

Sentencia núm. 246, de 25 de enero de 2011

Materia: Trabajadora afiliada al RGSS. Declaración de invalidez: Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual. Solicitud de invalidez permanente absoluta. Estimación.

Juzgado: Se estima la pretensión subsidiaria deducida en la demanda, declarando a la actora afecta de incapacidad permanente en grado total para ejercicio de su profesión habitual, derivada de enfermedad común, teniendo derecho a recibir una pensión equivalente al 55% de la base reguladora.

Sala: Estima el recurso declarando a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta. La imposibilidad de deambular sola más de 50 metros así como su deterioro emocional y cognitivo progresivo, le incapacitan para cualquier actividad laboral.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la actora, la sentencia que ha estimado solo parcialmente su demanda y la ha declarado afecta de Invalidez Permanente en el grado de Incapacidad Permanente Total (IPT), para su profesión de mando de comercio de grandes almacenes.

El recurso, en dos motivos, solicita que se declare a la demandante afecta de Incapacidad Permanente Absoluta (IPA), como había interesado de forma principal en la demanda.

En el primer motivo, por el apartado b) del art.1 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita el recurso la modificación del hecho décimo, con la matización que propone en las limitaciones de la demandante, para que diga, además, que la actora presenta una importante limitación en su vida activa y vida diaria, lo que apoya en el informe del Dr. J.J.V.P. (folio 66) e informes de la Unidad de Salud Mental P.B. de Valencia de 24-11-2008, 16-6-2009 y 1-2-2001 (folios 63 a 65 de las actuaciones) y en el informe médico pericial del Dr. M. ratificado en el juicio (folios 44 a 46). Y se rechaza la modificación al haber sido valorados los informes médicos por la Juez de Instancia a quien compete tal labor, sin que el dato presente interés para decidir el debate.

SEGUNDO.- Con amparo en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo de recurso, la infracción del art. 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, así como de la jurisprudencia. Sostiene, en esencia el recurso, que las limitaciones físicas y psíquicas que presenta la actora le inhabilitan por completo para la realización de cualquier tarea laboral.

Dispone el art. 136.1 de la LGSS que “En la modalidad contributiva es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral...”.

El art. 137.5 anterior de aplicación según establece la Disposición transitoria 5ª bis de la LGSS dice que: “Se entenderá por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio”.

En hechos probados de la sentencia consta que la demandante, nacida el 15-07-1953 tiene la profesión habitual de mando de comercio de grandes almacenes, en sector de joyería, relojería y bisutería, implicando dicho cargo la realización de las funciones a que se refiere el hecho segundo. Entre otros datos consta en la sentencia que desde la iniciación en fecha 30-06-07 de incapacidad temporal, por enfermedad común, la actora no ha prestado servicios con los acontecimientos relatados en el hecho cuarto y quinto. La actora venía siendo tratada desde julio de 2007 en la Unidad de Salud Mental P.B. de Valencia, diagnosticada de trastorno depresivo persistente por progresión tórpida de trastorno de estrés postraumático. Presentado a la fecha, clínica depresiva grave, ansiedad psíquica y somática limitante con importante repercusión su vida diaria, clínica agravada por la patología crónica dolorosa subyacente y con pronóstico de cronicidad y deterioro conductual progresivo. Desde la fecha del alta médica hasta la actualidad la demandante ha continuado con tratamiento médico psiquiátrico, revisiones y medicación sin periodos asintomáticos, habiendo iniciado en fecha 12 de junio de 2009 una nueva situación de baja laboral, cursada por el servicio público de salud con diagnóstico trastorno depresivo no clasificado bajo otros conceptos. Se le ha denegado en la vía administrativa la Invalidez permanente. Expresa, así mismo la sentencia que las principales dolencias que padece la actora son las siguientes:-Fibromialgia o síndrome de fatiga crónica y - Trastorno depresivo persistente; que ambos procesos persisten sin mejoría desde el inicio de la incapacidad temporal y son crónicos e irreversibles, cursando sin periodos asintomáticos, careciendo de tratamiento médico eficaz; y que en cuanto a las limitaciones que conlleva: la primera determina dolores musculares generalizados con 18/18 puntos positivos fibromiálgicos e importante rigidez muscular. En cuanto a la deambulación camina solo 50 metros y en cuanto a subir escalera necesita ayuda física o supervisión; y la segunda determina un deterioro progresivo emocional y cognitivo, agudizado por el propio tratamiento médico ansiolítico y antidepresivo, que se traduce en un estado de embotamiento con disminución de capacidad de respuesta; señalando que ambos procesos se ven agravados por su concurrencia.

Pues bien, con estos datos, no cabe sino concluir que la situación de la trabajadora le impide la realización de cualquier trabajo, ya que contrariamente a lo decidido en la sentencia recurrida, y atendiendo a las limitaciones que producen los graves padecimientos físicos y psíquicos que aquejan a la actora, no es posible pensar en una tarea laboral, por muy liviana que sean las funciones que la conforman que pueda desempeñar una persona que no puede deambular sola mas de 50 metros ni subir escaleras y que presenta un deterioro progresivo emocional y cognitivo, agudizado por el propio tratamiento médico ansiolítico y antidepresivo, que se traduce en un estado de embotamiento con disminución de capacidad de respuesta.

Así las cosas, se impone la estimación del recurso, para conceder el grado reclamado.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña M.L.B.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 5 de los de Valencia de fecha 4 de febrero de 2010; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimamos íntegramente la demanda formulada por la recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando a la actora afecta de Incapacidad Permanente Absoluta y condenando a la demandada a abonarle la prestación correspondiente, en el porcentaje del 100% de la base reguladora de 2515,18 € con efectos 9 de febrero de 2009.

Sentencia núm. 272, de 1 de febrero de 2011

Materia: Trabajador afiliado al RGSS. Solicitud de Pensión de Jubilación. Reconocimiento incremento base reguladora. Justificación razones incremento salarial. Móvil fraudulento: Desestimación.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando el derecho de la parte actora a la percepción de la pensión de jubilación con la base reguladora de la prestación de 1.082,51 euros, al tenerse en cuenta las bases reales de cotización efectuadas salvo los dos últimos años, condenando al demandado al abono de la prestación en dichos términos y con el abono de los atrasos correspondientes.

Sala: Desestima el recuso y confirma la sentencia de instancia. El incremento de la base reguladora, por aumento de ventas del trabajador, se produce con anterioridad a los dos últimos años, sin que pueda alegarse un incremento fraudulento de la base de cotización. No queda acreditado móvil fraudulento, abusivo o antisocial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el cauce del apartado c del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) se introduce el único motivo del recurso de suplicación interpuesto por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Siete de los de Alicante que estima parcialmente la demanda sobre reconocimiento de una mayor base reguladora de la pensión de jubilación, habiendo sido el recurso impugnado de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

En el único motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 162.2 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en relación con el apartado 3 del citado precepto. Razona la recurrente que el Magistrado de instancia debió aplicar lo establecido en el apartado 2 del art. 162 del texto legal citado, al evidenciarse que los aumentos de retribución del actor y su correspondiente cotización en los dos últimos años anteriores a su jubilación rebasan los acordados en convenio colectivo aplicable, siendo la normativa contenida en el citado precepto la aplicación del principio general de nulidad de los actos realizados en fraude de ley con el fin de evitar determinadas irregularidades que se registran en la aplicación de la base reguladora de la pensión de jubilación.”

También se dice que no ha resultado acreditado que el presente supuesto se halle comprendido en alguna de las excepciones que con carácter taxativo se contienen en el apartado tercero del art. 162 del reiterado texto normativo, haciendo inviable el apartado 3 los incrementos producidos sólo por decisión unilateral de la empresa y reiterando el apartado 4 que

en ningún caso esos incrementos –los del número 3– se computarán cuando rebasen el límite establecido en el número 2 y se hayan pactado en función de la próxima jubilación. Por último, indica que no se trata de extender el campo de reducción de las bases de cotización sino de sancionar conductas fraudulentas y antisociales.

Según doctrina jurisprudencial consolidada el artículo 162 de la Ley General de la Seguridad Social que procede, por refundición, de lo establecido en el Real Decreto-ley 13/1981, de 20 de agosto, fue dictado para sancionar conductas fraudulentas y antisociales evitando el incremento injustificado de las bases de cotización en los años próximos a la jubilación, y el plazo a examinar de los dos últimos años que se establece en el mismo no implica que únicamente sean revisables los dos últimos años, sino todo el período computable; ahora bien, cuando el incremento de bases se produce en tiempo más lejano de esos dos últimos años, no opera el artículo 162 de la Ley General de la Seguridad Social, sino que ha de estarse a lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil, que proscriben el fraude de ley pero no lo presumen. En el primer caso, cuando los incrementos se producen en los dos años anteriores al hecho causante de la prestación, no es necesaria ninguna prueba concluyente de que los citados incrementos estaban exclusivamente dirigidos a incrementar la base reguladora de la futura pensión de jubilación, porque por disposición legal no son computables para el cálculo de la misma, con las excepciones legales, aquellos incrementos se han producido en los dos últimos años. En cambio, cuando los incrementos se producen en fecha anterior a los dos años previos a la jubilación, es necesario acreditar el móvil fraudulento, abusivo o antisocial. Así, partiendo del principio de que el fraude no se presume, habrá que acudir a la doctrina general concerniente a quién debe soportar la carga de la prueba, a tenor de las normas sobre dicho aspecto previstas actualmente en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo afirmarse que es a la entidad gestora a quien corresponde la carga de la prueba del fraude de ley o ejercicio abusivo o antisocial del derecho del beneficiario para que sea posible la minoración de sus bases de cotización de los últimos años, desde que se produjo el incremento, habiéndose aceptado que dicho extremo puede acreditarse también mediante la prueba de presunciones prevista en el artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, siempre que exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano entre el hecho demostrado y aquel que se trate de descubrir, pudiendo concluirse que cuando se produzca un fraude de ley no existe impedimento alguno para aplicar la regulación que recoge el artículo 6.4 del Código Civil aunque el incremento fraudulento de las bases de cotización se extienda más allá del lapso de dos años inmediatamente anteriores al hecho causante, en concordancia con el criterio del Tribunal Supremo (Sentencia de 8 de abril de 1992 [RJ 1992\2611], dictada en recurso de casación para la unificación de doctrina), que declara que la posible reducción por incremento injustificado de las bases de cotización a la Seguridad Social no ha de circunscribirse a los dos últimos años si se detecta un fraude de ley, sino que puede contraerse a cualquier momento anterior que sirva para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación y ello, por cuanto, tratándose de conductas fraudulentas y antisociales, el fraude de ley cuando se detecta puede ser objeto de sanción en cualquier caso en aplicación de lo dispuesto en el artículo 6.4 del Código Civil.

En el supuesto que se enjuicia, el incremento de las bases de cotización no se produce en los dos últimos años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, sino en los períodos previos, en concreto desde enero de 2005 y hasta abril de 2008, situación en la que incumbe a la entidad gestora acreditar el fraude de ley, pero ninguna prueba se ha llevado a cabo para evidenciarlo. Por el contrario se ha acreditado que el incremento en las bases de cotización del interesado obedeció al aumento de ventas en la empresa Talleres T. S.L. en la que prestaba servicios el demandante como corredor de plaza, (27% en 2003 y 63% en 2004) por la aparición de dos nuevos modelos de coches en 2004 (Citroen C-1 y C-5) y la buena labor del trabajador así como por las nuevas ofertas de trabajo de otras empresas que recibió el demandante por lo que la referida empresa decidió igualar otra oferta de trabajo de otra empresa para el actor, a través de un salario bruto mensual de 1.500 euros (hecho probado cuarto), lo que llevó a la Magistrada de instancia a concluir que no existía una situación fraudulenta. Es cierto que, en

algunas ocasiones se ha declarado que, cuando el incremento se produce por una decisión unilateral de la empresa y sin causa alguna que lo justifique debe operar la minoración (SSTSJ de Castilla y León de 13 de diciembre de 1993 [AS 1993\5182] y de La Rioja de 29 de mayo de 1995 [AS 1995\1800], entre otras), en otras, respecto a aquellos incrementos fruto del aumento del trabajo y responsabilidad se ha mantenido el criterio que no son fraudulentos (por ejemplo, STSJ de Cantabria de 11 de diciembre de 1996 [AS 1996\4046]), con la justificación, en estos casos, de evitar que carezca de eficacia, a efectos de cotización, toda progresión económica del trabajador que se produce en los años previos -anteriores siempre a los dos últimos años- a la fecha de jubilación. En el presente caso, se acredita cumplidamente la realidad del aumento retributivo, como consta en el hecho probado cuarto de la resolución recurrida, al que antes se ha hecho referencia, y que no ha sido combatido, sin que exista prueba, ni siquiera indiciaria, de que los citados incrementos se produjeron con la única finalidad de incrementar, de forma desmesurada, las bases de cotización del interesado a los efectos de obtener una superior pensión de jubilación. En consecuencia y al no constar acreditado el móvil fraudulento, abusivo o antisocial, se ha de rechazar la censura jurídica expuesta con la desestimación del recurso y confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 LPL, en relación con el artículo 2.b) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar las Entidades Gestoras del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Siete de los de Alicante y su provincia, de fecha 19 de febrero de 2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la recurrente; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 299, de 1 de febrero de 2011

Materia: Pensión de jubilación. Profesora interina de religión que ha prestado servicios sucesivamente tanto para el Ministerio como para la Conselleria de Educación. Infracotización empresarial periodo 1996-2000. Incidencia cálculo base reguladora. Responsabilidad empresarial en el pago de las diferencias de la prestación.

Juzgado: Estima la demanda reconociendo el derecho de la actora a la prestación de jubilación en un importe del 96% de la base reguladora, condenando al INSS a pasar por esta declaración y absolviendo al resto de los codemandados en la instancia.

Sala: Estima el recurso condenando al Ministerio codemandado en la instancia a pagar a la actora la diferencia de prestación generada como consecuencia de la mayor base reguladora reconocida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Recurre en suplicación el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), la sentencia que ha estimado la demanda concediendo la base reguladora de la pensión de jubilación reclamada de 1.449 €, condenando a la Entidad recurrente y absolviendo a la Conselleria de Educación de la Generalidad Valenciana y al Ministerio de Educación.

El recurso, 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 se denuncia la infracción del art. 126 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), en relación con los arts 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966 y de la jurisprudencia contenida en las STS de 10-3-2009, 7-7-2009 y 29-10-2009, que examinan la misma cuestión con criterio diferente, superando el mantenido en la Sala en la sentencia a que se refiere la recurrida. Suplica el recurso que se revoque parcialmente la sentencia condenando como responsable al Ministerio de Educación por la diferencia entre la base reguladora reconocida por el INSS y la que declara la sentencia.

Para decidir el supuesto de debe partir de los datos que constan en los hechos probados y los que con tal valor se ubican en la fundamentación jurídica, teniendo en cuenta los hechos admitidos. Se trata de una trabajadora, profesora de religión, que ha prestado servicios sucesivamente para el Ministerio de Educación desde el año 1986, y a partir del 1-8-00 para la Conselleria de Educación hasta que con efectos 21-10-07 pasa a percibir pensión de jubilación reconocida por resolución del INSS de fecha 23-1-08, con el porcentaje del 96% sobre la base reguladora inicial de 1.181,03 € y tras la reclamación previa de 1.305 €, reclamando en este procedimiento que la base reguladora de su prestación se eleve a 1.449 €, lo que se deriva de la infracotización practicada por la empresa en el periodo 1996 a 2000. Hay conformidad en la base reguladora pretendida si se consideran las diferencias de cotización en ese periodo, ciñéndose el debate en la instancia y en el recurso a determinar la responsabilidad empresarial en el pago de las diferencias en la prestación de jubilación reconocida.

La sentencia recurrida, para absolver a las empresas aplica la doctrina mantenida en esta Sala en la sentencia nº 1847/2008 de 5 de junio (rec. 2604/07) que con base en la STS de 1 de junio de 2006 declara responsable solo el INSS en un supuesto de infracotización para vendedores de la ONCE.

Y ciertamente, la doctrina que hemos mantenido está superada por la STS de 7-7-2009 que expresamente declara no ser aplicable por analogía la doctrina unificada sobre los trabajadores de la ONCE porque en este caso se había cotizado por un régimen diferente – el de representantes de comercio- con la plena aquiescencia de la TGSS, lo que no sucede con los profesores de religión católica, que mantienen una relación laboral con la Administración contratante, lo que ha sido declarado por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo con reiteración en sentencias anteriores (19 de junio de 1996 –rec. 2743/1995- y 30 de abril de 1997 -rec. 3561/1996-) y posteriores a la entrada en vigor de la Ley 50/1998 de 30 de diciembre, afirmando que el arranque de esa situación lo marcó el Acuerdo sobre la enseñanza y asuntos culturales suscrito el 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede, e incluso destacando en sentencias ulteriores a 1998 que tal doctrina vendría a ser ratificada “a posteriori” por la citada Ley 50/1998 y el nuevo párrafo que añadió a la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990 de 3 de octubre, por lo que nunca se ha interpretado que fuera otra la naturaleza jurídica de la relación ni otro el empresario. Añadiendo que en definitiva, no existe base para entender que la empleadora no estaba en condiciones de haber cumplido con sus obligaciones de seguridad social, al igual que debía haber cumplido con sus obligaciones retributivas; y por tanto no hay razón para exonerarle de su responsabilidad por esa causa, sin perjuicio de la flexibilización que pudiera surgir de la doctrina jurisprudencial sobre la responsabilidad empresarial en materia de seguridad social y los supuestos de aplicación del principio de proporcionalidad en la responsabilidad.

Las STS a que se refiere el recurso contemplan supuestos en los que el principio de proporcionalidad en la responsabilidad empresarial se aplica a defectos de cotización que afectan a la carencia y la base reguladora, y en este supuesto la infracotización solo incide en la base reguladora; pero la doctrina que allí se refiere es trasladable a este supuesto; así como razona la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2004 “el elemento de gravedad que ha de ponderarse a efectos de la aplicación de las sanciones administrativas correspondientes, no es esencial en orden a la determinación de la responsabilidad, que de acuerdo con la doctrina de la sentencia de 8 de mayo de 1997, ha de tener en cuenta, cuando se trata de contingencias comunes, la proyección del incumplimiento sobre la acción protectora”.

En el supuesto enjuiciado el incumplimiento empresarial de cotizar por la trabajadora sobre bases inferiores, sin tener en cuenta que las retribuciones eran las correspondientes a un profesor interino, como con reiteración se ha declarado por los Tribunales, en el periodo 1996 a 2000, cuando prestaba servicios para el Ministerio de Cultura, ha derivado en que se le reconozca una base reguladora inferior, y esta diferencia en la cuantía de la prestación debe ser corregida aplicando el principio de proporcionalidad, declarando responsable a esa empleadora por la diferencia. Y se estimará el recurso.

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 1 de los de Valencia de fecha 14 de abril de 2010; y, en consecuencia revocamos en parte la sentencia recurrida, y condenamos al Ministerio de Educación a pagar a la actora la diferencia de prestación generada como consecuencia de la mayor base reguladora reconocida, confirmándola en el resto.

Sin costas.

Sentencia núm. 322, de 2 de febrero de 2011

Materia: Despido: Extinción de relación laboral por disminución de rendimiento. Improcedencia del despido. El empresario consigna la indemnización por despido equivocándose en la cuantía. Generación salarios tramitación. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia del despido y condenando al empresario al abono de los salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso revocando parcialmente la sentencia de instancia. No ha lugar a los salarios de tramitación puesto que el empresario consigna la indemnización en plazo, si bien consigna un importe de la indemnización inferior al que correspondía.

Ponente. Ilma. Sra. D^a. María Luisa Mediavilla Cruz.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estima la demanda deducida por D^a M.M.L., frente a la empresa X. SLU., y declara la improcedencia del despido de que ha sido objeto la trabajadora con fecha 1 de junio de 2010, condenado a la citada mercantil al abono de una indemnización de 16.907,94 € (de la que debe deducirse la consignada en el Decanato de los Juzgados por importe de 11.640 €), así como el abono de los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia recurrida, si entre tales fechas se produjera el alta médica, en cuantía diaria de 87,99 €.

Frente a este pronunciamiento, se alza en suplicación la representación letrada de la empresa, siendo impugnado de contrario.

El recurso se estructura formalmente en tres motivos. Los dos primeros, se formulan al amparo del apartado b) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), en tanto que el restante, por el cauce procesal previsto en el apartado c) del indicado precepto.

Principiando por los motivos destinados a revisar el relato histórico que contiene la sentencia impugnada, en primer lugar, se insta la revisión del hecho probado primero en un doble sentido: a) en su párrafo primero en vez de respetar lo contenido en la sentencia que dice: “(..) X. SLU, que se dedica a la actividad de prestación de servicios (..)”, pretende el recurrente que de diga: “ (..) X. SLU, cuya actividad principal consiste en la prestación de servicios (..). Abstracción hecha de que lo solicitado, es absolutamente irrelevante, de la documental invocada en apoyo de esta revisión, (documentos nº 140 a 171 obrantes en autos), y que constituye el Informe de Auditoría de Cuentas Anuales de la Empresa, no se desprende en ningún caso lo petitionado por la recurrente. b) en su párrafo cuarto, se pretende adicionar el siguiente extremo: “(..) y la trabajadora durante toda su relación laboral (5 años y 3 meses), nunca ha realizado reclamación alguna a la empresa respecto al convenio de aplicación”. Tampoco esta revisión puede merecer favorable acogida, por cuanto que lo postulado constituye un hecho no controvertido, es un hecho negativo huérfano de apoyo en documento o pericia –ex. Art. 191 b) LPL- y vuelve a ser absolutamente irrelevante al objeto del presente proceso.

En segundo lugar, interesa la revisión del hecho probado segundo, solicitándose la sustitución de lo constatado en la instancia que dice: “ (..) los fijos según la nómina del mes de

enero de 2010 y los variables (..), por la siguiente redacción: “ (..) los fijos según la nómina del mes de enero de 2010, con el propósito de coger salarios reales de la trabajadora antes de entrar en IT y los variables (..). Como quiera que la recurrente no respalda la revisión solicitada en prueba documental o pericial alguna, el motivo debe ser desestimado por mor de lo dispuesto en el artículo 191 b) y 194.3 LPL.

SEGUNDO.- A continuación, en el último motivo del recurso, destinado al derecho aplicado y la Jurisprudencia, se denuncia la infracción del artículo 56.2 del Estatuto de los Trabajadores. Este precepto establece que "En el supuesto de que la opción entre readmisión o indemnización correspondiera al empresario, el contrato de trabajo se entenderá extinguido en la fecha del despido, cuando el empresario reconociera la improcedencia del mismo y ofreciese la indemnización prevista en el párrafo a) del apartado anterior, depositándola en el Juzgado de lo Social a disposición del trabajador y poniéndolo en conocimiento de éste. Cuando el trabajador acepte la indemnización o cuando no la acepte y el despido sea declarado improcedente, la cantidad a que se refiere el párrafo b) del apartado anterior quedará limitada a los salarios devengados desde la fecha del despido hasta la del depósito, salvo cuando el depósito se realice en las cuarenta y ocho horas siguientes al despido, en cuyo caso no se devengará cantidad alguna. A estos efectos, el reconocimiento de la improcedencia podrá ser realizado por el empresario desde la fecha del despido hasta la de la conciliación". En el caso de autos, el mismo día del despido, la empresa reconoce la improcedencia y consigna en el Juzgado el importe de la indemnización, comunicándosele a la trabajadora esta circunstancia. Se cumplen, por lo tanto, todos los requisitos exigidos para que no se devenguen los salarios de tramitación. El único problema consiste en que se consigna un importe de la indemnización inferior al que correspondía. Esta diferencia asciende a 5.267,94 €. Se trata de un error excusable, derivado, por un lado, del convenio colectivo aplicable a la relación laboral, habiendo calculado la empresa el importe de la indemnización atendiendo al convenio colectivo que aparecía en el contrato de trabajo, y por otro lado, del cálculo del devengo del bonus que integraba el salario variable de la actora, por lo que, en aplicación de la jurisprudencia, sentada entre otras, en las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 2008 y 28 de febrero de 2006, se ha de concluir que no se devengan salarios de tramitación y que operan las consecuencias previstas en el artículo 56.2 ET. Procede, en consecuencia, estimar el motivo interpuesto.

TERCERO.- De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 201.1 LPL se acuerda la devolución del depósito y consignación efectuados para recurrir.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa X. SLU, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° 15 de Valencia, de fecha, 6 de octubre de 2010, en impugnación por despido, la revocamos en el sentido de estimar parcialmente la demanda interpuesta por D^a M.M.L., ratificando la calificación de despido improcedente efectuada por la empresa, así como su opción por la indemnización, declarando que la cuantía depositada es inferior a la legal, condenando a la recurrente a abonarle la indemnización de 16.907,94 €, siendo computable en esta cantidad indemnizatoria la cantidad ya recibida por el actor por idéntico concepto. Sin costas.

Sentencia núm. 340, de 3 de febrero de 2011

Materia: Invalidez: Declaración incapacidad permanente absoluta. Reconocimiento pensión vitalicia. Determinación de contingencia: Abono prestación.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda, declarando al actor afecto de una situación de incapacidad permanente en su grado de total, originada por accidente de trabajo y agravada por enfermedad común. Condena tanto al INSS como a la mutua aseguradora al abono al 50% de la prestación solicitada en la instancia.

Sala: Estima el recurso de la parte actora y del INSS y desestima el recurso de la mutua codemandada. Se le reconoce al trabajador una situación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente de trabajo, declarándose una contingencia profesional. Procede el abono de la prestación únicamente a la mutua que cubre la prestación por accidente.

Ponente. Ilmo. Sr. D. Francisco José Lluch Corell.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Por resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de 8 de julio de 2008, resolutoria de la reclamación previa, se reconoció a don J.C.M. una incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual derivada de accidente de trabajo. Frente a esta resolución se presentó demanda judicial tanto por el Sr. M-, como por la mutua I. que había sido declarada responsable del pago de la prestación. Ambas demandas fueron acumuladas y tramitadas en un mismo procedimiento y la sentencia de instancia las estimó parcialmente y declaró que el Sr. M. se encuentra afecto de incapacidad permanente en el grado de total para su profesión habitual pero “originada por accidente de trabajo y agravada por enfermedad común”; y condenó tanto al INSS como a la citada mutua al pago de la prestación correspondiente en un porcentaje del 50% cada uno de ellos.

2. Pues bien, esta sentencia es recurrida tanto por la parte actora como por representación letrada del INSS y de la mutua I. El recurso presentado por el Sr. M. tiene un doble objeto: que se declare que su incapacidad es absoluta para el ejercicio de cualquier profesión u oficio, y que se mantenga la calificación de accidente de trabajo realizada por la Entidad Gestora. Y esta última cuestión, la determinación de la contingencia, es, precisamente, el objeto de los recursos presentados por el INSS y por la mutua. Siendo estos los términos en que se ha planteado el debate en suplicación, comenzaremos examinando la primera pretensión del recurso del demandante, esto es, el alcance o grado de su incapacidad permanente, para, posteriormente, centrarnos en la determinación de la contingencia.

3. Como acabamos de señalar, se alega por la representación letrada del Sr. M. en el apartado A) del motivo único de su recurso, que la sentencia de instancia infringe el artículo 137.1 c) de la Ley General de la Seguridad Social –LGSS-, en relación con los artículos 11.1 c) y 12 de la Orden de 15 de abril de 1969, pues las dolencias que padece y las secuelas que se derivan de ellas le incapacitan no sólo para el ejercicio de su profesión habitual de conserje, sino para realizar cualquier actividad laboral.

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

5. Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia y de los recogidos con el mismo valor fáctico en su fundamentación jurídica, se desprende que en la parte actora concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedora de una incapacidad permanente absoluta. En efecto, según se recoge en el hecho probado octavo de la sentencia recurrida, el Sr. M. además de presentar una pluripatología que afecta a varios de sus miembros como son la columna cervical, cuya movilidad está limitada, el hombro izquierdo en el que también se aprecia una movilidad limitada y dolorosa, o la mano derecha afectada por el síndrome de túnel carpiano, tiene como limitaciones más incapacitantes las siguientes: a) trastorno del equilibrio con crisis de vértigo; b) síndrome orgánico cerebral con atrofia cortical que le produce pensamiento lento (bradipsia), falta de concentración, trastorno de la memoria a corto plazo y desorientación espacio-temporal; y c) síndrome psiquiátrico ansioso-depresivo crónico grave, que le provoca astenia, apatía anhedonia, insomnio y ánimo crónicamente hundido y desmotivado, sin posibilidades razonables de curación. Siendo ello así, esta Sala considera que el Sr. M. no está en condiciones razonables de realizar ninguna actividad laboral con el mínimo de exigencia, dedicación y rendimiento que son propios de todo trabajo retribuido. Pues resulta ilusorio que una persona que no se puede concentrar, que tiene problemas de memoria a corto plazo, que se desorienta con facilidad y que además tiene un ánimo hundido y desmotivado pueda realizar algún tipo de trabajo por sencillo o liviano que pueda ser. Por ello, procede estimar esta primera pretensión del actor y declarar que su incapacidad permanente lo es en el grado de absoluta para toda profesión u oficio, con las consecuencias que se recogen en la parte dispositiva de la presente resolución.

SEGUNDO.- 1. Procede entrar a continuación en la determinación de la contingencia de la incapacidad permanente reconocida al actor, cuestión en la que inciden los tres recursos que imputan a la sentencia recurrida la infracción del artículo 115.2 de la LGSS, si bien que por razones diferentes, como es obvio. Así, tanto el recurso presentado por don J.C.M. como el interpuesto por el INSS, entienden que la incapacidad permanente deriva del accidente de trabajo sufrido en el año 1998 y que la responsabilidad en el pago de la prestación le incumbe en exclusiva a la mutua I. que era la que cubría tal contingencia en el momento del accidente. Mientras que la citada mutua defiende la solución contraria, señalando que “como concurren secuelas no incapacitantes derivadas de accidente de trabajo con secuelas incapacitantes derivadas de enfermedad común” ninguna responsabilidad le debe alcanzar a ella en el pago de la prestación. Como hemos señalado al inicio de la presente resolución, lo que hizo la sentencia de instancia fue repartir al 50 por 100 la responsabilidad entre el INSS y la mutua en ausencia de “datos, argumentos o razones que fundamenten el otorgamiento de un mayor porcentaje a una contingencia sobre la otra”.

2. Ciertamente existe una constante doctrina jurisprudencial que contempla el reparto o la distribución de responsabilidades entre el INSS y la mutua, o entre mutuas, según los casos, en los supuestos de revisión por agravación del grado de incapacidad permanente previamente reconocido. Pero esta no es la situación que ahora estamos enjuiciando, pues aunque es cierto que fue en el año 1998 cuando el Sr. M. sufrió el accidente de trabajo, es la resolución del INSS que ahora se combate la que por vez primera le reconoció una incapacidad

permanente. Por tanto, no estamos ante un supuesto de revisión por agravación, en el que el reparto de responsabilidades se justifica cuando la inicial incapacidad permanente a cargo de una entidad –el INSS o la mutua- se ve agravada posteriormente por dolencias que tienen su origen en una contingencia diferente, sino ante el supuesto más común de calificación inicial de la incapacidad permanente. Y en tales casos no es posible el reparto de responsabilidades que hace la sentencia recurrida, sino que lo que hay que hacer es calificar la contingencia que ha provocado esta primera declaración de incapacidad permanente, para, acto seguido, atribuir la responsabilidad en el pago de la prestación a la entidad correspondiente en los términos previstos en el artículo 126 de la LGSS. Y, a tal efecto, habrá que atender a la primera secuela que, por sí misma, sea determinante de la incapacidad permanente. De modo que si tal secuela deriva de accidente de trabajo estaremos ante una contingencia profesional, con la consiguiente responsabilidad de la mutua, y, en caso contrario, ante una contingencia común con responsabilidad del INSS.

3. La aplicación de este criterio al presente supuesto nos conduce a la estimación de los recursos presentados por don J.C.M.A. y por el INSS, pues como se desprende de lo razonado en el apartado 5 del fundamento de derecho anterior, las secuelas invalidantes del actor derivan del accidente de trabajo sufrido en el año 1998, aunque se hayan ido agravando con el paso del tiempo, y no de las patologías degenerativas que también padece. En efecto, según se relata en el hecho tercero de la sentencia, el accidente se produjo como consecuencia de una agresión sufrida por el Sr. M. cuando se encontraba trabajando, al ser golpeado por un tercero en la cabeza y en ambos brazos. A raíz de este accidente el actor ha pasado por dos periodos de incapacidad temporal previos al que ha concluido con la declaración de incapacidad permanente. El primero de ellos fue por cervicalgia y edema contusivo en médula ósea y el segundo por depresión. Y, como decimos, ambos fueron calificados como derivados de accidente de trabajo en resoluciones confirmadas por esta Sala de lo Social. La propia sentencia recurrida destaca en su fundamentación jurídica, con valor fáctico, que la patología que tiene mayores efectos invalidantes sobre la capacidad laboral del actor es el síndrome ansioso-depresivo que tiene su origen en la agresión sufrida en el año 1998. Por tanto, dado que ha quedado acreditado que la patología invalidante trae causa del mencionado accidente de trabajo, la responsabilidad en el pago de la prestación debe recaer exclusivamente en la mutua I. que cubría el riesgo en aquella fecha, como se ha encargado de señalar el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias como las de 15 de diciembre de 2003 (rcud.12/2003), 30 de septiembre de 2003 (rcud..1163/2002) y 19 de enero de 2009. Por consiguiente, procede estimar los recursos interpuestos por el Sr.M. y por el INSS y desestimar el de la mutua.

TERCERO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 202 LPL y en relación con la mutua I. se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

2. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la citada mutua.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la mutua I., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Alicante de fecha 13 de marzo de 2009.

Estimamos los recursos presentados contra la citada sentencia por DON J.C.M.A. y por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, declaramos que don J.C.M.A. se encuentra afecto de incapacidad permanente en el grado de absoluta para toda profesión u oficial derivada de accidente de trabajo y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la mutua I. a abonar la prestación correspondiente en la cuantía del 100 por 100 de la base reguladora de 1.117,80 euros, si bien el porcentaje del 43,07 por 100 lo debe abonar la Comunidad de Propietarios Mercado El Tridente, más los incrementos y revalorizaciones y con efectos del día 8 de octubre de 2007 y sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS para el caso de insolvencia del responsable principal, así como de los reintegros a que pudiera haber lugar entre la mutua y la comunidad de propietarios.

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

Se condena a la citada mutua a que abone a cada Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

Sentencia núm. 365, de 8 de febrero de 2011

Materia: Rescisión de contrato. Retraso continuado en el pago de salarios. Las actoras solicitan la rescisión contractual y la empresa presenta demanda por despido disciplinario.

Juzgado: Estima la demanda, declarando extinguida la relación laboral de las actoras con la empresa demandada, debiendo abonar la empresa demandada determinada cantidad en concepto de indemnización.

Sala: Desestima el recurso de la parte demandada y confirma la sentencia de instancia. No existe infracción de los arts. 50.1b) y 50.2 del ET. No procede nulidad de actuaciones.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo de lo establecido en el art. 191. B LPL solicita la parte recurrente revisión del hecho probado cuarto a fin de que tenga la siguiente redacción: “El día 2 de Marzo de 2010 se presentó por parte de Dña. M.A.P.E. y por Dña. I.L.F. sendas demandas de rescisión del contrato de trabajo por impago de salarios ante los juzgados de lo social de Valencia”. El motivo merece favorable acogida porque, efectivamente, de la documental referida por la parte recurrente se advierte que en fecha 2 de Marzo de 2010 la demanda presentada lo fue solicitando rescisión contractual y no impugnación de despido, como incorrectamente consta en el relato de hechos probados. Se trata en todo caso de una mera errata que no es relevante para alterar el sentido del fallo puesto que en la fundamentación jurídica se considera correctamente el objeto de la demanda presentada el 2 de Marzo de 2010.

SEGUNDO.- Al amparo de lo establecido en el art. 191. C LPL alega la parte recurrente infracción de los artículos 50. 1 b y 50.2 del Estatuto de los Trabajadores, ambos en relación con el art. 56 del mismo texto legal. Argumenta que la relación laboral con las actoras estaba extinguida desde el 18 de Mayo de 2010, por lo que la rescisión reconocida por la jueza de instancia en su sentencia de 30 de Junio de 2010 resultaba jurídicamente imposible. El motivo no resulta admisible porque si se admitiera la posibilidad de que por medio de la acción unilateral del despido se neutralizara automáticamente la acción judicial de rescisión contractual se estaría provocando la ineffectividad del derecho contenido en el art. 50 ET y, por ende, se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 24 de la Constitución. La sentencia a la que hace referencia la parte recurrente en su recurso (STS de 2 de Mayo de 2000) no resulta aplicable en el presente supuesto porque en él se planteaba una situación de falta de reclamación judicial contra el despido una vez iniciado el procedimiento de rescisión. En aquellas circunstancias, dicha falta de acción implicaba el reconocimiento, por parte del trabajador, de la validez del despido, lo que conducía inevitablemente a la inviabilidad de la acción rescisoria. No es éste, sin embargo, el supuesto planteado en el presente supuesto, puesto que en el momento de la sentencia todavía no había cumplido todavía el plazo para presentar demanda por despido, por lo que las trabajadoras no habían reconocido la validez del despido y, consiguientemente, mantenían intacto el derecho de rescisión cuya reclamación habían planteado anteriormente.

TERCERO.- Al amparo de lo establecido en el art. 191. a LPL alega la parte recurrente infracción del art. 32 LPL en relación con los art. 50.1.b y 50.2 del Estatuto de los Trabajadores. Argumenta al respecto que la juzgadora de instancia debía haber procedido a la suspensión del

juicio hasta la interposición, en su caso, por la parte actora de la demanda de despido. De este modo podría haberse aplicado, en caso de que dicha demanda de despido se hubiera producido, la acumulación prevista en el art. 32 LPL. Pero tampoco este motivo merece prosperar. En efecto, conforme a una constante doctrina jurisprudencial manifestada, entre otras, en las SSTS de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992, seguida por numerosos pronunciamientos de diversos Tribunales Superiores de Justicia, las pautas para analizar la nulidad de actuaciones solicitada son las siguientes: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003 que “la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada”; b) ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante; f) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones; y g) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad. Pues bien, en el presente caso no cabe estimar la nulidad solicitada puesto que la parte recurrente no ha expuesto la concurrencia de indefensión por la supuesta infracción de normas procesales. De hecho, no se ha producido ninguna vulneración de normas procesales puesto que no se cumplen en el presente supuesto las condiciones para la aplicación de la acumulación de acciones prevista en el art. 32 de la LPL (dado que la demanda por despido no se había producido en el momento del juicio) y puesto que la posibilidad de suspensión del juicio es una prerrogativa del juzgador de instancia que procede o no en atención a las circunstancias concurrentes, entre las que deben considerarse los eventuales perjuicios a alguna de las partes (que no quedan acreditados en el presente caso) y la conducta previa de aquellas (sobre las que ya se ha manifestado la juzgadora de instancia en su sentencia constatando la posible existencia de maniobras dilatorias). Pero, sobre todo, no procede la nulidad de actuaciones conforme a lo establecido en el art. 191. A LPL porque la parte recurrente no ha acreditado que la falta de dicha suspensión le haya producido indefensión. De hecho ni siquiera dicha palabra (o alguna similar) se menciona en el tercer motivo del recurso. Se limita el recurso a referir que no es aplicable la doctrina del Tribunal Supremo establecida en su sentencia en unificación de doctrina de 10 de Julio de 2007 alegando que en esta sentencia sí se había aplicado la acumulación de acciones, sin tener en cuenta que la referencia de dicha sentencia del TS en la de instancia se realizó al efecto de constatar que, en el hipotético caso de que se hubieran acumulado las acciones, correspondería, en todo caso, resolver primero la acción rescisoria, que es lo que ha sucedido en el presente caso. Si no es el orden en que deben resolverse las acciones planteadas lo que pudiera ocasionar algún perjuicio a la parte recurrente en el presente caso, corresponde a ésta en todo caso evidenciar de qué otro modo la falta de acumulación de acciones motivada por la falta de suspensión le hubiera causado indefensión. Al no haberlo hecho así no se cumplen los requisitos establecidos en el art. 191 a LPL para establecer la nulidad de actuaciones solicitada, por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 202 LPL se acuerda la pérdida de las consignaciones o, en su caso, el mantenimiento de los aseguramientos prestados hasta que se cumpla la sentencia o se resuelva la realización de los mismos, así como la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir. Asimismo, y de acuerdo con lo ordenado en el art. 233.1 LPL, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por A.P. SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social N° 17 de los de Valencia y su provincia de fecha 30 de Junio de 2010; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante de su recurso la cantidad de 300 euros

Sentencia núm. 378, de 9 de febrero de 2011

Materia: Rescisión de contrato. Trabajador oficial de fontanería al servicio de empresa demandada. El actor inicia IT por accidente el trabajo, del cual se deriva una posterior incapacidad permanente parcial para ejercicio de profesión habitual. Suspensiones del contrato de trabajo. Presunción situación acoso moral: Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda y absuelve al demandado de las pretensiones formuladas en su contra.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral postulando la revisión del apartado V del hecho probado segundo del que ofrece esta redacción: “En fecha 3-7-2009 el actor inició nuevo proceso de IT, ahora por contingencias comunes, siendo el diagnóstico reseñado en el parte de baja, depresión neurótica. El actor fue diagnosticado, el día 16 de octubre de 2009 por los servicios de psiquiatría de la Agencia Valenciana de Salud, de trastorno afectivo tipo depresivo. El actor acudió para su evaluación y asesoramiento clínico al Doctor G.E., quien informa que el cuadro psicopatológico que presenta el actor responde al juicio clínico, según criterios del manual DSM-IV-TR, de Trastorno Depresivo Mayor asociado a un proceso de acoso moral que tiene lugar desde que el informado tuvo que permanecer de baja laboral por caída sufrida en marzo de 2007.”

2. El motivo debe prosperar en parte, esencialmente a efectos aclaratorios, como veremos, por cuanto si bien de los informes médicos a que alude puede deducirse con mayor precisión el cuadro clínico que presenta, no así respecto del “acoso laboral” que simplemente menciona en sus consideraciones clínicas el informe psiquiátrico obrante a los folios 79 a 84 de los autos, singularmente al folio 82, pero que ni se explica, refiriéndose a “una serie de estrategias de acoso laboral ejercidas sobre él desde su empresa” sin más concreciones, ni se recoge en las conclusiones de dicho informe, debiéndose subrayar que la introducción sin más de dicho particular en un informe médico excedería de lo que constituye valoración médica según la “lex artis” para adentrarse en valoraciones jurídicas extrañas como tales al relato histórico, máxime atendiendo a lo indicado en el fundamento jurídico segundo de la sentencia de instancia, acerca de la valoración del informe médico aportado cuando afirmaba la existencia de acoso en el trabajo, que no coincidió con lo indicado al respecto en el acto del juicio.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, denunciando infracción por inaplicación del artículo 50.1.c) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art.8.11 del T.R. de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Argumenta en síntesis que la demanda no se refería a tutela de derechos fundamentales sino a extinción de contrato de trabajo por incumplimiento grave de las obligaciones del empresario, pues tras la suspensión de su contrato de trabajo, se intentó de nuevo incluirlo en otro expediente que no fue autorizado, lo que a su juicio constituye un panorama indiciario que demuestra que está sometido a un tratamiento vejatorio y hostil reiterado, que ha provocado un trastorno depresivo, incidiendo en las

dificultades de acreditar el acoso moral al manifestarse cuando se encontraba a solas con el empresario.

2. Del relato histórico de la sentencia de instancia, complementado con los datos añadidos en la presente, destacamos: A) El actor viene prestando servicios para la empresa demandada desde el 17-7-1964, siendo su categoría profesional la de oficial 1ª. B) Inició proceso de IT en fecha 9-3-2007 siendo la causa de dicho proceso un accidente de trabajo sufrido ese mismo día. Permaneció en dicha situación hasta que se emitió alta con secuelas, siendo declarado por resolución del INSS de fecha 7-7-2008 en situación de incapacidad permanente parcial para su profesión habitual de fontanero como consecuencias de la limitación de la movilidad del hombro izquierdo. C) Mediante resolución de fecha 21-7-2008 el Director Territorial de Empleo y Trabajo de Alicante acordó, visto el acuerdo alcanzado con el demandante, autorizar a la demandada la suspensión del contrato del actor por el periodo 30-7-2008 hasta el 29-1-2009. D) A mediados de marzo de 2009 la empresa inició los trámites para obtener una segunda autorización de suspensión de contratos, ahora afectando a los 3 trabajadores de la empresa, realizándose una serie de reuniones con los afectados, mostrando su conformidad con la suspensión los Sres. D.M. y J.A., oponiéndose el demandante a que le afectase dicha medida. Formulada la solicitud ante la autoridad laboral en fecha 24-3-2009 fue autorizada la suspensión del contrato de 2 trabajadores, negándose la autorización respecto del demandante. E) En fecha 3-7-2009 el actor inició nuevo proceso de IT, ahora por contingencias comunes, siendo el diagnóstico reseñado en el parte de baja “depresión neurótica”. El actor fue diagnosticado, el día 16 de octubre de 2009 por los servicios de psiquiatría de la Agencia Valenciana de Salud, de trastorno afectivo tipo depresivo. El actor acudió para su evaluación y asesoramiento clínico al Doctor G., quien informa que el cuadro psicopatológico que presenta el actor responde al juicio clínico, según criterios del manual DSM-IV-TR, de Trastorno Depresivo Mayor, trastorno originado de forma reactiva a situación de conflicto laboral.

3. Como ya indicamos en la sentencia resolutoria del recurso 1207/06, trayendo a colación la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 23 de junio de 2003, cuyo criterio asumíamos, “el mobbing es un concepto importado, por lo que, en su integración en el ordenamiento jurídico español, a falta de una previsión legal específica, debe responder o subsumirse en categorías o prescripciones o tipos jurídicos reconocibles o identificables en nuestro sistema legal, in extenso, y ello ocurrirá normalmente, por su naturaleza, en un ámbito de protección de los derechos fundamentales, a través de artículos tales como el 10, 14, 15 y 18 de la C.E. con las consecuencias derivadas del ordenamiento jurídico “en su más amplia expresión”, la situación de mobbing implica dirigirse contra el trabajador con ánimo de “victimizarlo” “...como sublimación de la perversión, mezquindad y bajeza del sujeto activo en su tendencia a afrentar la dignidad del sujeto pasivo, cuya “victimización”, de una manera u otra, con una amplia posibilidad de manifestación, se busca, hasta producir la sensación de que es inútil o indeseable, intentando degradarle, en su expresión más antijurídica, ruin, mezquina y baja, a una supuesta dimensión de cosa, abiertamente incompatible con lo más elemental de lo que es derecho y en caso alguno compatible con él, que nace, en su expresión esencial, de la dignidad humana (artículo 10 de la Constitución Española) ... aunque fuese posible, a la luz de un conjunto de criterios (lingüísticos, psicológicos, sociológicos, jurídicos, etc.), configurar una diversidad de graduaciones o formas de mobbing, desde el genuino, probablemente radicado en o surgido de un sujeto activo colectivo o plural-téngase en cuenta que “mob”, del inglés, es traducible, en determinados contextos, como banda; y “mobbing”, como ataque ejecutado por un grupo desordenado y/o descontrolado (o banda, cuadrilla, turba, etc.), cerco o acoso-; hasta otras manifestaciones, posiblemente menos características, entre las que estaría el “bullying” o intimidación y el “bossing” o dominación por el jefe (hasta anular la personalidad), lo trascendente es la finalidad perseguida, de “victimización” ... cabría concluir que el mobbing, en su pluralidad de manifestaciones y grados podría caracterizarse como acoso, cerco, linchamiento, intimidación o dominación, referido con enfática preferencia a un plano moral o psicológico y, en su expresión más genuina, ejecutado en grupo... el acoso moral -mobbing-, es

más bien, o consiste en la creación de un ambiente hostil, hasta hacerlo insoportable para el trabajador, lo que se manifestará de forma nociva para él, y caracterizado (el ambiente o entorno de bajeza) por la transferencia de diversas proyecciones negativas tendentes al menosprecio o desprecio, al que el sujeto activo (singular, plural o colectivo) desearía enlazar la pérdida de la autoestima, el derrumbamiento psicológico, la flojedad o debilitamiento espiritual, la humillación o cualquier otra consecuencia negativa, en una extensa manifestación, como sufrimiento o castigo caprichoso y arbitrario para la víctima...”.

4. También se ha señalado por esta Sala en sentencia de 17-09-2003 (número 3367/2003), que la conducta constitutiva de acoso tiene que ser sistemática y producirse sobre un periodo de tiempo prolongado, de manera que llegue a ocasionar una perturbación grave en el trabajador. Sin que el concepto de acoso pueda ser objeto de una interpretación amplia y sin que pueda ser confundido con una situación de conflicto en las relaciones entre empresario y trabajador.

5. En el caso traído a nuestra consideración simplemente observamos unas actuaciones empresariales que se pueden encuadrar dentro de las facultades directivas que se reconocen a la empresa por los artículos 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores. Ciertamente puede ser discutible la oportunidad de la medida de la empresa tendente a incluir al actor en un segundo expediente suspensivo que no fue autorizado para el mismo pero esto no consideramos íntegro por sí mismo ninguna manifestación de una situación de acoso, lo que nos conduce a la desestimación del motivo.

6. La patología que presenta el actor, incluso admitiendo que tuviera como causa un conflicto laboral grave (de ahí que indicáramos que la revisión fáctica se admitía a efectos esencialmente aclaratorios y parcialmente), no entendemos sea el resultado de una acción de sus superiores o de sus compañeros dirigida a “victimizarla” en el sentido utilizado por la doctrina de que se hizo mención en el epígrafe 3 de este fundamento jurídico.

7. En definitiva, no se ha acreditado la existencia de indicio alguno de acoso moral de acuerdo con lo antes indicado, compartiendo la Sala los razonamientos de la sentencia de instancia acerca de que “...la situación de acoso moral no se ha producido, no habiéndose acreditado ninguna de las conductas a que se hace alusión en el hecho quinto de la demanda, no constando conducta alguna no deseada por el trabajador que tenga como objetivo o consecuencia atentar contra su dignidad y crear un entorno intimidatorio, humillante u ofensivo...”, por lo que tampoco apreciamos que la empresa haya incurrido en un incumplimiento grave de sus obligaciones, y por ende la sentencia de instancia no ha incurrido en ninguna de las infracciones jurídicas denunciadas en el motivo.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso. Sin costas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. J.M.T.Q.M. , contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Elche el día 1 de diciembre de 2009 en proceso sobre extinción de contrato seguido a su instancia contra F.J. SL, y confirmamos la aludida sentencia. Sin costas.

Sentencia núm. 402, de 11 de febrero de 2011

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que ve extinguida su relación laboral. Declaración de despido: Improcedencia del despido. Indemnización. Responsabilidad empresarial: Grupo de empresas. Responsabilidad solidaria.

Juzgado: Estima en parte la demanda, condenando a las empresas demandadas al abono de determinada cantidad más el 10% de los intereses por mora, condenando a los administradores concursales a pasar por esta declaración.

Sala: Estima el recurso estimando la responsabilidad empresarial de la empresa codemandada y absuelta en primera instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando en parte la demanda interpuesta, condena solidariamente a las empresas demandadas al pago de la cantidad que señala, más el 10% de interés por mora, condenando a los Administradores Concursales a estar y pasar por esta declaración y absolviendo a la demandada P.R. S.L.U. y a su administradora concursal T.R.A. de las pretensiones deducidas en su contra, interpone recurso de suplicación el Abogado del Estado en representación del Fondo de Garantía Salarial, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada P.R. S.L., y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191, b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que al hecho probado sexto se le de la redacción que indica en su escrito de recurso, que contiene que se adicione que el domicilio de la empresa P.R. SL, es propiedad de la empresa R. I..G. S.L.U., que se adicione que en fecha 9 de septiembre de 2005 P.R. S.L., vende las participaciones de R.I.G. SLU a D. R.S.O. y que en esa misma fecha se reduce el capital amortizando las participaciones sociales pertenecientes a D. R.S., sin que se haya efectuado realmente el pago. Y también solicita que se modifique el hecho adicionando que D. R.S. es administrador de las restantes sociedades demandadas, bien personalmente bien como administrador. Respecto de que el domicilio de la empresa patrimonial R. SL es propiedad de la empresa R. I. G. SLU no resulta directamente sin necesidad de conjeturas de los documentos en que se basa, ya que si bien en la documental obrante a los folios 187 y 188 consistente en informe del Administrador Concursal de R.I.G. SLU, documento este donde efectivamente consta que dicha sociedad es propietaria de un inmueble urbano en la urbanización el Bosque, pero en modo alguno puede deducirse que sea precisamente en el que radica de la sociedad P.R. SL. Por otro lado, y en cuanto a la operación de compraventa de acciones no perfeccionada, cabe señalar que del informe que se cita obrante al folio 72 de las actuaciones lo único que se deduce es que R.S.O. adeuda a P.R. S.L la cantidad de 78.354,51 euros por venta de acciones, más no las conclusiones que pretende extraer la recurrente. Con relación a la afirmación de que el Sr. S. es administrador de las restantes sociedades demandadas, bien personalmente bien como administrador lo que pretende amparar en los documentos a los que alude debe admitirse por cuanto así resulta de los mismos.

SEGUNDO.- Con adecuado amparo procesal se postula la revisión del ordinal fáctico para introducir un nuevo hecho probado con el número séptimo y el siguiente contenido: “SEPTIMO.- Que las mercantiles demandadas forman parte del grupo empresarial que se

publicitan como “Holding Corporación empresarial R.” disponiendo de una página web común denominada, el cual integra sociedades con actividades complementarias (promotoras, constructoras, consultoras, etc)”. Para basar esta adición fáctica se citan como documentos los obrantes al folio 28 (sentencia firme del juzgado de lo social nº 4 de los de Valencia), folio 21 (idem del juzgado de lo social nº 12) y folios 55, 151 y 226 de la prueba aportada por el Fogasa (informes de los administradores concursales) y tratándose de pruebas que no han sido contradichas, por otras de las que se extrae lo deducido cabe acceder a la revisión fáctica propuesta.

TERCERO.- También se interesa la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal octavo y el siguiente contenido: “OCTAVO.- Que las sociedades demandadas tienen entre sí vínculos de diverso tipo como participaciones accionariales de unas en otras y con los mismos administradores únicos, el matrimonio formado por D. R.S.O. y su esposa A.M.P.A., directa o indirectamente, ya que la empresa R.S.I. S.L. tiene como administrador único a Corporación Empresarial R. S.L., esta es accionista única de R.I.G. S.L., y es administrada por R.S.. R.I.G. S.L., y R.S. son socios a partes iguales de R. Obra Pública y Privada, siendo el administrador único R.S.” La adición fáctica pretendida no puede ser admitida por no aportar nada a lo ya dicho en los hechos probados de la resolución de instancia.

CUARTO.- También se interesa la adición de un nuevo hecho con el ordinal noveno y el siguiente texto: “NOVENO: Entre las distintas sociedades se da una amplia comunicación o trasvase entre los distintos patrimonios, que produce entre ellos situación de confusión”, adición fáctica que no puede alcanzar éxito por cuanto no pretende introducir hechos objetivos en el relato histórico de la sentencia de instancia, sino que lo pretendido es añadir conceptos de carácter jurídico (se da amplia comunicación o trasvase entre patrimonios que produce entre ellos una situación de confusión) que no hacen sino predeterminar el fallo de la sentencia que se dicte.

QUINTO.- Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre grupos de empresas, en concreto las sentencias que indica, así como el artículo 44 y concordantes del R. D. Legislativo 1/1.995 por el que se aprueba el Estatuto de los Trabajadores. Alegando, en síntesis, que en el caso de autos concurren los más significativos elementos que la jurisprudencia ha señalado para que pueda apreciarse la existencia, no solo de grupo unitario desde el punto de vista económico, sino desde el punto de vista empresarial, de forma que pueda estimarse que el verdadero empresario es, en los términos del artículo 1.2 del E.T. “la comunidad de bienes formada por las empresas del grupo”. Se trata de un grupo empresarial conocido como “Grupo R.” y que todas las empresas del grupo llevan esa denominación, siendo también indicativo de la existencia de esa apariencia externa de grupo la página web. Pero para que, desde el punto de vista social, las empresas integrantes del grupo empresarial respondan solidariamente de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores es necesaria la concurrencia de determinados requisitos como es la dirección unitaria, pero ello solo no basta para establecer la responsabilidad solidaria, sino que junto a ello se necesita alguno de los siguientes elementos: a) confusión de trabajadores, b) confusión de patrimonios sociales, c) apariencia externa de unidad empresarial y de dirección, y d) creación de empresas aparentes sin sustrato real. En el supuesto contemplado en esta litis concurren los elementos indiciarios suficientes para estimar la existencia de Grupo empresarial entre todas las empresas demandadas para justificar su responsabilidad solidaria y en especial de P.R. S.L. Unipersonal, ya que es la única con suficiente patrimonio para poder hacer frente a dichas responsabilidades.

En el caso que nos ocupa existen resoluciones firmes que sostienen lo afirmado por la parte recurrente, si bien es cierto que las mismas fueron dictadas sin personación de las demandadas, y que también es cierto que existen otras sentencias de las que se da cuenta en la

resolución de instancia que consideraron que tal comunicación de responsabilidades no era posible entre las sociedades respecto de las que es pacífico que forman parte del grupo y la codemandada P.R. S.L., y para resolver la cuestión debemos acudir al criterio establecido por esta Sala de lo Social en su sentencia de 18 de mayo de 2010 (Rec. 2604/09) que ha resuelto la cuestión y ello viene determinado por razones de seguridad jurídica que obligan a seguir el mismo criterio asentado en la sentencia citada.

Por tanto, debemos acudir al relato de hechos probados de la resolución de instancia, tal y como queda configurado con arreglo a los fundamentos jurídicos anteriores, para conocer los datos que tenemos de esta vinculación. En dicho relato se da cuenta de que esta sociedad se constituyó en 2.002 por D. R.S.O.- que es el administrador de todas las demás codemandadas por sí o a través de la sociedad Corporación Empresarial R. S.L- y Doña A.M.P.A. por mitad y siendo ambos sus administradores solidarios, tiene su domicilio en la urbanización el bosque de Chiva 8 a diferencia de las otras que tienen el domicilio todas ellas en la Calle X. entresuelo de Valencia, en abril de 2.004 se aumentó el capital por emisión de 130.000 participaciones sociales de 1 euro desembolsadas mediante la aportación de participaciones sociales de las que eran dueños ambos socios de la sociedad R.I.G. y el 9-9-2.005 pasó a ser una sociedad unipersonal quedando como socia única Doña A.M.P., reduciéndose el capital social en 95.000 euros mediante amortización de las participaciones de D. R. que adquirió las participaciones de R.I.; que las entidades mercantiles demandadas forman parte del grupo empresarial que se publicitan como "Holding Corporación empresarial R." disponiendo de una página web denominada "X.", el cual integra sociedades con actividades complementarias (promotoras, constructoras, consultoras, etc)".

A fin de resolver el motivo hemos de indicar que dejando de lado, la supuesta vulneración del art. 44 E.T en la resolución de instancia, pues nada se dice en la misma sobre sucesión de empresas alguna, y circunscribiéndonos a la existencia o no de grupo de empresas hemos de señalar que esta sala en la Sentencia de 20-1-2.009 (Rec Suplicación 3794/2.008), sistematizaba la jurisprudencia del TS aplicables a la cuestión que aquí debatida de la forma siguiente: "Para resolver la cuestión controvertida, conviene recordar la síntesis que sobre esta materia realiza la sentencia del Tribunal Supremo de 21 enero 1998 en los siguientes términos:

"El grupo de empresas, a los efectos laborales, ha sido una construcción jurisprudencial que no siempre siguió una línea uniforme, pero que hoy se encuentra sistematizada en la jurisprudencia de esta Sala. Así, ya se afirmó que 'no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores, sino que es necesaria, además la presencia de elementos adicionales' (Sentencias de 30 enero, 9 mayo 1990, 30 enero 1993). No puede olvidarse que como señala la sentencia de 30 junio 1993, 'los componentes del grupo tienen en principio un ámbito de responsabilidad propio como personas jurídicas independientes que son'. La dirección unitaria de varias entidades empresariales no es suficiente para extender a todas ellas la responsabilidad. Ese dato será determinante de la existencia del Grupo empresarial. No de la responsabilidad común por obligaciones de una de ellas. Como dicho queda, para lograr tal efecto, hace falta un plus, un elemento adicional, que la jurisprudencia de esta Sala ha residenciado en la conjunción de alguno de los siguientes elementos: 1.- Funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo (SS de 6 mayo 1981 y de 8 octubre 1987). 2.- Prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, a favor de varias de las empresas del grupo (SS 4 marzo 1985 y 7 diciembre 1987). ; 3.- Creación de empresas aparentes sin sustento real, determinantes de una exclusión de responsabilidades laborales (SS 11 diciembre 1985, 3 marzo 1987, 8 junio 1988 , 12 julio 1988 y 1 julio 1999). 4.- Confusión de plantillas, confusión de patrimonios, apariencia externa de unidad empresarial y unidad de dirección (SS de 9 noviembre 1990 y 30 junio 1993 EDJ1993/6495). Y todo ello teniendo en cuenta que 'salvo supuestos especiales, los fenómenos de circulación del trabajador dentro de las empresas del mismo grupo no persiguen una interposición ilícita en el contrato para ocultar al empresario real, sino que obedecen a

razones técnicas y organizativas derivadas de la división del trabajo dentro del grupo de empresas; práctica de lícita apariencia, siempre que se establezcan las garantías necesarias para el trabajador, con aplicación analógica del artículo 43 del Estatuto de los trabajadores EDL1995/13475' (SS de 26 noviembre 1990 EDJ1990/10768 y 30 junio 1993 EDJ1993/6495, que expresamente se invoca". Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, S 26-12-2001, rec. 139/2001 señala que los criterios o factores principales a partir de los cuales se construyen las líneas argumentales básicas en las que viene apoyándose la jurisprudencia para establecer la comunicación de las responsabilidades empresariales entre sociedades, pertenecientes a un mismo grupo, son los siguientes:

- 1) La confusión de plantillas
- 2) La confusión de patrimonios sociales.
- 3) La apariencia externa de unidad empresarial.
- 4) La dirección unitaria.”

Y a la vista de los datos que tuvimos en cuenta en el apartado tercero de este fundamento y de la doctrina que acabamos de exponer, contrariamente a lo señalado en la resolución de instancia tenemos indicios suficientes para sustentar la responsabilidad solidaria de la sociedad codemandada, P.R. S.L, y ello porque con excepción de la denominada “confusión de plantillas”, se han justificado la concurrencia del resto de los criterios para establecer la comunicación de responsabilidades: a) desde el momento en que las participaciones de una sociedad son entregadas a la otra para que esta amplíe capital encontrándose detrás de las mismas idénticos socios se puede predicar la existencia de confusión patrimonial; b) por otro lado, poco debe razonarse para justificarse que esta codemandada comparte con el resto la persona de su administrador el Sr. S. y que tanto por el modo de darse a conocer en el ciber-espacio, como por su propia denominación ofrece una apariencia externa de unidad con el resto de las denominadas empresas del grupo R. Finalmente, hemos de señalar que la imposibilidad de acreditar la confusión de plantillas, es un indicio del carácter patrimonial e instrumental de esta sociedad, y de su posible creación en aras eludir responsabilidades laborales, como también lo es su propia denominación “ P.R.”, así como el hecho de que sea la única de las sociedades que no comparte domicilio con el resto, coincidencias estas que hacen suponer a esta Sala que se quiso por parte de la dirección del grupo mantener, en cierto modo, a esta sociedad “apartada” del resto. Por todo ello no procede sino la estimación del motivo.

SEXTO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso y la revocación parcial de la sentencia de instancia en el sentido de extender la responsabilidad derivada de la demanda planteada por el actor a la codemandada P.R. S.L. Sin costas.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con estimación del recurso de suplicación interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 13 de VALENCIA en sus autos núm. 97/08 en fecha 8-10-2.008, procedemos a REVOCAR LA MISMA EN EL SENTIDO DE estimar la demanda interpuesta por R.M.G. respecto de P.R. SL y declarar su responsabilidad solidaria, condenándola a responder de tal forma junto con el resto de las demandadas del abono a la actora de la cantidad reclamada de 16.054,05 euros más el 10% de interés por mora, condenando a los administradores concursales a estar y pasar por esta declaración.

Sentencia núm. 417, de 11 de febrero de 2011.

Materia: Reintegro de gastos médicos. Facultativo al servicio de la Generalitat que causa baja por IT. Durante el periodo de baja ha ejercido su profesión de ginecólogo. Incompatibilidad. Infracción laboral. Sanción. Reintegro prestación indebida. Anulación resolución INSS: Procedencia.

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

Sala: Estima en parte el recurso declarando indebidamente percibida determinada cantidad por cierto periodo, condenando al INSS a pasar por esta declaración.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que desestimó su demanda solicitando la anulación de la Resolución del INSS por la que se declaraba indebidamente percibida la prestación de incapacidad temporal abonada al actor, en pago delegado, entre el 4-6-07 y el 31-8-07, en cuantía de 4.089,54€, o subsidiariamente se minorase la obligación de reintegro de las prestaciones, concretándolas a los días en que se hubiese prestado un trabajo incompatible con el percibo de la prestación.

El primer motivo del recurso, se formula al amparo de la letra b) del art. 191 de la LPL, solicitando la revisión del hecho probado tercero, a fin de que quede redactado del siguiente modo, “Durante el periodo comprendido entre el 1-junio-2007 y 31-agosto-2007, el actor realizó en el Hospital 9 de Octubre de Valencia los siguientes actos médicos: el 2-7- 2007 asistencia a un parto mediante cesárea, el 5-7-2007 asistencia a un parto, el día 18-7-07 atención a un parto mediante cesárea y un legrado, el 24-7-07 atención a un parto mediante cesárea y a un parto, y el día 5-8-2007 consistente en asistencia a un parto”, y ello en base a los folios 60, 54 y 55.

La revisión no se admite, pues el folio 60 recoge el contenido del informe de la Inspección de Trabajo, el cual ya se recoge en el siguiente hecho probado, con igual ordinal 3, y los folios 54 y 55, consisten en escrito de alegaciones del propio actor, carente por tanto de contenido revisorio.

SEGUNDO.- En el segundo motivo, redactado al amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción de jurisprudencia que establece que la pérdida de la prestación sólo puede acordarse en procedimiento sancionador, en relación con el art. 53.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social, y art. 127 y ss y art. 61 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de las Administraciones Publicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el principio non bis in idem. Sostiene el recurrente, con transcripción de STS que no conforma jurisprudencia (art. 1.6 CC), que la pérdida de la prestación por incapacidad transitoria sólo puede imponerse por la Administración de la Seguridad Social en el procedimiento sancionador, y las resoluciones aquí impugnadas no se han dictado en tal procedimiento, y no han seguido los trámites del art. 53.2 del TR de la de Ley

de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en relación con los art. 127 y ss de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, por lo que las resoluciones adolecen de nulidad de pleno derecho del art. 62.1.e) de la citada Ley 30/92.

El motivo no puede prosperar, pues como se deduce del relato fáctico, frente a la resolución imponiendo al actor sanción por la comisión de infracción grave, se sigue otro procedimiento ante el Juzgado de lo Social nº 13, siendo el objeto del presente procedimiento la impugnación de la resolución del INSS, declarando como indebidamente percibida la prestación de incapacidad abonada, por pago delegado, al actor entre el 4-6-2007 y el 31-8-2007, en cuantía de 4.089,54 euros, y ello en base 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, en cuyo art. 47.3 se dice, “3. Las sanciones a que se refiere este artículo se entienden sin perjuicio del reintegro de las cantidades indebidamente percibidas”, y del art. 45.1 de la LGSS, que dice, “1. Los trabajadores y las demás personas que hayan percibido indebidamente prestaciones de la Seguridad Social vendrán obligados a reintegrar su importe”, sin que ello suponga vulneración del principio non bis in idem, ya que el reintegro de lo indebidamente percibido no supone sanción de las previstas en la LISOS.

TERCERO.- En el tercer motivo, redactado igualmente la amparo de la letra c) del art. 191 de la LPL, se denuncia la vulneración del art. 132 de la LGSS. Sostiene el recurrente que el actor justificó su incapacidad temporal con los partes médicos de baja y alta, sin que la realización de actos médicos ocasionales demuestren su capacidad para el trabajo por corresponder a la misma profesión.

El art. 132.1 de la LGSS, dice “1. El derecho al subsidio por incapacidad temporal podrá ser denegado, anulado o suspendido: a) Cuando el beneficiario haya actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación. b) Cuando el beneficiario trabaje por cuenta propia o ajena”.

De los hechos declarados probados se desprende que el actor, médico de la Generalitat Valenciana, permaneció en situación de IT, por lesión de tobillo, del 1-6-07 al 31-8-07, percibiendo un total de 4089,54€, en concepto de prestación, y durante dicho periodo realizó actividades, por su cuenta, como médico ginecólogo, en el Hospital 9 de Octubre, reconociéndose por el actor haber realizado los siguientes actos médicos: el 2-7-2007 asistencia a un parto mediante cesárea, el 5-7-2007 asistencia a un parto, el día 18-7-07 atención a un parto mediante cesárea y un legrado, el 24-7-07 atención a un parto mediante cesárea y a un parto, y el día 5-8-2007 consistente en la asistencia a un parto. De todo lo cual debe concluirse que, desde el 2-7-07, pues no constan actos médicos con anterioridad a dicha fecha, el actor no se encontraba impedido para trabajar como médico, y en consecuencia es conforme a derecho el reintegro de lo indebidamente percibido, como subsidio de IT, desde el 2-7-07 hasta el 31-8-07, en la cuantía que se determine en ejecución de sentencia, pues conforme a lo dispuesto en el art. 57 de la LGSS, corresponde al INSS la gestión y administración de las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social, lo que conlleva la estimación parcial del recurso.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de V.J.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.5 de los de Valencia, de fecha 7-5-2010, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSS; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida y con estimación parcial de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones, declaramos indebidamente percibida por el actor la prestación de incapacidad temporal abonada desde el 2-7-2007 al 31-8-2007, y la obligación del actor de reintegrar la cantidad que resulte de dicho periodo, condenando al INSS a estar y pasar por esta declaración.

Sentencia núm. 428, de 14 de febrero de 2011

Materia: Trabajadores al servicio de empresa demandada, con sucesivos contratos eventuales. Sucesión de empresas en las que han ejercido su actividad. Reclamación de derecho y cantidad: Reconocimiento de bienes. Reconocimiento de bienes como antigüedad o como complemento personal de antigüedad. Devengo del complemento. Nuevo cálculo. Estimación.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de los actores a recibir los bienes solicitados a efectos del plus “ad personam” más los intereses previstos por ley.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Existía una clara voluntad negociadora de extinción del complemento de antigüedad, que dejó de devengarse, y su sustitución por complemento personal. No procede recalcular la cantidad que corresponde a los trabajadores en concepto de antigüedad.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la representación letrada de la empresa demandada, la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por diversos trabajadores y la condenó a abonarles determinadas cantidades en concepto de complemento “ad personam”. El recurso se interpone al amparo del apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral –en adelante, LPL-, y tiene un único motivo. En el mismo se denuncia la infracción de los artículos 45 del convenio básico de ámbito estatal para la Fabricación de Conservas Vegetales vigente en el periodo 1994-1996, art. 2.3 del Código Civil y la disposición transitoria primera de la Ley 12/2001, de 9 de julio, en relación con el artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores –en lo sucesivo, ET- y con la Directiva 1999/70 CEE del Consejo de 29 de junio, relativa al Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada. La tesis que se sustenta en el escrito de recurso es que no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 15.6 del ET, toda vez que el complemento de antigüedad se dejó de devengar y desapareció el 1 de enero de 1996. Ante todo debemos indicar que idéntica controversia a la que ahora se plantea en este procedimiento ya ha sido resuelta por esta misma Sala en sentencias de 17-11-09, 20-11-09, 4-12-09 y 10-12-09, por lo que atendiendo a elementales cuestiones de igualdad en la aplicación de la ley y seguridad jurídica, a lo en ellas decidido hemos de estar.

2. Y así, a efectos de resolver la cuestión controvertida, hemos de comenzar señalando que lo que en realidad se está solicitando por los demandantes en este procedimiento, es que se reinterprete el acuerdo al que llegaron las partes negociadoras del convenio colectivo de ámbito estatal para la Fabricación de Conservas Vegetales en el año 1995 –que se reproduce en los convenios sucesivos hasta el vigente-, a la luz de la nueva redacción que la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, dio al artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores.

3. Lo primero que hay que aclarar es que, como seguidamente veremos, en el sector productivo en el que prestan servicios los demandantes, el complemento de antigüedad dejó de devengarse en el mes de diciembre de 1995 y se sustituyó por un complemento “ad

personam” que se acordó que se incrementaría cada año en la misma proporción que el salario base, como así ha ocurrido. Este dato es de capital importancia para resolver la controversia, porque si la discusión versara sobre el modo de calcular los trienios o bienios a percibir en la actualidad por los trabajadores de la empresa, la solución sería bien simple, dado que tales conceptos deberían computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, tal y como dispone el artículo 15.6 del ET, desde la redacción dada por la Ley 12/2001. Pero como acabamos de señalar, en el caso que ahora se enjuicia el complemento de antigüedad se dejó de devengar el 31 de diciembre de 1995, tal y como se estableció, primero en el artículo 45 de los convenios vigentes en los años 1995, 1997 y 2002, y después en el artículo 42 del actual convenio colectivo publicado en el BOE 210/2005 de 2 de septiembre. En todos ellos se decía textualmente que “A partir del 1 de enero de 1996 los trabajadores del sector dejaron de devengar antigüedad con carácter definitivo.”

4. Para comprender esta previsión convencional, debemos remontarnos a la situación anterior a la reforma introducida en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modificaron determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 122/1994, de 23 de mayo de 1994). Y así nos encontramos con que el antecedente del artículo 42 del vigente convenio colectivo, se encuentra en el convenio colectivo de ámbito estatal para las Industrias de Conservas Vegetales y sus Trabajadores (BOE 174/1979, de 14 de agosto), en cuyo artículo 13 se regulaba el complemento de antigüedad en los siguientes términos: “Todo el personal fijo afectado por este Convenio percibirá un aumento por años de servicio consistente en bienios, cuyo valor sea del dos y medio por ciento cada bienio sin limitación en el tiempo, calculado sobre el salario de convenio”. La Ley 11/1994, de 19 de mayo, despositivizó determinadas materias que venían reguladas en el Estatuto de los Trabajadores hasta entonces como de derecho necesario y, entre ellas, la referida a la promoción económica de los trabajadores regulada en el artículo 25 del ET. De tal manera que el derecho a la promoción económica que hasta entonces tenía reconocido todo trabajador, pasó a ser potestativo en los términos fijados en convenio colectivo o contrato individual.

5. Así las cosas, no es muy aventurado afirmar que esta previsión legal, que supuso un cambio sustancial en el régimen jurídico de los derechos económicos del trabajador vinculados al tiempo de permanencia en la empresa, informó el artículo 45 del convenio colectivo de ámbito estatal para la Fabricación de Conservas Vegetales que se publicó en el año 1995 –y que como hemos visto se ha mantenido inalterable hasta la actualidad–, pues como se decía en la exposición de motivos de la Ley 11/1994: “De acuerdo con estas ideas, la reforma del Estatuto se mueve en una doble dirección: potenciar el desarrollo de la negociación colectiva, como elemento regulador de las relaciones laborales y las condiciones de trabajo, e introducir mecanismos de adaptabilidad equilibradamente repartidos entre las distintas fases del desarrollo de la relación laboral (...) Así, nuevas facultades para la negociación colectiva, susceptibles de enriquecer sus contenidos muy por encima de lo hasta ahora conocido, se reflejan en los arts. 14, 15, 16, 22, 23, 25, 26, 29, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 51. En todos ellos la ley regula principios susceptibles de ser desarrollados o, incluso, modificados (allí donde la ley no considera necesaria su configuración como mínimos) a través de la negociación de las partes en las empresas y en los sectores. Este proceso de cesión de la norma estatal en favor de la convencional, que responde plenamente al contenido constitucional del derecho a la negociación colectiva, es especialmente perceptible en aspectos tales como la ordenación de la estructura del salario, la distribución de la jornada o los derechos de promoción en la empresa”.

6. Así pues, de la antigua regulación del complemento de antigüedad en los términos recogidos en el artículo 13 del convenio de Industrias de Conservas Vegetales se pasó,

tras la reforma de la Ley 11/1994, a la establecida en el artículo 45 del convenio básico de ámbito estatal para la Fabricación de Conservas Vegetales (BOE 242/1995, de 10 de octubre), que a su vez se ha recogido en el actual artículo 42, en el que se establece lo siguiente: “Artículo 42. Antigüedad (Plus «ad personam») 1. Régimen hasta el 31 de diciembre de 1995: Todo el personal fijo afectado por este Convenio percibía un aumento por años de servicio consistente en bienios a razón de 2,5 por 100 cada uno.

Los trabajadores fijos discontinuos devengaron el complemento personal de antigüedad, computándose los bienios a razón del tiempo efectivamente prestado o, lo que es igual, por cada 450 días de trabajo efectivo.

2. Régimen aplicable a partir de 1 de enero de 1996: La antigüedad regulada en este artículo quedó fijada en el importe que tuviere cada trabajador al 31 de diciembre de 1995. Dicha cantidad, que tendrá el carácter de complemento «ad personam», tendrá los mismos aumentos porcentuales que se pacten para el salario base y no podrá ser objeto de compensación o de absorción con los incrementos retributivos de los conceptos salariales del presente convenio colectivo.

A partir del 1 de enero de 1996 los trabajadores del sector dejaron de devengar antigüedad con carácter definitivo y como compensación la Tabla de los salarios base del Convenio se incrementó durante 1997 y 1998 en un 2%, respectivamente.”

7. A la vista de lo expuesto, no cabe duda que tanto de una interpretación histórica como gramatical del precepto, se desprende con claridad que la voluntad de las partes negociadoras del convenio de 1995, fue la de poner fin al complemento de antigüedad que se venía devengando hasta ese momento, en cuanto retribución vinculada al tiempo de permanencia en la empresa, con efectos de 31 de diciembre de 1995. De modo que a partir del 1 de enero de 1996, la cantidad que cada trabajador venía percibiendo por ese concepto –que estaba establecida en un 2,5% por cada bienio de prestación de servicios-, pasó a convertirse en un complemento “ad personam” y a incrementarse en el mismo porcentaje que el salario base.

8. Es cierto y no se discute, que cuando se fijaron las cantidades que cada trabajador tenía derecho a percibir a 31 de diciembre de 1995, no se computaron los periodos previos en que habían estado vinculados a la empresa mediante contratos temporales, pero también lo es, que en ese momento tal pacto convencional era perfectamente legal, pues no sólo no había entrado en vigor la Ley 12/2001, sino que tampoco se había aprobado y publicado la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, que se publicó en el Diario Oficial Comunidades Europeas (DOCE) 175/1999, de 10 de julio de 1999, cuyo artículo 3 disponía su entrada en vigor para el día siguiente al de su publicación, estableciéndose en su artículo 2 que los Estados miembros disponían hasta el 10 de julio de 2001 para poner en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva.

9. Por tanto, siendo ello así, la pretensión de los demandantes de que se les vuelva a calcular la cantidad que les fue fijada en diciembre de 1995 en concepto de antigüedad, carece del necesario soporte normativo. Pero es que además, tampoco se puede desconocer que ese pacto que entonces era absolutamente legal, fue el reflejo de la negociación colectiva y quedó incorporado a un convenio colectivo estatutario, por lo que su revisión actual en base a una

normativa posterior –como una especie de efecto Lázaro- supondría desconocer y alterar el equilibrio interno del convenio. Por último debemos señalar que la doctrina establecida en la STS de 17 de mayo de 2004 (rcud.122/2003) que se cita en la sentencia recurrida, no resulta de aplicación al presente supuesto, porque lo que en ella se resuelve es algo bien distinto a lo que se discute en el presente proceso, toda vez que lo que se reclamaba en aquél procedimiento era el derecho del personal laboral de la Generalidad Valenciana “a ser retribuido por el concepto de antigüedad en las mismas condiciones que el personal fijo, en función de los trienios que cumpla en cada momento”; mientras que como hemos señalado al inicio de esta resolución, en el sector en el que prestan servicios los demandantes, el complemento de antigüedad dejó de devengarse el 31 de diciembre de 1995.

10. Las razones expuestas conducen a la estimación del único motivo del recurso presentado por la empresa contra 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 la empresa B.I. S.A.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Valencia de fecha 3 de julio de 2009, en virtud de demanda presentada a instancia de Doña E.L.P. y OTROS DIEZ y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sentencia núm. 465, de 15 de febrero de 2011

Materia: Despido. Trabajadores al servicio de empresas codemandadas con contratos de trabajo de duración determinada. Existencia de arrendamiento de servicios. Extinción de la relación laboral por finalización del servicio de mantenimiento.

Juzgado: Estima la demanda declarando como despido improcedente los ceses de los demandantes, declarando la existencia de cesión ilegal de los trabajadores entre las empresas codemandadas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera ajustado a derecho la extinción de la relación laboral por finalización del servicio del mantenimiento. La empresa en que los trabajadores prestaban sus servicios no ha obtenido la nueva adjudicación de la contrata. No queda probada una cesión ilegal de trabajadores ni fraude de ley en la contratación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.-Se interpone recurso de suplicación por la Abogacía del Estado, - que en el acto del juicio representó a CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL RADIO NACIONAL DE ESPAÑA S.A., y SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A.-, frente a la sentencia de instancia que declara despidos improcedentes el cese de los actores y la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre las codemandadas, y establece que habiendo optado los trabajadores por ser reincorporado a La Sociedad Mercantil Estatal de Televisión Española S.A., y si no fuese posible por la Corporación de Radio Televisión Española S.A., condena a las demandadas a estar y pasar por esta elección, estableciendo que la sociedad que vaya a ser la empleadora de los trabajadores, según la elección realizada, podrá optar en el plazo de cinco días, desde la notificación de la presente resolución, entre la readmisión de los trabajadores como contratados laborales indefinidos con la antigüedad acreditada para cada uno de ellos en esta resolución o por la indemnización que se cuantifica, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, condenado solidariamente a las codemandadas al abono de la indemnización, si la elegida opta por esta, y a los salarios de tramitación, tanto si opta por la readmisión como por la indemnización.

2.- El recurso se articula en dos motivos, redactados por el cauce de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). En el primero cita STS de 14-9-01, 17-1-02, 16-6-03, Art. 43 y 42 ET, Ley 30/07, STS 17-12-01, 25-10-99, 17-2-93, 31-1-95, así como Sentencias de TSJ, que no conforman jurisprudencia (Art. 1.6 CC). Sostiene el recurrente que la verdadera empleadora de los actores es C. SA, que por el expediente 83/94 se contrato la prestación de servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones de climatización, fontanería, electricidad y contra incendios del edificio América sito en Parque Tecnológico de Paterna, y por expediente 531/97, firmado el 3-2-98, se contrató el mantenimiento y conservación de las instalaciones, contrato prorrogado hasta su resolución notificada el 15-11-09, con efectos 28-2-10, ello motivado por nuevo proceso de licitación, expediente 2009/10195, resultando adjudicataria E. SA, que no concurren los supuestos de cesión ilegal, que al administración tiene la obligación de controlar y supervisar la ejecución de

los contratos para velar por la correcta prestación de servicios, pudiendo dictar instrucciones precisas, no debiendo confundirse con las ordenes del Art. 1.1. del ET, que las ordenes dadas por RTVE eran innecesarias o bien encomiendas ajenas a la contrata que los actores asumieron voluntariamente en situación ignorada por la Administración, buscando la condición de personal laboral indefinido de la Administración sin superar proceso selectivo, que C. SA ejercía su poder de dirección dando ordenes, que debe valorarse si las ordenes impartidas por empleados de la Administración son legítimas, a fin de evitar que la injerencia de funcionarios o empleados laborales en la Administración, sin capacidad ni legitimación para vincularla contractualmente, puedan transformar contratos válidos en contratos supuestamente fraudulentos para que entre en juego el Art. 43 del ET, con cita STS de 20-1-98, 11-12-02, 11-11-03, sobre declaración de indefinición sin fijeza, que el acceso a TVE SA debe ser selectivo con respeto a los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad, con cita de los Art. 23.2, 103, y 14 de la CE.; que C. SA cuenta con organización propia, asumía el control y dirección de la actividad, quedando los trabajadores bajo su dependencia, ostentando facultades disciplinarias, los actores no formaron parte de la organización de TVE, C. SA tenía un interlocutor designado J.L.Q.C. SA organizaba los turnos, vacaciones y permisos y cubría con su personal sustituto, los actores vestían uniforme de C. SA y accedían a TVE por la garita de seguridad como personal ajeno, sin acceso a las aplicaciones informáticas de RTVE, quien no tuvo poder de elección de personal.

En el segundo motivo del recurso, se discrepa del fallo, alegando que no puede confundirse la opción del Art. 43 del ET, con la del Art. 56 del ET., con cita de STS de 5-2-08, rec. 4713/2006, de modo que si el trabajador elige RTVE para mantener la relación laboral, esta tiene el derecho de opción sobre la indemnización o readmisión.

3.- La distinción entre la contrata de obras y servicios reconocida por el ordenamiento jurídico como un supuesto admisible de descentralización productiva aunque sometida a determinadas cautelas y garantías, y el fenómeno ilícito de la cesión de mano de obra, consistente, en la interposición en el contrato de trabajo de un tercer elemento, entre el trabajador y el verdadero empleador que recibe los servicios de aquél, que asume aparente y ficticiamente la cualidad de empresario, evitando de modo fraudulento que el verdadero empresario soporte las obligaciones y responsabilidades que deberían corresponderle, con merma de los derechos de los trabajadores sometidos al tráfico ilícito. Así, tal como recogen los fundamentos Cuarto y Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2001, de los que se hace eco la sentencia de la misma Sala, de 14 de Marzo del 2006, Recurso: 66/2005 " CUARTO.- Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1997 y 3 de febrero de 2000, que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de

los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios. QUINTO.- El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la sentencia de 17 de enero de 1991 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando "la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables", aparte de "mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección" y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11 de octubre de 1993, que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal".

“Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció que la cesión puede tener lugar "aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta" y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización "no se ha puesto en juego", limitándose su actividad al "suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo" a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 y en el auto de 28 de septiembre de 1999.

4.- Para dilucidar si en el presente caso estamos ante un auténtico arrendamiento de servicios entre las codemandadas se ha de acudir al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, y de los que ahora interesa destacar los siguientes datos: los actores han venido prestando servicios como electricistas, en virtud de contratos de trabajo por obra o servicio determinado, para el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones de climatización, fontanería, electricidad y contra incendios del Edificio América, Parque Tecnológico de Paterna, servicios contratado a C. SA por RTVE, indicándose en sus contratos de trabajo que la duración de los mismos era por la duración de la contrata con RTVE; que C. SA es una empresa real, y como tal suscribió contrato de arrendamiento de servicios con RTVE SA, en virtud de adjudicación de la contrata; que los actores realizaban su trabajo a turnos, cubriendo los 365 días del año, conforme a los cuadros que ellos mismos elaboraban, siendo C. SA quien fijaba las vacaciones, turnos, horarios y permisos y contrataba a un cuarto trabajador

para cubrir las vacaciones de los actores; que utilizaban uniforme de C. SA y sus herramientas, aunque también las herramientas que RTVE SA tiene en el centro de trabajo; que existía un responsable de C. SA, quien acudía al centro de trabajo cuando era necesario, y a quien se dirigía RTVE para las grandes reparaciones y sus presupuestos, que las funciones realizadas por los actores eran las propias de electricistas, y fontanería y parte mecánica de las maquinas; que los actores carecen de acreditación para acceder a las instalaciones de RTVE. De todo lo cual debe concluirse que no se dan los requisitos para considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, pues las contrata entre RTVE y C. SA lo es para la realización de trabajos que no son los propios de la actividad de grabación y emisión de audiovisuales RTVE; sin que el hechos de que la realización de trabajos diarios, como cambios de bombillas, se les indicase a los actores, directamente por algún miembro de RTVE, suponga cesión ilegal, pues como se ha dicho existía un responsable de C. SA; como tampoco supone cesión ilegal, el que los actores pudiesen utilizar la herramientas de RTVE, o que colaborasen voluntariamente, sin que conste orden por parte de C. SA, en trabajos de carpintería o de montaje de algún estudio. Procediendo por lo expuesto, la estimación del recurso, y la absolución de los recurrentes.

Y no existiendo indicios de cesión ilegal, ni de fraude de ley, en la contratación suscrita entre RTVE y C. SA, en fecha 3-02-98, tras la tramitación de expediente para la oferta pública y adjudicación a la misma, contrato número 98/ 496, cuyo objeto es, “ PROYECTO DE CONTRATO DE MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN INTEGRAL DE LAS INSTALACIONES EXISTENTES EN TVE S.A. DE VALENCIA”, y siendo que tal como consta en los hechos probados, las contrataciones por obra o servicio determinado de los actores estaba vinculadas a la duración del contrato con RTVE, debe concluirse que, habiendo comunicado RTVE a C. SA, carta de extinción del contrato nº 1998/0496, con el siguiente tenor literal: “ En con el contrato suscrito con Uds. nº 1998/0496, para realizar el mantenimiento de climatización, en las Instalaciones de Televisión Española en Valencia (Parque Tecnológico-Paterna), les comunicamos que damos por resuelto el mismo con fecha 28-02-2010, y no constando que C. haya resultado la nueva adjudicataria de la contrata, el cese de los actores, comunicado el 15-1-10, con efectos 28-2-10, por agotamiento de la duración del servicio de mantenimiento con RTVE por fin de contrato, es conforme al Art. 49 del ET, lo que supone la desestimación de las demandas de los actores.

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 la Abogacía del Estado en nombre de Sociedad Mercantil Estatal de Televisión Española SA, Corporación de Radio Televisión Española SA y, Sociedad mercantil Estatal Radio Nacional de España SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia, de fecha 3-9-2010, en virtud de demanda presentada a instancia de M.A.M.N. Y OTROS DOS, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de las demandas iniciadoras de las presentes actuaciones absolvemos a los demandados de la reclamación deducida frente a los mismos.

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

Sentencia núm. 465, de 15 de febrero de 2011

Materia: Despido. Trabajadores al servicio de empresas codemandadas con contratos de trabajo de duración determinada. Existencia de arrendamiento de servicios. Extinción de la relación laboral por finalización del servicio de mantenimiento.

Juzgado: Estima la demanda declarando como despido improcedente los ceses de los demandantes, declarando la existencia de cesión ilegal de los trabajadores entre las empresas codemandadas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera ajustado a derecho la extinción de la relación laboral por finalización del servicio del mantenimiento. La empresa en que los trabajadores prestaban sus servicios no ha obtenido la nueva adjudicación de la contrata. No queda probada una cesión ilegal de trabajadores ni fraude de ley en la contratación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.-Se interpone recurso de suplicación por la Abogacía del Estado, -que en el acto del juicio representó a CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL RADIO NACIONAL DE ESPAÑA S.A., y SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A.-, frente a la sentencia de instancia que declara despidos improcedentes el cese de los actores y la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre las codemandadas, y establece que habiendo optado los trabajadores por ser reincorporado a La Sociedad Mercantil Estatal de Televisión Española S.A., y si no fuese posible por la Corporación de Radio Televisión Española S.A., condena a las demandadas a estar y pasar por esta elección, estableciendo que la sociedad que vaya a ser la empleadora de los trabajadores, según la elección realizada, podrá optar en el plazo de cinco días, desde la notificación de la presente resolución, entre la readmisión de los trabajadores como contratados laborales indefinidos con la antigüedad acreditada para cada uno de ellos en esta resolución o por la indemnización que se cuantifica, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, condenado solidariamente a las codemandadas al abono de la indemnización, si la elegida opta por esta, y a los salarios de tramitación, tanto si opta por la readmisión como por la indemnización.

2.- El recurso se articula en dos motivos, redactados por el cauce de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). En el primero cita STS de 14-9-01, 17-1-02, 16-6-03, Art. 43 y 42 ET, Ley 30/07, STS 17-12-01, 25-10-99, 17-2-93, 31-1-95, así como Sentencias de TSJ, que no conforman jurisprudencia (Art. 1.6 CC). Sostiene el recurrente que la verdadera empleadora de los actores es C. SA, que por el expediente 83/94 se contrato la prestación de servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones de climatización, fontanería, electricidad y contra incendios del edificio América sito en Parque Tecnológico de Paterna, y por expediente 531/97, firmado el 3-2-98, se contrató el mantenimiento y conservación de las instalaciones, contrato prorrogado hasta su resolución notificada el 15-11-09, con efectos 28-2-10, ello motivado por nuevo proceso de licitación, expediente 2009/10195, resultando adjudicataria E. SA, que no concurren los supuestos de cesión ilegal, que al administración tiene la obligación de controlar y supervisar la ejecución de

los contratos para velar por la correcta prestación de servicios, pudiendo dictar instrucciones precisas, no debiendo confundirse con las ordenes del Art. 1.1. del ET, que las ordenes dadas por RTVE eran innecesarias o bien encomiendas ajenas a la contrata que los actores asumieron voluntariamente en situación ignorada por la Administración, buscando la condición de personal laboral indefinido de la Administración sin superar proceso selectivo, que C. SA ejercía su poder de dirección dando ordenes, que debe valorarse si las ordenes impartidas por empleados de la Administración son legítimas, a fin de evitar que la injerencia de funcionarios o empleados laborales en la Administración, sin capacidad ni legitimación para vincularla contractualmente, puedan transformar contratos válidos en contratos supuestamente fraudulentos para que entre en juego el Art. 43 del ET, con cita STS de 20-1-98, 11-12-02, 11-11-03, sobre declaración de indefinición sin fijeza, que el acceso a TVE SA debe ser selectivo con respeto a los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad, con cita de los Art. 23.2, 103, y 14 de la CE.; que C. SA cuenta con organización propia, asumía el control y dirección de la actividad, quedando los trabajadores bajo su dependencia, ostentando facultades disciplinarias, los actores no formaron parte de la organización de TVE, C. SA tenía un interlocutor designado J.L.Q.C. SA organizaba los turnos, vacaciones y permisos y cubría con su personal sustituto, los actores vestían uniforme de C. SA y accedían a TVE por la garita de seguridad como personal ajeno, sin acceso a las aplicaciones informáticas de RTVE, quien no tuvo poder de elección de personal.

En el segundo motivo del recurso, se discrepa del fallo, alegando que no puede confundirse la opción del Art. 43 del ET, con la del Art. 56 del ET., con cita de STS de 5-2-08, rec. 4713/2006, de modo que si el trabajador elige RTVE para mantener la relación laboral, esta tiene el derecho de opción sobre la indemnización o readmisión.

3.- La distinción entre la contrata de obras y servicios reconocida por el ordenamiento jurídico como un supuesto admisible de descentralización productiva aunque sometida a determinadas cautelas y garantías, y el fenómeno ilícito de la cesión de mano de obra, consistente, en la interposición en el contrato de trabajo de un tercer elemento, entre el trabajador y el verdadero empleador que recibe los servicios de aquél, que asume aparente y ficticiamente la cualidad de empresario, evitando de modo fraudulento que el verdadero empresario soporte las obligaciones y responsabilidades que deberían corresponderle, con merma de los derechos de los trabajadores sometidos al tráfico ilícito. Así, tal como recogen los fundamentos Cuarto y Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2001, de los que se hace eco la sentencia de la misma Sala, de 14 de Marzo del 2006, Recurso: 66/2005 " CUARTO.- Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1997 y 3 de febrero de 2000, que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de

los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios. QUINTO.- El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contrata, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contrata como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la sentencia de 17 de enero de 1991 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando "la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables", aparte de "mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección" y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11 de octubre de 1993, que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal".

“Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció que la cesión puede tener lugar "aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta" y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización "no se ha puesto en juego", limitándose su actividad al "suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo" a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 y en el auto de 28 de septiembre de 1999.

4.- Para dilucidar si en el presente caso estamos ante un auténtico arrendamiento de servicios entre las codemandadas se ha de acudir al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, y de los que ahora interesa destacar los siguientes datos: los actores han venido prestando servicios como electricistas, en virtud de contratos de trabajo por obra o servicio determinado, para el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones de climatización, fontanería, electricidad y contra incendios del Edificio América, Parque Tecnológico de Paterna, servicios contratado a C. SA por RTVE, indicándose en sus contratos de trabajo que la duración de los mismos era por la duración de la contrata con RTVE; que C. SA es una empresa real, y como tal suscribió contrato de arrendamiento de servicios con RTVE SA, en virtud de adjudicación de la contrata; que los actores realizaban su trabajo a turnos, cubriendo los 365 días del año, conforme a los cuadros que ellos mismos elaboraban, siendo C. SA quien fijaba las vacaciones, turnos, horarios y permisos y contrataba a un cuarto trabajador

para cubrir las vacaciones de los actores; que utilizaban uniforme de C. SA y sus herramientas, aunque también las herramientas que RTVE SA tiene en el centro de trabajo; que existía un responsable de C. SA, quien acudía al centro de trabajo cuando era necesario, y a quien se dirigía RTVE para las grandes reparaciones y sus presupuestos, que las funciones realizadas por los actores eran las propias de electricistas, y fontanería y parte mecánica de las maquinas; que los actores carecen de acreditación para acceder a las instalaciones de RTVE. De todo lo cual debe concluirse que no se dan los requisitos para considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, pues las contrata entre RTVE y C. SA lo es para la realización de trabajos que no son los propios de la actividad de grabación y emisión de audiovisuales RTVE; sin que el hecho de que la realización de trabajos diarios, como cambios de bombillas, se les indicase a los actores, directamente por algún miembro de RTVE, suponga cesión ilegal, pues como se ha dicho existía un responsable de C. SA; como tampoco supone cesión ilegal, el que los actores pudiesen utilizar la herramientas de RTVE, o que colaborasen voluntariamente, sin que conste orden por parte de C. SA, en trabajos de carpintería o de montaje de algún estudio. Procediendo por lo expuesto, la estimación del recurso, y la absolución de los recurrentes.

Y no existiendo indicios de cesión ilegal, ni de fraude de ley, en la contratación suscrita entre RTVE y C. SA, en fecha 3-02-98, tras la tramitación de expediente para la oferta pública y adjudicación a la misma, contrato número 98/ 496, cuyo objeto es, “PROYECTO DE CONTRATO DE MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN INTEGRAL DE LAS INSTALACIONES EXISTENTES EN TVE S.A. DE VALENCIA”, y siendo que tal como consta en los hechos probados, las contrataciones por obra o servicio determinado de los actores estaba vinculadas a la duración del contrato con RTVE, debe concluirse que, habiendo comunicado RTVE a C. SA, carta de extinción del contrato nº 1998/0496, con el siguiente tenor literal: “En con el contrato suscrito con Uds nº 1998/0496, para realizar el mantenimiento de climatización, en las Instalaciones de Televisión Española en Valencia (Parque Tecnológico-Paterna), les comunicamos que damos por resuelto el mismo con fecha 28-02-2010, y no constando que C. haya resultado la nueva adjudicataria de la contrata, el cese de los actores, comunicado el 15-1-10, con efectos 28-2-10, por agotamiento de la duración del servicio de mantenimiento con RTVE por fin de contrato, es conforme al Art. 49 del ET, lo que supone la desestimación de las demandas de los actores.

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 la Abogacía del Estado en nombre de Sociedad Mercantil Estatal de Televisión Española SA, Corporación de Radio Televisión Española SA y, Sociedad mercantil Estatal Radio Nacional de España SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia, de fecha 3-9-2010, en virtud de demanda presentada a instancia de M.A.M.N. Y OTROS DOS, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de las demandas iniciadoras de las presentes actuaciones absolvemos a los demandados de la reclamación deducida frente a los mismos.

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

Sentencia núm. 465, de 15 de febrero de 2011

Materia: Despido. Trabajadores al servicio de empresas codemandadas con contratos de trabajo de duración determinada. Existencia de arrendamiento de servicios. Extinción de la relación laboral por finalización del servicio de mantenimiento.

Juzgado: Estima la demanda declarando como despido improcedente los ceses de los demandantes, declarando la existencia de cesión ilegal de los trabajadores entre las empresas codemandadas.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera ajustado a derecho la extinción de la relación laboral por finalización del servicio del mantenimiento. La empresa en que los trabajadores prestaban sus servicios no ha obtenido la nueva adjudicación de la contrata. No queda probada una cesión ilegal de trabajadores ni fraude de ley en la contratación.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.-Se interpone recurso de suplicación por la Abogacía del Estado, - que en el acto del juicio representó a CORPORACIÓN DE RADIO Y TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A., SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL RADIO NACIONAL DE ESPAÑA S.A., y SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL TELEVISIÓN ESPAÑOLA S.A.-, frente a la sentencia de instancia que declara despidos improcedentes el cese de los actores y la existencia de cesión ilegal de trabajadores entre las codemandadas, y establece que habiendo optado los trabajadores por ser reincorporado a La Sociedad Mercantil Estatal de Televisión Española S.A., y si no fuese posible por la Corporación de Radio Televisión Española S.A., condena a las demandadas a estar y pasar por esta elección, estableciendo que la sociedad que vaya a ser la empleadora de los trabajadores, según la elección realizada, podrá optar en el plazo de cinco días, desde la notificación de la presente resolución, entre la readmisión de los trabajadores como contratados laborales indefinidos con la antigüedad acreditada para cada uno de ellos en esta resolución o por la indemnización que se cuantifica, con abono en ambos casos de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la presente resolución, condenado solidariamente a las codemandadas al abono de la indemnización, si la elegida opta por esta, y a los salarios de tramitación, tanto si opta por la readmisión como por la indemnización.

2.- El recurso se articula en dos motivos, redactados por el cauce de la letra c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL). En el primero cita STS de 14-9-01, 17-1-02, 16-6-03, Art. 43 y 42 ET, Ley 30/07, STS 17-12-01, 25-10-99, 17-2-93, 31-1-95, así como Sentencias de TSJ, que no conforman jurisprudencia (Art. 1.6 CC). Sostiene el recurrente que la verdadera empleadora de los actores es C. SA, que por el expediente 83/94 se contrato la prestación de servicio de mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones de climatización, fontanería, electricidad y contra incendios del edificio América sito en Parque Tecnológico de Paterna, y por expediente 531/97, firmado el 3-2-98, se contrató el mantenimiento y conservación de las instalaciones, contrato prorrogado hasta su resolución notificada el 15-11-09, con efectos 28-2-10, ello motivado por nuevo proceso de licitación, expediente 2009/10195, resultando adjudicataria E. SA, que no concurren los supuestos de cesión ilegal, que al administración tiene la obligación de controlar y supervisar la ejecución de

los contratos para velar por la correcta prestación de servicios, pudiendo dictar instrucciones precisas, no debiendo confundirse con las ordenes del Art. 1.1. del ET, que las ordenes dadas por RTVE eran innecesarias o bien encomiendas ajenas a la contrata que los actores asumieron voluntariamente en situación ignorada por la Administración, buscando la condición de personal laboral indefinido de la Administración sin superar proceso selectivo, que C. SA ejercía su poder de dirección dando ordenes, que debe valorarse si las ordenes impartidas por empleados de la Administración son legítimas, a fin de evitar que la injerencia de funcionarios o empleados laborales en la Administración, sin capacidad ni legitimación para vincularla contractualmente, puedan transformar contratos válidos en contratos supuestamente fraudulentos para que entre en juego el Art. 43 del ET, con cita STS de 20-1-98, 11-12-02, 11-11-03, sobre declaración de indefinición sin fijeza, que el acceso a TVE SA debe ser selectivo con respeto a los principios de igualdad, mérito, publicidad y capacidad, con cita de los Art. 23.2, 103, y 14 de la CE.; que C. SA cuenta con organización propia, asumía el control y dirección de la actividad, quedando los trabajadores bajo su dependencia, ostentando facultades disciplinarias, los actores no formaron parte de la organización de TVE, C. SA tenía un interlocutor designado J.L.Q.C. SA organizaba los turnos, vacaciones y permisos y cubría con su personal sustituto, los actores vestían uniforme de C. SA y accedían a TVE por la garita de seguridad como personal ajeno, sin acceso a las aplicaciones informáticas de RTVE, quien no tuvo poder de elección de personal.

En el segundo motivo del recurso, se discrepa del fallo, alegando que no puede confundirse la opción del Art. 43 del ET, con la del Art. 56 del ET., con cita de STS de 5-2-08, rec. 4713/2006, de modo que si el trabajador elige RTVE para mantener la relación laboral, esta tiene el derecho de opción sobre la indemnización o readmisión.

3.- La distinción entre la contrata de obras y servicios reconocida por el ordenamiento jurídico como un supuesto admisible de descentralización productiva aunque sometida a determinadas cautelas y garantías, y el fenómeno ilícito de la cesión de mano de obra, consistente, en la interposición en el contrato de trabajo de un tercer elemento, entre el trabajador y el verdadero empleador que recibe los servicios de aquél, que asume aparente y ficticiamente la cualidad de empresario, evitando de modo fraudulento que el verdadero empresario soporte las obligaciones y responsabilidades que deberían corresponderle, con merma de los derechos de los trabajadores sometidos al tráfico ilícito. Así, tal como recogen los fundamentos Cuarto y Quinto de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 14 de septiembre de 2001, de los que se hace eco la sentencia de la misma Sala, de 14 de Marzo del 2006, Recurso: 66/2005 " CUARTO.- Lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es un supuesto de interposición en el contrato de trabajo. La interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal. Esto implica, como ha señalado la doctrina científica, varios negocios jurídicos coordinados: 1) un acuerdo entre los dos empresarios -el real y el formal- para que el segundo proporcione al primero trabajadores que serán utilizados por quien, sin embargo, no asume jurídicamente la posición empresarial; 2) un contrato de trabajo simulado entre el empresario formal y el trabajador y 3) un contrato efectivo de trabajo entre éste y el empresario real, pero disimulado por el contrato de trabajo formal. La finalidad que persigue el artículo 43 Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones, que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo, cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real, o la disminución de las garantías cuando aparecen empleadores ficticios insolventes. Pero ello no implica que toda cesión sea necesariamente fraudulenta o tenga que perseguir un perjuicio de los derechos de los trabajadores y de ahí la opción que concede el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores. Así lo ha reconocido la Sala en las sentencias de 21 de marzo de 1997 y 3 de febrero de 2000, que señalan que en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores bajo el concepto común de cesión se regulan en realidad fenómenos distintos

y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, debe distinguirse entre cesiones temporales de personal entre empresas reales que no tienen necesariamente la finalidad de crear una falsa apariencia empresarial para eludir las obligaciones y responsabilidades de la legislación laboral a través de una empresa ficticia insolvente y las cesiones en las que el cedente es un empresario ficticio. El fenómeno interpositorio puede producirse, por tanto, entre empresas reales en el sentido de organizaciones dotadas de patrimonio y estructura productiva propios. QUINTO.- El problema más importante de delimitación del supuesto del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores se produce en relación con las contratas, cuya licitud reconoce el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular el acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer en las circunstancias de cada caso el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador, pudiendo citarse, entre ellos, la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (sentencia de 7 de marzo de 1988), el ejercicio de los poderes empresariales (sentencias de 12 de septiembre de 1988, 16 de febrero de 1989, 17 de enero de 1991 y 19 de enero de 1994) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico (capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva...). A este último criterio se refiere también la sentencia de 17 de enero de 1991 cuando aprecia la concurrencia de la contrata cuando "la empresa contratista ejerce actividad empresarial propia y cuenta, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables", aparte de "mantener a los trabajadores de su plantilla dentro del ámbito de su poder de dirección" y, en sentido similar, se pronuncia la sentencia de 11 de octubre de 1993, que se refiere a la mera apariencia o ficción de empresa como "característica del supuesto de cesión ilegal".

“Pero esto no significa que sólo en el caso de empresas aparentes, sin patrimonio ni estructura productiva relevantes, pueda darse la cesión. Como fenómeno interpositorio de carácter jurídico, la cesión puede actuar completamente al margen de la realidad o solvencia de las empresas, aunque en la práctica sea frecuente la utilización de testaferros que suelen carecer de esa realidad empresarial. Así la sentencia de 16 de febrero de 1989 estableció que la cesión puede tener lugar "aun tratándose de dos empresas reales si el trabajador de la una trabaja permanentemente para la otra y bajo las órdenes de ésta" y la sentencia de 19 de enero de 1994 establece que, aunque se ha acreditado que la empresa que facilita personal a otra tiene una actividad y una organización propias, lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización "no se ha puesto en juego", limitándose su actividad al "suministro de la mano de obra o fuerza de trabajo" a la empresa arrendataria. El mismo criterio se reitera en la sentencia de 12 de diciembre de 1997 y en el auto de 28 de septiembre de 1999.

4.- Para dilucidar si en el presente caso estamos ante un auténtico arrendamiento de servicios entre las codemandadas se ha de acudir al inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia, y de los que ahora interesa destacar los siguientes datos: los actores han venido prestando servicios como electricistas, en virtud de contratos de trabajo por obra o servicio determinado, para el mantenimiento preventivo y correctivo de las instalaciones de climatización, fontanería, electricidad y contra incendios del Edificio América, Parque Tecnológico de Paterna, servicios contratado a C. SA por RTVE, indicándose en sus contratos de trabajo que la duración de los mismos era por la duración de la contrata con RTVE; que C. SA es una empresa real, y como tal suscribió contrato de arrendamiento de servicios con RTVE SA, en virtud de adjudicación de la contrata; que los actores realizaban su trabajo a turnos, cubriendo los 365 días del año, conforme a los cuadros que ellos mismos elaboraban, siendo C. SA quien fijaba las vacaciones, turnos, horarios y permisos y contrataba a un cuarto trabajador para cubrir las vacaciones de los actores; que utilizaban uniforme de C. SA y sus herramientas,

aunque también las herramientas que RTVE SA tiene en el centro de trabajo; que existía un responsable de C. SA, quien acudía al centro de trabajo cuando era necesario, y a quien se dirigía RTVE para las grandes reparaciones y sus presupuestos, que las funciones realizadas por los actores eran las propias de electricistas, y fontanería y parte mecánica de las maquinas; que los actores carecen de acreditación para acceder a las instalaciones de RTVE. De todo lo cual debe concluirse que no se dan los requisitos para considerar la existencia de cesión ilegal de trabajadores, pues las contrata entre RTVE y C. SA lo es para la realización de trabajos que no son los propios de la actividad de grabación y emisión de audiovisuales RTVE; sin que el hechos de que la realización de trabajos diarios, como cambios de bombillas, se les indicase a los actores, directamente por algún miembro de RTVE, suponga cesión ilegal, pues como se ha dicho existía un responsable de C. SA; como tampoco supone cesión ilegal, el que los actores pudiesen utilizar la herramientas de RTVE, o que colaborasen voluntariamente, sin que conste orden por parte de C. SA, en trabajos de carpintería o de montaje de algún estudio. Procediendo por lo expuesto, la estimación del recurso, y la absolución de los recurrentes.

Y no existiendo indicios de cesión ilegal, ni de fraude de ley, en la contratación suscrita entre RTVE y C. SA, en fecha 3-02-98, tras la tramitación de expediente para la oferta pública y adjudicación a la misma, contrato número 98/ 496, cuyo objeto es, “PROYECTO DE CONTRATO DE MANTENIMIENTO Y CONSERVACIÓN INTEGRAL DE LAS INSTALACIONES EXISTENTES EN TVE S.A. DE VALENCIA”, y siendo que tal como consta en los hechos probados, las contrataciones por obra o servicio determinado de los actores estaba vinculadas a la duración del contrato con RTVE, debe concluirse que, habiendo comunicado RTVE a C. SA, carta de extinción del contrato nº 1998/0496, con el siguiente tenor literal: “ En con el contrato suscrito con Uds nº 1998/0496, para realizar el mantenimiento de climatización, en las Instalaciones de Televisión Española en Valencia (Parque Tecnológico-Paterna), les comunicamos que damos por resuelto el mismo con fecha 28-02-2010, y no constando que C. haya resultado la nueva adjudicataria de la contrata, el cese de los actores, comunicado el 15-1-10, con efectos 28-2-10, por agotamiento de la duración del servicio de mantenimiento con RTVE por fin de contrato, es conforme al Art. 49 del ET, lo que supone la desestimación de las demandas de los actores.

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 la Abogacía del Estado en nombre de Sociedad Mercantil Estatal de Televisión Española SA, Corporación de Radio Televisión Española SA y, Sociedad mercantil Estatal Radio Nacional de España SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 12 de los de Valencia, de fecha 3-9-2010, en virtud de demanda presentada a instancia de M.A.M.N. Y OTROS DOS, y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de las demandas iniciadoras de las presentes actuaciones absolvemos a los demandados de la reclamación deducida frente a los mismos.

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

Sentencia núm. 556, de 22 de febrero de 2011

Materia: Tutela de los derechos fundamentales: discriminación sexual y por ser madre. Trabajadora al servicio de empresa demandada, que tras una situación de IT por maternidad y tras solicitar reducción de jornada por guarda legal, es trasladada de un centro de trabajo a otro, ubicado 13 km. más lejos de su domicilio. La empresa argumenta razones organizativas. Procedencia.

Juzgado: Desestima la excepción de inadecuación del procedimiento y estima la demanda declarando que la decisión de traslado de la actora a otro centro de trabajo vulnera su derecho fundamental a no ser discriminada en atención a su sexo y cualidad de madre.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No queda probado por la empresa la necesidad de ese traslado.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Martínez Zamora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia formula la empresa demandada recurso, impugnado por la actora, en el que, al amparo del art.191 c) y 179.2 de la L.P.L., alegando, en síntesis, “falta de concreción en la descripción de los hechos incluidos en la demanda” y “ausencia de indicios relacionados con la supuesta vulneración que indica la trabajadora”, lo que le causa indefensión, al impedirle formular los adecuados argumentos en su defensa, alegando únicamente su maternidad pero sin explicar en que ha podido ello influir en la vulneración del derecho de igualdad, por lo que no debe invertirse la carga de la prueba ni dar lugar a la vulneración pretendida, revocando la sentencia de instancia.

El motivo no debe prosperar pues aparte de que, alegando indefensión con vulneración de normativa procesal, no se pide reposición de autos al momento que se considere oportuno, como sería lo procedente al amparo del art.191 a) de la L.P.L., sino desestimación de la demanda, no se aprecia en ésta el defecto legal denunciado, ni sería de apreciar la “exceptio libeli inepti”, ya presenta los datos fácticos necesarios para que la demandada pueda articular su defensa y el juzgado pronunciarse sobre el fondo de la cuestión planteada. Por otra parte, frente a lo alegado, sí se aportan suficientes indicios de discriminación que permiten invertir la carga de la prueba, destacando la sentencia impugnada, como tales, que primero la actora estuvo de baja por IT, después en situación de baja maternal por el nacimiento de una hija en noviembre 2009, además solicitó disfrutar en 2010 las vacaciones anuales no disfrutadas en el año anterior, que le fueron concedidas y la acumulación de jornada por lactancia, y antes de reincorporarse la empresa le comunicó su traslado a otro centro de trabajo (de San Juan a 10,42 km de su domicilio, al de Elche, a 23,81 km) por razones organizativas, sin especificar dato alguno al respecto; también consta que el 19-4-10 la actora solicitó reducción de jornada por guarda legal de 35 horas semanales, a lo que accedió la empresa pero no al horario propuesto por la trabajadora (h.p.5º); frente a estos indicios de verosímil vulneración constitucional, la empresa no acredita de forma suficiente que su actuación obedeció a causas extrañas a dicha vulneración; y por el contrario, consta que en el centro de San Juan prestan “en la actualidad” servicio tres trabajadoras, dos de ellas en virtud de contratos temporales y no se entiende que ante la reincorporación de la actora se contratara a otra trabajadora para sustituirla en lugar de destinarla a la plaza vacante en Elche, manteniendo a aquella en su puesto anterior.

SEGUNDO.- También se alega infracción del art.8 de la L.O. 3/2007 de 22 de marzo, en relación con el art.14 CE, porque entiende, en resumen que han quedado más que acreditadas las causas que motivaron el traslado de la demandante (aumento del nivel de ventas en San Juan por lo que se consideró oportuno mantener su plantilla y constató la necesidad de mano de obra en Elche...); que la mayor parte del personal de la empresa está formado por mujeres que cuando sean madres disfrutaran del permiso de maternidad, que los traslados de sus empleados entre los centros de trabajo, dentro del “ius variandi” son habituales y siempre amparados en causas organizativas y productivas y no en represalias por maternidad; y solicita que se desestime la demanda y se declare la procedencia de la decisión empresarial cuestionada.

Tampoco este motivo merece favorable acogida pues se basa en una serie de afirmaciones que (salvo lo relativo al importe de las ventas realizadas en la tienda de San Juan h.p.7º) otros datos sufridos en el h.p.8) no resultan de los hechos probados, y lo que se acredita no justifica de forma directa y suficiente la actuación de la empresa frente a la demandada o su conducta similar entre supuestos semejantes.

Procede, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida, imponiendo a la empresa que, como costas, abone a la parte impugnante del recurso la cantidad de 250 euros en concepto de su letrado.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de P.A.B. S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 4 de Alicante, de fecha 30 de septiembre de 2010, en virtud de demanda formulada a instancia de D^a M.N.S.T., y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Se decreta la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Se condena a la recurrente a que abone al letrado impugnante la cantidad de 250 euros, en concepto de honorarios de letrado.

Sentencia núm. 630, de 1 de marzo de 2011

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador al servicio de empresas codemandadas que tras despido improcedente ve extinguida su relación laboral. Se obliga a las empresas codemandadas al pago de determinada cantidad en concepto de indemnización y salarios de tramitación. Posteriormente, el actor solicita prestación por desempleo al INEM. Cobro indebido de la prestación. Irregularidades en el expediente administrativo.

Juzgado: Desestima la demanda sobre compensación de cobro indebido de prestación de desempleo, absolviendo a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra.

Sala: Estima parcialmente el recurso, declarando el derecho del actor a que no le sean descontadas ni compensadas de su prestación de desempleo las cantidades correspondientes a salarios de tramitación derivados de los despidos referidos en los hechos probados, que se consideran como no percibidos, con devolución, en su caso, de la suma que se le haya podido deducir en exceso respecto al importe total de dicha prestación. Se condena a los codemandados a pasar por esta declaración y al INEM a dejar de compensar en la prestación de desempleo del actor las cantidades correspondientes a los referidos salarios de tramitación, con devolución, en su caso, de la suma que haya podido deducir en exceso.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Antonio Martínez Zamora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre el actor la sentencia de instancia interesando, al amparo del art. 191. a) LPI y a tenor del artículo 240 LOPJ, reposición de autos al momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que le han causado indefensión por el INSTITUTO NACIONAL EMPLEO no presentó en el plazo de 10 días que le fue concedido, el expediente administrativo, sino en el acto del juicio, y además, incompleto; y solicita declaración de nulidad y retroacción de actuaciones desde el auto 23-2-2010.

El motivo no debe prosperar porque: a) no se indica cuáles son las normas o garantías del procedimiento que se consideran infringidas (art. 191 a) LPL); b) no consta protesta previa de parte en el acto del juicio (p. Ej. STS 30-6-93) y c) no se aprecia indefensión en esta actuación irregular pues como señala el propio demandante, por ello “se ve en la obligación de tener que revisar varios hechos de la sentencia...” y, por tanto, concurre causa de nulidad, cuya admisión ha de ser restringida, cautelosa y limitada a los supuestos de efectiva indefensión; un remedio último y excepcional, como dice la STS de 11-12-2003.

SEGUNDO.- Interesa el recurrente que los hechos probados 3º, 6º, 7º, 8º y 9º de la sentencia queden con la redacción que propone, aquí por reproducida, a lo que se accede únicamente en el sentido de que: en el 3º, “que dicha reclamación fue impugnada, solicitando que se declarase que la deuda no existe (f.21); en el 6º “las cantidades reconocidas al respecto por el FOGASA aparecen en la casilla “salarios” y no en la de “salarios de trámite” (f 78 a81); en el 7º respecto a la supresión del último párrafo (f. 67); el 8º se admite en su totalidad; f. 17 y 25 dos resoluciones del INSTITUTO NACIONAL EMPLEO de la misma fecha 16-6-09; una que revoca la Resolución de 24-11-08 (f. 55) que reconoció la prestación del 25-8-08 a 24-10-10; y otra objeto de este pleito, que reconoce la prestación de 27-5-09 a 26-5-11, y compensa, por cobro indebido, 9.766,57€; 9º sí en cuanto a la cantidad de 114 euros de devolución

fraccionada, porque así resulta en esos puntos de los documentos que cita pero no se accede en cuanto al resto, bien por no deducirse directamente, sin necesidad de conjeturas o razonamientos de la prueba en que se basa (3º, 6º) fundarse en manifestaciones escritas del propio interesado sin eficacia revisora (7º) y, en general por no razonarse ni evidenciarse su trascendencia ni el irrefutable error del juzgador “a quo”.

TERCERO.- Denuncia el recurso infracción de los arts. 209.5 LGSS, 33 del RD 625/1985, 145 de la LPL y 1172 del CC, porque entiende, en resumen, que no se ha seguido el procedimiento establecido en dicho art. 33 RD 625/85, y en cuanto al fondo, porque no procede la reclamación ni compensación de las dos deudas que el INSTITUTO NACIONAL EMPLEO parece considerar a cargo del trabajador; la primera porque es la empresa la que viene obligada a su abono ya que el Fogasa no abonó salarios de tramitación, al imputar el pago (art. 1172 cc) a salarios debidos; la seguida porque la empresa, aunque haya sido condenada a ello, no ha pagado (ni puede pagar) salarios de tramitación, ni el Fogasa tampoco, y solicita que se estime la demanda.

El motivo debe ser acogido parcialmente, pues si bien, por una parte las irregularidades alegadas en el expediente administrativo, no causan indefensión, como se ha dicho, ni sería motivo por si solas para estimar la demanda, y se cumple además, en lo sustancial, lo específico sobre el tema, que autoriza la actuación del INSTITUTO NACIONAL EMPLEO con garantías suficientes para el interesado, en cuanto al fondo, de los hechos probados resulta que el 15-2-08 la empresa despidió al actor por causas objetivas que en acta de conciliación judicial de 7-7-08 aquella reconoció nulo, debiendo abonar los salarios de tramitación. El actor estuvo de vacaciones del 8 al 22-7-08 y del 30-7 al 30-9-08, la empresa se comprometió a tramitar la suspensión del contrato del actor “por falta de ocupación efectiva e imposibilidad de pagar los salarios” sin que llegara a tramitar dicho expediente, reincorporándose el actor a la empresa el 1-10-08 solicitando baja de la prestación que venía percibiendo, y el día 3 del mismo mes el FOGASA acordó abonar al actor la cantidad de 6.690 euros de salarios (que corresponden, según la empresa a salarios devengados de 16-2 a 22-7-08). Por otra parte, tras el despido por causas objetivas después reconocido nulo, el INSTITUTO NACIONAL EMPLEO, a instancias del demandante le concedió prestación de 720 días e inicio del 20-2-08 mediante resolución de 26-2-08, revocada por la de 3-12-08 y éste a su vez, anulada por la de 27-2-09, por haber cobrado –según se dice- salarios de tramitación del FOGASA; Y EL 1-6-09 EL INEM revoca la prestación reconocida el 26-2-08, declara indebida la prestación por importe de 6.058,50 euros y limita

De todo ello destacan dos circunstancias; la situación concursal de la empresa, que se comprometió a tramitar la suspensión del contrato por falta de ocupación e imposibilidad de pagar los salarios, y que lo percibido por el actor del Fogasa no pueden considerarse, con los datos existentes, como salarios de tramitación; y como señala la STS de 26-3-2007 (Rc 1646/06), sólo procede el reintegro de las cantidades indebidamente percibidas en concepto de desempleo si se abonan efectivamente los salarios de tramitación que la empresa fue condenada a pagar, ya que la finalidad de la norma es evitar la doble percepción de unas rentas sustitutivas del salario. Por lo tanto, visto el suplico de la demanda, el INSTITUTO NACIONAL EMPLEO no deberá descontar ni compensar las cantidades correspondientes a salarios de tramitación (al menos 6690 euros), que se consideran no percibidos por el trabajador, con devolución, en su caso de suma que haya podido deducir en exceso.

FALLO

Que estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado, revocamos la sentencia dictada con fecha 5 de Mayo de 2010 por el juzgado de lo Social nº 12 de Valencia, en los autos nº 342/10, y en su lugar, estimando la demanda formulada por D. J.A.L.M., en sus dos primeras peticiones, declaramos su derecho a que no le sean compensadas ni descontadas de su prestación de desempleo las cantidades correspondientes a salarios de tramitación derivados de los despidos referidos en los hechos probados, que se consideran como no percibidos, con devolución, en su caso, de la suma que se le haya podido deducir en exceso respecto al importe total de dicha prestación condenado a los demandados FONDO DE GARANTIA SALARIAL, M.A.C. SL, T.R.A., M.D.L., A.C. E HIJOS SL, J.A.F.M. E INSTITUTO NACIONAL EMPLEO, a pasar por tal declaración, y al INSTITUTO NACIONAL EMPLEO, a dejar de compensar en la prestación de desempleo del actor las cantidades correspondientes a los referidos salarios de tramitación, con devolución, en su caso, de la suma que haya podido deducir en exceso.

Sentencia núm. 668, de 2 de marzo de 2011

Materia: Rescisión de contrato. Trabajador al servicio de empresa demandada con la categoría de conductor. Se le extingue su contrato por causas económicas y se le abona determinada cantidad en concepto de indemnización y por falta de preaviso. La empresa ha obtenido beneficios en los dos años anteriores a la fecha de la extinción laboral. Cálculo de la cuantía indemnizatoria.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda y declara la improcedencia de la extinción, condenando a la demandada a readmitir al trabajador en las mismas condiciones que regían con anterioridad al cese o al abono de determinada cantidad en concepto de indemnización.

Sala: Estima en parte el recurso, reconociendo al actor una indemnización mayor en el supuesto que la empresa opte por rescindir la relación laboral, confirmando la sentencia de instancia respecto al resto del asunto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor, la sentencia que ha declarado improcedente el despido objetivo por causa económica que se enjuicia en el procedimiento.

El recurso contiene dos motivos. El primero, formulado por el cauce del apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, para “revisar los hechos probados en base a las pruebas documentales y periciales practicadas”. El motivo, en realidad, no propone texto alternativo del hecho primero que combate en cuanto a la antigüedad ya expresada en la demanda de 4 de septiembre de 1998, que dice acordada libremente en el contrato de trabajo (documento nº 1 de la actora) y cierta ante la incomparecencia de la empresa que fue citada para la prueba de interrogatorio. Señala que la motivación para acoger la de 5-1-01 no expresa norma o doctrina jurisprudencial que explique la decisión que de forma tan rotunda y contundente se expresa en la sentencia, que la empresa debió ser tenida por confesa, que va contra sus propios actos y que de haber comparecido se le hubiera preguntado la razón del reconocimiento en el contrato de la antigüedad pretendida que se apoya en que desde la fecha solicitada el actor ha prestado servicios para D. R.E.M., hijo y miembro de la familia propietaria de la sociedad demandada, quien ejerció la actividad como persona física hasta la constitución de la mercantil, por lo que obedece a un cambio de titularidad de la empresa familiar (sucesión de empresa) con todo lo que ello conlleva, como se desprende de lo establecido en el art. 44 del Estatuto de los Trabajadores, aportando junto con el recurso informe de vida laboral del demandante, quedando con ello aclarada la razón del reconocimiento expreso en el contrato de la antigüedad debatida, antigüedad que sirvió para calcular la indemnización ofrecida y percibida por el trabajador según se desprende del contenido de la carta de despido, que tiene efectos de 25-2-2010, en la que aparece la indemnización de 11.749 euros, que teniendo en cuenta el salario de 51,05 euros diarios, es la correspondiente a la antigüedad que solicita y se ha ingresado en la cuenta del trabajador.

Por su parte el segundo motivo, sin mencionar precepto procesal en que se apoya, interesa que de conformidad con lo expuesto, se eleve la indemnización del despido improcedente declarado a la cantidad de 26.393 euros, lo que supone una diferencia con respecto a la señalada en la sentencia de 20.982 euros, de 5.410,85 euros.

SEGUNDO.- El recurso debe ser estimado pese a los defectos observados en su formulación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores, en caso de improcedencia del despido el trabajador tiene derecho a percibir una indemnización de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades. Como se ha puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo con reiteración –por ejemplo en la STS de 26-9-2001 (recurso 4414/2000)-, en la se que citan otras muchas anteriores, a propósito de la cuantificación de la indemnización derivada de la declaración de improcedencia del despido, el módulo de cuarenta y cinco días de salario que establece el artículo 56.1.a) del ET actúa sobre el tiempo de servicios prestados y no sobre la mayor antigüedad reconocida. De modo que para que se tenga en cuenta el criterio de la antigüedad a efectos del cálculo de la indemnización por despido, se requiere que exista un pacto concreto o disposición que así lo establezca (“antigüedad a todos los efectos”); o que se acredite la existencia de una actuación empresarial realizada en fraude de ley para perjudicar los derechos de los trabajadores, tal y como ocurre, en la sucesión de empresas, y en algún supuesto de contratación temporal sucesiva del mismo trabajador en la que se dejan pasar unos lapsos temporales entre la finalización de un contrato y la formalización de otro nuevo, o en los casos de simulación de la figura del empresario real a través de la creación ficticia de grupos de empresas.

En el supuesto que nos ocupa, aunque la “ficta confesio”, es una facultad que corresponde al Magistrado de Instancia (art. 91.2 de la Ley de Procedimiento Laboral), debe admitirse la antigüedad solicitada desde la demanda de 4 de septiembre de 1998, no solo porque así se haya reconocido en la cláusula adicional del contrato de trabajo de 5 de enero de 2001, que no especifica que lo sea “a todos los efectos”, sino porque fue la tomada por la empresa para calcular la indemnización de 20 días que correspondían al demandante como consecuencia del despido objetivo que le fue comunicado, por lo que ante la incomparecencia de la empresa al acto del juicio no cabe sino concluir que obedece a efectiva prestación de servicios a una anterior empresa sucedida por la demandada (art. 44 del Estatuto de los Trabajadores).

Por lo expuesto procede estimar el recurso y revocar parcialmente la sentencia, para elevar la indemnización que corresponde al despido improcedente declarado a la de 25.900,87euros, calculada sobre el salario regulador de 51,05 euros y antigüedad de 4-9-1998 hasta el despido de efectos 25-2-2010 (11,5 años) que como se observa es ligeramente inferior a la reclamada.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don E.R.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Alicante de fecha 12 de julio de 2010; y, en consecuencia, revocamos en parte la sentencia recurrida en el particular relativo a la cuantía de la indemnización que procede percibir al actor si opta la empresa por la extinción que se cifra en la cantidad de 25.900,87 euros, confirmándola en el resto.

Sin costas.

Sentencia núm. 727, de 4 de marzo de 2011

Materia: Minusvalía: Revisión baremos. El demandante con una agudeza visual inferior al 10% y un grado de minusvalía del 93%, cuando deambula por terreno con obstáculos, corre el riesgo de tropezar siempre que no vaya acompañado de otra persona. Solicitud de concurso de tercera persona y movilidad reducida.

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

Sala: Estima el recurso declarando el derecho del actor a que se le reconozca la movilidad reducida a efectos de utilización de transportes colectivos.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate desestimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la representación letrada de la parte actora, proponiendo dos motivos de impugnación, referidos a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

En primer término, se propone amparado en lo instituido en el art.191 b) de la Ley de procedimiento laboral la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia para que en base al informe social aportado en el acto de juicio se señalen las concretas limitaciones que tiene el demandante para deambular o para sobrepasar escalones, todo ello como consecuencia de su falta de visión, oído y habla.

El motivo no podrá tener favorable acogida dado que la concreción de la limitación como leve o grave señalada en el motivo acarrearía una clara predeterminación del fallo a dictar al ser aquella la que condiciona la aplicación directa del Baremo regulador al reconocimiento interesado por lo que no resulta procedente su inclusión en los términos interesados, significándose, además, que la sentencia ya concreta en el hecho probado tercero las disfunciones clínicas que afectan al demandante con deducción de su correspondiente incidencia a la hora del análisis de las dificultades para la utilización de transportes colectivos.

SEGUNDO.- El siguiente motivo, dedicado a la censura jurídica, debidamente encajado en lo previsto en el art.191 c) de la LPL plantea la infracción por incorrecta aplicación del Baremo del Capítulo Primero del Anexo 3 del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, en relación con el art.25 del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero. Se argumenta en el escrito de recurso que la parte actora no ha sido objeto de una debida valoración en cuanto a las limitaciones que presenta en relación a la falta o reducción de la movilidad siendo para ello indiferente el hecho de poder recibir ayuda de una tercera persona que carecería de incidencia sobre la capacidad real de la persona minusválida en lo que atañe a la movilidad, sosteniéndose que el demandante se encontraría incluido dentro de las limitaciones graves previstas en los apartados D a H del Anexo 3 superándose los siete puntos exigidos que le haría acreedor del reconocimiento de movilidad reducida en el certificado de minusvalía.

Para la determinación de la existencia de dificultades de movilidad para utilizar transportes colectivos a que se refiere el párrafo b) del artículo 25 del Real Decreto 383/1984, de 1 de febrero, se atenderá al baremo que figura como Anexo III de este Real Decreto,

considerándose la existencia de tal dificultad siempre que el presunto beneficiario se encuentre incluido en alguna de las situaciones descritas en los apartados A), B) o C) del baremo o, aun no estándolo, cuando obtenga un mínimo de 7 puntos por encontrarse en alguna de las situaciones recogidas en los restantes apartados del citado baremo. El Anexo III del Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, establece el Baremo para determinar la existencia de dificultades para utilizar transportes colectivos disponiéndose al efecto de los siguientes elementos de valoración:

	Sí	No
A) Usuario o confinado en silla de ruedas		
B) Depende absolutamente de dos bastones para deambular		
	Sí	No
C) Puede deambular pero presenta conductas agresivas o molestas de difícil control, a causa de graves deficiencias intelectuales que dificultan la utilización de medios normalizados de transporte		

	No tiene dificultad	Limitación leve	Limitación grave	Limitación muy grave (no puede)
D) Deambular en un terreno llano	0	1	2	3
E) Deambular en terreno con obstáculos	0	1	2	3
F) Subir o bajar un tramo de escaleras	0	1	2	3
G) Sobrepasar un escalón de 40 cm	0	1	2	3
H) Sostenerse en pie en una plataforma de un medio normalizado de transporte	0	1	2	3
Total				

–Se considerará la existencia de dificultades de movilidad siempre que el presunto beneficiario se encuentre en alguna de las situaciones descritas en los apartados A, B, C.

–Si el solicitante no se encuentra en ninguna de las situaciones anteriores, se aplicarán los siguientes apartados D, E, F, G y H, sumando las puntuaciones obtenidas en cada uno de ellos. Se considerará la existencia de dificultades de movilidad siempre que el presunto beneficiario obtenga en estos apartados un mínimo de 7 puntos.

El demandante presenta como cuadro clínico una pérdida de agudeza visual binocular con campo visual reducido en más del 90% y una sordomudez por pérdida neurosensorial bilateral de oído con déficit vestibular –hecho probado tercero-. Derivado de ello figura como probado que el actor puede desplazarse, subir y bajar escaleras, y sostenerse de pie, si bien se da por acreditado que cuando el mismo deambula si es por terrero con obstáculos corre el riesgo de

tropezar si no va acompañado. Se indica que el déficit vestibular asociado a la pérdida de dos sentidos puede alterar el equilibrio.

La sentencia que se recurre reconociendo las limitaciones que afectan al actor argumenta que las mismas desaparecen cuando aquel va acompañado de un tercero pues el auxilio del mismo le haría soportar las disfunciones. Dicho planteamiento no es compartido por la Sala dado que los baremos para calibrar las disfunciones de necesidad de asistencia de otra persona o de dificultades para utilizar los transportes colectivos son distintas e independientes entre sí de tal forma que el hecho de que el solicitante pueda ser ayudado en sus desplazamientos por una tercera persona no enerva la situación de valoración de su propia movilidad y las dificultades que a éstos concretos efectos deben ser objeto de análisis o determinación.

Es obvio que el demandante no puede ser encuadrado en ninguno de los supuestos previstos en las letras A a C del transcrito Baremo pues las lesiones que presenta no le impiden deambular al no tener una directa afectación motriz que incida en su extremidades inferiores. Ahora bien, las graves deficiencias que le afectan en relación a la vista con campo visual reducido en más del 90% y una sordomudez que altera su equilibrio con riesgo de caída si camina por terreno con obstáculos determina que su deambulación si es por terreno irregular así como la propia percepción para poder apreciar si debe subir o bajar escaleras y la distancia o altura correspondiente del escalón si se vea altamente condicionada para poder realizarlo por si mismo y de manera autónoma resultando claramente dificultoso para el actor el mantenimiento de pie dentro de la plataforma del transporte cuando precisamente tiene alterado el sistema del equilibrio lo que representa potenciales caídas, de ahí que estimemos que la grave deficiencia visual que presenta unido a la sordomudez con las secuelas que ello produce le ocasionan limitaciones graves para poder utilizar de forma razonable y segura de manera autónoma o independiente los medios habituales de transportes colectivos, siendo pues su situación encuadrable dentro de las limitaciones graves previstas en las letras E) a H) y valoradas con 2 puntos, alcanzándose así el mínimo requerido superior a siete para ser beneficiario de la existencia de dificultades para la utilización de tales transportes colectivos.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. J.G.R., frente a la sentencia de fecha 17 de mayo de 2010, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 14 de Valencia, y con revocación de la misma estimando la demanda formulada por D. J.G.R., contra Conselleria de Bienestar Social de la Generalitat Valenciana, declaramos el derecho del actor al reconocimiento de movilidad reducida a efectos de utilización de transportes colectivos.

Sentencia núm. 748, de 8 de marzo de 2011

Materia: Solicitud prestación de orfandad. El causante, a fecha de fallecimiento, no se encuentra en alta o situación asimilada a la de alta y no ha completado el periodo mínimo de cotización de 15 años. Doctrina del Tribunal Supremo. Consideración de “situación asimilada al alta”. Estimación.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La gravedad de la enfermedad del causante que le impide realizar cualquier tipo de esfuerzo, así como los días cotizados y su búsqueda constante de empleo, conlleva a que deba considerarse su situación como “asimilada al alta”. Se reconoce al recurrente una pensión de orfandad en el porcentaje del 20% de la base reguladora, condenando al INSS a pasar por esta declaración.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación la parte actora la sentencia que ha desestimado su demanda en la que se solicita la prestación de Orfandad.

El recurso, se articula en dos motivos. El primero, por el apartado b) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, solicita la revisión del relato probado, en concreto ataca los hechos primero y tercero, para introducir la fecha de nacimiento del causante de la prestación de 2-9-1972, lo que consta en el certificado de defunción (folio 40), en el certificado de matrimonio (folio 45) y en el Libro de Familia (folio 47), por lo que se estima de lo que se deduce que el día del fallecimiento el causante tenía 36 años de edad, y no 43 como dice el recurso.

Por su parte, interesa el recurso que se añada al hecho tercero el párrafo que propone que se extrae del informe medico forense de autopsia que obra a los folios 14 a 18 de las actuaciones, lo que igualmente debe ser acogido al constar en el hecho combatido parte del informe explicando las características de la enfermedad que ocasionó la muerte del causante, y no hay inconveniente que figure en la sentencia con mayor amplitud.

SEGUNDO.- Con amparo en lo establecido en la letra c) del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, denuncia el segundo motivo de recurso, la infracción, por interpretación errónea y aplicación indebida de los arts 125 y 174 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), y de la doctrina contenida en las STS de 23-12-2005, 10-12-2001 y 25-7-2000, porque sostiene que es de aplicación la doctrina flexibilizadora y humanitaria en la exigencia del alta o situación asimilada, ya que el 21-9-2008, cuando finalizó su última relación laboral, el causante de la prestación ya estaba enfermo lo que se deduce de las manifestaciones de sus familiares que constan en el apartado de antecedentes en el informe de autopsia: “Sus familiares relatan antecedentes de vómitos hemáticos y disnea a pequeños esfuerzos desde hacía un año”, y la no inscripción como demandante de empleo no debe imputarse a la voluntad de apartarse del mundo laboral, sino al cansancio y problemas respiratorios que le afectaban.

Se trata de determinar si corresponde la pensión de Orfandad al hijo del causante de 5 años en la fecha del óbito, acaecido el 6-4-2009, cuando este no estaba de alta desde la finalización de su último empleo el 21 de septiembre de 2008, y tampoco se había inscrito como demandante de empleo, cuando la causa del fallecimiento fue una miocardiopatía hipertrófica

cor pulmonale, patología que aunque en la mayoría de los casos es asintomática, o levemente sintomática, pudiendo ser la primera manifestación la muerte súbita, cuando se presentan síntomas, el más frecuente, presente en el 90% de los casos, es la disnea, presentándola el actor a mínimos esfuerzos desde hacía un año según manifestaron sus familiares al médico forense que practicó la autopsia.

Es doctrina del Tribunal Supremo, por todas, sentencia de 23 de diciembre 2005 recordando la sentencia de 10 de diciembre de 2.001 (rec. 561/01) con cita de la de 25 de julio de 2.000 (rec. 2808/99), que la garantía para todos los ciudadanos de una protección social suficiente en situaciones de necesidad, establecida como principio rector de la política social en el art. 41 de la Constitución, no puede enervar o desvirtuar, en un ordenamiento de la Seguridad Social fundado en la actividad profesional de los asegurados, los requisitos de cotización y de alta o situación asimilada exigidos para el reconocimiento de las prestaciones del nivel contributivo. Pero que, no obstante lo anterior, la interpretación de los preceptos que imponen estos requisitos, que se remontan muchos de ellos a los reglamentos de Seguridad Social de los años sesenta, debe hacerse atendiendo al indicado principio constitucional de protección suficiente. Y que hay que tener en cuenta, además, que los cambios en la "realidad social" del mercado de trabajo y de la vida profesional experimentados desde la fecha de aprobación de la disposición interpretada (circunstancia a considerar, en el empleo de uno de los criterios de interpretación indicados en el art. 3.1 del Código Civil) han sido muy importantes, reduciendo de manera notable la estabilidad de ocupación y aumentando la irregularidad del perfil de la vida activa.

Pues bien esa interpretación evolutiva, realizada atendiendo sobre todo a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección, ha permitido a esta Sala mitigar el rigor de la pura literalidad de la norma en lo referente a la exigencia del requisito del alta o situación asimilada, principalmente para causar prestaciones por muerte y supervivencia. Y apreciar la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como "tiempo neutro o paréntesis" excluido del periodo computable, de acuerdo con los criterios que pueden resumirse así:

1) No cabe, en ningún caso, la reducción de los periodos de carencia o cotización impuestos en las normas legales y reglamentarias.

2) El listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo. así es de ver en los artículos 125.2 de la LGSS, y 36.17 del Real Decreto 84/1996 que aprobó el "Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social". Y ello permite entender que, desde la aprobación de la Constitución existe una laguna legal que debe ser integrada. (s. de 23-10-99, rec. 2638/98).

3) Los tiempos excluidos del periodo computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. La Sala ha considerado como tales:

A) La situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo (ss. de 29-5-92 (rec. 1996/91) de Sala General, 1-7-93 (rec. 1679/92), 1-10-02 (rec. 4436/99), 25-10-02 (1/02) y 12-7-04 (rec. 4636/03) entre otras) porque esta situación acredita el "animus laborandi", o lo que es igual, como señaló la sentencia de 26-5-03 (rec. 2334/02), "la voluntad de no apartarse del mundo laboral".

B) La antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar (ss. de 10-12-1993 (rec. 1091/92), 24-10-1994, (rec. 3676/93) y 7-2-00, (rec. 109/99) entre otras).

C) La percepción de una prestación no contributiva de invalidez (ss. de 28-10-98 (rec. 584/98), 9-12-99 (rec. 108/99), 2-10-01 (rec. 9/2001) y 20 de diciembre de 2005 (rec. 2398/04), en que tampoco se cotiza.

D) El periodo de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad para el trabajo mediante la realización de servicios personales (ss. de 12-11-96, rec. 232/96; 19-7-01, rec. 4384/00; y 26-12-01, rec. 1816/01).

E) La existencia comprobada de una grave enfermedad "que conduce al hecho causante, por la que es fundadamente explicable que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta" (ss. de 28-1-98 (rec. 1385/97) y 17-9-04 (rec. 4551/03).

4) Por igual razón, cabe también excluir del periodo computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un "interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo", que no es revelador de esa "voluntad de apartarse del mundo laboral" (Ss. de 29-5-92 (rec. 1996/91) antes citada, 12-3-98 (rec. 2307/97) , 9-11-99 (rec. 4916/98), 25-7-00 (rec. 4436/99) y 18-12-01 (rec. 559/01) invocada como referencial). Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación. (s. de 19-7-01, rec. 4384/00)

5) "La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su "carrera de seguro", y también en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal" (s. de 25-7-2000, rec. 2808/99); en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado (s. de 18-12-01, rec. 559/01).

La aplicación al caso de la doctrina expuesta conduce a conceder la pensión de Orfandad que se reclama, para proteger la situación del menor, dado que si la doctrina expuesta ha sido aplicada a enfermedades graves (alcoholismo o drogodependencia) que han ocasionado el fallecimiento del que deriva la prestación de muerte y supervivencia, obviando el requisito del alta al estar afectadas las capacidades cognitivas y volitivas de quienes las padecían, con mayor razón debe otorgarse en este caso en que el fallecimiento se produce por una enfermedad grave que venía produciendo en el causante síntomas de cansancio a mínimos esfuerzos, sobre todo si se tiene en cuenta que tenía cotizados 3959 días desde 1993 en unos 30 contratos temporales que había suscrito con diferentes empresas tal y como resulta del informe de cotización que refleja su precaria vida laboral (folio 56), y la búsqueda constante de empleo, lo que posibilita la aplicación de la doctrina unificada que se ha señalado, conllevando que deba considerarse al causante en situación de "asimilada al alta" en el momento del hecho causante, estimando el recurso y revocando la sentencia para conceder la prestación reclamada en la demanda.

FALLO

Que estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña Y.F.U. en representación legal del menor E.L.F., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Castellón; y en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y estimamos la demanda de la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, declarando el derecho a percibir la pensión de Orfandad en el porcentaje del 20% de la base reguladora de 982,84 euros, a cuyo pago condenamos al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Sentencia núm. 787, de 9 de marzo de 2011

Materia: Tutela de los derechos de libertad sindical: Vulneración. Trabajadora miembro del comité de empresa. La empresa demandada considera que no hay conformación del comité de empresa y rechaza el crédito horario retribuido a sus miembros. Contrato de cesión de empresa.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a las empresas demandadas de las pretensiones contenidas en su contra en el escrito de demanda.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que se combate desestimó la demanda presentada y frente a aquella se recurre en suplicación por la representación letrada de la parte actora, proponiendo dos motivos de impugnación, referidos a la revisión de hechos probados y a la denuncia de infracciones del ordenamiento jurídico.

La revisión se compone de diversos apartados:

A) En primer término, se propone, amparado en lo instituido en el art.191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, la adición al hecho probado tercero de la sentencia de la frase “debido a que Doña E.R. (DNI 290163959) renunció a su cargo con anterioridad al traspaso”. Se fundamenta la adición en el documento nº 5 obrante en el ramo de prueba documental de la empresa consistente en un Acta de Infracción levantada por la Inspección provincial de T. y S.S. de Alicante.

Como quiera que en el folio 6 de la referenciada Acta se observa que en efecto la indicada ostentaba el cargo de representante de los trabajadores así como que la filial en la que la misma trabajaba no se había visto afectada por la sucesión siendo que aquella había renunciado a su cargo con anterioridad al traspaso no existe inconveniente alguno en precisar dicho extremo fáctico acogándose así el texto propuesto.

B) Un segundo punto de revisión tiende a postular la adición de un nuevo párrafo al hecho probado cuarto que determine que en la reunión celebrada en fecha 30/4/2010 la asistente por parte de la empresa carecía de poderes de representación y no fue firmada acta de la reunión por parte de la representación empresarial.

Esta adición deberá ser desestimada dado que la sentencia ya alude expresamente a la citada reunión así como a la falta de información precedente a los representantes de los trabajadores de la sucesión producida por lo que nada novedoso se aportaría con los datos que se pretenden adicionar en base precisamente al Acta levantada que toma en consideración la sentencia para fijar el contenido de dicho ordinal.

C) Insta la parte recurrente un tercer apartado de revisión para que numerado como hecho probado sexto se relate que si bien la entrada en vigor de la cesión se determinó para el día 1/5/2009, no fue hasta el 30/5/2009 en la fecha que se emiten tickets de la sucursal de Denia con el nuevo CIF de la empresa G. S.L. aunque con el logotipo de la empresa B. Avala la pretendida adición en los folios 96 y 175 de los autos –Acta de Infracción-.

Teniendo en cuenta que la sentencia ya delimita en el hecho probado quinto el comienzo de la actividad a efectos de facturación por parte de la empresa G. S.L. a partir del mes de mayo de 2009 resulta evidente que nada novedoso se suministraría con la adición interesada pues ya consta en lo esencial los datos que se pretenden incorporar.

D) Finalmente se pretende la adición de un nuevo hecho numerado como séptimo con el siguiente texto: “la empresa no acredita que los trabajadores hayan firmado su consentimiento en la cesión empresarial”.

Revisión que deberá ser desestimada no solo por no citar prueba alguna que la avale sino porque su contenido de carácter negativo resulta impropio de figurar en un relato de hechos positivos o debidamente acreditados. Así, la inclusión de un hecho negativo, por su propio signo, no debe adicionarse al contenido de los hechos probados (STS 30/4/94).

SEGUNDO.- El siguiente motivo, dedicado a la censura jurídica, plantea una primera alusión a la falta de aplicación de los art.14 y 28.1 de la CE pues los mismos se vulnerarían por impedimento de acciones propias de los órganos de representación sindical y no respecto a la falta de realización de funciones asignadas a los órganos de representación unitaria que quedarían amparadas a través de lo dispuesto en el E.T. y en el Convenio 135 de la OIT en cuanto a la protección a los representantes de los trabajadores en la empresa por lo que entiende que el procedimiento iniciado no debió ser el planteado pero sin que ello impida debatir el fondo del asunto.

Es cierto que como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 21/11/2006 –rcud 3137/05- aún cuando la modalidad adecuada fuera la de proceso ordinario en lugar de la especial de tutela del derecho de libertad sindical se considera que esa anomalía no presupone la estimación de la excepción de inadecuación de procedimiento con nulidad de actuaciones. En concreto, se analizaba si la tramitación de una litis por el procedimiento de tutela de libertad sindical debía llevar aparejada la nulidad de actuaciones cuando se hubiera seguido indebidamente dicho proceso para dirimir una controversia de legalidad ordinaria, a ventilar los trámites del proceso ordinario, indicándose por el Tribunal la improcedencia de declarar la inadecuación de procedimiento y la nulidad de lo actuado absteniéndose de resolver sobre el fondo cuando la cuestión planteada no se ajusta a la especial naturaleza del procedimiento. Ello determinaría en consecuencia del propio planteamiento efectuado en el recurso la procedencia de analizar las cuestiones suscitadas en el mismo aún siendo las infracciones planteadas de pura legalidad ordinaria.

Al amparo de lo dispuesto en el art. 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral se denuncia una interpretación errónea o aplicación indebida del art. 1.205 del Código Civil, en relación con los arts. 1.257 y 1.091 del mismo cuerpo legal, en relación con los arts. 6.3 de dicho Código, con el art. 44 del ET, con el art. 24 de la CE, art. 67 y 68 del Código Civil, y el Convenio de la OIT 135, art.1, sobre la especial protección de los representantes de la empresa y la doctrina judicial que se referencia. Se argumenta en el motivo que sería contraria la subrogación contractual acordada, sin el consentimiento de los trabajadores, y con la finalidad de anular la representación de aquellos mediante la cesión realizada, por lo que entiende que se había producido una novación del contrato de trabajo y no una transmisión de empresa sin haberse obtenido el consentimiento de los acreedores y sin cumplirse con los requisitos previstos para la transmisión que deberá ser declarada en fraude de ley por no haberse ajustado a los requisitos legales o convencionales, terminando suplicando se revoque la sentencia y se declare que “la actora ha de seguir perteneciendo a la empresa B.B.M.A. SL en las mismas condiciones y circunstancias anteriores a la sucesión y en su calidad de miembro del Comité de empresa, y con ello al uso del crédito horario correspondiente”.

El recurso está abocado al fracaso por diversas razones. La primera y fundamental porque se altera de forma sustancial y relevante los términos en los que fue planteada y resuelta la cuestión en la instancia en relación a los puntos jurídicos ahora denunciados. La simple lectura de la demanda con el suplico correspondiente refleja que la petición iba encaminada a que se declarara vulnerado el derecho a la libertad sindical de la actora en relación al crédito horario por licencia sindical. Ahora, aunque en el suplico del recurso igualmente se hace alusión a dicho uso sobre dicho extremo ningún reproche jurídico se efectúa en el escrito de recurso ni se argumenta sobre ello al limitarse la censura a los aspectos de la llamada cesión de contratos entre empresas con novación de contrato de trabajo sin el consentimiento de los trabajadores. La segunda razón atiende a que de un lado no se ofrece a la Sala razonamiento acerca del porqué entiende la parte que la sentencia que recurre ha vulnerado cada uno de los preceptos que cita pues respecto a muchos de ellos (tales como los arts 1257,1091, 67 y 68 del Código Civil o 24 de la CE) se realiza una mera enunciación sin fundamentación concreta que la avale, y de otro porque de la lectura de los hechos probados tercero a quinto de la sentencia de instancia se desprende que hubo una real y efectiva sucesión de empresas entre la cedente la compañía B.B.M.A. SL a la cesionaria G. SL en virtud de la cual ésta se subrogaba en las obligaciones de la anterior, respetándose todos los derechos y obligaciones adquiridos por los trabajadores, con expresa alusión a lo dispuesto en el art.44 del ET- hecho probado tercero por remisión al doc.13 de la empresa- identificándose las concretas filiales objeto de la sucesión. Y aunque es cierto que la empresa cedente y cesionaria estaban obligadas a informar a los representantes de los trabajadores de los extremos contenidos en el apartado 6 del referenciado precepto, sin que dicha información fuera efectuada de forma precedente a la fecha de la transmisión, dicho incumplimiento empresarial derivado de la variación en la titularidad empresarial producida y que acarrea una evidente obligación informativa que pesaba sobre las empresas deja indemne el contrato de trabajo de los trabajadores afectados sin requerirse el consentimiento de aquellos para poder llevarse a cabo. Si dicha información en los concretos aspectos que se señalan en el apartado 6 del art.44 del ET no se produce de manera previa a la novación subjetiva habría un claro incumplimiento empresarial que quedaría enmarcado dentro de las infracciones administrativas establecidas en el art.7.7 de la LISOS pero no avalaría sin más datos o elementos contrastados dentro de la sentencia de instancia la inaplicación del precepto por un alegado fraude de ley.

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 el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de Dña. M.M.A.P. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Benidorm, de fecha 22 de septiembre de 2010, en virtud de demanda formulada por la misma, y en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Sentencia núm. 794, de 9 de marzo de 2011

Materia: Pensión de viudedad. Diferencias en el cálculo del porcentaje sobre la base reguladora. El causante está divorciado de una primera relación y convive con la segunda desde 1993, si bien la sentencia de divorcio no se produce hasta octubre de 2000.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las peticiones deducidas de contrario.

Sala: Estima en parte el recurso. Reconoce la convivencia con la segunda esposa, a efectos de calcular el porcentaje de la pensión de viudedad, desde el momento en que pudo contraer matrimonio con el causante en octubre de 2000, pero no desde el momento que inicia su unión en 1993. La recurrente tiene derecho a un incremento en el cálculo de la pensión desde esa fecha.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, que desestimó la demanda en la que se reclamaba una determinada diferencia en el porcentaje de la pensión de viudedad sobre la inicialmente reconocida a la demandante por la gestora codemandada, se alza en suplicación la representación letrada de la actora, en donde el único motivo del recurso, destinado al examen del derecho aplicado, censura a la sentencia la infracción del artículo 174.3 de la LGSS, en relación con el párrafo 4º del apartado 3º del mismo precepto, todo ello conforme la redacción dada por la Ley 40/2007.

El litigio se ciñe exclusivamente a determinar el porcentaje de dicha prestación que corresponde a la reclamante e indirectamente a la codemandada, ambas viudas de un mismo causante, en la medida que la segunda de las esposas, que es quien plantea la demanda, pide mayor porcentaje del inicialmente reconocido alegando que antes de contraer matrimonio, ceremonia que tuvo lugar en marzo de 2007, convivió con aquél desde aproximadamente el año 1993, decidiendo la sentencia que tal periodo es irrelevante a los fines pretendidos en la medida que no consta que tal convivencia tuviese respaldo en inscripción realizada en el registro público de parejas de hecho.

La cuestión que se debate debe ser matizada con la circunstancia, plasmada en el inalterado relato fáctico de la sentencia, de que el finado y la recurrente no pudieron contraer matrimonio válido antes de octubre de 2000, ya que hasta esa fecha no se dictó sentencia en la que se declaró el divorcio del matrimonio precedentemente contraído por el causante y su anterior esposa, aquí codemandada. De ahí que la solución del problema pasa por interpretar si la convivencia anterior a esa fecha, así como la posterior a la misma y anterior a la contracción del segundo matrimonio, debe ser acreditada a través del registro citado o por otro medio de prueba, o si, por el contrario, esa convivencia es o no intrascendente, pues no olvidemos que estamos en presencia de sendos matrimonios, sobre los que la norma citada, el artículo 174 de la LGSS, destina su apartado segundo, que prevé para el caso de concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, lo que aquí ocurre, el reconocimiento de la misma en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose el 40% en provecho del cónyuge superviviente o, en su caso, del que sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento de su fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que alude el apartado tercero de dicho precepto. Lo que primero se deduce de esa confusa

disposición es que se vincula el derecho a lucrar la pensión en función de la convivencia acreditada entre la pareja, sin que precise más respecto dicha forma de acreditación, de ahí que en principio parece que el legislador no ha querido restringir aquella a la formalidad de la inscripción en el registro de parejas de hecho, que se pregona respecto las personas que en el momento del fallecimiento se hallan unidos formando precisamente una pareja de hecho. En el caso que nos ocupa la recurrente y el fallecido ya habían contraído matrimonio en el año 2007, luego ya habían alcanzado un status jurídico de rango distinto, que de entrada hace inaplicable el requisito de la inscripción, reseñado en el apartado 4º de dicho artículo 174 LGSS.

No obstante lo señalado, y centrando el debate en los términos del recurso, se entiende que la remisión a este apartado no es inocua, ya que, al margen de otras situaciones concretas, la consideración de pareja de hecho precisa que sus integrantes no se hallen impedidos para contraer matrimonio, en tanto no tengan vínculo matrimonial con otra persona, y acrediten merced el certificado de empadronamiento una convivencia estable y notoria no inferior a cinco años antes del fallecimiento del causante. De ahí que en el caso que nos ocupa, la convivencia anterior al mes de octubre de 2000, fecha en que se dicta la sentencia de divorcio que disuelve el primer matrimonio del causante de la pensión objeto de controversia, no puede servir a los exclusivos fines pretendidos en la demanda, en tanto el párrafo tercero del artículo 174 debe interpretarse en el sentido de que se reconocerá la pensión en función del tiempo convivido, pero siempre, respecto el segundo cónyuge, del periodo a partir del momento en que se pudo contraer matrimonio, no otro lapso temporal anterior en que legalmente no era ello posible, aun cuando dicha convivencia “more uxorio” sea cierta y contrastada.

En definitiva, la solución apuntada conlleva la estimación parcial del recurso, a los efectos de que se tome en cuenta a la hora de fijar el porcentaje de la pensión de viudedad reconocida solo el periodo de convivencia posterior a octubre de 2000, manteniendo el resto de la decisión recurrida.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación formulado por doña M^a-A.V.G. contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante de 25 de mayo de 2010, recaída en autos sobre viudedad a instancia de la recurrente frente al INSS y doña M^a.R.U.T., y con revocación de la aludida resolución, debemos reconocer y reconocemos en favor de la recurrente que el porcentaje de su pensión de viudedad sea incrementado en proporción a la aplicación al mismo del periodo de convivencia con el causante posterior al 16 de octubre de 2000, debiendo las partes estar y pasar por la presente resolución.

Sentencia núm. 800, de 9 de marzo de 2011

Materia: Incapacidad temporal. Impugnación de baja médica. Trabajadora, auxiliar de enfermería, afiliada al RGSS. La actora causa baja en centro de trabajo con posterior alta y nuevo proceso de baja. No han transcurrido 6 meses de actividad entre el alta y la nueva baja. El INSS resuelve que la baja no posee efectos económicos, siendo nula. La actora pretende se deje sin efecto la resolución por la que se deja sin efectos económicos y nula la baja, declarando el derecho a las prestaciones económicas derivadas de enfermedad común. Se le reconoce IP en grado Total.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La segunda baja de la trabajadora se produce por reagudización de la sintomatología ansiosa, no estando capacitada para ejercer su profesión de auxiliar de enfermería, necesitando además asistencia médica.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora, frente a la sentencia que desestimó su demanda en la que interesaba la revocación de la resolución del INSS, por la que se dejaba sin efecto y se anulaba el parte médico de baja de 12-8-08, emitido por el Servicio Público de Salud, interesando asimismo el pago de la prestación económica de incapacidad temporal desde el 12-8-08. El primer motivo del recurso, se redacta al amparo de la letra b) del Art. 191 de la LPL, interesando la revisión del hecho probado primero, a fin de que donde dice, "...baja que vino dada por síndrome de sjogren, síndrome seco, fibromialgia crónica osteopenia secundaria y depresión reactiva. Posteriormente...", diga: "baja que vino dada por síndrome de sjogren, síndrome seco y fibromialgia crónica. Posteriormente...", basándose en los folios 1 y 2 de la prueba documental de la actora.

El documento 2 de La parte actora, consiste en la "Propuesta de Resolución" del EVI de 10-7-08, en la que consta que la actora presenta como diagnóstico "Fibromialgia. Sdr. Sjogren. Sdr. SICCA", sin embargo el Magistrado de instancia ha obtenido su convicción, tal como consta en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, de "... el Informe médico de Evaluación de la Incapacidad Temporal de 9-7-08, 7-5-08 y 25-1-08, certificado médico oficial de 30-4-08 y 5-5-08, Informe de la Unidad de Salud Mental de 7-8-08, Informe Clínico de del Hospital Arnau de Vilanova de 23-7-08 y 21-10-08 entre muchos otros"; Y, efectivamente, consta al expediente administrativo, informes médicos de los que se desprende que la actora padece, entre otras dolencias, de síndrome ansioso-depresivo reactivo con años de evolución, como el de la Conselleria de Sanidad de 18-12-07, el del INSS de 25-1-08, 7-5-08 y 9-7-08, el del Hospital Arnau de Vilanova de 14-6-07, 5-5-08, 24-6-08 y 23-7-08, el del CSM de 28-4-08, y el de la USM de 7-8-08. Por lo que, no cabe concluir que el Juez de instancia haya incurrido en error, que ha de ser patente y evidente, en al valoración de la prueba.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, con amparo en la letra c) del Art. 191 de la LPL, se denuncia la infracción por la sentencia, de lo dispuesto en el Art. 128-1-a), en relación con el art. 131-bis-1) de la LGSS, y jurisprudencia, STS 23-6-09 y 11-11-09. Sostiene la

recurrente que el primer proceso de IT lo fue por: síndrome de sjogren, síndrome seco y fibromialgia crónica, y el segundo proceso de IT, iniciado el 12-8-08, lo fue por síndrome depresivo ansioso, sin mediar actividad laboral entre ambos procesos, por lo que no estamos ante procesos de similar patología, pues la baja de 12-8-08 lo fue por reagudización de sintomatología ansiosa tras recibir el alta laboral del EVI, que el reconocimiento posterior de la IP Total, supone la confirmación de la grave limitación funcional que padece la actora.

2. El Art. 128 de la LGSS, en lo que aquí interesa, a la fecha de la baja médica de 12-8-08, decía: “Agotado el plazo de duración de doce meses previsto en el párrafo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la incapacidad permanente del trabajador, será el único competente para reconocer la situación de prórroga expresa con un límite de seis meses más, o bien para determinar la iniciación de un expediente de incapacidad permanente, o bien para emitir el alta médica, a los efectos previstos en los párrafos siguientes. De igual modo, el Instituto Nacional de la Seguridad Social será el único competente para emitir una nueva baja médica en la situación de incapacidad temporal cuando aquélla se produzca en un plazo de seis meses posterior a la antes citada alta médica por la misma o similar patología, con los efectos previstos en los párrafos siguientes”.

3. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 11-11-09, rec. 3082/08, señala que, “... lo que esta Sala ha dictaminado es que, "el nuevo precepto no señala que de forma cuasi automática proceda la denegación de los efectos económicos si falta un periodo de seis meses de actividad, de modo que el INSS pueda denegar dichos efectos sin más justificación que la falta de dicho periodo de actividad intermedia. El precepto señala que hay dos posibilidades de que se reconozcan efectos económicos a la nueva baja por IT: el transcurso de seis meses de actividad o que el INSS a través de los órganos competentes para evaluar, calificar y revisar la situación de incapacidad permanente del trabajador, emita la baja a los exclusivos efectos de la prestación económica de incapacidad temporal", y que "llegados a este punto, parece que el criterio por el que la Entidad Gestora decida si procede o no reconocer los efectos económicos a este nuevo período de IT, no puede ser discrecional" sino que "debe basarse en un elemento objetivo que permita justificar la denegación de tales efectos. Y es la justificación sobre el estado actual del trabajador que ha obtenido esa baja médica, sobre lo que debe pronunciarse el INSS para fundar su decisión" (TS 13-7-2009, R. 2576/08)”.

4. Pues bien, de los hechos declarados probados, se desprende que el proceso de IT, del 6-2-07 al 14-7-08, lo fue por padecer la actora, síndrome de sjogren, síndrome seco, fibromialgia crónica osteopenia secundaria y depresión reactiva. Posteriormente la actora en fecha 12-8-08 fue baja médica emitida por la Conselleria de Sanidad, por síndrome depresivo-ansiedad. De lo que debe concluirse que, esta última baja médica lo fue por similar patología a la que padecía y sigue padeciendo la actora, pues con efectos económicos de 11-11-08, el INSS le ha reconocido la IP Total, conforme al cuadro clínico de: “Fibromialgia. Trastorno ansioso depresivo. Síndrome de Sjogren. Colon irritable”; de manera que, no habiendo transcurrido seis meses desde la anterior alta de IT, el único competente para emitir nueva baja médica era el INSS, pero ello no supone una facultad discrecional para rechazar los efectos económicos de la nueva baja médica emitida, el 12-8-08, pues que deberá estarse al estado de la trabajadora a efectos de determinar si estaba en situación de reincorporarse al trabajo, y si necesitaba o no, asistencia médica, y del propio informe médico de evaluación de IT del INSS, de 24-9-08, se desprende que la actora presentaba una reagudización de sintomatología ansiosa, por lo que no constandingo mejoría alguna de sus dolencias, pues al contrario se trata de una reagudización, deberá concluirse que a la fecha de la baja médica la actora estaba incapacitada para desempeñar su profesión de auxiliar de enfermería, y necesitaba asistencia médica, lo que se evidencia por el hecho de que, con efectos de 11-11-08, se le ha reconocido el grado de IP Total. Procediendo, en atención a lo expuesto, estimar el recurso, y con revocación de la sentencia de instancia, revocar la resolución impugnada del INSS y reconocer a la actora el derecho a percibir la prestación de IT, desde el 12-8-08 al 10-11-08.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de N.P.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Valencia, de fecha 11-11-2009; y, en consecuencia, con revocación de la resolución recurrida, estimamos la demanda de la actora, contra el INSS y la Generalitat Valenciana-Conselleria de Sanidad, y con revocación de la resolución impugnada del INSS, declaramos el derecho de la actora a percibir la prestación de incapacidad temporal desde el 12-8-08 al 10-11-08, conforme a una base reguladora de 66,77€, condenado a los demandados a estar y pasar por esta declaración, y al INSS al abono de la prestación.

Sin costas.

Sentencia núm. 839, de 15 de marzo de 2011

Materia: Trabajador afiliado a la seguridad social que causa baja por incapacidad temporal por enfermedad común. Tramitado el expediente de invalidez se le declara incapacitado permanente total para el ejercicio de su profesión de conductor, al presentar reducciones anatómicas funcionales que disminuyen o anulan su capacidad laboral para la misma. Procedencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando que el actor se encuentra afecto de incapacidad permanente en grado de absoluta, con derecho a percibir una pensión mensual equivalente al 100% de su base reguladora mensual, con las revalorizaciones legales que procedan.

Sala: Estima el recurso revocando la sentencia de instancia. El trabajador no se encuentra incapacitado para el ejercicio de toda clase de actividades laborales, sino de aquellas que requieran esfuerzo físico o movimientos de columna. No procede la invalidez absoluta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia, que estimó la pretensión interesada por el trabajador demandante declarándole afecto a una situación de incapacidad absoluta para todo trabajo, se formula por el Instituto demandado el presente con amparo en el apartado c) del artículo 191 de la Ley de Procedimiento Laboral, se denuncia, como único motivo, la infracción del artículo 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social, por entender errónea la valoración que se efectúa de las dolencias padecidas por el actor que, a su recurso de suplicación en el que, juicio, deben condicionar tan sólo la incapacidad total para su profesión habitual de conductor, tal como le fuera reconocido en la tramitación del expediente administrativo.

En orden a su resolución debe partirse incidiendo en los elementos que conforman conceptualmente dicha incapacidad absoluta, cuya definición se recoge en el precepto señalado como aquélla que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio. A tal efecto, se ha de indicar, como reitera la jurisprudencia, que para valorar el grado de invalidez más que atender a las lesiones o patologías padecidas hay que estar a las limitaciones que las mismas representen en orden al desarrollo de la actividad laboral, de forma que la invalidez merecerá la calificación de absoluta cuando al trabajador no le reste, a consecuencia de sus dolencias, capacidad alguna para el desempeño de todo tipo de profesiones, lo que presupone “no estar en condiciones de acometer ningún quehacer productivo, porque las aptitudes que le restan carecen de suficiente relevancia en el mundo económico para concertar alguna relación de trabajo retribuida” (STS 18-1 y 25-1-88), esto es, concurriendo las condiciones mínimas de continuidad, dedicación y eficacia que devienen admisibles en cualquier tipo de trabajo, y, por lo tanto, debe tenerse presente que no se trata de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las indicadas exigencias mínimas. (STS 6-2-87, 6-11-87). Y en orden a la valoración de esa capacidad residual debe atenderse, como se ha indicado, a las limitaciones funcionales derivadas de los padecimientos sufridos (STS 6-11-87), sin que puedan tomarse en consideración las circunstancias subjetivas de edad, preparación profesional y restantes de tipo económico y social que concurran, que no pueden configurar grado de incapacidad superior al que corresponda por razones objetivas de carácter médico, exclusivamente (STS 23-3-87, 14-4-88 y muchas otras), debido a que tales

circunstancias pueden ser objeto de atención para la declaración de la invalidez total cualificada, por lo que se deben valorar las secuelas en sí mismas (STS 16-12-85). En consecuencia, habrá invalidez absoluta siempre que las condiciones funcionales médicamente objetivables del trabajador le inhabiliten para cualquier trabajo que tenga una retribución ordinaria dentro del ámbito laboral (STS 23-3-88, 12-4-88).

Sentada la indicada delimitación conceptual, que también deviene ampliamente desarrollada por el Juzgador a quo, si se atiende al examen de las limitaciones funcionales y orgánicas a que se encuentra afecto el trabajador recurrente, centradas en un dolor persistente de cuantía alta en el raquis lumbar con limitación de su flexo-extensión, en una indisponibilidad para la bipedestación o sedestación algo prolongadas así como para el manejo de cargas y en general para lo que implique alguna sobrecarga mecánica de cintura pelviana, según se consigna en el apartado cuarto de la declaración de hechos probados, se está en el caso de no apreciar ajustado a derecho el criterio valorativo efectuado en la resolución impugnada cuando entiende que la capacidad residual del demandante le obstaculiza para el desempeño de toda clase de actividades laborales, pues ciertamente no se induce un efecto limitativo más que para aquéllas que aparecen dominadas por una exigencia de esfuerzos físicos o de requerimientos continuos de movimientos de columna o de permanencia prolongada tanto de pié como sentado, pero no así para aquellas otras, que proporciona el amplio elenco económico laboral, en que esos condicionantes o no existen o devienen minimizados, susceptibles, por lo tanto, de ser realizadas por el demandante con sujeción a los presupuestos que demanda el desarrollo normalizado de la relación contractual de trabajo, de aquí que proceda dar acogida al recurso interpuesto por el Instituto demandado y consecuente con ello, deba revocarse la sentencia recurrida, con desestimación de la demanda, en su día, formulada.

Vistos los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLO

Estimar el recurso de suplicación interpuesto por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra la sentencia de 26 de mayo de 2010 dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Castellón, y, en su consecuencia, con revocación de la misma, debemos absolver y absolvemos a dicho Instituto de la pretensión en su contra deducida por el demandante D. F.O.V.

Sentencia núm. 866, de 23 de marzo de 2011

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Competencia desleal y trasgresión de la buena fe contractual. El trabajador crea una empresa paralela con el fin de hundir a la empleadora, captando personal y clientes de la empresa en la que presta sus servicios. Impugnación del despido.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente el despido objetivo, sin derecho a indemnización ni salarios de tramitación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. El trabajador ha trasgredido la buena fe contractual y ha incurrido en una competencia desleal con la empresa empleadora. Falta muy grave merecedora de despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Combate la representación letrada de la parte actora la sentencia del Juzgado de lo Social núm. Once de los de Valencia que desestima su demanda sobre impugnación de despido que declara procedente, habiendo sido articulado el recurso en dos motivos y siendo impugnado el mismo de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se introduce por el cauce del apartado b del art. 191 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL) y tiene por objeto la revisión de los hechos declarados probados de la sentencia de instancia.

En este motivo el demandante muestra su conformidad con la sentencia del Juzgado respecto de los hechos probados primero a tercero, cuarto y quinto, si bien respecto de este último hace una serie de matizaciones, pero sin instar modificación alguna, por lo que deviene intrascendente la manifestación de aquéllas. En cuanto al hecho sexto solicita que se adicione que la mercantil U., S.L. no se llegó a inscribir en el Registro Mercantil ni se tramitó su alta fiscal ni inició actividad alguna, lo que no puede prosperar por apoyarse en las manifestaciones del actor recogidas en el acto del juicio y que no es un medio de prueba hábil para lograr la revisión fáctica, siendo por lo demás un hecho conforme que la indicada mercantil no se llegó a inscribir en el Registro Mercantil. Los hechos probados séptimo y octavo son aceptados por el recurrente, mientras que respecto al noveno solicita su supresión por no guardar relación con el fondo del asunto, pero como es al Juez “a quo” al que corresponde fijar las premisas fácticas de la resolución ahora impugnada, no cabe acceder a la supresión interesada, habida cuenta que el hecho probado cuya eliminación se insta, en nada perjudica al demandante, ni tampoco se constata error alguno en su redacción. Respecto a los hechos probados décimo y undécimo en los que se recoge la baja como clientes de la empresa demandada de determinadas empresas, se pide que se añada que “No obstante ninguna prueba consta en autos de que el actor fuese el causante de dichas bajas”, lo que se apoya en la falta de prueba de que fuera el actor el causante de dichas bajas, así como en la valoración de las testificales de J.C.S. y del Sr. A.G., pero no puede prosperar la adición pretendida por cuanto que la inexistencia de prueba o prueba negativa resulta ineficaz a efectos revisorios ya que supone desconocer que el juzgador formó su convicción valorando y apreciando los diversos datos y elementos que convergen en el proceso (véanse las sentencias del Tribunal Supremo de

21 de diciembre de 1998 y 11 de julio de 2003 respecto de la prueba negativa), siendo inhábil las testificales para el éxito de la modificación de los hechos declarados probados, como se desprende de lo establecido en los art. 191 b y 194.3, ambos de la LPL. Acepta el recurrente la redacción de los hechos duodécimo a decimoquinto y respecto al décimo sexto solicita que se adicione la siguiente frase: “No obstante, el actor manifiesta en su declaración que él no paralizó dicho proyecto.” En referencia al contrato con el puerto de Valencia que ya había sido redactado, pero que el actor había tirado para atrás según le comentó J.C.S. a la Sra. P.. La adición propugnada se apoya en la propia declaración del demandante en el acto del juicio que se recoge en el acta levantada al efecto y en la falta de prueba de lo manifestado por el Sr. S., así como en las testificales, pero como se trata de medios de prueba ineficaces para la revisión fáctica como ya se expuso antes, no cabe sino rechazar la adición reseñada. En cuanto al hecho decimoséptimo el recurrente muestra su conformidad y respecto al decimoctavo se insta su supresión por no tener repercusión respecto al fondo de la cuestión debatida, así como porque la Juez “a quo” lo obtiene de la testifical del Sr. A., pero no evidenciándose error alguno en la redacción del hecho controvertido, se ha de rechazar la supresión interesada. También discrepa el recurrente de la redacción del hecho probado decimonoveno al disentir de la valoración que efectúa la Magistrada de instancia de las testificales del Sr. S. y del Sr. A., pero como quiera que la testifical no es un medio de prueba hábil a efectos de la revisión fáctica en este extraordinario recurso, procede rechazar la modificación que del indicado hecho propone el actor y con la que quiere hacer constar que el mismo antes del despido visitó a otras empresas cumpliendo sus funciones de comercial, sin que dichas visitas fueran para desviar clientes, como recoge la redacción original. Por último el recurrente muestra su conformidad con los hechos probado vigésimo a vigésimotercero, lo que resulta innecesario.

SEGUNDO.- En el motivo destinado al examen del derecho aplicado se denuncia la vulneración tanto del art. 5.d) del Estatuto de los Trabajadores, como del art. 21.1 del mismo texto legal, citándose también como infringida la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en sentencias de 22 de octubre de 1990, 8 de marzo de 1991, 22 de marzo de 1991, 28 de mayo y 25 de abril de 1990, 8 de junio de 1987, 17 de abril y 7 de febrero de 1984 y 18 de noviembre de 1983, de las que se transcriben algunos párrafos.

Razona la defensa del recurrente que para apreciar la existencia de competencia desleal es necesario que concurren tres elementos, según se desprende de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias reseñadas: la existencia por parte del trabajador de una actividad económica en satisfacción de su propio interés y en competencia con el de la empresa por desarrollarse ambas dentro del mismo ámbito mercantil; la utilización de la experiencia y el perfeccionamiento profesional adquiridos en la empresa en beneficio propio y por último que tal utilización redunde en demérito o perjuicio para los intereses de dicha empresa. En el presente caso entiende el recurrente que no cabe calificar como procedente su despido en primer lugar porque el objeto social de las mercantiles U., S.L. y V., S.L. son diferentes al de la demandada, lo que por sí mismo excluye la competencia desleal con ésta; en segundo lugar porque U. S.L. que se constituyó cuando el actor aun estaba trabajando para la demandada nunca llegó a inscribirse en el Registro Mercantil ni a gestionarse su alta fiscal, lo que excluye por tanto la pretendida competencia desleal; en tercer lugar porque respecto a la mercantil V. S.L. si bien es cierto que de la misma forma parte el actor, esto no se da hasta el mes de agosto de 2009 en que el demandante ya no prestaba servicios para la demandada por haber sido despedido y por último porque el hecho de que al finalizar la reunión en el edificio Trade Center de Castellón alguien dijese que “vamos a reventar la cartera de A.”, responde simplemente a una conjetura, siendo comprensible la ilusión de los asistentes a esa reunión, cuando éstos se encontraban en una difícil situación económica por la falta de abono de salarios en que venía incurriendo la demandada.

Para resolver la cuestión controvertida interesa destacar del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia, los siguientes hechos: I) Que el demandante, D. E.G.V.A., ha venido prestando sus servicios por cuenta de la empresa demandada A.P., S.L., desde el 6 de

noviembre de 2008, con la categoría profesional de comercial en la localidad de Valencia. II) Que, en fecha 30 de mayo de 2009, la empresa demandada le hizo entrega de una carta de despido de fecha 29 de mayo al considerarle autor de una FALTA que debe ser calificada como MUY GRAVE conforme al art. 60.3 del Convenio Nacional de Servicios de Prevención Ajeno, que expresamente sanciona en su apartado I) "Desarrollar una actividad, por cuenta propia o ajena, que esté en concurrencia desleal con la actividad de la empresa" así como por haber incurrido en una actuación de fraude y deslealtad sancionada por el apartado a) del citado artículo, como muy grave. En dicha carta se imputa al actor en esencia que el mismo, constituye una sociedad junto con otros compañeros de trabajo; en su interés propio desvía clientela a esa nueva empresa, mantiene reuniones con trabajadores de A.P., S.L., para que trabajen para la nueva empresa. Inicia, junto con esos otros compañeros, los trámites para constituir esa sociedad, presentan la misma en el Trade Center de Castellón, se reparten funciones, visionan un programa de gestión de servicios de prevención (reunión que termina con el brindis y la frase "A reventar la cartera de A.") y comienzan a derivar clientes de A. a la nueva empresa constituida por ellos, accediendo a dichos clientes por causa de su puesto de trabajo. A la postre la sociedad resultante V. SLU solicita la autorización como servicio de prevención. III) Que la empresa A.P. SL tiene por Objeto Social, entre otros: La prestación de servicios de prevención ajeno. IV) Que en fecha 21 de mayo de 2009 se constituyó en Vall de Uxo la sociedad U. S.L., mediante escritura pública autorizada ante Notario, por D. V.C.S.F. y el demandante, nombrándose administrador Único al primero, sin que se incluya en el amplio objeto social que figura en la escritura de constitución la prestación de servicios de prevención ajeno. V) Que la empresa V. SL, que inició sus operaciones el 18/06/2009, tiene su domicilio social en C/ CONVENTO 6 ALMENARA - 12590-CASTELLON, la Estructura del órgano es Unipersonal siendo su socio único D. V.C.S.F., no incluyéndose en el objeto social que se hace constar en la escritura de constitución la prestación del servicio de prevención ajeno. VI) Que en fecha 26 de agosto de 2009, el demandante compró 1200 participaciones nº 1 a 1201 de la empresa V., S.L. a D. V.C.S. y esposa, VII) Que en el año 2007-2008 se dieron de baja en el servicio de prevención ajeno contratado con la empresa demandada un menor número de clientes que en el año 2008-2009 y desde el mes de agosto de 2009 se han dado de baja en el servicio de prevención 19 empresas. VIII) Que por el Servicio de Trabajo y Seguridad Laboral, Sección de Regulación Laboral se certifica en fecha 9-9-08 que la empresa V., S.L. el 2 de julio de 2009 formuló acreditación de Servicio de Prevención Ajeno, habiéndose concedido la autorización en fecha 3-8-09. IX) Que la empresa demandada en el mes de abril de 2009 inició periodo de consultas para promover un ERE, habiéndose presentado solicitud ante la Conselleria de Economía, Hacienda y Ocupación, la cual en fecha 25 de mayo de 2009 autorizó la extinción de 11 contratos y la suspensión y reducción de las relaciones laborales de 22 trabajadores, petición que se basó en la falta de liquidez, la morosidad de los clientes y la caída de las ventas. X) Que el demandante se dio de alta en el censo de empresarios como comisionista en fecha 24 de junio de 2009. XI) Que en fecha no determinada D. R.S., se puso en contacto con Dña. M^aA.P., trabajadora de la empresa demandada, para hablar con ella fuera de la clínica, con el fin de hacerle una oferta de trabajo para la empresa que iban a crear él, el actor y E.Q., como técnico de prevención, indicándole que el reparto de acciones era en función de la cartera de clientes de A. que iban a aportar a la nueva empresa. Tiempo después y en la sede de la empresa en Mislata, el actor le comentó a aquella "no te vienes con nosotros, has decidido quedarte en A.", a lo que su compañera contestó que tenía mucho trabajo, respondiéndole el actor que "a partir de ahora tendrás menos". Que fue J.C.S. en el mes de marzo, el que le comentó a la Sra. P. que el contrato con el Puerto de Valencia, en el que el presupuesto estaba aceptado y el contrato redactado, lo había tirado para atrás el actor. Que a D. J.C.S. esto se lo comentó el actor y le explicó que era para llevárselo a la otra empresa U. S.L. Que el 22 de mayo de 2009, en los locales de Trade Center se celebró una reunión para la presentación de la nueva empresa, en la que se brindó y se dijo que "se iba a reventar la cartera de A.", visualizando un programa de gestión de empresas para servicio de prevención y repartiéndose los cargos que iban a tener en ella; así el Sr. S. se ocuparía de la protección de datos, la Sra. Q. sería el técnico de prevención, el actor el gerente y el Sr. S. se quedaba al margen porque tenía una cláusula blindada en el contrato. En dicha reunión estuvo presente el Sr. S. XII) Que en el mes de noviembre de 2008 se

iniciaron las conversaciones para crear una nueva empresa, en abril o mayo, ofreciendo el Sr. S. a D. J.C.S., que formara parte de ella; creación que tendría lugar según le indicaron en el caso de que la empresa para la que prestaban servicios se cerrara. Que en el mes de febrero y en el domicilio de este último hubo una reunión para hablar de la empresa que se iba a constituir en el que estuvieron presentes el Sr. S. y el actor y tras ella fueron a la asesoría F. a consultar como se debía constituir la empresa. Que el Sr. S. al tener conocimiento de la constitución de la sociedad antes de lo acordado, puso estos hechos en conocimiento de la empresa. XIV) Que el Sr. A. director comercial de Castellón tuvo conocimiento de que las bajas de las empresas como Gestoría F. y C. se había debido al desvío de clientes a la empresa V., S.L., y ello lo conoció porque al recibir el escrito de baja y no constar el motivo, habló con las empresas que le indicaron que la causa era porque la nueva empresa les había ofertado mejores condiciones. XV) Que el actor antes del despido visitó empresas como Puerto de Valencia, F., Asesoría A., R., I.c., C., Gestoría F. para desviar clientes. En otras fue acompañado por el Sr. Salvador. XVI) Que el demandante tenía una tarjeta de visita de la empresa V., donde constaba “gerente”.

En relación con los hechos expuestos se ha de proyectar la doctrina jurisprudencial de la que se hace eco la reciente sentencia de esta Sala en el recurso de suplicación nº 3220-09, que contempla el despido de otro trabajador de la empresa demandada por hechos similares a los imputados al demandante. Como entonces se dijo “Es doctrina reiterada de este Tribunal plasmada en la sentencia recaída en un supuesto de despido por competencia desleal en el recurso 1907/04, la que indica lo siguiente: “esta Sala ya desde sus SS. de 13 junio y 2 octubre 1991, 24 de julio 1992, 5 octubre 1993 y 5 de julio 1994 ha venido declarando, siguiendo reiterada doctrina jurisprudencial, SSTS. 11 de noviembre 1983, 7 de febrero 1984, 17 de abril 1984, 30 de marzo 1987, 29 de marzo 1990, 25 de abril 1990, 18 de marzo 1991, entre otras, que la transgresión de la buena fe contractual, es falta de fidelidad del empleado para con la empleadora, que no sólo remunera un trabajo, sino que facilita los medios para adquirir un perfeccionamiento profesional que luego el interesado utiliza en propio provecho, con notorio abuso y evidente perjuicio para quien depositó en él su confianza, sin que a ello obste que la otra empresa competidora no haya realizado todavía -o no se haya podido probar- cualquier acto u operación que ponga de manifiesto su intención competidora, entre cuyas actividades se encuentran la de fundar o constituir sociedades competitivas, SSTS. 28 de mayo 1990 y 22 de marzo 1991, así como de esta Sala, SS. 1 de febrero, 7 de marzo, 6 de abril y 28 de junio 2001, con posible perjuicio económico o sin él, pues el ilícito laboral que se examina, no requiere necesariamente la causación de un perjuicio, ya que la conducta de la que racionalmente se deduzca el posible riesgo de que tal perjuicio se produzca, es bastante para apreciar la infracción aludida, STS 19 septiembre 1989, por cuanto, en definitiva, desde el mismo momento en que se inicia el trámite de implantación de una empresa propia dedicada a igual actividad -o desde que a ella, ya en funcionamiento, se accede- que aquella para la que se están prestando servicios, desde ese mismo momento se hace patente una conducta conformadora de una innegable falta de lealtad y se consuman unos perjuicios indirectos, captación de clientes entre los que son o pueden serlo de la empleadora, utilización de su propia organización empresarial que le es conocida por y en razón exclusiva de su trabajo, aún difícil de cuantificar, pero claramente indicadores de una actividad que socava la confianza en quien se sabe próximo competidor; Transgrediendo así la buena fe contractual, principio informador de la relación laboral, artº. 5.a) ET”.

En el caso de autos, de los propios presupuestos fácticos de la sentencia a quo se constata que el actor, a raíz de las dificultades económicas por las que atravesaba la empleadora, diseñó junto con otros compañeros de trabajo, un proyecto de creación de una nueva empresa, dedicada al servicio de prevención. El proyecto no quedó en una mera idea o propósito sino que comenzaron a materializarse una serie de actuaciones externas que ponen de manifiesto la falta de lealtad en su comportamiento. Y así, con el fin de llevar a cabo tal proyecto de creación de una nueva empresa, desde noviembre de 2008 el actor realizó una campaña de captación de trabajadores de la plantilla de A.P. para que formaran parte del repetido proyecto. De esta manera el demandante trataba de desestructurar la plantilla de la demandada, reclutando a

personal cualificado que debía una gran parte de sus conocimientos al trabajo día a día en la demandada, a la vez que visitaba a clientes de A.P. S.L. y les ofrecía mejores condiciones para la contratación del servicio de prevención ajeno, el cual se iba a realizar por la nueva empresa que el actor estaba poniendo en marcha, además de haber tirado para atrás el contrato del servicio de prevención con el Puerto de Sagunto cuyo presupuesto ya estaba aceptado y el contrato redactado, en clara actitud de competencia desleal y de colisión con los intereses de quien es su empleador; siendo significativo que se hiciera una presentación de la nueva empresa en el Trade Center de Castellón y se hablara del objeto de la venta: ofrecer formación y servicios de prevención, como ocurría con A. Llegó incluso a probarse “on line” un programa informático de gestión y a tratarse temas como el reparto de tareas. Todo ello denota que no nos hallamos en el mundo de las ideas sino ante una firme decisión de creación de una empresa por parte del actor, a quien siguieron algunas personas cuyo comportamiento no es objeto aquí de enjuiciamiento, declinando su participación otras; empresa con un objeto social que iba a concurrir directamente con el de la demandada, pues ambas (entre otros asuntos) se dedican a la prevención de riesgos laborales. Y no cabe entender que estamos en el ámbito de los simples e intrascendentes actos preparatorios, pues resulta asimismo muy significativo que la reunión finalizara con los asistentes brindando con champán, y que alguien pronunciara la frase “vamos a reventar la cartera de A.”, lo que no puede atribuirse únicamente a la euforia del brindis.

Resulta irrelevante que U. SL de la que fue socio constituyente el actor no llegase a inscribirse en el Registro, ya que la misma en realidad fue sustituida seguidamente por V. SL, siendo su administrador el otro socio constituyente de U. SL (D. V.C.S.F.), el cual en fecha 2-7-2009 formuló solicitud de acreditación de servicio de prevención ajeno, autorización administrativa que le fue concedida por el Servicio de Trabajo y Seguridad Social, Sección de regulación laboral-Servicios de Prevención Ajenos, en fecha 3-8-2009, y si bien el actor inicialmente no figuraba como socio de V., S.L, seguramente para no levantar sospechas y no perjudicar la resolución judicial de su despido, antes de transcurridos tres meses desde dicho despido, adquirió del Sr. S.F. y de la esposa de éste, 1200 participaciones de V., S.L..

Por todo lo expuesto, no cae sino concluir que el actor ha incurrido en la concurrencia desleal que se le imputa como falta muy grave en la carta de despido y al haberlo apreciado así la sentencia de instancia, la misma ha aplicado correctamente los arts. 5 d) y 21.1 del ET, que el recurrente denuncia como infringidos, lo que determina la confirmación de la sentencia impugnada, previa desestimación del recurso contra ella interpuesto.

CUARTO.- 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 en nombre de D. E.G.V.A., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Once de los de Valencia y su provincia, de fecha 23 de octubre de 2009, en virtud de demanda presentada a su instancia contra la empresa A.P., S.L.; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

Sentencia núm. 919, de 28 de marzo de 2011

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que una vez extinguida su relación laboral observa diferencias entre lo percibido y lo debido por percibir. Revisión de indemnización. Diferencias reclamadas por aplicación del convenio colectivo de referencia.

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

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. La actividad que desarrolla la actora debe quedar encuadrada en el convenio colectivo de comercio de actividades diversas. Al aplicarse el mismo existen unas diferencias salariales que deben ser retribuidas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto se estructura en cuatro motivos, aunque el cuarto, se denomina tercero. Los dos primeros se formulan al amparo del artículo 191.b) de la Ley de Procedimiento Laboral a los fines respectivos siguientes: A) Se revise el hecho probado 1 del que ofrece esta redacción: La demandante ha venido prestando servicios por cuenta y dependencia de la empresa demandada, dedicada a la actividad de video-club, desde 28-03-05 hasta su despido en fecha 4-09-09, con categoría profesional de dependienta y salario medio mensual de 728'10 euros, incluida prorrata de pagas extras. B) Se revise el hecho probado 3 otorgándole esta redacción: En fecha 4 de septiembre de 2009 la actora suscribió documento de liquidación, declarando haber percibido en el acto la cantidad de 4.350 euros en concepto de indemnización por despido improcedente y finiquito total de cuentas, “quedando con ello totalmente liquidado a mi completa satisfacción y renunciando, por consiguiente, a toda reclamación posterior”. Dicho documento solo incluye la cantidad correspondiente a la indemnización por despido, no incluyendo ninguna otra. El mismo día 4 de septiembre de 2009 firmó la nómina del mes de septiembre en la que se le abonaban 83,20 euros en concepto de salario base, 4.350 euros en concepto de finiquito y 13,87 euros de partes proporcionales de pagas extraordinarias, con un devengo total de 4.447,07 euros íntegros y 4.440,9 euros netos”.

2. Las dos revisiones propuestas deben prosperar pues se deducen directa e inequívocamente de los documentos que invoca.

SEGUNDO.- 1. Los dos últimos motivos de recurso se formulan al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, denunciando infracción de “los arts. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores, 1262 y siguientes, 1281 y 1809 y 1815.1º del Código Civil, y doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, en sus sentencias de 28 de abril de 2004 y de 28 de febrero de 2000, en cuanto prohíbe a los trabajadores disponer, antes o después de su adquisición, de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario” así como del “artículo 1º del Convenio Colectivo de la provincia de Valencia, de Comercio de Actividades Diversas y tablas salariales del mismo”. Argumenta en síntesis que no pudiéndose atribuir al finiquito firmado carácter transaccional, no deben entenderse comprendidos en el mismo sino los conceptos allí recogidos, entre los que no figuran las diferencias reclamadas por aplicación del Convenio Colectivo de referencia, trayendo a colación diversas sentencias de esta Sala.

2. Como recordó la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2004, trayendo a colación la sentencia del mismo Tribunal de 28 de febrero de 2000, también invocada en el recurso, “Los actos de disposición en materia laboral han de vincularse a la función preventiva del proceso propia de la transacción y, aun en ese marco, han de establecerse las necesarias cautelas, como muestra el artículo 84.1 de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689, a tenor del cual “si el órgano judicial estimare que lo convenido es constitutivo de lesión grave para alguna de las partes, de fraude de ley o de abuso de derecho, no aprobará el acuerdo”. Desde esta perspectiva, parece claro que el finiquito puede cumplir esa función transaccional... Pero para que la disposición sea válida será necesario que el acuerdo se produzca para evitar o poner fin a una controversia (artículo 1809 del Código Civil), en la que el derecho en cuestión aparezca como problemático. Por otra parte, el objeto de la transacción debe estar suficientemente precisado, como exige el artículo 1815.1 del Código Civil), sin que puedan aceptarse declaraciones genéricas de renuncia que comprenden derechos que no tienen relación con el objeto de la controversia (artículo 1815.2 del Código Civil EDL 1889/1)...”.

3. Del relato histórico de la sentencia de instancia, con los datos introducidos por la presente, destacamos: A) En fecha 4 de septiembre de 2009 la actora suscribió documento de liquidación, declarando haber percibido en el acto la cantidad de 4.350 euros en concepto de indemnización por despido improcedente y finiquito total de cuentas, “quedando con ello totalmente liquidado a mi completa satisfacción y renunciando, por consiguiente, a toda reclamación posterior”. Dicho documento solo incluye la cantidad correspondiente a la indemnización por despido, no incluyendo ninguna otra. El mismo día 4 de septiembre de 2009 firmó la nómina del mes de septiembre en la que se le abonaban 83,20 euros en concepto de salario base, 4.350 euros en concepto de finiquito y 13,87 euros de partes proporcionales de pagas extraordinarias, con un devengo total de 4.447,07 euros íntegros y 4.440,9 euros netos”. B) De aplicarse el Convenio Colectivo de Comercio de Actividades Diversas de la provincia de Valencia, la actora habría devengado por el periodo comprendido entre 1-01-09 y 4-09-09, diferencias salariales entre lo percibido y debido percibir por importe de 2.527’61 euros, según desglose detallado en el hecho segundo de la demandada, que se da por reproducido.

4. No pudiendo otorgarse carácter transaccional al finiquito suscrito, y atendiendo a lo ya indicado por esta Sala en sentencia de 19 de diciembre de 2003, donde declaramos de aplicación a las empresas dedicadas a la actividad de la demandada el Convenio Colectivo de Comercio de Actividades Diversas de la provincia de Valencia, por cuanto “El art.1º del Convenio Colectivo del sector de Comercio de Actividades Diversas de la provincia de Valencia después de indicar por vía de ejemplo las especialidades determinantes de la inclusión en el mismo a las que se podían dedicar las empresas (bazares, bisutería, artículos de regalo en general, tiendas de las denominadas de todo a 100 o multiprecio, sex shops, suministros...) indica como dentro de su ámbito de aplicación "todas aquellas especialidades que, dentro de la actividad del comercio y del ámbito territorial aquí dicho, no se encuentren encuadrados en ningún otro convenio del sector comercio"...Atendiendo a la actividad de la empresa demandada que es la de Video-Club (hecho probado 1º), entendemos que no existe impedimento alguno para que quede comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del sector de Comercio de Actividades Diversas de la provincia de Valencia, por cuanto no consta se pueda encuadrar en ningún otro convenio del sector ... atendiendo a su carácter estatutario...”. Siendo así que la redacción del artículo 1º del Convenio vigente sigue siendo prácticamente la misma, entendemos, atendiendo a las diferencias salariales provenientes de esa aplicación (hecho probado 2), que su importe no puede considerarse comprendido en acuerdo alguno al respecto, por lo que procederá estimar producida la censura jurídica

denunciada, teniendo en cuenta lo dispuesto en los artículos 3.1.b) y 82.3 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto y consiguiente revocación de la sentencia impugnada para dar lugar a la pretensión ejercitada. Sin costas dado el signo revocatorio del fallo.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de doña R.F.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 15 de los de Valencia de 11 de junio de 2010, en proceso sobre cantidad seguido a su instancia contra VC.R., SL., y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada debemos declarar como declaramos que la expresada demandada es en deber a la actora por el concepto y período reclamado de la cantidad de 2.527,61 euros, condenando a V.C.R., SL. A estar y pasar por tal declaración y a que abone a la actora la cantidad expresada.

Sin costas.

Sentencia núm. 922, de 28 de marzo de 2011

Materia: Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Conductor de la EMT que ejerciendo su actividad es sometido a un control de alcoholemia dando positivo. Falta muy grave. Sanción disciplinaria. Proporcionalidad entre la falta cometida y la sanción aplicada. Aplicación normativa laboral y doctrina jurisprudencial.

Juzgado. Desestima la demanda declarando ajustada a derecho la extinción de la relación laboral.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado de contrario se estructura en tres motivos. El primero se formula al amparo del artículo 191.a) de la Ley de Procedimiento Laboral denunciando “incongruencia interna de la sentencia, falta debida de motivación (art.97 LPL) (art.120.3 CE) y actuación ultra vires al convalidar el despido desde una falta considerada por el juzgador pero no alegada como causa del despido por la empresa”. Argumenta en síntesis que la sentencia luego de concluir en su fundamento de derecho tercero que no era de aplicación el artículo 54.2.f) del Estatuto, al no operar como causa del despido acordado, posteriormente concluye que se ha cometido una falta que merece la calificación de grave y culpable, sin fundamentar esa conclusión en ninguno de los supuestos de hecho que como faltas graves taxativamente recoge el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores, sino en una nueva creada ex novo por el propio juzgador, cual es la conducción bajo la influencia del alcohol, sin mayor motivación, lo que provocaba la indefensión consiguiente, al ser una apreciación subjetiva carente de elementos fácticos y/o jurídicos, no pudiéndose alterar la falta alegada por la empresa y cuanto menos, si se altera ésta debe fundamentarse expresamente el precepto que aplica para la imputación y sanción del despido que termina convalidando.

2. La calificación del despido corresponde al juzgador, y esa calificación debe referirse a si se considera o no un incumplimiento contractual grave y culpable merecedor del despido, el hecho o hechos imputados al trabajador en la carta de despido (artículo 55.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), o, en otras palabras, pero con idéntica significación, si los hechos imputados en la carta de despido, son constitutivos de una falta muy grave, grave, menos grave o leve, según el catálogo que en su caso pueda establecer el Convenio Colectivo de aplicación, catálogo que no estimamos pueda funcionar como una norma penal o administrativa a efectos de la tipificación de las faltas, por la elemental razón de que no estamos en la esfera del Derecho Sancionador, ya sea Penal o Administrativo, sino en la del Derecho del Trabajo (aquí Derecho Privado), donde lo que se trata de juzgar son incumplimientos contractuales, el Convenio podrá complementar y aclarar en su caso lo que se considera incumplimiento contractual graduando su gravedad.

3. No apreciamos incongruencia ni falta de motivación, pues la circunstancia de que no se aprecie la existencia de la embriaguez a que alude el artículo 54.2.f) del Estatuto de los Trabajadores, no significa que el juzgador no pueda calificar el despido desde la perspectiva de los hechos imputados y luego probados, sin necesidad de sujetarse a la calificación realizada en la carta de despido que no requiere fundamento jurídico ninguno como tampoco la demanda (artículo 80.1 de la Ley de Procedimiento Laboral) sino solo la descripción de hechos, y es que,

como indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1990 basta la concurrencia de una causa legitimadora del despido y las tipificadas en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores no suponen “numerus clausus” para que éste sea procedente y “que cualquiera de las reseñadas en la norma citada implican transgresión de la buena fe contractual”.

4. La sentencia recurrida, después de declarar en su hecho probado tercero que “durante la jornada de trabajo del día 5 de abril de 2010 el actor tuvo un accidente de tráfico cuando conducía el autobús de la línea LTC 52-2-1, en el cruce del Puente del Real con la calle Pintor López de Valencia colisiona con un vehículo, resultando lesiones para los ocupantes de este. La policía local de Valencia detectó entonces en el actor un grado de alcoholemia del 0,48 y 0,47 por litro de aire expirado; se inmovilizó el autobús, dejando de prestarse los servicios hasta su fin a las 3,40 horas”, declara el despido procedente, indicando que pese a que “la jurisprudencia que interpreta el precepto Estatutario exige para que pueda operar la causa que la embriaguez sea habitual y repercuta negativamente en el trabajo, exigencias que aquí no concurren... como al final lo que ha de determinarse es si la falta cometida merece la calificación de grave y culpable que exige el citado artículo 54 o se acomoda a lo previsto en el Convenio de aplicación que literalmente dice “La embriaguez y toxicomanía durante el servicio así como cuando se halle fuera de él yendo de uniforme”; como quiera que tal falta, la conducción de un transporte público de viajeros bajo la influencia del alcohol y sobrepasando el límite permitido para los profesionales de 0,15, con independencia de que sólo la haya cometido en una ocasión, de quien resulte culpable en el accidente de tráfico o de si la embriaguez se entiende producida cuando se alcanza con el 0,60 por litro de aire expirado, ha de ser considerada en sí misma de la suficiente gravedad como para justificar la sanción impuesta por la situación de riesgo que implica para terceros. Lo que determina que, concurriendo este concreto incumplimiento contractual alegado por la empresa, y revistiendo el mismo las notas de gravedad y culpabilidad exigidas por la ley, el despido del actor haya de calificarse como procedente, de conformidad con lo establecido en el artículo 55.4 del ET...”. La sentencia resuelve en definitiva todas las cuestiones planteadas motivadamente, se podrá estar o no de acuerdo con lo en ella decidido, pero no apreciamos razón alguna para anularla, teniendo en cuenta lo declarado por el Tribunal Constitucional en sentencias de 16 de enero y 24 de julio de 2006, sobre incongruencia omisiva y motivación, ya que la sentencia como se ha dicho resuelve todos los puntos debatidos conteniendo los elementos y razones de juicio que permiten conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión, estando fundada en Derecho al ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad. Y respecto de la denominada “incongruencia interna” tampoco la apreciamos de acuerdo con lo que indicamos en el apartado 3 de este fundamento jurídico. En consecuencia la sentencia ha resuelto motivadamente, no impidiendo ni dificultando su redacción la construcción del recurso, por lo que no se ha producido indefensión alguna.

SEGUNDO.1. El correlativo motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.b) de la Ley Procesal de referencia, a los fines respectivos siguientes: A) Se suprima la aseveración contenida en la sentencia de instancia acerca de que el actor conducía “bajo la influencia del alcohol”, al no apoyarse en documento o prueba alguna, pues que diera positivo el test de alcoholemia no puede conllevar por sí solo dar por probada una conducción influenciada por los efectos del alcohol extendiéndose en unas amplias consideraciones sobre jurisprudencia penal al respecto. B) Se suprima “de la consideración como hecho probado de que el actor se encontraba en estado de embriaguez” en cuanto ello se recoge sin mayor elemento fáctico que permita esta conclusión, no existiendo prueba alguna para esta consideración, reiterando la cita de una sentencia de la Sala II del Tribunal Supremo, sobre la tasa de alcohol que significa embriaguez. C) Se suprima la aseveración de que existió “un riesgo para terceros”, pues el accidente fue causado por la negligencia de la conductora del vehículo del otro vehículo, no siendo la mera tasa de alcoholemia suficiente para concluir que hubo riesgo para terceros. D) Se añada al hecho probado segundo este particular: “El accidente se produjo cuando el Seat-Ibiza, rebasando el paso de peatones, irrumpe en el recorrido del autobús, desprendiéndose del

atestado de la policía local que el motivo principal del accidente, obedece principalmente a la falta de diligencia y atención a la circulación por parte de la conductora del Seat-Ibiza”.

2. Las revisiones propuestas no deben prosperar por las siguientes razones: A) Las tres primeras porque en rigor no se refieren a hechos sino a las conclusiones jurídicas a las que llega el Magistrado de instancia en la fundamentación jurídica de su sentencia a partir de lo declarado en el hecho probado tercero, que no se ha intentado combatir. Además, estas “revisiones fácticas” no se apoyan en documento o pericia algunos, únicos elementos probatorios eficaces para la revisión de conformidad con el precepto procesal en que este motivo se ampara sino en las consideraciones que efectúa casi todas de índole jurídico-penal, olvidando la reiterada jurisprudencia (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2003) acerca de que la revisión debe resultar de los solos documentos o pericias invocados sin necesidad de interpretaciones, hipótesis o razonamientos más o menos lógicos. Por otra parte, la denominada prueba negativa es ineficaz a estos fines (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1998). B) La cuarta porque se basa en el atestado policial que indica y de acuerdo con lo indicado por el Tribunal Supremo, por ejemplo en sentencia de 15 de junio de 1987, los atestados no son documentos aptos en orden a patentizar un error de hecho “ya que contiene meras manifestaciones testimoniales”. Obiter dicta, en el propio atestado se indica que “la ingesta de alcohol con un resultado de 0,48 mgs/litro/aire, realizada al conductor del autobús Scania, aún no presentando una sintomatología evidente, sí puede mermar si cabe su capacidad de reflejos a la hora de afrontar una situación de riesgo”.

TERCERO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 191.c) de la Ley Procesal de referencia, y se divide en cinco submotivos, en el primero denuncia “infracción por indebida aplicación del art. 54.2.f) del Estatuto de los Trabajadores y art. 156.6 del Laudo de Infracciones y Sanciones de EMT. Entendiendo que es el aplicado por el juzgador al invocar en el fundamento de derecho tercero el art.54 ET, sin otra mayor concreción”. Argumenta en síntesis, criticando la fundamentación jurídica de la sentencia impugnada que imputándose en la carta de despido la comisión de una falta muy grave del art.156.6.1 del Laudo de Faltas y Sanciones de EMT, y del art.54.2.f) del Estatuto de los Trabajadores, la sentencia debió analizar esa imputación y calificación y no la que finalmente realiza, trayendo a colación la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León, Burgos 66/2010, de 28 de enero, que prácticamente transcribe, subrayando lo que debe entenderse conducción bajo la influencia del alcohol, y que dar una tasa de alcoholemia superior al límite establecido no es equiparable a la embriaguez, no habiéndose podido producir la falta del artículo 156.6.1) del Laudo de Infracciones y Sanciones de EMT, que dentro de las faltas a la propia estima comprende “la embriaguez y toxicomanía durante el servicio, así como cuando se halle fuera de él yendo de uniforme”, y que se debería haber aplicado en su caso la falta del artículo 155.4.6 del Laudo que configura como falta grave el incumplimiento del Código de la Circulación.

2.Ya indicamos en el fundamento jurídico primero de la presente resolución que la circunstancia de que no se aprecie la existencia de la embriaguez a que alude el artículo 54.2.f) del Estatuto de los Trabajadores, no significa que el juzgador no pueda calificar el despido desde la perspectiva de los hechos imputados y luego probados, sin necesidad de sujetarse a la calificación realizada en la carta de despido que no requiere fundamento jurídico ninguno como tampoco la demanda (artículo 80.1 de la Ley de Procedimiento Laboral) sino solo la descripción de hechos, y es que, como indicó la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1990 basta la concurrencia de una causa legitimadora del despido y las tipificadas en el artículo 54.2 del Estatuto de los Trabajadores no suponen “numerus clausus” para que éste sea procedente y “que cualquiera de las reseñadas en la norma citada implican transgresión de la buena fe contractual”. De esta forma atendiendo a los hechos descritos en la carta a la que se refiere el hecho probado cuarto de la sentencia de instancia, y que por ello permite su examen: “El pasado día 5 de abril, sobre las 1,05 horas, prestando servicio en la LTC 52-2-1, con el bus 7045, sufrió un accidente de circulación a la altura del Puente del Real cruce con la calle del

Pintor López, ocasionando una vuelta de campana del vehículo contrario y lesiones en la conductora y acompañante. Como consecuencia de dicho accidente de circulación intervino la Policía Local, y habiéndose realizado el correspondiente control de alcoholemia con resultado de “positivo”, se procedió a la inmovilización del autobús que usted conducía, dejando de realizar el servicio hasta su finalización a las 3,40 horas”. Atendiendo a los hechos imputados en la carta y a lo declarado probado en la sentencia impugnada, consideramos que sin necesidad de acudir a la jurisprudencia penal que no resulta aplicable no solo por la independencia de los órdenes jurisdiccionales sino también porque como también indicamos en el apartado 2 del fundamento jurídico primero de esta sentencia las faltas del trabajador en la relación laboral implican siempre incumplimientos contractuales cuya descripción no es parangonable con la tipificación de infracciones penales o administrativas, de ahí que no estimemos que para conocer el concepto de embriaguez debamos acudir a esas normas penales o administrativas, sino que en armonía con el criterio jurisprudencial contenido por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1990, antes citada, se trata de ponderar las circunstancias objetivas y subjetivas que en cada caso concurran debiéndose rechazar la aplicación mecanicista e indiscriminada de las causas tipificadas, por lo que compartimos lo indicado en el fundamento jurídico tercero de la sentencia impugnada cuando señala respecto a la falta prevista en el artículo 156.6.1 del Laudo donde se recogen las faltas y sanciones (“embriaguez y toxicomanía durante el servicio, así como cuando se halle fuera de él yendo de uniforme”) que “la conducción de un transporte público de viajeros bajo la influencia del alcohol y sobrepasando el límite permitido para los profesionales de 0,15, con independencia de que sólo la haya cometido en una ocasión, de quien resulte culpable en el accidente de tráfico o de si la embriaguez se entiende producida cuando se alcanza con el 0,60 por litro de aire expirado, ha de ser considerada en sí misma de la suficiente gravedad como para justificar la sanción impuesta por la situación de riesgo que implica para terceros” y desde luego por la imprudencia cometida, dado el resultado lesivo y dañoso habido. Por otra parte, el informe policial solo indica la falta de evidencia de la sintomatología, no la inexistencia de embriaguez, y el artículo 155.4.6 del Laudo que configura como falta grave el incumplimiento del Código de la Circulación, añade al final “siempre que no se ponga en peligro la seguridad del vehículo, del personal, de los usuarios o terceros”, y en nuestro caso se ha producido un resultado dañoso y no un mero riesgo.

3. Los submotivos segundo y tercero son susceptibles de examen conjunto, en ellos denuncia “infracción por inaplicación del art. 54.1 ET en relación con el principio pro operario, y art.58.1 ET en relación con el art.25 de la Constitución, relativos a la adecuada proporcionalidad de la falta y sanción. Principio de tipicidad y jurisprudencia sobre ello” e “infracción por incorrecta aplicación del art.55.4 del Estatuto de los Trabajadores y artículos 108 y 109 de la Ley de Procedimiento Laboral”. Argumenta en síntesis que no parece que un criterio restrictivo de la sanción de despido “pueda resultar acorde con despedir desde una tasa de alcohol superior a la establecida como límite administrativo, pero inferior a la considerada por la jurisprudencia como evidencia de embriaguez”, trayendo a colación lo resuelto en la “sentencia del TSJ de Canarias de 14-10-2009” cuando indica que superar una determinada tasa de alcohol en aire expirado no es encuadrable en el artículo 52.2.f) del Estatuto de los Trabajadores, y que por ello tampoco es encuadrable en el artículo 156.6.1 de la norma convencional, sin que el hecho reúna la gravedad y culpabilidad exigible que puedan conllevar la sanción máxima de despido, al no existir un estado de embriaguez que afecte a la propia estima, incidiendo en que la conducción con una tasa de alcohol superior a la permitida, no fue el incumplimiento alegado por la empresa, como tampoco lo fue el incumplimiento previsto en el artículo 155.4.6 del Laudo, extendiéndose en consideraciones sobre el principio de tipicidad desde lo dispuesto en el artículo 25 de la Constitución y 58 del Estatuto de los Trabajadores, y que la valoración de los hechos debía hacerse con un criterio individualizador, con especial relevancia del factor humano, considerando la antigüedad del trabajador, que durante los 31 años de permanencia en la empresa nunca había sido corregido disciplinariamente y que en definitiva el incumplimiento alegado por la empresa fue la embriaguez en el servicio, no habiéndose producido el mismo.

4. Las consideraciones contenidas en el apartado 2 de este fundamento jurídico bastan para llegar también a conclusión desestimatoria de estos submotivos, habida cuenta que los hechos descritos en la carta de despido se han acreditado, y la Sala considera que los mismos implican un juicio de reproche suficiente para dar lugar a la procedencia del despido, se trata de un conductor de autobús que después de sufrir un accidente de tráfico tiene un índice de alcoholemia bastante intenso, ello implica un incumplimiento contractual grave y culpable, que no merece atenuación alguna ni desde la perspectiva de la embriaguez ni desde la perspectiva de lo indicado en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 1990, antes mencionada, por lo que no se han producido ninguna de las infracciones jurídicas denunciadas, y mucho menos las referidas al artículo 58 del Estatuto de los Trabajadores del que no cabe deducir sin más un principio de tipicidad estricta de las faltas, y del artículo 25 de la Constitución que se refiere al principio de legalidad penal.

5. En el cuarto submotivo denuncia “infracción del artículo 80 del Convenio de Empresa letra a)”, porque el Delegado Sindical no fue informado ni oído con carácter previo al despido. La infracción cometida no se ha producido por la elemental razón de que según consta en el último párrafo del hecho probado segundo, que permanece inalterado “Se concedió audiencia previa al Delegado Sindical de APTTUV en fecha 23 de abril de 2010 y celebrada ésta el día 7 de mayo, se comunicó la sanción el día 13 de mayo de 2010; su calificación definitiva el día 6 de julio de 2010”.

6. En el quinto denuncia infracción del principio de igualdad, citando diversas sentencias del Tribunal Constitucional, sobre la base de que ante supuestos de tasa de alcohol superior la empresa no despidió. Y tampoco este submotivo debe prosperar no solo porque las situaciones de hecho no constan sean idénticas, sino también porque no aparece acto alguno discriminatorio, ni ejercicio arbitrario por la demandada de su potestad disciplinaria.

7. Respecto de todos los submotivos analizados, salvo el cuarto debemos destacar que se dirigen contra la fundamentación de la sentencia de instancia olvidando la reiterada doctrina jurisprudencial (véase por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1988) acerca de que los recursos se otorgan contra la parte dispositiva no contra la fundamentación de las resoluciones susceptibles de los mismos. Y en aquellos que se alega doctrina de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, no siendo la misma constitutiva de jurisprudencia (artículo 1.6 del Código Civil), no se ha examinado al estar fuera de la cobertura del artículo 191.c) de la Ley de Procedimiento Laboral.

CUARTO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso de suplicación interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia de instancia. Sin costas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 233.1 de la Ley de Procedimiento Laboral en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de don J.R.P.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de los de Valencia el día 8 de NOVIEMBRE de 2010, en proceso de despido seguido a su instancia contra EMT DE VALENCIA SAU y confirmamos la resolución recurrida. Sin costas.