae de la anterior doctrina ha de resolverse entonces si en el presente caso la empresa podía prescindir sin ningún tipo de responsabilidad derivada de la DA Segunda tantas veces citada de los trabajadores, relevado y relevista, mediante despidos objetivos por la vía del 52 c) ET. El número 1 de DA Segunda es el que contiene la exigencia para la empresa de proceder a la nueva contratación de un trabajador relevista en el caso de que -por cualquier causa- cese el anterior, incluso en el supuesto de que haya cesado por despido el relevado. El número 2 de tal norma no resulta aquí de aplicación, por cuanto que se refiere al supuesto de que el trabajador relevado fuera despedido improcedentemente y no procediera su readmisión. En el caso de autos ya se vio que el relevado cesó por despido objetivo vinculado a causas económicas, al amparo del artículo 52 c) ET, con lo que en ningún caso estamos ante esa situación de despido improcedente, sino más próxima a la de despido procedente. Por ello, la empresa demandante ciertamente podía extinguir el contrato de trabajo del trabajador jubilado anticipadamente, pero tenía la obligación de conservar, de mantener el contrato de relevo con el trabajador relevista, o contratar uno nuevo en caso de cese por cualquier causa de éste (incluido el despido), hasta que el relevado alcance la edad de jubilación o, cabría añadir, deje de percibir las prestaciones por jubilación anticipada, puesto que así se desprende del referido número 1 de la DA Segunda del RD 1131/2002. Obsérvese que se está analizando la cuestión y la obligación empresarial de contratar desde la perspectiva única que aquí corresponde analizar, que es la que se produjo cuando se llevó a cabo por la empresa el despido objetivo y cese del trabajador relevista, puesto que hubiera sido perfectamente posible que se mantuviese la vigencia del contrato de éste cuando se extingue el del relevado, tal y como se afirma en la STS antes citada de 25 de febrero de 2.010, en un caso de fallecimiento del jubilado parcial. SEXTO.- Por todo ello resulta plenamente ajustada a derecho la resolución que dictó el INSS exigiendo de la empresa demandante el pago de las prestaciones de jubilación parcial abonada al trabajador relevado desde la fecha en que nació la obligación empresarial de contratar un nuevo relevista hasta el momento en que se dejó de abonar por el INSS esas prestaciones, puesto que en que el número 4 de la DA Segunda del RD 1131/2002 se contiene tal consecuencia del incumplimiento empresarial de la obligación analizada".

4. La aplicación de la doctrina expuesta al presente supuesto, lleva a la estimación del recurso, pues la empresa acordó el despido objeto del trabajador relevado, jubilado parcial y del relevista, el 10-5-10, sin que conste contratación alguna de relevo mientras el jubilado parcial ha continuado percibiendo la correspondiente pensión de jubilación parcial.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.2 de los de Alicante, de fecha 30-6-2011, en virtud de demanda presentada a instancia de C. SL; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a los demandados de la reclamación deducida.

1602

Sentencia núm. 1.745, de 20 de junio de 2012

Materia: Declaración de invalidez: Incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual. Trabajador montador oficial de andamios que sufre accidente de trabajo. Error en la contingencia solicitada. Declaración nulidad de la sentencia.

Juzgado: Se declara al demandante en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual, condenando al INSS al abono de la prestación económica vitalicia del 75% de su base reguladora. Se desestima la demanda respecto de las demás partes codemandadas.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad de la sentencia al entender que se ha causado indefensión al reconocerse la IPT por enfermedad común en lugar de por accidente de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

UNICO.- Frente a la sentencia recaída en la instancia, que estimó la demanda y declaró al demandante en situación de IPT para su profesión habitual, derivada de enfermedad común, se formulan sendos recursos, tanto por la representación letrada del INSS como por la del propio trabajador. Por razones de método se examinará en primer lugar el planteado por la citada entidad gestora, que en primer término, y con apoyo en el artículo 191 “a” de la LPL, solicita la declaración de nulidad de la sentencia, a fin de reponer los autos al momento anterior de infringirse normas de procedimiento, señalando que se vulneran el artículo 218 de la LEC, el artículo 97 de la LPL y el 24.1 de la CE, indicando que le ha producido indefensión el hecho que, a su juicio, a lo largo del proceso la reclamación de IPT lo era por accidente de trabajo y el hecho de que se reconociera en sentencia por enfermedad común le ha generado indefensión, pues la creencia de que la responsabilidad en caso de condena sería para la mutua aseguradora influyó sin duda en la defensa del juicio, máxime ni en la demanda ni al tiempo de ratificarla en el acto de juicio oral se hizo explícita esa solicitud alternativa por parte del demandante.

Para decidir esta cuestión se debe partir del suplico de la demanda, en el que claramente se está solicitando el reconocimiento del grado invalidante reconocido en la sentencia, pero sin especificar de manera expresa la contingencia, y sin que tampoco se precisara al tiempo de la ratificación de aquella. Asimismo, el expediente administrativo se tramitó como derivado de accidente de trabajo, constando también que posteriormente a quedar los autos vistos para sentencia se acordó para mejor proveer

que se determinara la base reguladora y carencia para la contingencia de enfermedad común.

Y desde estos antecedentes la solución que se antoja más prudente es la de anular las actuaciones practicadas en la instancia, no solo la propia sentencia recaída, en cuanto se muestra incongruente respecto la pretensión sustentada en la demanda y lo que al hilo de esta se debatió en el acto de juicio, sino desde la propia demanda rectora del proceso, a fin que se concrete en plazo legal con la suficiente claridad la contingencia solicitada, común o profesional o viceversa, o ambas con carácter alternativo, con arreglo a la que se pretende la declaración invalidante admitida en la citada resolución judicial. Que la resolución emanada del INSS resolviera el expediente como que no existían lesiones derivadas de accidente de trabajo no quiere decir que por esta razón la contingencia debe ser común, pues esa determinación debió de ser reclamada en su momento en la demanda, y no debió ser resuelta en la sentencia sin que en el proceso se hubiera discutido, pues realmente la participación de las mutuas aseguradoras se destinó a negar la existencia de esa contingencia laboral y a tratar de eludir las responsabilidades que en su caso les corresponderían en función de la cobertura del riesgo asumido por esas entidades. Además, en la ampliación de la demanda la parte actora indica que ninguna responsabilidad compete a una de las aseguradoras demandadas y luego, en su recurso pide la condena de ambas en un 50%.

En definitiva, y sin necesidad de que la Sala se extienda en consideraciones respecto la doctrina sobre la congruencia de las sentencias, y abundando en lo dicho respecto al suplico de la demanda, se estimará el presente recurso y se anulará la citada sentencia para que, retrotrayendo lo actuado al momento de admisión a trámite de la demanda, se conceda a la parte actora un plazo de cuatro días para que concrete el suplico de la demanda con claridad y adecuándose a lo resuelto por la entidad gestora demandada, continuándose en su caso las actuaciones procesales con arreglo a derecho.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación formulado por el INSS frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia de 18 de octubre de 2011, recaída en autos sobre invalidez instados por don V.A.C. contra el INSS, Mutua X., G.M., SA, TGSS y F., con declaración de nulidad de la citada sentencia así como de las actuaciones practicadas desde la admisión a trámite de la misma, a fin de que se proceda por el juzgado del modo expresado en el último párrafo de la presente resolución.

1603

Sentencia núm. 1.755, de 20 de junio de 2012

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como limpiadora en empresa de limpieza. La empresa demandada comunica a la actora carta de despido objetivo como consecuencia del cierre del centro de trabajo en el que presta sus servicios e imposibilidad de reubicar a la misma en otro centro. Solicitud declaración despido improcedente.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente la extinción de la relación

laboral, condenando a la empresa a ejercitar la opción de readmitir a la trabajadora con el abono de los salarios de tramitación, o bien a indemnizarla por despido improcedente.

Sala: Estima el recurso declarando procedente el despido de la trabajadora demandante en la instancia. No hay posibilidad de reubicar a la trabajadora sin despedir otros trabajadores.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la parte demandada la sentencia de instancia que estimó la demanda de la trabajadora apreciando la existencia de un despido improcedente, frente a la tesis de la empresa que extinguió el contrato por causas objetivas al entender plenamente conforme a derecho tal extinción.

El recurso se plantea por los apartados b) y c) del art. 191 de la LPL proponiendo en base al primero de ellos la revisión del hecho probado 1º para que en el primer párrafo conste que “la demandante ha prestado servicios laborales para la empresa demandada, dedicada a la actividad de servicios de limpieza, en el centro de trabajo sito en c/ Colón nº 66 perteneciente a la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas” y con la antigüedad, categoría y salario que ya obran. En un segundo párrafo quiere que se diga: “Posteriormente en junio de 2011, las dependencias de la Conselleria de Justicia se trasladaron a la Ciudad Ros Casares en Xirivella, centro dónde ha desempeñado sus funciones como limpiadora hasta la fecha de despido”. La última parte del hecho se mantiene.

Se acepta la modificación introducida pese a que los documentos citados en su apoyo no tienen la fehaciencia necesaria, pues es un hecho de público y de general conocimiento los traslados de funcionarios en fechas recientes a la ciudad Ros Casares de Xirivella, admitiendo la propia impugnante que la Conselleria se trasladó de la calle Colón al complejo Ros Casares, si bien indicando que ello es indiferente pues lo importante es que se prestan servicios en las dependencias de la Conselleria de Hacienda y Administraciones Públicas.

Con respecto del hecho probado 6º se solicita se intercale en esta frase “El 1 de enero de 2011 la empresa tenía de alta en la Seguridad Social a 101 trabajadores y el 8 de agosto de 2011 tenía 129 trabajadores”, y tras la referencia a 101 trabajadores “y en virtud del aumento de contrataciones con obligación de subrogación de los trabajadores afectos a las mismas”. No aceptamos tal inciso ya que está basado en el art. 31 del Convenio colectivo de Edificios y Locales de la provincia de Valencia, norma jurídica que se puede invocar en el apartado c) del recurso (tal y como ya se hace) pero no como sustento de una modificación fáctica.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 191 de la LPL se denuncia la infracción del art. 31 del Convenio colectivo provincial de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Valencia, alegando en sustancia que cuando se produce un cambio de centro de trabajo como es de la calle Colón a Ros Casares en junio 2011, todas las trabajadoras del centro se trasladaron a las nuevas dependencias, puesto que

eran estancias nuevas y se trataba de un traslado de centro de trabajo. Pero cuando la Conselleria remite fax en virtud del plan de austeridad seguido por todas las Consellerias y comunica que: "...a partir del 31 de julio de 2011, dejarán de prestar servicio en las citadas dependencias, ya que nos trasladamos a la c/ Miguelete 5, de Valencia, donde ustedes prestan el servicio de limpieza", no se trata de un traslado de centro de trabajo, sino que el personal (se refiere al administrativo) que trabajaba en tales dependencias se ve reubicado no solo en la C/ Miguelete sino en otras dependencias, distribuyéndolo, ahorrando gastos en alquiler y también en servicios de limpieza. Y las trabajadoras que venían desarrollando la prestación de limpieza en esas dependencias lo siguen haciendo, por lo que si la empresa hubiera tenido que reubicar a la actora en la C/ Miguelete 5, hubiera tenido que despedir a una trabajadora de ese centro sin justificación alguna.

Son presupuestos fácticos de los que partir en la solución del presente conflicto los siguientes: A).-La demandante ha prestado servicios laborales para la empresa demandada, dedicada a la actividad de servicios de limpieza, en el centro de trabajo sito en c/ Colón nº 66 perteneciente a la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas. Posteriormente en junio de 2011, las dependencias de la Conselleria de Justicia se trasladaron a la Ciudad Ros Casares en Xirivella, centro donde ha desempeñado sus funciones como limpiadora hasta la fecha de despido. B).- La empresa comunicó a la trabajadora carta de despido objetivo, datada el 5 de agosto de 2011, y con fecha de efectos 19 de agosto siguiente. La causa de despido alegada era productiva y consistía en el cierre del centro de trabajo sito en Ciudad Ros Casares de Xirivella con fecha 31 de julio de 2011, que se trasladaba a la calle Miguelete nº 5 de Valencia, cierre que había sido ordenado por la Conselleria de Hacienda y Administración Pública en virtud de fax remitido el 21 de julio anterior, "les comunicamos que a partir del 31 de julio de 2011, dejarán de prestar servicio en las citadas dependencias, ya que nos trasladamos a la c/ Miguelete 5, de Valencia, dónde ustedes prestan el servicio de limpieza". C).-La empresa alegó imposibilidad de reubicar a la trabajadora. En la carta se fijaba la indemnización que correspondía a la trabajadora en cuantía de 2.525,44 euros, consistente en 20 días de salario por año de servicio, y la empresa entregó a la trabajadora cheque por dicho importe. D).- La empresa demandada resultó adjudicataria de un contrato de servicio de limpieza de las diversas dependencias de la Conselleria de Justicia y Administraciones Públicas, en virtud de resolución de 24 de septiembre de 2010, por unos plazos que fueron prorrogados. La contrata afectaba en el año 2010 a los siguientes edificios dependientes de la Conselleria citada: calle Colón nº 66-68, calle Milagro nº 2, calle Hospital nº 2, calle Miguelete nº 5, calle Avellanas nº 14, Alameda nº 11, calle Músico Peiró nº 3.

TERCERO.- A la vista de lo anteriormente expuesto el recurso formulado merece prosperar. Si en un principio la contrata de la Conselleria con la empresa afectaba a los centros anteriormente citados y en base a un plan de ajuste la Administración Pública deja unas sedes y traslada su personal (funcionario y laboral) a otras ya existentes, agrupando, uniendo o fusionando centros de trabajo, es evidente que la empresa concesionaria del servicio de limpieza del centro que se cierra se va a ver afectada, y no por causa de su voluntad sino por una impuesta desaparición del centro en el que hasta ahora prestaba el servicio de limpieza, es decir por una causa de carácter organizativo y/o productivo (supresión del servicio de limpieza en ese centro). Al abandonar la Conselleria la sede de Ros Casares de modo súbito como se desprende de lo tajante del fax ("les comunicamos que a partir del 31 de julio de 2011, dejarán de

prestar servicio en las citadas dependencias, ya que nos trasladamos a la c/ Miguelete 5, de Valencia, dónde ustedes prestan el servicio de limpieza”), y estar ya F. limpiando en la c/ Miguelete 5, no puede recaer sobre la empresa la obligación de reubicar en tal lugar la actora, dado que en la c/ Miguelete 5 ya existe una plantilla que se encarga de las tareas de limpieza, plantilla a la que no puede cesar. Por otra parte, la misma no tiene por qué ser incrementada o aumentada, creando una plantilla sobredimensionada, máxime cuando no ha resultado acreditado que la superficie de metros a limpiar en la repetida c/ Miguelete 5 haya aumentado. Como viene a establecer la jurisprudencia, en el caso no habitual de cierres de centros y ceses de actividad de empresas de limpieza (efectuados por la empresa comitente) y de la correspondiente amortización de puestos, sí que provoca en las empresas contratistas de limpieza “dificultades que impiden el buen funcionamiento de las mismas”, lo que determina su encaje de forma clara en los supuestos que prevé el art. 52.c del ET” (STS 31-1-2008 y 7-6-2007) “toda vez que el mantenimiento en la empresa contratista de limpieza de los citados trabajadores, a pesar de haber desaparecido los puestos de trabajo que ocupaban, produce en esta empresa graves dificultades que impiden su buen funcionamiento”.

Para finalizar, indicar que las contratas de limpieza tienen características propias que hacen que no puedan aplicarse en muchas ocasiones los criterios generales, y que el hecho de que la empresa en sí haya aumentado su plantilla (según el hecho probado 6º el 1 de enero de 2011 la empresa tenía de alta en la Seguridad Social a 101 trabajadores y el 8 de agosto de 2011 tenía 129 trabajadores), no es causa que neutralice la existencia de un despido objetivo conforme a derecho, ni dato por sí solo significativo, dado el régimen de subrogación establecido en el convenio de aplicación (art. 31 del mismo). Nótese, además, que en el caso enjuiciado no nos encontramos ante un traslado sin más, como el que aconteció cuando la Conselleria trasladó la sede de la C/ Colón a la ciudad Ros Casares, sino ante la supresión de esta última sede. Por todo ello y siendo correcta la extinción de contrato decretada por la empresa, procede la estimación del recurso interpuesto.

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

FALLO

Que estimando el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de F.F.S. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º 17 de los de Valencia de fecha 12 de enero de 2012, y con revocación de la misma, desestimamos la demanda, declaramos la procedencia del despido objetivo de la parte actora decretado por la empresa demandada, y absolvemos a la misma de las peticiones formuladas en su contra.

Devuélvase a la parte recurrente las cantidades consignadas y depositadas para recurrir.

Sentencia núm. 1.809, de 25 de junio de 2012

Materia: Prestaciones. Contingencias derivadas de accidente de trabajo. Trabajador al servicio de Empresa Municipal de Transportes que sufre un accidente de trabajo “in itinere”. Baja laboral con posterior incorporación al puesto de trabajo. Chasquido y lesión en rodilla. Tras sucesivas bajas se dicta resolución recociendo al demandante una prestación por incapacidad permanente total derivada de enfermedad común. El actor solicita modificación de la contingencia, al entender que la situación de incapacidad deriva de accidente de trabajo. Deficiencias de motivación de acuerdo con lo señalado en la fundamentación jurídica de la sentencia.

Juzgado: Estima la demanda y declara que la incapacidad del trabajador tiene su origen en la contingencia de accidente de trabajo, debiendo estar y pasar por esta declaración la empresa, mutua y organismo demandados.

Sala: Estima el recurso anulando la sentencia de instancia, con el fin de dictar otra sentencia en la que se suplan las deficiencias de motivación en la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la Mutua X. El primer motivo del recurso se redacta al amparo de la letra a) del art. 191 de la LPL, interesando la nulidad de de las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia, alegando infracción del art. 97.2 de la LPL, del art. 218, 225.3, y 227.1 de la LEC, y del art. 238.3 y 240.1 de la LOPJ, por incongruencia. Sostiene el recurrente que la fundamentación jurídica de la sentencia indica como base fáctica lo alegado por el testigo Sr. S., cuando lo cierto es que ninguno de los testigos propuestos por la parte actora compareció a juicio, lo que causa indefensión al recurrente, con cita del art. 92 de la LPL y art. 24 de la Constitución.

En el presente caso, el fundamento de derecho primero de la sentencia dice, “Los hechos probados 2 y 3 resultan...La testifical del Sr. S., compañero de trabajo del actor corroboró lo sucedido al trabajador el día 25-9-2007 mientras desarrollaba sus tareas laborales en la empresa”. Pues bien, de la grabación del acto del juicio se evidencia que no se practicó la prueba testifical propuesta, y admitida, por la parte actora, formulando protesta la parte actora, y sin embargo la sentencia fundamenta la convicción fáctica alcanzada en la valoración de prueba testifical que no se practicó, lo que implica falta de motivación productora de indefensión en el sentido indicado reiteradamente por el Tribunal Constitucional (véase por todas su sentencia 146/1995, de 16 de octubre), al interpretar la norma contenida en el art.120.3 de la Constitución que se integra sin violencia conceptual alguna en el derecho a una efectiva tutela judicial, ofreciendo una doble función "...Por una parte da a conocer las reflexiones que conducen al fallo, como factor de racionalidad en el ejercicio del poder y a la vez facilita su control mediante los recursos que proceden (uno de ellos, éste de amparo). Actúa, en suma, para favorecer un más completo derecho de la defensa en juicio y como un

elemento preventivo de la arbitrariedad (ATC 77/1993). La motivación no consiste ni puede consistir en una mera declaración de conocimiento y menos aún en una manifestación de voluntad que sería una proposición apodíctica, sino que éstas -en su caso- han de ser la conclusión de una argumentación ajustada al tema o temas en litigio, para que el interesado, destinatario inmediato pero no único, y los demás, los órganos judiciales superiores y también los ciudadanos, por qué no, puedan conocer el fundamento, la ratio decidendi de las resoluciones. Se convierte así, en «una garantía esencial del justiciable mediante la cual, sin perjuicio de la libertad del Juez en la interpretación de las normas, se puede comprobar que la solución dada al caso es consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no el fruto de la arbitrariedad» (SSTC 159/1989 y 109/1992, entre otras)...". De lo expuesto se deduce que el motivo deberá ser estimado, debiéndose tener en cuenta que el Magistrado de instancia dispone de libertad de criterio para acordar la práctica, como diligencia final, de aquellas pruebas propuestas y admitidas, pero no practicadas, como la prueba admitida de testigos que además fueron citados por el propio Juzgado, al amparo del art. 90.2 de la LPL.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito prestado para recurrir.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de X., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Valencia, de fecha 28-10-2011, en virtud de demanda presentada a instancia de J.L.T.C.; y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la sentencia recurrida y con devolución de las actuaciones al Juzgado de instancia, ordenamos que se dicte otra sentencia en la que, con libertad de criterio y practicando las diligencias finales que se estimen necesarias, se suplan las deficiencias de motivación de acuerdo con lo señalado en la fundamentación jurídica de esta sentencia.

Se acuerda que una vez firme la sentencia, se proceda a la devolución del depósito prestado para recurrir.

1605

Sentencia núm. 1.872, de 28 de junio de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Diferencias horas extras realizadas por los trabajadores. Trabajadores al servicio de empresa de seguridad. La empresa demandada se rige por el convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad. Valor de la hora extraordinaria. Para el cálculo de la hora extra los trabajadores reclaman incluir todos los conceptos salariales. Conflicto colectivo. Sentencia del Tribunal Supremo. Prescripción de la acción.

Juzgado: Estima parcialmente las demandas de reclamación de cantidad, debiendo abonar la empresa demandada a los actores determinadas cantidades

por el concepto de diferencias de horas extra.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las diferencias salariales reclamadas en el presente procedimiento ya habían prescrito cuando se presentó la papeleta ante el SMAC.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que estima parcialmente la demanda reclamando el abono de determinadas cantidades en concepto de diferencias con lo percibido por la realización de horas extraordinarias, se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa condenada. El recurso se articula en dos motivos, ambos redactados al amparo del apartado c) del artículo 191 de 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-, denunciando en el primero, la infracción del art. 59 del ET. Sostiene la recurrente que se alegó prescripción y la sentencia incurre en incongruencia omisiva, al no pronunciarse sobre la excepción que entiende concurre en base a que el acto de conciliación se presenta el 4-4-08, transcurrido más de un año desde la STS de 21-2-07, que el “dies a quo” en los procedimientos individuales derivados de conflicto colectivo comienza a contarse desde la fecha de la firmeza de la sentencia que resuelve el conflicto, que la pendencia del conflicto colectivo suspende el proceso individual iniciado, pero no el plazo para ejercitar la acción que solo se interrumpe por las causas previstas en el art. 1973 del Código Civil.

2. El Tribunal Supremo, en sentencia de 20-9-10, rec.4584/09, dice, “...en sintonía con la doctrina unificada sentada por esta Sala IV, entre otras muchas, en las sentencias de 18 de octubre de 2006 (R. 2149/05) -y las que en ella se citan-, y 10, 7, 11 y 17 de marzo y 9 de diciembre de 2009 (R. 3775/07, 3785/07, 4077/07, 3037/2007 y 1858/09), porque, como se sostuvo en la mencionada en primer lugar, compendiando doctrina anterior y considerándola aplicable al proceso de impugnación de convenios propiamente dicho," la tramitación de un proceso de conflicto colectivo no solo paraliza el trámite de los individuales ya iniciados sobre el mismo objeto -por todas SSTS 30-6-1994 (Rec.-1657/93) , 21-7-1994 (Rec.-3384/93) y 30-9-2004 (Rec.-4345/03)- sino que sirve para interrumpir la prescripción de las acciones pendientes de ejercitar -por todas SSTS 6-7-1999 (Rec.-4132/98) o 9-10-2000 (Rec.- 3693/99)". Y si, de conformidad con lo dispuesto en el art. 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, el plazo de prescripción de un año para el ejercicio de la acción para exigir percepciones económicas, como son las salariales aquí reclamadas, comienza a contar a partir del día en que la acción pueda ejercitarse, y el planteamiento del conflicto colectivo , de acuerdo con nuestra referida doctrina, tiene eficacia para interrumpir la prescripción en curso de una acción aún viva, pero en modo alguno para reavivar o reactivar una acción ya extinguida, es evidente que la acción ejercitada por el actor, pese a la genérica declaración sobre los efectos retroactivos que contiene la sentencia colectiva, se encontraba ya afectada por la prescripción en lo referente a cualquier suma que se le pudiera adeudar y que correspondiera a percepciones devengadas antes del año inmediatamente precedente a la interposición, el 2 de marzo de 2001, de la tan repetida demanda del conflicto. El problema que aquí se plantea no es tanto el de decidir sobre "hasta cuando" tiene efecto

la interrupción de la prescripción, sino "desde cuando" se produce tal efecto. Y, en principio, como quiera que, según establece con carácter general el art. 1969 del Código Civil y en el ámbito laboral el 59.2 del Estatuto de los Trabajadores, el dies a quo de la prescripción coincide con la fecha a partir de la cual la acción puede ser ejercitada, parece claro que, hasta que no se interpuso la demanda colectiva, cualquier trabajador de la empresa, incluido desde luego el demandante, no tuvo inconveniente alguno para poder ejercitar su acción individual. La pretensión colectiva de impugnación del convenio, seguida en este caso por el cauce procesal del conflicto colectivo, constituye esencialmente una acción de naturaleza declarativa y, desde esta perspectiva, encuentra plena justificación el pronunciamiento judicial que reconoció el derecho a percibir las diferencias retributivas derivadas del convenio a partir de la fecha en que el mismo se firmó. Pero esa declaración general, que se atuvo escrupulosamente al principio rogatorio porque así se solicitaba en la demanda de conflicto no puede dejar sin efecto la prescripción, ya producida, de la acción individual de condena. Es por ello que, con independencia del contenido y de la extensión del pronunciamiento judicial en el proceso colectivo, el actor pudo presentar su demanda individual dentro del año inmediatamente anterior al devengo de cualquier cantidad de la que se considerara acreedor. Y al no hacerlo, sin que conste que concurriera alguna de las causas de suspensión previstas en el art. 1973 CC, cualquier cantidad que se le adeudara iba prescribiendo por el mero transcurso de dicho periodo temporal. En tales circunstancias, sólo la interposición de la demanda colectiva constituye el dies a quo para el cómputo del plazo prescriptivo anual porque, fuere cual fuere la interpretación que la jurisdicción pudiera hacer de los preceptos convencionales en cuestión, al amparo de los cuales el actor consideraba que le correspondían determinadas cantidades, éstas, como antes se dijo, ya habían prescrito por el simple transcurso del plazo anual”.

3. Aplicando la doctrina expuesta al presente supuesto, la excepción debe estimarse pues, tal como consta al hecho octavo probado, el Tribunal Supremo dictó Sentencia el 21-2-07, estimando el recurso de casación contra la Sentencia de 6-2-06 dictada por la Audiencia Nacional, y estimó íntegramente la pretensión actora declarando “la nulidad correspondiente del apartado 1.a) del artículo 42 del Convenio Colectivo Estatal de la empresas de seguridad para los años 2005 a 2008 que fija el valor de las horas extraordinarias laborales, para el resto de las categorías profesionales y el punto 2 del artículo 42, que fija un valor de la hora ordinaria a efectos de garantizar el importe mínimo de las horas extraordinarias inferior al que corresponde legalmente”; y siendo que la referida Sentencia del Tribunal Supremo de 21-2-07, es firme desde tal fecha y la papeleta ante el SMAC no se presentó hasta el 4-4-08, es decir pasado en exceso el plazo anual de prescripción, es claro que las diferencias reclamadas en el presente procedimiento, correspondientes a las anualidades 2005 y 2006, ya habían prescrito cuando se presentó la papeleta ante el SMAC. Procediendo, la estimación del motivo y en consecuencia la revocación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 201 LPL, 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 E.S. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.12 de los de Valencia, de fecha 31-10-2011, en virtud de demanda presentada a instancia de M.T.B., D.B.B., y S.P.S. e hijos, en calidad de herederos de J.O.P.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la excepción de prescripción 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.

1606

Sentencia núm. 1.881, de 28 de junio de 2012

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS siendo su profesión habitual la de empleada de panificadora. La trabajadora ha sufrido un infarto de miocardio y presenta un cuadro de cardiopatía isquémica. Solicitud declaración de incapacidad permanente. La actora tiene reconocido por resolución un grado de discapacidad del 53% de categoría física y psíquica.

Juzgado: Desestima la pretensión deducida en la demanda y formulada por la actora, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados de contrario.

Sala: Estima el recurso declarando que las dolencias que padece la actora le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual, aunque no se encuentra incapacitada para desarrollar cualquier otra actividad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la pretensión de la demandante, declarando que la misma no se hallaba en situación de incapacidad permanente absoluta para toda profesión u oficio, desestimado asimismo la petición subsidiaria de incapacidad permanente total para su profesión habitual de empleada de panificadora, en el Régimen General, derivada de enfermedad común, se formula recurso por parte de su representación letrada, en cuyo primer motivo, que se enmarca en el artículo 191 “b” de la L.P.L., solicita la modificación del quinto hecho probado, para que se añada tras la alusión que allí se hace a la esclerodermia, que ella supone dolor a la realización de la flexión de los dedos, sin poder realizar una garra ni pinza dígito digital efectiva, presentando una rigidez articular, a lo que se accede, ya que la modificación del citado ordinal, aunque se funda en las mismas pruebas documentales y periciales que sirvieron para que la juez de instancia sentara su convicción, verdaderamente omite en dicho ordinal un aspecto esencial para la decisión que a la postre se adoptará, de ahí que se estime dicho motivo.

SEGUNDO.- En segundo término, en el motivo del recurso destinado al examen del derecho aplicado, se censura a la aludida resolución la infracción de lo señalado en los artículos 136 y 137 de la LGSS, entendiéndose que las dolencias de la actora le inhabilitan para toda actividad laboral, o como mínimo, para las fundamentales tareas de su profesión habitual, petición que se plantea de manera subsidiaria, tal y como ya se hiciera en la instancia.

Y el motivo debe prosperar, siquiera en parte, ateniéndonos al contenido del segundo tercero y quinto hecho probado de la sentencia, con las modificaciones antes referidas, pues las dolencias allí expuestas, dada su entidad y alcance funcional, obviamente inhabilitan a aquella para realizar las tareas fundamentales de su profesión habitual de empleada de panificadora, cuyas labores presentan exigencias o requerimientos incompatibles con dichas limitaciones, atendidas la labores que desenvuelve habitualmente y se describen en el segundo inciso del primer hecho probado, de modo que se estima la petición subsidiaria de que se le declare en situación de IPT para su profesión habitual, aunque ni mucho menos se encuentra incapacitada para desenvolver cualquier actividad, denegación que debe hacerse extensiva respecto la petición principal de petición de IPA, por lo que en consecuencia, se estimará el recurso en parte y se revocará la sentencia.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por doña E.A.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia de 29 de noviembre de 2011, recaída en autos sobre invalidez instados contra el INSS, y con revocación de la expresada resolución judicial y estimado la petición formulada subsidiariamente, debemos declarar y declaramos a la citada recurrente en situación de Incapacidad Permanente Total para su profesión habitual de empleada de panificadora, con derecho a percibir una pensión vitalicia del 55% de la base reguladora de 673,62 euros, con efectos económicos desde el 1 de septiembre de 2010.

1607

Sentencia núm. 1.910, de 3 de julio de 2012

Materia: Despido. Trabajadora que presta servicios como administrativa en empresa dedicada a la comercialización de muebles de cocina. La actora ha estado en excedencia por cuidado de hijo menor y posteriormente ha reducido su jornada laboral por el mismo concepto. Tras su reincorporación recibe carta de despido por causas objetivas: amortización de puesto. Antigüedad de la demandante. La empresa demandada ha permanecido afectada por un ERE consistente en la suspensión de los contratos de trabajo de cuatro trabajadores. La empresa no ha incurrido en pérdidas si bien ha reducido las ganancias. Discriminación en la extinción de la relación laboral. Vulneración de los derechos fundamentales.

Juzgado: Declara procedente el despido objetivo de la trabajadora y por tanto extinguida la relación laboral que vincula a las partes, recibiendo la

actora determinada cantidad en concepto de indemnización.

Sala: Estima el recurso declarando nula la sentencia de instancia por vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora. El despido incurre en discriminación por razón de sexo, condenándose a la empresa a la readmisión en su puesto de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De dos motivos se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Dos de los de Valencia que declara procedente el despido objetivo de la actora, habiendo sido impugnado dicho recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) se introduce el primero de los motivos con el que se pretenden dos revisiones fácticas. La primera atañe al hecho probado primero y está referido a la retribución de la trabajadora, para que se adicione que “Dicho salario se estableció contractualmente por la evolución satisfactoria de los rendimientos de la trabajadora dentro de su área de responsabilidad.”

La segunda modificación afecta al hecho probado quinto y está referido a la preparación y calificación de la actora, solicitándose que se adicione al indicado hecho, el tenor siguiente: “Para realizar tal actividad, la trabajadora recibió una formación profesional específica en Alemania, del período comprendido desde el 1-09-2007 al 30-11-2007, así como una formación posterior continua, de modo que la trabajadora se integrase en el Centro de Atención al Cliente, cumpliendo de forma independiente y responsable con sus nuevos cometidos.”

Ambas modificaciones se amparan en el documento obrante al folio 225 que recoge el contenido de la reunión mantenida el 24-8-2007 entre la empresa demandada y la demandante, sin que puedan ser acogidas las indicadas adiciones, por cuanto que además de que el contenido íntegro de las mismas no se desprende directamente, sin necesidad de razonamientos o argumentaciones, del documento en el que se sustentan, las mismas resultan irrelevantes para modificar el sentido del fallo ya que no estamos ante la impugnación de un despido disciplinario.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c del art. 193 de la LRJS se introduce el correlativo motivo del recurso en el que se denuncia la infracción por aplicación indebida de lo establecido en el artículo 53.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 37.5, 51 y 52 c el mismo.

Aduce la defensa letrada de la demandante que dado el escaso tiempo transcurrido desde que la trabajadora reingreso a su puesto de trabajo tras la excedencia por cuidado de hijo menor, teniendo concedida reducción de jornada por la misma causa en la fecha de su despido objetivo, resulta insuficiente a efectos de justificar dicho despido la alegación de la empresa demandada acerca de la menor antigüedad de la

demandante respecto a los otros dos trabajadores del departamento comercial, dedicados como la actora a la gestión de pedidos, ya que si se asocia como hace la empresa demandada la antigüedad en el departamento a la experiencia y productividad, debería haberse acudido a los resultados de ventas de cada uno de los integrantes de dicho departamento, lo que hubiera constituido un elemento objetivo a fin de determinar si la extinción del contrato de la actora fue ajeno a cualquier móvil discriminatorio. También se indica por la defensa letrada de la actora que al no haberse acreditado que la extinción del contrato de la demandante contribuya a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar su situación a través de una más adecuada organización de los recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, no debió de calificarse como procedente.

Como se ve, son dos los razonamientos esgrimidos para combatir la declaración de procedencia del despido objetivo de la actora que efectúa la sentencia de instancia. En el primero de ellos se apunta como causa real del despido de la demandante la situación de reducción de jornada por cuidado de hijo que la misma tenía concedida, de modo que el despido de la actora aunque sería una decisión empresarial aparentemente neutra, en realidad incurriría en discriminación indirecta, lo que de ser cierto determinaría la nulidad de dicho despido ya que estaríamos ante una medida de discriminación indirecta.

Conviene recordar que conforme a lo dispuesto en el art. 2.1 de la Directiva 76/207/CEE, modificada por la Directiva 2002/73/CE, «el principio de igualdad de trato supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, bien sea directa o indirectamente, en lo que se refiere, en particular, al estado matrimonial o familiar». Por su parte, la STC 240/1999, de 20 de diciembre (F. 6), recuerda y resume la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la discriminación indirecta por razón de sexo, señalando que «este Tribunal ha tenido ocasión de reiterar en varias resoluciones que la específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE, que contiene un derecho y un mandato antidiscriminatorio (STC 41/1999), comprende no sólo la discriminación directa, es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo (STC 198/1996 , F. 2; en sentido idéntico, SSTC 145/1991 , 286/1994 y 147/1995)». Así lo ha declarado también el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en numerosas Sentencias al interpretar el contenido del derecho a la no discriminación por razón de sexo en relación con la retribución de los trabajadores (por todas, las ya citadas SSTJCE de 27 de junio de 1990, asunto Kowalska; de 7 de febrero de 1991, asunto Nimz ; de 4 de junio de 1992 , asunto Bötzel; o de 9 de febrero de 1999, asunto Seymour-Smith y Laura Pérez). ".

A la vista de la anterior doctrina no puede estimarse que el despido objetivo por causas económicas y productivas de la actora sea neutro, aunque tenga tal apariencia por estar respaldado en una disminución importante de las ventas y por consiguiente de los beneficios obtenidos por la empresa demandada desde el año 2008 y es que si bien dicha disminución de ventas y de beneficios justificaría, en principio, la reducción de personal en el departamento comercial y en concreto en la gestión de pedidos que es donde presta servicios la demandante desde el año 2007, también se ha de tener en

cuenta que dicho departamento cuenta con otros dos trabajadores, y aunque la decisión empresarial de amortizar el puesto de trabajo de la demandante se ampara, según se desprende de la carta de despido, en la menor experiencia de la misma por ser la última incorporada al referido departamento, no cabe ignorar que su incorporación se produjo en el año 2007, es decir, hace más de cuatro años, por lo que la misma cuenta con una experiencia nada desdeñable en el desempeño de su trabajo. Si a ello unimos que la actora en la fecha del despido estaba disfrutando de reducción de jornada por cuidado de hijo tras haberse reincorporado desde la situación de excedencia por la misma causa, resulta evidente que la justificación aportada por la empresa demandada a efectos de desvincular totalmente la amortización del puesto de trabajo de la demandante de todo móvil discriminatorio resulta insuficiente y huérfana de consistencia, sobre todo porque la menor experiencia de la actora respecto a los otros trabajadores del departamento de gestión de la empresa demandada no consta que se haya traducido en datos objetivos que evidencien un menor rendimiento en el desempeño del trabajo a la vista del número de pedidos gestionados por la actora en relación con el número de pedidos gestionados por los otros trabajadores del departamento comercial. La falta de aportación de datos objetivos que evidencien un menor rendimiento profesional de la demandante respecto a los otros trabajadores del mismo departamento comercial impide desvirtuar, por lo tanto, los indicios de discriminación indirecta que subyacen en el despido objetivo de la demandante y que no solo han sido alegados sino también acreditados por la parte actora.

En definitiva, y al no haber aportado la empresa demandada una justificación de la amortización del puesto de trabajo de la demandante más allá de las causas económicas y productivas que pueden avalar el despido objetivo de cualquiera de los trabajadores del departamento comercial de la empresa demandada, pero que resultan insuficientes para justificar la elección de la demandante a efectos de la amortización de su puesto de trabajo, al haber otros dos trabajadores en el mismo departamento que gestionan pedidos como la actora, si bien ella es la única que consta tuviera concedida la reducción de jornada por cuidado de hijo en la fecha del despido, se ha de concluir que dicho despido formalmente neutro incurre en discriminación indirecta por razón de sexo y, por lo tanto, el mismo se ha de declarar nulo, de acuerdo con lo establecido en el art. 53.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lo que determina la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia, con la consiguiente estimación de la demanda y la condena de la empresa demandada a las consecuencias legales establecidas en el art. 53.5 en relación con el art. 55.6. ambos de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, por lo que la misma habrá de proceder a la readmisión inmediata de la demandante con abono de los salarios dejados de percibir, sin necesidad de entrar ya a examinar la segunda de las motivaciones en que la demandante fundamenta la censura jurídica deducida contra la sentencia de instancia.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D.^a U.E., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Dos de los de Valencia y su provincia, de fecha 20 de enero de 2012, en virtud de demanda presentada a instancia de la recurrente contra la empresa S.I. S.L. Sociedad en Comandita; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida, declarando la nulidad del despido de la demandante

por vulneración de derechos fundamentales y condenamos a la empresa demandada a la inmediata readmisión de la actora en su precedente puesto de trabajo, con abono de los salarios dejados de percibir.

1608

Sentencia núm. 1.915, de 4 de julio de 2012

Materia: Solicitud pensión de jubilación régimen SOVI. Periodo de carencia. Cómputo de días cotizados para tener derecho a la prestación. Reconocimiento de cotizaciones ficticias por cada uno de los tres partos de la actora en este régimen.

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

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No pueden reconocerse los días ficticios de cotización para partos posteriores a 1/1/1967. No es posible imputar cotizaciones ficticias a un sistema de previsión inexistente en el momento en que se produjo el hecho.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión ejercitada en la demanda por la que se interesaba el reconocimiento de la pensión de jubilación a favor de Doña M.E.P., interpone esta recurso de suplicación que fundamenta en un motivo único que se dice redactado al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) de 1995 –aunque al presente recurso ya le sería de aplicación la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, de acuerdo con su disposición transitoria segunda-. Se denuncia en él la vulneración de lo establecido en la disposición adicional 44ª del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio –en adelante, TRLGSS-, “introducida por la disposición adicional 18ª.23 por la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Lo que se plantea en el motivo es que para el cómputo de los 1.800 días de cotización que se exigen a efectos del reconocimiento de la pensión de jubilación regulada en la disposición transitoria 7ª del TRLGSS (SOVI), se deben tener en cuenta los 112 días de cotizaciones ficticias por cada parto, aunque estos hayan tenido lugar con posterioridad al 1 de enero de 1967, como es el caso de la demandante cuyos hijos nacieron en los años 1969, 1971 y 1974.

2. Cuestión semejante a la ahora planteada ha sido resuelta por esta Sala de lo Social en sentencia de 14 de marzo de 2012 (rs.2791/2011), siguiendo el criterio expuesto en la STS de 22 de enero de 2012 (rcud. 1722/2011), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan seguir el criterio expuesto en ella. Así, como decíamos en la citada sentencia, “Ciertamente el Tribunal Supremo en su sentencia 21/12/2009, admitió la posibilidad de introducir las cotizaciones ficticias para el cómputo de los días cotizados en el extinto régimen del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI), contemplado con carácter residual en

la DT séptima del TRLGSS, si bien tal como apunta la recurrente, en aquel caso los nacimientos se habían producido con anterioridad a la extinción del citado régimen. El debate se trasladó entonces a la posibilidad de incluir en dicho cómputo las cotizaciones ficticias derivadas de partos posteriores a la fecha en cuestión, y aunque hasta la fecha esta Sala siguiendo el criterio mantenido por algunas otras sostenía que tal posibilidad quedaba amparada por la aplicación transversal y los principios de la norma que había introducido este beneficio ligado a la mujer trabajadora, esto es la Ley para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres, lo cierto es que la cuestión ha sido finalmente abordada por la Sala IV, que en recurso de casación para unificación de doctrina ha excluido la aplicación de la misma cuando se trata de partos posteriores al 1/1/1967.

Establece la citada sentencia en relación a la cuestión jurídica aquí suscitada la siguiente argumentación: “Como decíamos en la sentencia de 12 de diciembre de 2011, en la que se recoge la anterior doctrina, ésta ahora debe ser completada para resolver el problema suscitado en el caso de autos, partiendo también del carácter residual del SOVI, y de la imposibilidad de completar el periodo de carencia a ese sistema de previsión con posterioridad al 1 de enero de 1967, tal y como se desprende de la Disposición Transitoria 2ª.1 de la Ley 24/72, de 21 de junio, y de la Disposición Transitoria 7ª de la actual LGSS, que se refiere que “Quienes en 1 de enero de 1967, cualquiera que fuere su edad en dicha fecha, tuviesen cubierto el período de cotización exigido por el extinguido Seguro de Vejez e Invalidez o, en su defecto hubiesen figurado afiliados al extinguido Régimen de Retiro Obrero Obligatorio, conservarán el derecho a causar las prestaciones del primero de dichos Seguros, con arreglo a las condiciones exigidas por la legislación del mismo, y siempre que los interesados no tengan derecho a ninguna pensión a cargo de los regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social. Por ello, la aplicación de los beneficios ficticios de la DA 44ª LGSS únicamente podrán incidir en prestaciones que se correspondan con el momento, la fecha del alumbramiento de los hijos de que se trate, de manera que si éstos nacieron después del 1 de enero de 1967, no será posible imputar esas cotizaciones ficticias a un sistema de previsión inexistente en el momento en que se produjo el hecho, a diferencia con lo que ocurría en las situaciones contempladas por la doctrina anterior de la Sala, en que los nacimientos de los hijos, la situación de la mujer que no pudo trabajara a causa de los mismos, ocurrió durante el momento en que esa circunstancia, el parto, impidió completar la carencia en el SOVI, pero en modo alguno cuando el parto o los partos ocurrieron después, cuando no podía completarse el periodo de cotización al SOVI. Por el contrario, esas cotizaciones ficticias previstas en la DA 44ª 112 días completos por cada alumbramiento de un solo hijo, sí podrían ser efectivas -salvo que se hubiese cotizado en la totalidad del periodo de 16 semanas- en el régimen general de la Seguridad Social, vigente desde la repetida fecha de 1 de enero de 1967, precisamente porque los partos tuvieron lugar en años posteriores a ese momento. La expresión que se contiene en las sentencias del Pleno, en cuanto que deberá atenderse a la fecha en que se cause la prestación y no a la vigencia del sistema, se corresponde plenamente con el problema allí planteado, y no se dice en ella, como se afirma en la sentencia de contraste, que es el momento del hecho causante al que hay que atender para la aplicación incondicionada de los beneficios examinados. Lo que se indica en esa doctrina es que el beneficio otorgado en la Disposición. Ad. 44ª se aplica a todas las prestaciones que se causen a partir de la entrada en vigor de la Ley de Igualdad -ex Disposición. Transitoria 7ª. 3-, con independencia de la fecha de la legislación por la que se rijan, y desde esa perspectiva temporal, con independencia de que el régimen del SOVI ya no estuviese vigente, aplica los discutidos 112 días ficticios a los

alumbramientos habidos bajo la vigencia del extinto sistema, pero no significa que hayan de reconocerse también para ese especial régimen los partos posteriores al 1 de enero de 1.967” (STS 22/01/2012, recurso 1722/2011)”.

3. Por tanto y dado que la sentencia de instancia ha resuelto la cuestión debatida en el sentido indicado, procede desestimar el recurso.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA M.E.P.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Castellón de fecha 12 de diciembre de 2011; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

1609

Sentencia núm. 1.926, de 3 de julio de 2012

Materia. Pensión de viudedad. Matrimonio con sentencia de divorcio en la que no se fija pensión compensatoria entre cónyuges. Fallecimiento del ex-marido. La actora solicita prestación de viudedad, la cual es denegada por resolución del INSS. La actora alega haber sufrido violencia de género, habiendo presentada varias denuncias contra el que fue su esposo, aunque éstas no dieron lugar a sentencia penal condenatoria contra el mismo. Cumplimiento requisitos exigibles.

Juzgado: Desestima la demanda no reconociendo el derecho de la demandante a obtener la prestación solicitada.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Reconoce a la actora el derecho a obtener la prestación solicitada en la instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por el Letrado de la parte actora frente a la sentencia que desestimó su demanda instada en materia de pensión de viudedad. El recurso se articula en tres motivos, con deficiente técnica pues no cita la letra del art. 191 de la LPL por el que se formulan, denunciando, en el primero, la vulneración del Art. 174.2 de la LGSS, en el segundo alega que la sentencia incurre en incongruencia, y en el tercero denuncia la vulneración del Art. 3 del Código

Civil. Sostiene el recurrente que la actora fue víctima de violencia de género, que lo que se establece es una incompatibilidad en el percibo de la pensión compensatoria y la de viudedad con cita de Sentencia de TSJ que no conforma jurisprudencia (art. 1.6 CC).

2. Tal como dispone el artículo 3.1 del Código Civil, "Las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabra, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas", de manera que la regla básica de interpretación normativa es la del tenor literal. El artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social, en la redacción dada por la Ley 40/2007, dice: "En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante".

En la redacción dada por la Ley 26/2009 de 23-12-09, y con efectos de 1-1-2010, se modifica el art. 174.2 de la LGSS, y dice "En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente. Asimismo, se requerirá que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 del Código Civil y ésta quedara extinguida a la muerte del causante. En el supuesto de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, aquélla se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última. En todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aún no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento; en defecto de sentencia, a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho".

La Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS, en su redacción dada por la citada Ley 26/2009, dice, "Norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008. El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del art. 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

- a) La existencia de hijos comunes del matrimonio o
- b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión.

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad.

En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el art. 174, apartado 2, de esta Ley”.

3. En el presente supuesto se declara probado que la actora y el fallecido P.C.L. obtuvieron sentencia de separación matrimonial el 4-7-97 y posteriormente sentencia de divorcio de 21-5-99, no estableciéndose pensión compensatoria, que como consecuencia de hechos insitos en violencia de género la actora presentó varias denuncias contra el que fue su esposo, que no dieron lugar a sentencia penal condenatoria contra el mismo, que tras el fallecimiento de P.C.L. el 2-4-09 la actora solicitó pensión de viudedad, que le fue denegada por Resolución del INSS 15-7-09, e interpuesta reclamación previa fue desestimada en Resolución de 21-1-10; asimismo se declara, con valor fáctico, en la fundamentación jurídica de la sentencia que “... las mujeres que sufren violencia de género, que se invoca como infringida, -condición de la que participa sin género de dudas la demandante-...”.

Pues bien, partiendo de tales datos el recurso debe ser estimado, pues la actora fue víctima de violencia de género, sin que obste al reconocimiento de la pensión solicitada el hecho de que las resoluciones aquí impugnadas se dictasen con anterioridad al 1-1-2010, pues tal como señala el Tribunal Supremo en Sentencia de 13-7-11, rec. 3040/10, dice, “...Estas dos modificaciones legales han sido ya aplicadas por esta Sala en dos asuntos en trámite, en las sentencias de 21 de diciembre de 2010 (RCUD 1245/2010) y 26 de enero de 2011 (RCUD 4587/2009). En concreto, en la primera de estas sentencias con aplicación de la nueva Disposición Transitoria Decimoctava de la Ley General de la Seguridad Social, en caso análogo al de la sentencia recurrida, y en la segunda, con aplicación de la nueva redacción del apartado 2 del artículo 174 de la propia LGSS.

3.- En su consecuencia, de acuerdo con el criterio seguido por esta Sala en las mencionadas sentencias, es la sentencia recurrida la que contiene la doctrina acertada: aplicar a los asuntos en trámite las modificaciones legales introducidas en el régimen jurídico de la pensión de viudedad por la Ley 26/2009, cuando, como aquí acontece, se

reúnen los requisitos exigibles. El criterio que sostiene el Instituto recurrente, coincidente con el de la sentencia de contraste, que es el de que la demandante debería de solicitar nuevamente la pensión de viudedad, iniciando la vía administrativa, ha de estimarse no conforme a derecho, por contrario a la tutela judicial efectiva que el artículo 24.2 de nuestra Constitución proclama y garantiza. Los órganos jurisdiccionales deben aplicar a las circunstancias del hecho causante, según lo acreditado, las normas legales aplicables en el momento de enjuiciar y dictar su resolución, siempre que, como aquí acontece, no ocasionen indefensión a ninguna de las partes, y es claro, que ninguna indefensión existe para el Instituto recurrente, en cuanto las circunstancias personales y familiares de la demandante constan en el expediente administrativo. Abstracción del caso concreto, pero sin duda análogo, que la suscitó, como ya tuvo ocasión de señalar esta Sala en su sentencia de 28 de septiembre de 2006 (RCUD 2454/2005), una nueva petición resultaría "vasalla del positivismo jurídico y del formalismo burocrático, materialmente estéril, y desde luego contraria al ya citado -y hoy constitucionalizado (artículo 24.2 de nuestra Constitución)- principio de economía procesal, y por ende, de aplicación preferente, máxime, en casos como el presente, de reconocimiento de una prestación paliativa de una situación de necesidad."

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de María del Mar Garrido Moreno contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de Alicante, de fecha 29-9-2011, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social; y, en consecuencia, con revocación de la sentencia, estimamos la demanda y declaramos el derecho de la actora a la pensión de viudedad, condenando a la entidad gestora demandada a su abono con efectos del 1-1-2010.

1610

Sentencia núm. 1.931, de 3 de julio de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora al servicio de empresa de seguridad. Diferencias en el pago de las horas extraordinarias y compensación por días de descanso. Conceptos que deben integrar el cálculo de la hora extra.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenado a la empresa demandada a abonar determinada cantidad incrementada en el 10% anual, por los conceptos expresados en la demanda.

Sala: Estima el recurso declarando el derecho de la actora a percibir 28 días de ocho horas a razón del valor de la hora ordinaria que se determinará en la ejecución de sentencia en la forma que se señala en la fundamentación jurídica de esta resolución, y a percibir 1501,25 horas extras a razón de la misma cantidad, a salvo que en la ejecución de la sentencia se acredite que se efectuaron en festivo o nocturnas o con peligrosidad, en cuyo caso se abonarán además los complementos previstos en el convenio.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurren en suplicación tanto la empresa como la actora, vigilante de seguridad, la sentencia que ha estimado en parte de la demanda que reclama cantidad, que supera el umbral necesario para que la sentencia acceda al recurso de suplicación, por los conceptos de compensación de 28 días de descanso y diferencias en el pago de horas extras.

El recurso de la empresa contienen un único motivo, formulado por el cauce que permite la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral 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, en el que se alega la interpretación errónea de la doctrina jurisprudencial expresada en la STS de 21 de febrero de 2007, en relación con los artículos 35 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y 66 y 72 del convenio colectivo de Seguridad Privada para los años 2005-2008.

Lo primero que debemos reseñar es que el motivo está redactado con una técnica deficiente, pues más que razonar acerca de la pertinencia del motivo en relación con la concreta sentencia que se recurre, tal y como exige el artículo 194.2 de la LPL, lo que se realiza es una exposición genérica salpicada de extractos de sentencias sobre los conceptos que deben integrar el cálculo de la hora extraordinaria. Así por ejemplo, se argumenta en relación con la exclusión de los pluses de transporte y vestuario, cuando es la propia sentencia recurrida la que los excluye expresamente –fundamento de derecho cuarto, párrafo segundo-, y se citan sentencias hasta de Juzgados de lo Social que, desde luego no integran el concepto de jurisprudencia (artículo 1.6 del Código Civil).

Ahora bien, como quiera que en el escrito de recurso también se discute la inclusión en el cálculo de la hora extraordinaria del plus de nocturnidad y del festivo, que la sentencia recurrida incluye, y dado que esta cuestión ha sido resuelta por esta misma Sala de lo Social en sentencia de 10 de mayo de 2012 (rs.2947/2011) siguiendo el criterio jurisprudencial expresado, entre otras, en las SSTS de 7 de febrero y 1 de marzo de 2012 (rcud. 2395/2011 y 1881/2011), procede resolver el recurso.

Por su parte, la parte actora articula su recurso en tres motivos, los dos primeros amparados en el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral y el tercero, en la letra c) del referido precepto procesal, admitiendo el valor de la hora extraordinaria que determina la sentencia de 7,80 €y difiriendo de esta sobre el derecho a percibir los días de descanso reclamados y mayor número de horas extras que las que en la sentencia se declaran.

SEGUNDO.- Formulados los recursos en los términos expuestos, lo primero que hay que decidir es si integra la cantidad que se debe abonar por la hora extraordinaria todos los conceptos que se pagan en las nóminas. El hecho tercero de la sentencia dice que: “La actora obtuvo en el año 2007 la retribución total de 12.572,07 euros correspondiente a la jornada ordinaria de 1.611 horas anuales, y por los conceptos de salario base, pagas extras, complementos salariales por nocturnidad, peligrosidad y festivos.”, sin más precisión por lo que si el Magistrado de Instancia, para calcular el

valor de la hora extra, ha dividido la retribución total entre el número de horas anuales correspondientes a la jornada ordinaria proporcionalmente realizada incluyendo los complementos de nocturnidad, peligrosidad y festivos que deben excluirse conforme a la jurisprudencia que seguidamente se dirá, debe prosperar el recurso de la empresa, aunque no determine el concreto valor de la hora extraordinaria que será inferior a la que declara la sentencia pero superior a la abonada y que debe determinarse en ejecución de sentencia al faltar los datos para su concreción.

Y es que viene manteniendo el Tribunal Supremo, en doctrina ya aplicada en la Sala, y en relación a los conceptos que integran el cálculo de la cantidad que debe retribuir la hora extra, en las sentencias mas arriba mencionadas donde se tratan dos cuestiones: la primera de ellas, si efectivamente los pluses de nocturnidad y festividad deben incluirse en el cómputo del valor de la hora extraordinaria, sean cuales sean las condiciones de la prestación de esa hora extra y la segunda de ellas, caso que fuera necesario acreditarlo, a quién le corresponde la carga de probar en qué circunstancias fueron realizadas las mentadas horas extras si a los trabajadores o a la empresa. Acerca de la primera cuestión 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 cualesquiera de tales circunstancias, puesto que en este caso no tendría derecho a percibir ese complemento ni siquiera como hora ordinaria. Se infringiría el art. 35ET, 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”.

Por tanto, en respuesta a la primera de las cuestiones que debe resolverse a la luz del recurso presentado por la empresa recurrente, solamente se deben computar tanto el plus de nocturnidad como el plus de festividad 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 más elevado en atención a las especiales condiciones de prestación de la actividad.

Sobre la segunda de las cuestiones, es decir, lo referido a la acreditación de 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”.*

Esta misma ha de ser la solución a adoptar en la presente situación, idéntica a la resuelta por el Alto Tribunal, razón por la cual, y, en relación con el pago del complemento de festividad y el complemento de nocturnidad, éstos deben abonarse a los trabajadores por parte de la empresa ahora recurrente cuando las horas extras realizadas por los actores lo hubieren sido en tales circunstancias. Y no existiendo en los autos pruebas ni aportaciones de parte que permitan hacer el cálculo por este concepto, se condena a la empresa a abonar a los actores la cantidad diferencial adeudada, calculada en ejecución de sentencia de conformidad con lo establecido en la presente resolución.

En conclusión el valor de la hora extra que se determinará en la ejecución de la sentencia será la cantidad que resulte de dividir el importe de la retribución total percibida en el año 2007 entre 1611 horas excluyendo los complementos de puesto de trabajo mencionados, y en estos términos se estimara el recurso de la empresa.

TERCERO.- Resuelto el recurso de la empresa, procede examinar el presentado por la parte actora que como se ha dicho discute el derecho a percibir los días de descanso no compensados y diferencias en las horas extras que sostiene superiores a la declaradas en la sentencia. Para ello formula dos motivos que vienen a concretar los datos fácticos necesarios para que prospere su pretensión para cada uno de estos conceptos que seguidamente se pasan a analizar:

1.- Solicita el recurso en primer lugar que el hecho segundo quede redactado como sigue: “Como consecuencia de su prestación de servicios para la demandada, la actora ha realizado en el año 2007 un total de 1501,25 horas extras de las cuales 613,71 horas han sido retribuidas a 7,41 €, por el importe de 4547,59 €, quedando pendiente la retribución del resto”, lo que resulta de los documentos situados en los folios 178 a 188 que son los cuadrantes aportados por el empresa a requerimiento de la actora, de donde efectivamente se desprende que la demandante desde que viene prestando servicios en la empresa (su antigüedad es de 5 de febrero de 2007), y hasta que terminó el año 2007, que se reclama, ha realizado 3.112,25 horas, y como proporcionalmente debió trabajar ese año 1.611 horas, resulta que ha realizado 1501,25 horas extraordinarias como se solicita, habiéndose abonado en nómina 613,71 horas extraordinarias lo que ya reconoce la sentencia por el importe que allí se dice. Y se estima la modificación.

2.- Seguidamente se ofrece nueva redacción para el hecho cuarto que exprese: “Desde el 5-2-2007 la actora ha prestado sus servicios para la demandada un total de 330 días. De los 87 días que debió descansar, sólo lo hizo 59, quedando pendiente de abono la diferencia de 28 días”, lo que vuelve a apoyar en los cuadrantes presentados por la empresa que acreditan la constante prestación de servicios durante todo el periodo reclamado. Y se estima asimismo la modificación que resulta de los documentos mencionados.

CUARTO.- Por la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el tercer motivo de recurso la infracción del art 44 del Convenio y de la STS de 5-2-2008, porque deben pagarse como horas extraordinarias los días de descanso no disfrutados. En efecto el art. 44 del Convenio Colectivo estatal de las empresas de seguridad (BOE de 10-6-2005) establece que los trabajadores tendrán derecho a un mínimo de 96 días naturales de descanso anual, incluidos domingos y festivos y excluidos de ese cómputo el periodo vacacional, añadiendo que cuando excepcionalmente y por razones de servicio no puedan disfrutarse los días de descanso, se compensaran con el valor atribuido a las horas extraordinarias, habiendo establecido la sentencia TS de 5-2-2008 (rcud 644/2007) que no cabe confundir ambos conceptos, los de horas extras y los de compensación de festivos no disfrutados, de tal forma que cuando se realizan horas extras y además no se han disfrutados los días de descanso señalados, el trabajador tiene derecho a ser retribuido por las horas extras realizadas y además con la compensación de los festivos no disfrutados.

Y como quiera que no se ha acreditado el descanso de los referidos días y de conformidad con los datos que han sido incluidos en el relato histórico de la sentencia,

la actora tiene derecho a la retribución como hora extra de 28 días de ocho horas de conformidad con el valor de la hora ordinaria que como mínimo debe retribuir la extraordinaria que se determine en la ejecución de esta sentencia, y en estos términos se estimará el recurso de la actora.

FALLO

Que estimamos el recurso formulado en nombre de S.I. SA y el interpuesto por doña M.A.J.V., ambos contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de los de Valencia, de fecha 27 de septiembre de 2012, en los términos que seguidamente se dirán; y en consecuencia estimamos la demanda de doña M.A.J.V. con la mercantil antes citada, declarando el derecho de la actora a percibir 28 días de ocho horas a razón del valor de la hora ordinaria que se determinará en la ejecución de sentencia en la forma que se señala en la fundamentación jurídica de esta resolución, y a percibir 1501,25 horas extras a razón de la misma cantidad, a salvo que en la ejecución de la sentencia se acredite que se efectuaron en festivo o nocturnas o con peligrosidad en cuyo caso se abonarán además los complementos previstos en el convenio.

Devolución del depósito.

1611

Sentencia núm. 1.942, de 4 de julio de 2012

Materia: Despido. Trabajadoras con contrato de duración determinada de obra o servicio a tiempo parcial y completo. Las actoras prestan sus servicios como teleoperadoras en la empresa demandada, la cual tiene una contrata para la atención al servicio de canal telefónico para la empresa principal. A las demandantes les es de aplicación el convenio colectivo de telemarketing. Cláusula en el que contrato que condiciona su finalización a la reducción del volumen de la contrata. La empresa entrega carta de comunicación de fin de contrato, habida cuenta que esta empresa ha extinguido el contrato de 17 trabajadores por disminución en el volumen de negocio prestado a la empresa contratista. Improcedencia de la extinción del contrato.

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

Sala: Estima el recurso calificando como despido el cese acordado con fundamento en la disminución del volumen de la contrata. Declara improcedente el despido de las trabajadoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1- El recurso interpuesto se estructura en tres motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social

(LJS) postulando la reposición de los actos al momento de dictar sentencia, “a fin de que el juez a quo haga constar la fecha de concertación del contrato de prestación de servicios ante la demandada e I., así como si han existido modificaciones ulteriores y en qué términos”, denunciando por ello infracción del artículo 97.2 de la LJS.

2. Como subrayó la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 1995, interpretando el precepto contenido en el art.97.2 de la Ley de Procedimiento Laboral, que se reitera hoy en el mismo artículo de la LJS "... ordinariamente, sólo podrá afirmarse que la narración histórica es insuficiente, cuando en ella no se recogen hechos de relevancia en el pleito, a pesar de que los mismos han quedado acreditados en virtud de la prueba practicada en él. Pero en tales supuestos el camino que está al alcance de quien recurre es la solicitud de que se revise o modifique dicho relato fáctico mediante la inclusión en él de los hechos omitidos por la sentencia impugnada, basándose tal modificación en las pruebas documentales o periciales que obren en autos y que demuestren la realidad de esos hechos. Por ello, en estos casos los Tribunales laborales, desde mucho tiempo atrás, han venido manteniendo que es al propio Tribunal que conoce del recurso a quien corresponde normalmente determinar la suficiencia o insuficiencia de los hechos probados de la sentencia recurrida, sin que como norma general las partes puedan basar los motivos de sus recursos de casación o de suplicación en esa particular alegación de nulidad de lo actuado, pues el cauce procesal que, para remediar esa insuficiencia, pueden utilizar las partes es, como se acaba de decir, la pertinente adición o revisión fáctica basada en documentos o pericias obrantes en autos. Así lo ha proclamado con reiteración esta Sala IV del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias".

3. Como en el caso donde recayó la sentencia del Tribunal Supremo antes anotada, en la presente litis los hechos probados de la sentencia recurrida responden a la actividad probatoria desarrollada en ella por las partes y a las pruebas llevadas a cabo, sin que de lo actuado aparezca ningún medio de prueba que aporte datos fácticos relevantes que no hayan sido consignados en el relato histórico de autos.

SEGUNDO.1. El correlativo motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.b) de la LJS, postulando se añada un nuevo ordinal al relato histórico que diga: “DÉCIMO.- X. SA concertó en fecha 1.07.2009 contrato de arrendamiento de servicios con la mercantil I.G. SAU. Dicho contrato no ha sido objeto de modificación.”

2. Para desestimar este motivo basta considerar que se basa “en la documental aportada por la empresa”, 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".

TERCERO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS) enunciando infracción del “artículo 17 del Convenio Colectivo; 15.1.a), 15.3 y 49.1.a) y b) ET y en los artículos 1,2, 6 y 8 del Real Decreto 2720/1998 de 18 de diciembre que desarrolla el art.15 ET en materia de contratos de

duración determinada; en relación con la jurisprudencia sentada mediante STS 6566/2010, N° de Recurso: 4173/2009, de 8 de noviembre de 2010". Argumenta en síntesis que sólo procede cesar por fin de obra si media previamente modificación del contrato, y que la validez de un cese por fin de obra, "en los casos de reducción del volumen de contrato de la contrata por parte de la empresa principal o comitente, tan solo procede el despido objetivo/ colectivo por causas productivas y organizativas", por lo que no constando en contrato de trabajo ni en la norma convencional la posibilidad de amortizar puestos de trabajo por "fin de obra" basados en la disminución del "volumen de llamadas", procedía haber declarado la nulidad al rebasar los ceses acordados los umbrales previstos en el artículo 51 ET, o subsidiariamente la improcedencia por no concurrir causa habilitante (disminución del volumen de la contrata) y no haberse respetado los requisitos de forma previstos en el artículo 55 (debe querer decir 53) del Estatuto de los Trabajadores.

2. El artículo 17 del Convenio Colectivo de Telemarketing o Contact Center, bajo la rúbrica "Extinción del contrato por obra o servicio por disminución del volumen de la campaña contratada", después de señalar en su primer párrafo que "Podrá extinguirse el contrato de obra o servicio determinado en aquellos supuestos en que por disminución real del volumen de la obra o servicio contratado, resulte innecesario el número de trabajadores contratados para la ejecución, en cuyo caso se podrá reducir el número de trabajadores contratados para la ejecución de la obra o servicio, proporcional a la disminución del volumen de la obra o servicio",.

Esta nueva dimensión de la plantilla, basada en las causas anteriores, debe responder, en todo caso, a criterios reales, y, en base a los mismos, la adopción de tales medidas habrá de servir para que las extinciones que se hayan de producir permitan el mantenimiento y continuidad de dicho servicio por parte de la empresa de telemarketing.

A efectos de la determinación de los trabajadores afectados por esta situación se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

a) La antigüedad en la empresa, formalizando la relación de afectados de menor a mayor antigüedad en la misma.

b) En el caso de igualdad en la antigüedad en la empresa, se tendrá en cuenta la experiencia en la campaña o servicio, entendiéndose como tal el tiempo de prestación de servicios efectivos en la misma. De persistir la igualdad, se atenderá a las cargas familiares.

c) Los representantes legales de los trabajadores tendrán preferencia para conservar, en cualquier caso, el puesto de trabajo.

Dicha disminución deberá acreditarse fehacientemente a la representación legal de los trabajadores, previamente a la extinción de los contratos, para que los mismos puedan expresar su opinión.

Para el ejercicio de las facultades de este artículo, será requisito imprescindible que la información sobre el contrato mercantil que generó la campaña o servicio de que se trate, y con el contenido que establece el art. 14 de este Convenio, se encuentre en

poder de los representantes de los trabajadores.

La documentación, que habrá de entregarse con una antelación de siete días respecto a la fecha prevista para la extinción, deberá estar adecuada al hecho concreto que fundamente la adopción de la medida, y que permita el necesario contraste para su evaluación, apoyada, en cualquier caso, en datos objetivos, y sin perjuicio de que, dentro del plazo anteriormente señalado, la representación de los trabajadores pudiera solicitar, justificadamente, otros documentos o datos que considere necesarios para complementar la documentación entregada.

En cualquier caso, y con independencia de aquella otra que se aporte, serán documentos que obligatoriamente se deben presentar los siguientes:

a) Histórico de producción de la obra o servicio en el que consten los periodos de comparación, con un mínimo de los tres últimos meses para campañas o servicios de seis o menos de seis meses de implantación; y entre seis y 12 últimos meses para campañas o servicios con implantación superior a seis meses.

Este histórico de producción debe incluir el número de llamadas entrantes, atendidas y no atendidas, por días de la semana, semanas y meses. Números de operadores por periodos y turnos. Media de llamadas atendidas por operador y día. Tiempo medio de atención de llamada atendida.

b) Relación de los trabajadores a los que vaya a extinguirse el contrato, con los datos correspondientes a los criterios de selección.

La extinción del contrato se comunicará al trabajador por escrito y con la antelación que se establece en el cuadro siguiente, sin perjuicio de que el empresario pueda sustituir este preaviso con una indemnización equivalente a los de los días del mismo omitidos, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio, todo ello sin perjuicio de la notificación escrita de cese. En este caso la indemnización deberá incluirse en el recibo de salarios con la liquidación correspondiente a la extinción:

Número de días trabajados	Días de preaviso
Hasta 90	3
De 91 a 150	6
De 151 a 250	12
De 251 en adelante	15

Los días de preaviso no podrán coincidir con el disfrute de vacaciones y tampoco podrán sustituir a este.

Los trabajadores afectados por esta situación, y al momento de la extinción del contrato, tendrán derecho a una indemnización de 8 días de salario bruto por año trabajado.

El trabajador que vea extinguido su contrato por las causas que en este artículo se señalan, tendrá derecho a reincorporarse a la misma campaña o servicio a la que han estado adscritos, mientras dure la misma, y siempre que en su evolución posterior, necesitara aumentarse el número de trabajadores. A estos efectos, el orden de

preferencia para la incorporación será el inverso al seguido para la extinción.

En el supuesto de que el trabajador esté a la espera de reincorporarse a la campaña o servicio, y sea requerido para trabajar en otra campaña o servicio, no perderá su derecho de reincorporación a aquella; y, caso de ver extinguido su contrato en la nueva campaña o servicio por las causas de este artículo, podrá optar por la incorporación en una sola de ellas.

Siempre que existan trabajadores con derecho a incorporarse a una campaña o servicio, no podrán realizarse contratos eventuales para circunstancias de la producción para la campaña o servicio.

La empresa informará a la representación legal de los trabajadores de las reincorporaciones que se vayan efectuando; dichos representantes, y a instancias de cualquier trabajador que pueda considerar lesionados sus derechos, requerirán de la empresa la información necesaria.

El incumplimiento por parte de la empresa de reincorporar a los trabajadores cuyos contratos fueron extinguidos por estas causas, obligará a la empresa a indemnizar al trabajador con una cantidad equivalente a 45 días de salario por año y proporcional al tiempo trabajado efectivo, computado desde la fecha de inicio en que se incorporó a la campaña o servicio”.

3. La sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011 ha resuelto el problema de la aplicabilidad del artículo 17 del Convenio Colectivo de referencia indicando en su fundamento jurídico cuarto: “A) En relación al sector de telemarketing (contact center) y, en particular, respecto del art. 14 del convenio estatal de ese sector, esta Sala IV del Tribunal Supremo ha admitido la contratación temporal limitada a la necesidad del cliente, siempre que esté objetivamente definida, que sea conocida por las partes en el momento de contratar y que opere por lo tanto como un límite temporal previsible en la medida en que la actividad se realiza por encargo de un tercero y mientras éste se mantenga (así, STS de 4 octubre 2007 -rcud. 1505/2006 -). B) La cuestión de la duración del contrato para obra o servicio determinado nos ha llevado a afirmar que “no será posible que el contrato determine ese plazo resolutorio en contra de la naturaleza de ese contrato y del objetivo perseguido por la Ley al admitirlo: cubrir una necesidad temporal de mano de obra que tiene una empresa para ejecutar una obra o servicio temporalmente, en el sentido amplio que tiene esta expresión. Por ello, mientras subsista esa necesidad temporal de empleados, mientras la empleadora siga siendo adjudicataria de la contrata o concesión que motivó el contrato temporal, la vigencia de este continúa, al no haber vencido el plazo pactado para su duración, que por disposición legal debe coincidir con la de las necesidades que satisface “(STS/Pleno de 17 de junio de 2008 -rcud. 4426/2006 -) C) Respecto de la disminución del volumen de la contrata como justificación para la finalización de los contratos de trabajo temporales, hemos afirmado que: 1. Ha de negarse que el acuerdo entre contratistas para poner fin a la contrata antes de la finalización de la obra pueda justificar la extinción de la relación laboral (STS de 14 de junio de 2007 -rcud. 2301/2006 -); e, igualmente, ha de rechazarse que sea causa para la extinción, la decisión unilateral de la empresa (STS de 2 de julio de 2009 -rcud. 77/2007 -), ni siquiera la resolución parcial del encargo de la empresa cliente (STS de 12 de junio de 2008 -rcud. 1725/2007 -). 2. Tampoco es causa para justificar el fin del contrato de trabajo la disminución del volumen del objeto de la

contrata (STS de 10 de junio -rcud. 1204/2007 -, 16 de junio -rcud. 4426/2006 - y 23 de septiembre de 2008 -rcud. 2126/2007 -). La reducción del volumen de producción justificaría el despido objetivo o colectivo (STS de 7 de junio de 2007 rcud. 191/2006 - y 31 de enero de 2008 -rcud. 1719/2007-), por lo que difícilmente puede servir para la extinción del contrato de trabajo por finalización de la obra o servicio. Esta cuestión de la disminución del volumen de la actividad proveniente de la contrata fue también analizada en la STS de 8 de noviembre de 2010 (rcud. 4173/2009), en donde se trataba de una cláusula pactada en el contrato de trabajo que condicionaba su finalización a la reducción del volumen de la contrata. La sentencia recurrida (del País Vasco) había declarado la ilegalidad de la cláusula y, sostuvimos entonces la conformidad a derecho de tal pronunciamiento, porque una cláusula de aquel tenor privaba desde el inicio la posibilidad de definir la obra o servicio que era objeto del contrato haciendo imprevisible e incontrolable su duración; precisando que los pronunciamientos anteriores de esta Sala no han afirmado que cualquier cláusula previamente establecida pueda servir para justificar la finalización del contrato. El alcance del art. 17 del Convenio Colectivo de las empresas de Contact Center pudo suscitarse en las STS de 12 de mayo - rcud. 2076/2008 - y 20 de mayo de 2009 -rcud. 684/2008 -, sin embargo, en ambos casos la solución se alcanzaba por vías distintas porque en aquellos supuestos (en que, además, no estaba en juego un contrato de puesta a disposición) se había definido la obra o servicio en unidades de trabajo diferenciado que permitían analizar su finalización separada, sin tener que incidir en una eventual disminución del volumen de la contrata. Lo cierto es que el precepto en cuestión sitúa a los trabajadores vinculados por la modalidad contractual analizada en una clara postura de indefensión por más que la norma establezca cautelas; de cuyo cumplimiento, además, no se ha practicado prueba y que en todo caso no inciden en el control de la causa de extinción, sino en la elección de los trabajadores y el procedimiento para la extinción de los contratos. Y ello porque la eventualidad de la disminución del volumen vacía de contenido la exigible identificación de la obra o servicio para la que el trabajador es contratado al impedir el conocimiento del momento y la forma en que podrá considerarse acabada la misma. Si el contrato de trabajo de duración determinada suscrito por la ETT se ha de acomodar a las mismas características que hubiera tenido el celebrado directamente por la usuaria, ha de concluirse con la inaplicabilidad del supuesto extintivo al que el convenio colectivo de ésta última hace referencia, por cuanto la disminución del volumen de actividad que en él se establece constituye una vía de elusión de los requisitos de este contrato temporal y la desnaturalización del mismo”.

4. La aplicación de la doctrina referida al caso sometido a nuestra consideración conduce a que debemos calificar como despido el cese acordado con fundamento en la disminución del volumen de la contrata, despido que deberá ser declarado improcedente de conformidad con lo previsto en el artículo 55.4 del TR de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Es cierto que como se pone de manifiesto en el escrito de impugnación del recurso lo declarado por el Tribunal Supremo en sentencia de 16 de marzo de 2005, interpretando el contenido del artículo 17 del Convenio Colectivo de Telemarketing de 2002, podría llevar a otra conclusión, pero la modernidad de la sentencia que en lo oportuno se transcribió en el apartado anterior, y la circunstancia de que en rigor los convenios colectivos eran distintos, llevan a la Sala a la consecuencia indicada.

CUARTO. Con las consecuencias legales previstas en el artículo 56 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, debiendo fijarse las correspondientes indemnizaciones partiendo de los datos contenidos en el hecho probado primero y lo

declarado respecto del salario diario en la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2011 (“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 («Si en las leyes se habla de meses... se entenderá que los meses son de treinta días... Si los meses se determinan por sus nombres, se computarán por los días que respectivamente tengan») y que también en ocasiones establece el legislador (así, para la determinación de la base reguladora en las situaciones de IT, conforme al art. 13 Decreto 1646/72)”. Con arreglo a esta tesis el salario regulador de los de tramitación será el correspondiente al mensual multiplicado por doce y dividido por 365 días...”. Así DÑA. Y.I.M. tiempo de servicios desde 3/7/2000 (a 5 de junio de 2011, 11 años prorrateando por meses los períodos de tiempo inferiores a un año) y salario de 993’02 € (salario día 32,64€, pues $993,02 \times 12 : 365 = 32,64$), le corresponderá una indemnización salvo error u omisión de 16.156,80 euros ($32,64 \times 45 \times 11 = 16.156,80$). DÑA. T.F.G. tiempo de servicios desde 9/11/2009 (a 5 de junio de 2011, 1 año y 7 meses, prorrateando por meses los períodos de tiempo inferiores a un año) y salario de 1.132’71 € (salario día de 37,23€ pues $1.132,71 \times 12 : 365 = 37,23$), le corresponderá una indemnización salvo error u omisión de 2.652,63 € ($37,23 \times 45$) + ($37,23 \times 45 : 12 \times 7$) = $1.675,35 + 977,28 = 2.652,63$. DÑA. D.V. tiempo de servicios desde 21/1/2010 (a 5 de junio de 2011, 1 año y 5 meses, prorrateando por meses los períodos de tiempo inferiores a un año) y salario de 1.141’37€ (salario día de 37,52€, pues $1.141,37 \times 12 : 365 = 37,52$), le corresponderá una indemnización salvo error u omisión de 2.391,90 € ($37,52 \times 45$) + ($37,52 \times 45 : 12 \times 5$) = $1688,40 + 708,50 = 2.391,90$.

Sin costas ante el signo revocatorio del fallo.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de DÑA. Y.I.M. , DÑA. T.F.G. y DÑA. D.V. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia el día 1 de febrero de 2012 y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada declaramos la improcedencia del despido de las actoras, condenando a X. SA a que a su opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada readmita a las actoras en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o les abone una indemnización de 16.156,80 euros a DÑA. Y.I.M., 2.652,63 euros a DÑA. T.F.G. y de 2.391,90 euros a DÑA. D.V., con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente a razón de 32,64, 37,23 y 37,52 euros diarios, respectivamente, en el orden señalado, sin perjuicio de la eventual deducción de lo percibido en otro empleo en ese período y de la reclamación al

Estado de los correspondientes al exceso de los sesenta días hábiles desde la fecha de presentación de la demanda por despido y la de la presente sentencia.

Sin costas.

1612

Sentencia núm. 1.969, de 6 de julio de 2012

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RETA al que le es amputado el miembro inferior izquierdo. Se le concede una IPT para el ejercicio de profesión habitual. Posteriormente, se le amputa la pierna derecha, requiriendo desde entonces ayuda de tercera persona para la realización de las tareas más elementales de la vida cotidiana. Solicitud revisión grado de invalidez: Gran invalidez. Determinación porcentaje base reguladora, periodo de carencia y edad mínima para obtener el derecho a pensión de jubilación.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando que la parte actora se encuentra afecta de gran invalidez, condenando a los organismos demandados a pasar por esta declaración y a abonar una prestación económica consistente en una pensión vitalicia equivalente al 100% de la base reguladora más los incrementos y revalorizaciones que legalmente corresponda.

Sala: Estima parcialmente el recurso del organismo demandado en la instancia. El actor tiene derecho a obtener una pensión vitalicia de gran invalidez, si bien fija el incremento en la base reguladora en el 50% y no en el 100% como se determinó en primera instancia, más los incrementos y revalorizaciones que correspondan.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La sentencia de instancia, estimando parcialmente la petición formulada en el escrito de demanda, declara que el demandante se encuentra afecto de una gran invalidez derivada de enfermedad común, con reconocimiento del derecho a una pensión vitalicia, y frente a tal decisión se interpone el presente recurso de suplicación en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social (en lo sucesivo, INSS) que se fundamenta en un único motivo, habiéndose impugnado de contrario como se ha expuesto en los antecedentes de esta sentencia.

SEGUNDO. 1. El único motivo del recurso se destina a la censura jurídica, denunciando el recurrente la infracción de los artículos 139.5 y 143.2.1º en relación con los artículos 161.1 y 163.1, todos ellos de la Ley General de la Seguridad Social (en lo sucesivo LGSS). Argumenta que el párrafo primero del citado artículo 143.2 establece “un impedimento jurídico objetivo” para revisar el grado de incapacidad permanente previamente reconocido, consistente en que el beneficiario de dicha pensión no haya cumplido la edad mínima para tener derecho a la pensión de jubilación. Además, en

opinión del recurrente, la jueza “a quo” también se equivoca al reconocer al actor un porcentaje superior al 50% de la base reguladora.

Son dos, pues, los problemas jurídicos que se plantean en el presente recurso; por un lado, si el actor, que había sido declarado en situación de incapacidad permanente total por enfermedad común cuando tenía 65 años cumplidos pero no reunía el periodo de carencia mínima necesaria para lucrar una pensión de jubilación, puede acceder a la pensión de gran invalidez que solicita; por otro, cuál debe ser el porcentaje aplicable a la base reguladora de la pensión de gran invalidez derivada de contingencia común, cuando su beneficiario accede a ella después de haber cumplido 65 años.

2. Es cierto, como manifiesta el recurrente, que el artículo 143.2.1º de la LGSS condiciona la revisión de la incapacidad permanente a que el beneficiario no haya cumplido la edad. Sin embargo, no puede hacerse una interpretación aislada de dicho precepto, pues el artículo 139.5 del mismo texto legal reconoce el derecho a la pensión de incapacidad permanente –sin distinción de grados- derivada de contingencias comunes, al trabajador con sesenta y cinco o más años y que no reúna los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación.

En el mismo sentido, señala el artículo 10.2 del Real Decreto 1132/2002, de 31 de octubre de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, que *“tendrán derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, por contingencias comunes y en la cuantía prevista en el artículo siguiente, las personas que, reuniendo las condiciones exigidas, sean declaradas en tal situación cuando en la fecha del hecho causante tengan cumplidos sesenta y cinco años y no reúnan todos los requisitos para acceder a la pensión de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”*. De una interpretación literal y sistemática de ambos preceptos se deduce que aquella persona que, en la fecha del hecho causante, tenga cumplidos sesenta y cinco años de edad pero no reúna todos los requisitos para acceder a la pensión contributiva de jubilación, tendrá derecho a las prestaciones de incapacidad permanente, siempre que acredite reunir las condiciones exigidas para cada uno de los grados de invalidez por el artículo 137 de la LGSS.

A favor de una interpretación finalista y sistemática del citado artículo 143.2.1º de la LGSS también se ha manifestado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que en su sentencia de 27 de mayo de 2.008, citada por la magistrada de instancia, señala: *“la letra de la ley no excluye una interpretación de la norma en el sentido de que la justificación de la exclusión de la revisión de la incapacidad permanente obedece a que el solicitante puede acceder a una pensión de jubilación, que, según el legislador, resulta más adecuada a su edad que la correspondiente a la incapacidad permanente, y, en esta línea, la interpretación finalista del artículo citado podría completarse hoy con una interpretación sistemática que tuviese en cuenta la norma del artículo 138.1.2º de la Ley General de la Seguridad Social. La STC 197/2003, que se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 143.2.1 de la Ley General de la Seguridad Social, tuvo en cuenta que se trata de “un patrón normativo diferenciado para activos y jubilados”; no de un patrón diferenciado para activos y personas que, aunque han cumplido la edad de jubilación, no pueden jubilarse porque no reúnen los requisitos legales para ellos. Puede tener sentido limitar la revisión de la incapacidad permanente a quien puede acceder a una pensión de jubilación; pero esa limitación sería más cuestionable para quien no puede ser pensionista de jubilación”*.

3. En el presente asunto, no se cuestiona si las dolencias que padece el actor son o no constitutivas de una gran invalidez, ni tampoco la fecha del hecho causante de la misma, que la jueza “a quo” sitúa el día en que aquél instó la revisión del grado de incapacidad permanente (7 de octubre de 2010), fecha en la que el demandante tenía la edad mínima pero no el resto de los requisitos para lucrar una pensión contributiva de jubilación.

La aplicación de los argumentos expuestos al supuesto que nos ocupa nos lleva a concluir, como la magistrada de instancia, que el demandante sí tiene derecho a la pensión vitalicia de incapacidad permanente en el grado de gran invalidez.

TERCERO. Resta por dilucidar el importe de la pensión vitalicia de gran invalidez a la que tiene derecho el demandante. Sostiene la entidad recurrente que aquél debe ser el 50% de 504,51 €, importe no controvertido a que asciende la base reguladora del demandante.

Prevé el artículo 139.5 de la LGSS que *“en los casos en que el trabajador, con sesenta y cinco o más años, acceda a la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencias comunes, por no reunir los requisitos para el reconocimiento del derecho a pensión de jubilación, la cuantía de la pensión de incapacidad permanente será equivalente al resultado de aplicar a la correspondiente base reguladora el porcentaje que corresponda al período mínimo de cotización que esté establecido, en cada momento, para el acceso a la pensión [contributiva] de jubilación”*.

En caso de gran invalidez, existe una regla adicional prevista en el apartado segundo del artículo 11 del citado Real Decreto 1132/2002 según la cual, el trabajador que en las circunstancias descritas en el párrafo anterior fuese calificado como gran inválido, tendrá derecho a la pensión de incapacidad calculada conforme a las condiciones anteriores, incrementándose su cuantía en un 50%.

Por consiguiente, confirmado el derecho del demandante a la pensión de gran invalidez, el importe de ésta ascenderá a 378,38 € mensuales, resultado de incrementar la cuantía obtenida al aplicar el 50% a la base reguladora del actor (504,51 €), es decir, 252,25 €, en un 50% (126,13 €).

Al no haberlo interpretado así la magistrada de instancia, procede la estimación parcial del recurso y revocar la sentencia recurrida.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Alicante, de fecha 18 de noviembre de 2.011, en virtud de demanda presentada a instancia de D. P.S.M.; y, en consecuencia, condenamos al INSS a abonar al actor una pensión vitalicia de gran invalidez por importe de 378,38 € mensuales más las revalorizaciones que procedan legalmente.

Sentencia núm. 1.985, de 10 de julio de 2012

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que finaliza relación laboral con despido objetivo y que solicita al FOGASA el 40% de la indemnización. El FOGASA alega que el trabajador donde prestaba sus servicios formaba un grupo empresarial. Diferencias en el cálculo de la indemnización en función de la antigüedad del trabajador: Fecha de alta en la empresa. Aplicación artículo 33.8 del ET. Jurisprudencia Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo.

Juzgado: Estima la demanda condenando al organismo demandado a que abone determinada cantidad.

Sala: Estima el recurso del organismo demandado, reconociendo el derecho del actor a obtener una la indemnización devengada por despido objetivo, nuevamente calculada en función de su antigüedad en la empresa.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son dos los motivos de que se compone el recurso de suplicación interpuesto por la Abogada del Estado sustituta en nombre del Fondo de Garantía Salarial contra la sentencia del Juzgado que condena al indicado Organismo a abonar al demandante la cantidad de 3.155,05 euros en concepto del 40% de la indemnización devengada por su despido objetivo, habiéndose calculado dicha indemnización con arreglo a una antigüedad del trabajador accionante en la empresa I.H. C.B. de 17-1-01 y siendo el recurso impugnado por el demandante conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

Al amparo del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se formula el primero de los motivos en el que se solicita la modificación del hecho probado octavo para el que propugna la siguiente redacción: “Que, de no reconocerse la existencia de grupo de empresas alegado por FOGASA en su resolución administrativa, la antigüedad a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido será la de 1/01/2009 fecha de alta en I.H., S.C. ascendiendo el 40% de la misma a 93.22 €.”

La redacción solicitada no se apoya en ningún medio de prueba lo que obsta a su éxito, pero es que además en la redacción original del hecho controvertido ya se hace mención a que si la antigüedad del trabajador en la empresa I.H. S.C. fuera de 1-1-09, el 40% de la indemnización ascendería a 93,22 euros, por lo que la revisión instada carece de trascendencia para modificar el sentido del fallo.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado c del art. 191 de la LPL se introduce el correlativo motivo en el que se imputa a la sentencia la infracción del artículo 53.1 b del

Estatuto de los Trabajadores, del artículo 33 del mismo texto legal y del art. 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Razona la Abogada del Estado que teniendo en cuenta la antigüedad del trabajador en la empresa I.H. S.C. que se remonta al 1/01/2009 (hecho no controvertido) y su salario diario que es de 46,61 € (hecho no controvertido), el 40% de la indemnización por despido asciende a un total de 93,22 €, además la cantidad de 3.155,05 euros supera los límites cuantitativos a los que por ley está sometido el Organismo recurrente, teniendo en cuenta la antigüedad y salarios reconocidos en la sentencia respecto a la empresa que le despide y por último que si la sentencia de instancia niega la existencia de grupo de empresas no cabe tomar como antigüedad en la prestación de servicios a efectos de la indemnización devengada por el despido objetivo del actor, la que se remonta al 17/01/2001 que es la fecha de alta en la empresa I., C.B. cuando al empresa que despide al actor es I.H., C.B.

Sobre la cuestión ahora planteada ya se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal que en su sentencia del 03 de Marzo del 2009 (ROJ: STS 1728/2009), Recurso: 950/2008 se hace eco de la sentencia de 14 de abril de 2.005, dictada en el recurso 1258/2004, en la que se afirma con claridad que *"... La antigüedad es un concepto distinto y más genérico que el tiempo de prestación de servicios, y que puede no ser coincidente con éste si se producen interrupciones no computables para el cálculo de las indemnizaciones ... El reconocimiento contractual de una antigüedad superior a la representada por el tiempo de prestación de servicios, y especialmente mediante el cómputo de un período anterior al ingreso en la empresa, puede obedecer al cumplimiento de la obligación subrogatoria impuesta por el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en los casos de sucesión de empresa, pero puede también ser producto de la lícita voluntad de los contratantes ... Pero lo que interesa para resolver la concreta cuestión aquí planteada no es la innegable eficacia de dicha estipulación contractual frente a la empresa que la suscribió, sino su obligatoriedad para el Fondo de Garantía Salarial, ya sea como responsable directo de la parte de indemnización a su cargo con arreglo al artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, o como responsable subsidiario en los términos del apartado 2 del mismo artículo, en relación con el 1, y al que se remite el citado apartado 8 . Estos preceptos deben considerarse imperativos porque regulan las funciones de un organismo público, fijando los límites de su responsabilidad atinentes a la cuantía máxima total (una anualidad del salario), al salario máximo computable (duplo del mínimo interprofesional) y al número de días (veinticinco) "por año de servicio", tal como establece el apartado 2. El texto literal del aludido apartado 8 refleja la imperatividad que resulta del sentido y carácter de la norma, al referirse a "la indemnización legal que corresponda" y al expresar que "el cálculo del importe de este abono (de la concreta indemnización por despido objetivo o extinción del contrato por causas objetivas, cuyo caso es el del presente proceso) se realizará sobre las indemnizaciones ajustadas a los límites previstos en el apartado 2 de este artículo".*

Y se añade en dicha resolución, con cita de la STS de 12 de diciembre de 1.992 (recurso 679/1992) que "la responsabilidad establecida en el artículo 33.8 del Estatuto de los Trabajadores es ... un porcentaje (el 40%) de la indemnización legal, no de la pactada" ... "El acuerdo de asignar al trabajador una antigüedad superior a la legalmente determinada por el tiempo de prestación de servicios en la empresa a efectos indemnizatorios produce el efecto de una indemnización pactada superior a la legal, por lo que su tratamiento ha de ser el mismo, salvo que se hubiera acreditado que aquel

acuerdo era debido a subrogación por sucesión empresarial, ya que en tal caso el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores impone el mantenimiento del mismo contrato de trabajo".

La aplicación de la doctrina expuesta al presente caso determina la estimación del recurso habida cuenta que según el inalterado relato fáctico de la sentencia del Juzgado la prestación de servicios del demandante para la empresa I.H., S.C. se remonta al 1-1-2009, habiendo prestado servicios el mismo con anterioridad primero para I. C.B., luego para I.E., S.L. y posteriormente para I.I., S.L. sin que conste que la subrogación de las indicadas empresas respecto al demandante obedezca a la existencia de una sucesión empresarial, siendo por lo demás distintos el domicilio de I.h. S.C. y el de I.E., S.L., de ahí que la mayor antigüedad reconocida al demandante por I.H. S.C. a efectos del devengo de la indemnización derivada de su despido objetivo carezca de efectos frente al Fondo de Garantía Salarial ya que como reconoce el demandante en su escrito de impugnación, el indicado reconocimiento de una mayor antigüedad es fruto de un pacto entre la referida empresa y el demandante y por las razones expuestas el mismo no vincula al Organismo recurrente, cuya responsabilidad viene determinada por lo dispuesto en el art. 33 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, sin que pueda considerarse una cuestión nueva la alegación que respecto a la antigüedad del trabajador a efectos del cálculo de la indemnización por despido objetivo devengada por el mismo y a cargo del Fondo de Garantía Salarial, efectúa dicho Organismo en el acto del juicio, ya que la indicada antigüedad resulta del propio expediente tramitado por el Fondo de Garantía Salarial y por consiguiente no genera indefensión alguna al demandante que podía haberla combatido si no la consideraba cierta por haber existido sucesión empresarial entre las empresas en las que prestó servicios el actor antes de ser despedido o por cualquier otra causa. No está de más recordar la doctrina ya añeja sentada por el Tribunal Supremo en sentencia de 28 de Junio del 1994 (ROJ: STS 14647/1994), Recurso: 2946/1993 según la cual *"La prohibición de aportar al proceso hechos que no lo hayan sido al procedimiento administrativo supone ya una limitación importante que habría que relacionar con la prohibición de introducir variaciones sustanciales en la pretensión (artículo 72.1 de la Ley de Procedimiento Laboral) y con la falta de agotamiento de la vía previa como consecuencia de su desconocimiento. Pero si esta limitación se interpreta como un mandato al juez para pronunciarse únicamente sobre el motivo de denegación que se invoca en la resolución administrativa entonces se invierte la relación entre vía administrativa previa y proceso, se subordina éste a aquélla con las graves consecuencias que de ello se derivan desde la perspectiva del principio de legalidad, del principio "iura novit curia" y, en general, de los principios que rigen la carga de la alegación y de la prueba de los hechos en el proceso"*.

En esta misma sentencia se dice que *"Esta solución no produce indefensión alguna para el demandante. En principio quien afirma en un proceso la existencia de un derecho ha de estar en condiciones de alegar y probar en ese proceso la concurrencia de los requisitos que fundan su derecho y no puede invocar una situación de indefensión porque se alegue por la demandada o se aplique por el juez una previsión legal en virtud de un hecho directamente relacionado con la pretensión ejercitada que se ha probado en el proceso y que además costaba ya en el expediente administrativo. Por otra parte, hay que tener en cuenta que los artículos 85 y 87 de la Ley de Procedimiento Laboral permiten garantizar en la instancia la audiencia del demandado sobre las causas de oposición no alegadas con anterioridad. En este sentido se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Constitucional 41/1.989, que*

establece en su fundamento jurídico cuarto que el hecho de que la falta del periodo de cotización no fuera tomado en consideración por las resoluciones administrativas no impide al órgano judicial, en su función revisora del Derecho aplicado, atribuir a los hechos probados sobre el período de cotización las consecuencias legales que estimó inherentes a los mismos.”

La infracción por la sentencia de instancia de los preceptos jurídicos y de la doctrina jurisprudencial expuesta determina la estimación del recurso con la consiguiente revocación de la sentencia de instancia y la estimación parcial de la demanda, limitando la condena del Fondo de Garantía Salarial al abono al demandante de la cantidad de 93,22 euros que es el 40% de la indemnización por su despido objetivo.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Fondo de Garantía Salarial, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Once de los de Valencia y su provincia, de fecha 10 de octubre de 2011, en virtud de demanda presentada a instancia de D. A.L.C.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con estimación parcial de la demanda, condenamos al Organismo demandado a abonar al demandante la cantidad de 93,22 euros en concepto del 40% de la indemnización devengada por el despido objetivo del mismo.