

**Sentencia núm. 1.003, de 4 de mayo de 2016**

**Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador que presta servicios como conserje en Comunidad de Propietarios y que presenta demanda por modificación sustancial de condiciones de trabajo y contra sanciones frente a la Comunidad. Se llega a un preacuerdo condicionado por el que se extingue su relación laboral por razones objetivas. Se ratifica el acuerdo y se abona al trabajador el 60% de la indemnización. La Comunidad de Propietarios solicita al FOGASA el 40% restante. Procedencia. Circunstancias necesarias para optar a la solicitud. Cálculo topes prestaciones.**

**Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando al organismo demandado a abonar a la demandante determinada cantidad, correspondiente al 40% de la indemnización abonada por la actora (Comunidad de Propietarios) al trabajador.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La legislación aplicable a los topes de las prestaciones del FOGASA es la vigente en la fecha de la extinción como señala la sentencia recurrida, siendo de 8 días por año de servicio, con los topes que rigen en la fecha de la extinción contractual que son los que reconoce la sentencia.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Isabel Moreno de Viana Cárdenas.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la Comunidad de Propietarios actora, la sentencia que ha estimado parcialmente su demanda, en la que se condena al FOGASA a abonarle la cantidad de 3.784,04 € correspondiente a parte del 40% de la indemnización anticipada al trabajador, formulando un único motivo de recurso, amparado procesalmente en la letra c) del art. 193 de la LRJS, en el que se denuncia la infracción por no aplicación del art. 33.2 del Estatuto de los Trabajadores, por remisión del art. 33.8 del referido texto legal, porque considera que la legislación a aplicar es aquella que estaba vigente en la fecha en que se pacta la extinción del contrato (23-5-2012) y no la aplicable en el momento del cese, porque lo contrario infringiría derechos de seguridad jurídica e irretroactividad de las normas restrictivas de derechos reconocidas en el art. 9.3 de la Constitución Española.

Para decidir el recurso hay que partir de los datos que aparecen en la resultancia histórica de la sentencia. La Comunidad de Propietarios demandante tenía contratado al trabajador J.M.B.G. con la categoría profesional de conserje, antigüedad de 4 de marzo de 2.003 y salario 2.838,35 euros con inclusión de prorrateo de pagas extraordinarias, quien presentó demanda ante los Juzgados de lo Social en materia de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que fue turnada en el Juzgado de lo Social nº 17 de los de Valencia. La Comunidad de Propietarios firmó contrato de

preacuerdo transaccional el 16 de mayo de 2.012 con el trabajador, en el que se pactó, entre otras cuestiones extinguir por causas objetivas y económicas la relación contractual con efectos 31 de agosto de 2012, con el abono de una indemnización de 17.000 €, abonando el 60% (10.200 €) ese mismo día (16 de mayo de 2012) mediante ingreso en la cuenta donde se paga la nómina, y el restante 40% mediante entrega de pagaré con vencimiento el 15-10-2012. Tras la aprobación del acuerdo en Junta General se celebró un acto de conciliación en el Juzgado nº 17 de los de Valencia el 23 de mayo de 2012 entregando al trabajador el 40% de la Indemnización.

La Comunidad de propietarios reclamó el 14 de mayo de 2013 al FOGASA el 40% de la indemnización anticipada, que lo deniega en resolución de 12 de septiembre de 2013.

La sentencia tras resolver cuestiones que el recurso no plantea, tales como la estimación por silencio positivo de la reclamación, o la legitimación del empresario para solicitar la ayuda de los 8 días por año de servicio prevista en el art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores, aplica el tope previsto a partir de la vigencia del RDL 20/2012 (duplo del SMI) porque considera que la legislación a aplicar es la vigente en la fecha del cese, mientras que la recurrente solicita la aplicación de los topes anteriores que son superiores (triple del SMI).

Pues bien limitándonos a resolver la única cuestión planteada que es la relativa a cual sea la legislación que se aplica a los topes de las prestaciones del FOGASA no cabe duda que es la vigente en la fecha de la extinción, tal y como señala la sentencia recurrida, lo que supone que la empresa no podrá reintegrarse del FOGASA del total 40% de la indemnización (6800 €) anticipada al trabajador, sino solo de 8 días por año de servicio con los topes que rigen en la fecha de la extinción contractual (31 de agosto de 2012) que son los que reconoce la sentencia. No pueden ser atendidos los razonamientos que expone el recurso relativos a que el acuerdo que se plasma en el acto de conciliación de 23 de mayo de 2012, no se hubiera alcanzado de conocer que el art. 33 del Estatuto de los Trabajadores sería modificado, ya que las prestaciones del FOGASA, y en particular la responsabilidad directa de este organismo en las extinciones objetivas en empresas de menos de 25 trabajadores, tienen por causa la extinción del contrato laboral (decía el art. 33.8 del Estatuto de los Trabajadores “cuando el contrato se extinga por las causas previstas) y solo cuando esta extinción se produce nace el derecho a la prestación, por lo que es diáfano que deba aplicarse la regulación vigente en ese momento. Y se desestimará el recurso.

**SEGUNDO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 204 LRJS, se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuestos en nombre de Comunidad de Propietarios R.V., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 11 de los de Valencia, de fecha 25 de febrero de 2015; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Se acuerda la pérdida de la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Se condena a la empresa recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 300 euros.

**Sentencia núm. 1.015, de 10 de mayo de 2016**

**Materia:** Incapacidad temporal. Determinación de contingencia. Trabajador que sufre accidente laboral in itinere. El actor causa baja por IT, reincorporándose posteriormente a su puesto de trabajo. Tres días después causa nueva baja por incapacidad temporal declarando el INSS el carácter común del proceso. Revisión contingencia. El actor no ha agotado el período máximo del primer proceso de incapacidad y tampoco ha habido actividad laboral intermedia superior a seis meses entre el alta y la nueva baja.

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

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El segundo proceso de incapacidad temporal deriva del accidente laboral in itinere sufrido por el trabajador. Se está ante un mismo proceso de incapacidad temporal. El actor tiene derecho a percibir la prestación de dicha situación de incapacidad temporal, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a las consecuencias legales inherentes a la misma.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De ocho motivos consta el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la parte actora contra la sentencia del juzgado que desestima la demanda sobre determinación de contingencia, habiendo sido impugnado el recurso por Unión de Mutuas, como se expuso en los antecedentes de hecho.

Los siete primeros motivos se introducen por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y pretenden la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, mientras que el último de los motivos se incardina en el apartado c del indicado precepto y contiene la censura jurídica de la resolución recurrida.

**SEGUNDO.-** Antes de entrar a examinar las modificaciones propuestas respecto al relato narrativo conviene recordar lo manifestado por nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de junio de 2006, recurso nº 189/2004, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), y según la cual “para que la denuncia del error pueda ser apreciada en este recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara,

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

El examen de las modificaciones del relato de hechos probados se ajustará, por consiguiente, a la doctrina expuesta.

En primer lugar se propone la modificación del hecho probado primero para que se adicione que antes de la baja médica de 22-1-2008 del demandante no existen antecedentes médicos de interés. La indicada adición se apoya en los folios 10-70 que reflejan el historial clínico del demandante en el Hospital de Castellón y no puede ser acogida por cuanto que los hechos negativos no tienen cabida en el relato fáctico, no aportando además ninguna información novedosa la indicada adición por lo que resulta irrelevante, lo que también la aboca al fracaso.

La siguiente modificación también concierne al hecho probado primero para que se adicione al final del mismo lo que se hace constar en negrita **“...permaneció de baja desde el 22-1-2008 al 24.6.2008 (folio 143), siendo cubierto todo ese período de incapacidad temporal ocasionado por el accidente por Unión de Mutuas, al tener concertada la empresa codemandada con ésta la cobertura de las contingencias laborales de sus trabajadores, siendo dado de Alta Médica y Laboral el 24.6.2008 y continuando con su trabajo como conductor profesional.”**

El nuevo tenor se apoya en el certificado de COCEMFE (folio 143) y en el historial clínico aportado por Unión de Mutuas (folios 291 y ss) y no puede ser acogida al ser irrelevante para modificar el sentido del fallo, constando ya en el hecho probado primero que el actor fue atendido por los servicios médicos de Unión de Mutuas tras sufrir el accidente de 22-1-2008.

La tercera modificación afecta al hecho probado segundo para que se adicione al mismo, el tenor que se resalta en negrita: **“...por lo que se derivó al servicio de traumatología para valorar cirugía (folio 286), sin embargo, no consta ningún documento médico en el que se aprecie que el demandante volviese a dicho Servicio para ser operado.”**

La redacción solicitada se apoya en el historial clínico del demandante en el Hospital de Castellón (folios 10-70) y en el historial clínico aportado por Unión de

Mutuas (folios 273-340) y no puede ser acogida por ser irrelevante para modificar el sentido del fallo, además de que trata de incluir de nuevo en el relato fáctico hechos negativos lo que resulta inviable.

La cuarta revisión atañe al hecho probado tercero para el que solicita la adición del tenor que se constata en negrita: “El demandante D. D.S.E., sufrió un accidente de tráfico el día 9-1-2013 durante su jornada laboral, como trabajador (conductor) de la empresa Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica (Cocemfe Castellón), **cuando circulando con el vehículo de la mercantil codemandada y con matrícula X, fue colisionado con la estructura rígida de acero de otro vehículo, causándose cuantiosos daños al vehículo que conducía mi representado cuya reparación ascendió a 3.600 Euros (Folio, teniendo la mercantil codemandada concertada la cobertura de las contingencias laborales de sus trabajadores con Unión de Mutuas, iniciando en tal fecha una situación de incapacidad temporal.**”

El nuevo tenor se sustenta en los folios 120 a 126 que recogen el informe pericial de daños del vehículo en el que el actor sufrió el accidente y no puede prosperar por cuanto que la información que pretende introducir resulta inocua a efectos de determinar la contingencia del proceso de incapacidad temporal iniciado por el actor el 25-2-2013 que es el objeto del presente proceso.

La quinta modificación afecta al hecho probado cuarto para que se adicione al mismo este contenido: “**Entre las resonancias magnéticas realizadas entre 2008, 2010 y 2013 se aprecia una agravación de las lesiones que presenta D.S.E., pasando de un mínimo abombamiento de la L5-S1 (Folio 119 vto.) a una Protusión (Folio 158); y de tener pequeños osteofitos marginales en la C3-C4 (Folio 113) a una protusión (Folio 158).**”

El nuevo tenor que se apoya en los informes de médicos (138 y 139) y los resultados de las resonancias magnéticas (folios 113 119, 158) así como en las pruebas médicas (folios 170-171) y en el informe pericial (folios 240 y ss) no puede ser acogido ya que en el relato fáctico ya se contienen los resultados de las diversas resonancias magnéticas practicadas al actor en 2008, 2010 y 2013, sin que la nueva redacción introduzca ninguna novedad respecto a lo reflejado en los hechos probados primero, segundo y cuarto en el que se recogen las referidas resonancias magnéticas.

La sexta novación concierne al hecho probado quinto para el que se insta el siguiente contenido: “Del anterior proceso, el demandante sigue de baja actualmente (al menos hasta la fecha de juicio por los documentos presentados (folio 230 y ss.), siendo dado de alta por Unión de Mutuas el día 22-2-2013 al entender que las lesiones que presentaba el demandante ya las tenía de antes, siendo en ese momento dado de baja por la Seguridad Social para continuar con el tratamiento médico por las lesiones que presenta (folios 146 y ss.).”

La nueva redacción se sustenta en los folios 146 y ss que reflejan el escrito remitido por Unión de Mutuas alegando que la contingencia del proceso es común y

en los folios 230 y ss que recogen la documentación de la Inspección de Conselleria de Sanidad y no puede ser acogida por cuanto que de la indicada documental se evidencia que el actor fue dado de alta médica por Unión de Mutuas el 22-2-2013 y dado de baja por facultativo de la Seguridad Social, el 25-2-2013, siendo por lo demás irrelevante la constatación de las manifestaciones de Unión de Mutuas respecto al origen como contingencia común de las dolencias del demandante.

La última modificación afecta al hecho probado octavo para el que se solicita esta redacción: “Desde la fecha del Alta correspondiente al primer accidente de trabajo el 22 de enero de 2008, esto es, 24-6-2008, hasta la fecha del segundo accidente el 9 de enero de 2013, siguió desempeñando el mismo trabajo y realizando las mismas tareas para la mercantil codemandada COCEMFE (Folio 172 y 173), no consta acreditado que el demandante cogiese la baja laboral ni médica por las lesiones producidas en el primer accidente (Folio 143), constando que realizó tratamiento del demandante en la unidad del dolor del Hospital General de Castellón por cervicalgia y lumbalgia, con fechas de consulta los días 6-9-2010, 22-12-2010, 2-11-2011, 22-11-2011, 15-1-2013 y 6-3-2015 (folios 159 a 161).”

La nueva redacción que se deduce del historial clínico hospitalario del demandante (folios 10-70), así como del historial clínico aportado por Unión de Mutuas (folios 273-340) y del certificado de las tareas del actor (folios 172 y 173) no puede alcanzar éxito porque como recordaron las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de mayo de 2001 y 19 de febrero de 2002, con cita de otras muchas, en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), la revisión de hechos “... requiere no sólo que se designen de forma concreta los documentos que demuestren la equivocación del juzgador, sino también que se señale de manera precisa la evidencia del error en cada uno de los documentos, "sin referencias genéricas", ... con esta forma de proceder lo que está tratando de conseguir es que esta Sala lleve a cabo una nueva valoración de la prueba (obteniendo, naturalmente, consecuencias distintas de las que aparecen plasmadas en el relato histórico de la sentencia recurrida), como si el presente recurso no fuera ... extraordinario, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 del invocado Texto procesal al juzgador de instancia...”. Por otra parte, también obsta a la adición pretendida que con la misma se intente introducir hechos negativos que no tienen cabida en la declaración de hechos probados, además de no ser objeto de controversia que el actor haya seguido desempeñado las funciones de conductor para COCEMFE tras el accidente sufrido en el año 2008.

**TERCERO.-** En el motivo último que se destina al examen del derecho aplicado en la sentencia recurrida, se imputa a ésta la infracción del art. 115 2 d. f y g y 115.3 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Aduce la defensa del recurrente que las dolencias que sufre se derivan de los dos accidentes sufridos, respectivamente, en 2008 y en 2013, sin que obste a dicha conclusión que existiera una patología degenerativa previa ya que en cualquier caso la misma se ha visto agravada con dichos accidentes y en concreto, a raíz del último, porque antes del

mismo no estaba impedido para desempeñar su trabajo, citando diversas sentencias de las Salas de lo Social de diversos Tribunales Superiores de Justicia que transcribe parcialmente, aun cuando no constituyen jurisprudencia a efectos del recurso examinado, pues, solo lo es la emanada de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en recursos de casación para unificación de doctrina.

Para dilucidar la cuestión controvertida, esto es, si la baja cursada el 25-2-2013, deriva de accidente de trabajo o de enfermedad común, se ha de determinar si la misma constituye o no recaída de la baja médica derivada del accidente de trabajo sufrido por el actor el 9-1-2013 y para ello conviene recordar la doctrina establecida por nuestro Alto Tribunal entre otras, en la sentencia de 01 de Abril del 2009 ( ROJ: STS 3238/2009), Recurso: 516/2008, en la que se expone lo siguiente: *“Sobre el concepto de «recaída» se ha entendido que aunque «cada proceso morboso debe identificar una situación de baja» y según el DRAE la recaída consiste en «caer nuevamente enfermo de la misma dolencia el que estaba convaleciente o había recobrado la salud», pese a todo una misma patología también puede dar lugar a diferentes procesos de IT, sin concurrir recaída en sentido legal, «cuando se produce el alta y sobreviene una nueva baja ... después de transcurridos seis meses de actividad, supuesto en el que la nueva baja se considera independiente de la primera»; en la misma forma que tampoco media «recaída» propiamente dicha [esto es, nueva baja producida por la misma enfermedad y sin que se haya completado el plazo de seis meses de actividad], «si la incapacidad deriva de diferentes enfermedades sin nexo causal entre ellas», supuesto en el cual no habrá recaída, sino nuevo período de IT, «cualquiera que sea el lapso temporal interpuesto entre una y otra, e incluso aunque coincidan en algún tiempo» (SSTS 08/05/95 -rcud 2973/94-; 10/12/97 -rcud 1185/97-; 07/04/98 -rcud 3843/97-, para RGSS; 23/07/99 -rcud 4221/98-, para REM; 26/09/01 -rcud 466/01-, para RETA ).*

*En gráfica expresión de la primera de las resoluciones citadas y cuya reproducción se ha hecho clásica en la Sala, «... el texto literal de las normas expuestas permite distinguir, a efectos de acumulación de los períodos sucesivos de incapacidad interrumpidos por la actividad laboral, un doble criterio: a) Cuando esta actividad es superior a 6 meses, el elemento temporal es decisivo y excluyente; b) cuando la repetida actividad es inferior a 6 meses, cada proceso que se abre en virtud de una diferente enfermedad es independiente, por lo que al preponderar el elemento causal no cabe la acumulación; c) naturalmente que la afirmación en el anterior apartado no excluye, mecánicamente, que las distintas afecciones no puedan responder a un mismo proceso morboso que tenga diferentes manifestaciones» (STS 08/05/95 -rcud 2973/94).*

*2.- Respecto de la acumulación de periodos, la doctrina de la Sala -en coherencia con el concepto de «recaída» previamente referido- ha sentado los siguientes criterios generales: a) la acumulación de periodos procede si las recaídas se deben a dolencias de la misma naturaleza; b) a «sensu contrario» no procede acumular los sucesivos procesos si se trata de dolencias clínicamente diversas; c) aunque se trate «de la misma o similar enfermedad», si entre una y otra IT media actividad laboral superior a seis meses, se considera legalmente [art. 9.1 OILT ] que no ha habido «recaída», de forma que nace un nuevo reconocimiento de incapacidad y que no se trata de prolongación de la anterior- (SSTS 08/05/95 -rcud 2973/94-, para RGSS; 10/12/97 -rcud 1185/97-, para RGSS; 24/03/98 -rcud 717/97-, para el RETA; 07/04/98 -rcud 3843/97 -, para*

*RGSS); y d) tal efecto se produce incluso aunque se hubiese agotado el periodo máximo de duración y se trate de la misma enfermedad (STS 01/02/99 -rcud 981/98 -, para autónomos del REA).”*

En el presente caso, la enfermedad que ocasiona la baja médica del demandante de fecha 9-1-2013 es la siguiente: discopatía degenerativa multinivel, hernia discal C5 C6, protusión discal C3 C4 y C6 C7, hernia discal L4 L5 (izquierda) y protusión postero lateral izquierda L5 S1. Practicada EMG el 14-2-2013, se informa de radiculopatía crónica bilateral C5, discreta en la derecha y moderada en la izquierda, en fase estable y secuelar, y mononeuropatía focal del nervio mediano derecho a su paso por el túnel del carpo. Cuando el demandante causa baja el 25-2-2013 el diagnóstico es por perturbación del disco articular, con el diagnóstico de discopatía multinivel, con el cuadro clínico de cervicalgia que irradia a MMSS predominio izquierdo y lumbalgia, así se constata en el expediente de determinación de contingencia al que se refiere el hecho probado sexto de la resolución recurrida. Comparados ambos cuadros clínicos se evidencia que es muy similar la patología que afecta a la columna del actor en una y otra baja y como el demandante en la fecha de 22-2-2013 en que se le da de alta del proceso de incapacidad temporal iniciado el 9-1-2013 no había agotado el período máximo de dicho proceso y tampoco hubo actividad laboral intermedia superior a seis meses entre el alta de 22-2-2013 y la nueva baja de 5-2-2013, el hecho causante de esta última baja se ha de situar en la fecha en que se produjo la baja inicial y por consiguiente la contingencia de la que deriva la última baja es la misma que la de la baja inicial, esto es, accidente de trabajo, conforme postula el demandante, sin que obste a la conclusión expuesta la patología lumbar degenerativa que padece el actor y que se le diagnosticó en el año 2008, pues lo cierto es que dicha dolencia la ha compatibilizado con el trabajo, sin que se haya discutido en ningún momento que la baja sufrida por el demandante el 9-1-2013 constituyera accidente de trabajo, por lo que la recaída de dicha dolencia en fecha 25-2-2013, sin haber agotado el período máximo de duración de la incapacidad temporal y sin mediar un lapso de actividad laboral superior a seis meses entre el anterior alta médica y la nueva baja médica se ha de considerar también derivada de accidente de trabajo, por estar ante un mismo proceso de incapacidad temporal, según se desprende de lo establecido en el art. 128 LGSS y art. 9.1 OM 13/Octubre/67, y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia se ha de revocar, estimando el recurso y declarando que la situación de incapacidad temporal del demandante de fecha 25-2-2013 deriva de la contingencia de accidente de trabajo y por consiguiente tiene derecho a percibir la prestación derivada de dicha situación de incapacidad temporal.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. D.S.E., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Castellón y su provincia, de fecha 4 de mayo de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Unión de Mutuas y la empresa Confederación Española de Personas con Discapacidad Física y Orgánica y,

revocando la sentencia recurrida, estimamos la demanda y declaramos que la situación de incapacidad temporal del demandante de fecha 25-2-2013 deriva de la contingencia de accidente de trabajo, y que el actor tiene derecho a percibir la prestación de dicha situación de incapacidad temporal, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a las consecuencias legales inherentes a la misma.

2106

**Sentencia núm. 1.045, de 10 de mayo de 2016**

**Materia: Reclamación de derecho y cantidad. Reconocimiento complemento de homologación, autonómico o complemento RET. Trabajadores afectados por el RD 20/2012. Los trabajadores prestan sus servicios en centro educativo privado concertado. Aplicación del RD 20/2012. Reclamación disminución retributiva hasta la fecha de entrada en vigor del Decreto Ley del Consell.**

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

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

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Mercedes Boronat Tormo.**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de la instancia, desestimatoria de la demanda interpuesta por el Sindicato USO de la CV en ejercicio de acciones por derecho y cantidad, en nombre de diversos profesores del Colegio concertado X., razona que tales profesores, a pesar de trabajar formalmente para una entidad privada se encuentran afectados por el RDL 20/2012, en virtud de la homologación retributiva derivada del concierto educativo que conlleva que tales centros educativos se encuentren sostenidos por fondos públicos. Tal pronunciamiento rechaza igualmente el resto de pretensiones subsidiarias, basadas bien en la alegación del supuesto devengo anual de las pagas extras, o en la falta de homologación con el resto del profesorado de centros públicos, al haberse resuelto ya por la propia administración demandada.

Contra dicha sentencia se recurre en suplicación en base a un motivo único, amparado en el apartado c) del art. 193 de la LRJS, en el que se denuncia la “vulneración del art 9.3 de la CE que contempla la prohibición de retroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales y quiebra del principio de seguridad jurídica y confianza legítima; vulneración del art 33.3 de la CE en relación al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, interpretado según el art. 10 de la CE; grave afectación de los derechos regulados en el Título I CE, art 37 de la CE, negociación colectiva, fuerza vinculante de los Convenios y art. 28.1 CE derecho de libertad sindical; vulneración del art 86.1 CE, así como vulneración de los arts 4.2 g) y 31 del Estatuto de los Trabajadores, y art 59 del Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, que declara el derecho de los trabajadores a percibir dos gratificaciones extraordinarias al año, en concordancia con jurisprudencia que se expondrá en el desarrollo del presente recurso”.

Reitera, en primer, la defensa de los recurrentes, su pretensión principal basada en que la disminución retributiva adoptada por el RDL 20/2012, se ha aplicado indebidamente a trabajadores por cuenta ajena del sector de la enseñanza concertada,

colectivo que no se encontraba, en su opinión, en el ámbito de aplicación del ya citado RDL 20/2012. Señala igualmente, que si les fuera aplicable, por lo que se refiere al ámbito territorial de la Comunidad Valenciana, debería estarse a la entrada en vigor del DL del Consell dictado en su desarrollo, que lo fue el 1 de Octubre del 2012, reiterando así mismo el resto de pretensiones subsidiarias planteadas en su momento en la instancia.

**SEGUNDO.-** La pretensión principal debe ser rechazada al acoger esta sala, en su integridad los adecuados razonamientos y conclusión de la resolución ya dictada en la instancia, consecuencia de la aplicación racional y equilibrada de la homologación retributiva establecida entre los profesores de los colegios públicos y los de los colegios concertados sostenidos con fondos públicos, en directa aplicación de lo dispuesto en el Real Decreto 2377/1985 (art 13), y la Ley Orgánica 272006 de Educación (art 117), así como el propio Convenio de Empresas de Enseñanza Privada (art 67). El hecho de que la doctrina judicial y constitucional hayan convalidado la parcial supresión de la parte de paga extra del año 2012, que ahora se pretende y que el propio RDL 20/2012 citase de forma expresa en su DA 2ª a los centros docentes de esa naturaleza, como pertenecientes a su ámbito de aplicación, priva de todo sustento legal a dicha pretensión principal.

La cuestión relativa a la reclamación de la paga devengada hasta la fecha de entrada en vigor del Decreto ley del Consell, ha sido cuestión ya planteada por el mismo Sindicato en los recursos planteados ante esta misma sala con los números 1784, 1785 y 1786, acumulados en su momento, y que concluyeron con la sentencia de fecha 27 de abril pasado, nº 935/2016, en la que se señalaban como motivos que avalan el rechazo de dicha pretensión los que sigue:

*1.- En lo ya resuelto por ésta misma Sala en sentencia nº 2106/13 de 10/10/2013, recaída en el procedimiento de conflicto colectivo 27/13, en la que se reconoció el derecho de los trabajadores afectados por el presente conflicto a percibir la parte proporcional de dicha paga extraordinaria por el periodo comprendido entre el 1 al 14 de julio, así como en procesos posteriores en relación con distinto personal donde ya se señaló que la norma del Consell se limitó a dictar disposiciones de desarrollo del RDL 20/2012 en directa ejecución de aquella ( sent TSJCV en proceso 5072013 de fecha 17.12.13) .Dicha interpretación debe mantenerse por razones de estricta aplicación igualitaria a los supuestos de hecho esencialmente iguales.*

*2.- En el texto del propio Decreto ley del Consell que en su Preámbulo señala que “se dicta en desarrollo y aplicación de los preceptos incluidos en el Título I y disposiciones concordantes”, ello en relación con el RDL 20/12 reiteradamente citado. En dicha norma, se pone de manifiesto, tras señalar el objetivo de austeridad y contención del gasto, que son la causa de la norma estatal, que “En este marco, el Consell considera necesario y oportuno, dictar, en razón de su ámbito competencial estatutariamente reconocido, una norma con rango de ley que desarrolle y adapte las medidas incluidas en el mencionado real decreto ley para el conjunto de la Generalitat y sus Instituciones, respetando, en todo caso, en su desarrollo tanto la vocación de universalidad de las medidas como el carácter temporal de alguna de ellas. Dichas*

*circunstancias y la necesidad para la plena efectividad de las medidas vinculadas directamente a la consecución del ahorro en el gasto público, de ajustarse a los plazos establecidos por el real decreto ley, constituyen el hecho habilitante de extraordinaria y urgente necesidad que el Estatut exige en su artículo 44 para la adopción de un decreto ley.” Es decir, que admite, no solo la vocación de universalidad de la norma estatal, sino la aplicación de la misma con los mismos efectos y en los mismos plazos señalados en aquella.*

*La aplicación de esta norma al personal docente de los centros de enseñanza concertados se prevé en la Disposición Adicional Segunda del citado Decreto ley, con el mismo ámbito temporal que el resto del personal perteneciente al sistema público, admitiendo que la fecha de efectos es la misma que el resto de personal estatal, con alguna excepción señalada por los tribunales, que no es el caso, disponiendo distinta fecha de efectos para supuestos concretos, por ejemplo, el caso de la prestación económica por Incapacidad Temporal, para la que expresamente se establece la fecha de efectos del 1 de octubre, para los iniciados antes de dicha fecha. Por lo cual la norma ha distinguido en aquellos supuestos de hecho que expresamente ha considerado necesario distinguir. Lo que no ha efectuado respecto a la paga extra del segundo semestre del 2012.*

*3.- Por último, debemos hacer mención de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 1 de marzo del corriente año 2016, nº 1617/16, resolutoria del recurso de casación interpuesto en su día contra la sentencia de esta sala a la que se ha hecho mención en el punto 1 de este FºDº segundo. En ella se desestima el interpuesto por los demandantes en aquel proceso, con remisión a otras sentencias en las que ya se había resuelto la cuestión de cómo debía aplicarse la supresión de la paga extra de diciembre del 2012, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional nº 83/2015 de 30 de abril y posteriores, que resolvieron los recursos de inconstitucionalidad, o los dejaron sin efecto ante la aprobación de nuevas normas posteriores.*

**TERCERO.-** Por último, y en relación con el resto de pretensiones subsidiarias deben igualmente ser rechazadas. Las dos subsidiarias primera y primera bis, porque efectivamente ya han sido satisfechas por la administración que les ha aplicado los criterios de homologación de aplicación para igualarlos al resto de profesores de colegios no concertados, descontándoles del complemento autonómico lo necesario para devolverle la misma proporción satisfecha al resto del profesorado, es decir, el 44/180 de la citada paga, que se corresponde con los 14 días transcurridos entre el 1 al 14 de julio del 2012, que como reiteradamente se ha dicho ya, era debido por la Administración. Y ha sido ya satisfecho. Tampoco procede, en consecuencia el análisis de la subsidiaria segunda, por su satisfacción extraprocesal. Y por lo que se refiere a la pretensión deducida en nombre del trabajador J.A.S.B., jubilado con anterioridad a la mencionada satisfacción extraprocesal por parte de la administración, dado que no consta, como señala la sentencia de la instancia, que dicho trabajador haya seguido el trámite señalado en la Circular de 27.02.2015, para la recuperación de los 72,12 euros que reclama en esta demanda, no puede afirmarse que su pretensión haya sido solicitada en forma a la entidad a la que corresponde resolver, en primer lugar, por lo que deberá acudir para ello al centro donde había prestado servicios antes de su

jubilación, para que éste trámite su reclamación por la vía indicada.

En definitiva con lo antedicho, procede, el rechazo del recurso de suplicación y la íntegra confirmación de la sentencia dictada en la instancia.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS, en relación con el artículo 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, no procede la imposición de costas al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita, a la vista del ámbito de aplicación personal de dicha ley que establece: “En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los tratados y convenios internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita:...d) En el orden jurisdiccional social, además, los trabajadores y beneficiarios del sistema de Seguridad Social(...)

### F A L L O

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por el SINDICATO X. DE LA COMUNIDAD VALENCIANA, en nombre e interés de los trabajadores afiliados siguientes: J.V.M.E., S.A.B.B. y otros DIECISÉIS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de los de Valencia, de fecha 12 de Mayo del 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.057, de 12 de mayo de 2016**

**Materia:** Despido. Trabajadora con distintos contratos de interinidad, relevo y eventual por circunstancias de la producción. La empresa rescinde la relación laboral por finalización de contrato. La actora ha impugnado la extinción de esta relación laboral. Con posterioridad, la actora ha vuelto a prestar servicios para la empresa demandada. Declaración de despido improcedente. Según convenio colectivo de empresa como del grupo de empresas, en caso de declararse despido improcedente, la opción de indemnización o readmisión corresponde al trabajador. Procedencia.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando improcedente el despido de la actora, teniendo ésta derecho a optar por la readmisión o por la indemnización correspondiente.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso, declarando que es la empresa la que podrá optar por escoger la indemnización o readmisión de la trabajadora. Confirma la sentencia de instancia respecto al resto de los pronunciamientos.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ascensión Olmeda Fernández.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por AENA la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que, por ser indefinida la relación, declaró despido improcedente el cese de la demandante que se le había hecho por la demandada comunicándole fin contrato temporal y dio la opción a la trabajadora, articulándose el recurso en dos motivos, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, interesando la recurrente, con base en el primero, se revoque parcialmente la sentencia para darle la opción a ella que ya la manifestó por la indemnización y la reitera y, con base en el subsidiario motivo segundo, que, para el caso de que no se estime el anterior, se diga en la sentencia es indefinida no fija. Ha sido impugnado por la demandante, oponiéndose a los dos motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso se alega vulneración por aplicación indebida e interpretación errónea del artículo 56 del ET, del artículo 102 y la Disposición Adicional Quinta del Convenio Colectivo de AENA y de la jurisprudencia que los ha interpretado, citando las sentencias del TS de 3-10-11 (recurso 4649/2010), de 11-7-2012 (recurso 4157/2011) y las de Sala General de 21-12-12 (recursos 3925 y 3439/2011) y argumentando, en síntesis, que la opción corresponde a AENA en los despidos no disciplinarios conforme a la regla general del artículo 56 del ET por no existir previsión convencional que la atribuya al trabajador, ya que: a) el artículo 102 del Convenio se refiere sólo a los despidos disciplinarios dada su ubicación en capítulo dedicado al régimen disciplinario, como ya señaló la primera STS citada en interpretación precisamente del referido precepto del Convenio de AENA y las otras citadas en las que también se interpreta conforme a la ubicación y b) la Disposición

Adicional Quinta se refiere a supuesto distinto del despido y, además, no contempla un derecho de opción típico de un despido improcedente por no aludir a una readmisión en las mismas condiciones, sino a un puesto de trabajo en otro centro del Grupo Aena a designar por el órgano competente de éste manteniéndole las retribuciones hasta la incorporación al Centro correspondiente, si optara por el traslado.

I.- El artículo 102, tanto del V Convenio de AENA (BOE de 16-1-10) como del I del Grupo de Empresas AENA (BOE de 20-12-11), ubicado en el Capítulo XIII “Código de conducta y régimen disciplinario” y bajo el enunciado de “Despido improcedente o nulo”, dice:

“En los casos de resolución del contrato de trabajo de un trabajador de Aena, por causa de despido, si la jurisdicción social declarase la improcedencia o nulidad de la medida extintiva, la opción entre la readmisión en el mismo puesto de trabajo y la indemnización alternativa corresponderá siempre al trabajador, que deberá ejercitarla dentro de un plazo máximo de cinco días hábiles, contados desde la fecha de la notificación de la resolución judicial. De no ejercitarse la opción en el plazo indicado, se entenderá que el trabajador opta por la readmisión.

En el supuesto de que el trabajador optase por la indemnización, tendrá derecho a una equivalente a 45 días de salario, por cada año de antigüedad reconocida, prorrateándose por meses períodos inferiores a un año y hasta un máximo de cuarenta y dos mensualidades”.

La interpretación en el sentido de que, por razón de su ubicación en el Capítulo del Convenio que regula el “Código de conducta y régimen disciplinario”, sólo se refiere a los despidos disciplinarios ya fue establecida por el TS en las sentencias de 3-10-11 (recurso 4649/2010), referida al mismo precepto del V Convenio de Aena y en las de 11-7-2012 (recurso 4157/2011) y las de Sala General de 21-12-12 (recursos 3925 y 3439/2011), así como en las 13-10-14 (recurso 1393/2013) y 18-7-14 (recurso 1861/2013), que cita también la sentencia recurrida, que se aparta de ella por entender que en el presente caso hay una novedad, que es la Disposición Adicional Quinta del Convenio 2011-2018 publicado en BOE de 20-12-11 y que no existía en el anterior.

II.- La referida Disposición Adicional Quinta, que si existía, como dice la parte impugnante, en el V Convenio de AENA, decía:

“Aena garantiza a su personal que, en caso de extinción del contrato de trabajo por causas no imputables al trabajador, éste podrá optar entre la indemnización a que se refiere el Artículo 102 de este Convenio Colectivo o un puesto de trabajo en otro Centro de trabajo de la empresa a designar por Aena, manteniéndole las retribuciones hasta la incorporación al Centro correspondiente, si optara por el traslado.

En caso de no poder ofrecer la empresa un puesto de trabajo de su misma ocupación, se compromete a realizar el reciclaje a otro puesto de trabajo”.

Y la Disposición Adicional Quinta del I Convenio de Grupo de Empresas AENA, como alega la recurrente, dice:

“Sin perjuicio de lo contemplado en el Acuerdo de Garantías Laborales de 16 de marzo de 2011, al que hace referencia la disposición adicional decimotercera del presente convenio colectivo, las garantías de empleo en las entidades y/o sociedades que forman el Grupo Aena se registrarán por:

Las entidades y/o sociedades que forman el Grupo Aena garantizan a su personal que, en caso de extinción del contrato de trabajo por causas no imputables al trabajador y para aquellos trabajadores a que se refiere el apartado 11.B) Trabajadores que no opten a prestar servicio en el supuesto contemplado en el art. 11.6 del Real Decreto-Ley 13/2010 del Acuerdo de Garantías Laborales de 16 de marzo de 2011, éstos podrán optar entre la indemnización a la que se refiere el artículo 102 de este Convenio Colectivo o un puesto de trabajo en otro Centro del Grupo Aena a designar por el órgano competente del Grupo Aena, manteniéndole las retribuciones hasta la incorporación al Centro correspondiente, si optara por el traslado.

En caso de no poder ofrecer un puesto de trabajo de su misma ocupación, la entidad y/o sociedad del Grupo Aena, donde el trabajador preste sus servicios, se compromete a realizar el reciclaje a otro puesto de trabajo”.

De la comparación entre ambas resulta, como también se indica en el escrito de impugnación, que la del actual Convenio mantiene el contenido de la anterior y lo que hace es añadir el nuevo supuesto, de modo que no se refiere sólo al nuevo como sostiene la empresa en su recurso.

Es cierto, sin embargo, que no contempla un supuesto típico de opción en despido improcedente y , como se ha indicado, que esta Disposición Adicional no es novedad y que precisamente en la parte en que se apoya la sentencia recurrida y la impugnante, ya existía en el anterior V Convenio y, por tanto, cuando se dictó la sentencia del TS de 3-10-11, que interpretó el artículo 102 del referido V Convenio de AENA, argumentos acogidos en nuestra sentencia nº 1690/2015 de 9-9-15, en Recurso 1742/15 para entender que la opción corresponde a la empresa. Por tanto, aunque no es firme y pende de RCUD, mantendremos, por razones de seguridad jurídica, el criterio de nuestra anterior sentencia, por su propia argumentación:

<<La garantía a que se refiere la Disposición adicional quinta del Convenio Colectivo no entendemos implique modificación alguna de lo dispuesto en el artículo 102 del mismo convenio, que atribuye al trabajador la opción entre indemnización o readmisión en los supuestos de despido disciplinario improcedente, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 3-10-2011, (rec. 4649/2010) y las por ella citadas cuando subraya que “...la previsión convencional que mejora la legalidad estatutaria no puede extenderse más allá del propio pacto, y ya hemos visto que el Convenio en cuestión sólo ha querido transferir la opción a favor de los trabajadores cuando se trata de despidos disciplinarios y éstos hayan sido declarados nulos o improcedentes por la jurisdicción pero no así cuando la

declaración de improcedencia traiga causa de cualquier defecto o irregularidad en los contratos suscritos por la entidad aquí demandada...”, por cuanto la propia referencia contenida en la Disposición adicional invocada como infringida, y que antes se transcribió muestra la voluntad de los negociadores de que el régimen convencional de la opción en caso de despido disciplinario improcedente permanezca en sus propios términos, no afectando al ámbito de esa opción (despido disciplinario improcedente) la garantía establecida en la disposición adicional de referencia que establece una opción distinta para el caso de extinción del contrato de trabajo por causas no imputables al trabajador, no referida a la readmisión o la indemnización en el sentido del artículo 56 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuyo régimen mejora a favor del trabajador el artículo 102 del Convenio que también se transcribió antes, sino que la opción de la disposición adicional viene dada “entre la indemnización a que se refiere el Artículo 102 de este Convenio Colectivo o un puesto de trabajo en otro Centro de trabajo de la empresa a designar por Aena”, opción muy distinta a la del artículo 56 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que explica que incluso la respetabilísima doctrina contenida en el voto particular formulado respecto de la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2014, pese a aludir a la Disposición adicional quinta del V Convenio Colectivo de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea, no lo haga para extender el sentido de la opción a otro despido que no sea el disciplinario, y que en definitiva deba estarse a lo que el Tribunal Supremo viene reiterando (así en sentencia de 4 diciembre 2014, rec. 3086/2013) subrayando que “...la cuestión ha sido ya objeto de unificación por esta Sala en supuestos de igual redacción del convenio colectivo en esta materia. Así, ciertamente, tanto en la STS/4ª de 3 octubre 2011 (rcud. 4649/2010), referente al Convenio Colectivo de AENA, como en la STS/4ª de 25 septiembre 2012 (rcud. 3298/11), relativa al Convenio Colectivo del personal del Ayuntamiento de Camas... "el punto de partida obligado ha de ser la consideración de que el carácter mixto del Convenio Colectivo -norma de origen convencional/contrato con eficacia normativa- determina que su interpretación haya de atender tanto a las reglas legales propias de las normas jurídicas (arts. 3 y 4 CC EDL 1889/1) como a aquellas otras que disciplinan la hermenéutica de los contratos (arts. 1281 a 1289 CC EDL 1889/1) (con muchas otras anteriores, SSTS 03/12/08 -rco 180/07 -; 26/11/08 -rco 139/07 -; 21/07/09 -rco 48/08 -; 21/12/09 -rco 11/09 -; y 02/12/09 -rco 66/09 -). Por ello, la interpretación del Convenio Colectivo ha de combinar los criterios de orden lógico, gramatical e histórico, junto con el principal de atender a las palabras e intención de los contratantes (así, SSTS 27/06/08 -rco 107/06 -; 26/11/08 -rco 95/06 -; 26/11/08 -rco 139/07 -; 27/01/09 -rcud 2407/07 -; y 21/12/09 -rco 11/09 -), lo que confiere especial relevancia al Tribunal «a quo» ante el que se ha desarrollado la actividad probatoria relativa a la voluntad de las partes y a los hechos concomitantes (en este sentido, recientemente, SSTS 22/04/09 -rco 51/08 -; 15/09/09 -rco 78/08 -; 08/10/09 -rco 13/09 -; 02/12/09 -rco 66/09 -; 17/12/09 -rco 120/08 -; y 21/12/09 -rco 11/09 -) ". Y en este orden de cosas, resulta imprescindible tener en cuenta que el precepto arriba transcrito se encuentra ubicado en el Capítulo -el XIII- del Convenio que regula el "Código de conducta y régimen disciplinario", lo que pone claramente de relieve que la intención de los negociadores colectivos, y de ahí esa localización sistemática, era la de otorgar la opción a los trabajadores únicamente en el caso de que, por habérseles imputado la comisión de alguna falta "muy grave" (art. 94.4) merecedora del despido, tal como prevé el art. 97.1.c) del propio Convenio,

resultara aplicable el régimen disciplinario al que alude todo el Capítulo. Parece evidente que solamente a tales despidos, y cuando la decisión empresarial fuera judicialmente declarada nula o improcedente, la negociación colectiva, mejorando la previsión estatutaria (art. 56.1 ET EDL 1995/13475), y de forma similar a como lo hace para el personal laboral fijo en el empleo público en general el art. 96 del Estatuto Básico aprobado por Ley 7/2007, quiso conceder la opción al trabajador. Cabe concluir, en fin, en línea con lo que esta misma Sala Cuarta ha sostenido, entre otras, en las sentencias de 25-5-1999 -y las que en ella se citan-, R. 4086/96, 21-9-1999, R. 213/99, y 26-12-2000, R. 61/2000, que la previsión convencional que mejora la legalidad estatutaria no puede extenderse más allá del propio pacto, y ya hemos visto que el Convenio en cuestión sólo ha querido transferir la opción a favor de los trabajadores cuando se trata de despidos disciplinarios y éstos hayan sido declarados nulos o improcedentes por la jurisdicción pero no así cuando la declaración de improcedencia traiga causa de cualquier defecto o irregularidad en los contratos suscritos por la entidad aquí demandada." ... Esa doctrina ha sido reiterada en otras sentencias de esta Sala como las STS/4ª de 21 abril 2010 (rcud. 1075/09), 11 mayo 2010 (rcud. 1614/09), 4 noviembre 2010 (rcud. 88/10), 23 abril 2012 (rcud. 3533/11), 11 julio 2012 (rcud. 4157/11) y 22 marzo 2013 (rcud. 841/11) y, más recientemente, por las STS/4ª/Pleno de 18 julio 2014 (rcuds. 1119/2013, 1428/2013, 1429/2013, 1616/2013, 1618/2013 y 1861/20913). En todas ellas hemos sostenido que " una interpretación lógico-sistemática del precepto convencional al que nos referimos determina que lo allí dispuesto solamente es de aplicación a los despidos disciplinarios improcedentes, que son los únicos a los que en puridad puede aplicarse el referido calificativo, por más que cualquier otro cese o extinción del contrato que no encuentre una justificación jurídica adecuada deba ser combatida también por el cauce procedimental establecido para el despido disciplinario...">>

En atención a ello, procede el acogimiento del primer motivo del recurso y la revocación parcial de la sentencia recurrida primeramente interesada, sin que, en consecuencia, haya de entrarse en el segundo motivo, planteado con carácter subsidiario.

Dada la reiteración de la opción por la indemnización efectuada por la empresa se acordará la obligación de la misma de abono de la cantidad fijada en tal concepto por la sentencia y, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 203.2 y 3 de la LJS, las devoluciones de parte de consignación y depósito que establecen. Sin costas, dada la estimación del recurso, conforme al 235.1 de la LJS.

## FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por SOCIEDAD MERCANTIL ESTATAL AENA S.A. (anteriormente AENA AEROPUERTOS S.A.) contra la Sentencia de fecha 18 de agosto de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Elche, en autos 139/2014 sobre DESPIDO, siendo parte recurrida Dª T.L.F., revocamos parcialmente la referida Sentencia en el particular relativo a que la opción es de la

empresa y no de la trabajadora y, habiendo la empresa reiterado su opción por la indemnización, deberá abonar a D<sup>a</sup> T. la cantidad de 4.560'15 euros fijada en concepto de indemnización en la sentencia recurrida que mantenemos en todo lo demás. Devuélvase a la recurrente el importe del depósito para recurrir y el exceso de consignación sobre los 4.560'15 euros, una vez sea firme esta sentencia.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.074, de 17 de mayo de 2016**

**Materia:** Reclamación de cantidad. Importe inferior a 3.000 euros. Trabajador que presta sus servicios como limpiador en empresa dedicada a la actividad de limpieza. La parte actora causa baja en la empresa por subrogación en la relación de otra empresa. Sucesión de empresas. La nueva adjudicataria es la encargada de proporcionar los medios personales necesarios para el servicio y será responsable del cumplimiento de la legislación aplicable respecto al personal a su servicio. La actora no ha cobrado en el periodo de prestación de servicios ni al fin de su contrato las cantidades que le correspondían. Responsabilidad solidaria de las demandadas por las cantidades no percibidas.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda condenando a las demandadas (antigua empresa adjudicataria y administración) a abonar solidariamente a la actora determinada cantidad más los intereses de mora, todo ello sin perjuicio de la responsabilidad legal subsidiaria del FOGASA en caso de insolvencia de las demandadas. Absuelve a la nueva adjudicataria del servicio de las pretensiones efectuadas en su contra.

**Sala:** Estima el recurso de la Conselleria demandada absolviendo a ésta de responsabilidad alguna en el abono de las cantidades debidas al trabajador. Estima el recurso de la parte demandante en la instancia condenando a la nueva adjudicataria a responder solidariamente por las cantidades devengadas y no percibidas por el trabajador en su anterior empresa. Se admite recurso de suplicación con independencia de la cuantía.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia, que estimó parcialmente la demanda y condenó a la empresa E.L.I. S.L., ahora denominada T.W. SL y a la Conselleria de Sanidad a que abonen de forma solidaria al actor la suma de 1.448,14 euros más los intereses que especifica, y absolvió a la empresa K.L. S.L., de las pretensiones efectuadas en su contra, interpone recurso de suplicación la parte actora y la Conselleria demandada, recayendo sendas impugnaciones.

Antes de entrar en el examen de los motivos de los recursos, conviene realizar la siguiente puntualización en orden a su admisibilidad. Como se acaba de exponer, la cantidad reclamada por el actor en este procedimiento no supera los 3.000 euros, lo que en principio vedaría su acceso al recurso de suplicación (art.192.2 g) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social) y así lo entendió esta Sala en sentencia anterior de 22 de septiembre de 2014 (rs.1011/2014). Ahora bien, desde entonces consta a este Tribunal la existencia de numerosos recursos pendientes de resolución - probablemente más de 200-, en alguno de los cuales las cantidades reclamadas

superan los 3.000 euros. Estamos, por tanto, ante una situación generalizada de conflicto, lo que explica que el juzgado de instancia haya dado recurso. Siendo ello así, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 191.3 b) de la citada ley procesal, procede la admisión del mismo, pese al precedente al que nos hemos referido anteriormente.

**SEGUNDO.-** Despejadas las dudas sobre la admisibilidad del recurso, procede entrar en el examen del formulado por la Conselleria recurrente, que en su único motivo, y con amparo en el apartado c) del artículo 193 de la LRJS, alega que la sentencia impugnada infringe el artículo 42, apartados 1 y 2 del Estatuto de los Trabajadores, interesando que la Conselleria de Sanidad demandada sea absuelta por no existir responsabilidad de la Administración Autonómica, por no ser aplicable lo dispuesto en el artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores. Se argumenta por la Abogacía de la Generalitat que no nos hallamos ante un supuesto de subcontratación de obras y servicios correspondiente a la propia actividad de la empresa, y no encontrándose entre las actividades de la Conselleria citada la de prestar a terceros el servicio de limpieza, ninguna responsabilidad de orden salarial puede exigirse ante la falta de abono de las retribuciones impagadas a la trabajadora.

La sentencia objeto de recurso considera que la Conselleria demandada debe ser condenada dado que el servicio de limpieza es absolutamente imprescindible para la prestación y el desarrollo de un adecuado servicio de sanidad, siendo impensable prescindir de la limpieza de un hospital, pero frente a ello debe tenerse en cuenta que el artículo 42 del ET solo puede ser aplicado a aquellos empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos.

La figura jurídica de la “propia actividad”, ha sido problemática al ser un término no definido en la norma, se ha distinguido en la jurisprudencia entre la llamada “actividad indispensable”, en la que quedan abrazadas la totalidad de las contrataciones que la empresa concierte, pues todas ellas han de estimarse como necesarias para el empresario principal, y entre la denominada “actividades inherentes”, donde se incluirían solo las obras o servicios que constituyen el núcleo de la actividad de la empresa principal, y por tanto deben quedar excluidas todas las actividades de carácter complementario, primando en dicha doctrina la tesis restrictiva, al hilo de que si el legislador ha introducido la diferencia apuntada en el artículo 42 del ET, ha sido con el propósito de restringir el área de responsabilidad del empresario principal. Aplicando esta distinción al caso examinado, es obvio que la actividad de limpieza del centro de trabajo Hospital Universitario de Alicante, asumida en virtud de contrata sucesivamente por las empresas codemandadas, es precisamente la limpieza de dicho inmueble, que implica su mero mantenimiento y por lo tanto es complementaria a la actividad principal y fundamental desenvuelta por la administración pública aludida, la de dispensar la asistencia sanitaria como finalidad productiva, de modo que quedarían excluidos del concepto de propia actividad los servicios y las obras desvinculados o desconectados de dicha finalidad y de las actividades normales de la empresa, aún en beneficio de ella, lo que puede predicarse sin dificultad, además del servicio citado, a la vigilancia de las instalaciones y al servicio

de cafetería para terceras personas, de ahí que no quepa imputar la responsabilidad solidaria que la sentencia de instancia efectúa, con la consecuente estimación de este recurso y absolución de la Conselleria demandada.

**TERCERO.-** Por su parte, la representación letrada del trabajador demandante denuncia al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, que se ha infringido el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 7 del Convenio Colectivo de ámbito de Limpieza de edificios y locales para centros sanitarios dependientes de la Conselleria de Sanidad y de la Diputación Provincial de Alicante, estimando que debe hacerse extensiva la condena a la empresa K.L. S.L., en cuanto que la misma es adjudicataria de la contrata de servicio de limpieza del centro de trabajo donde prestaba servicios el actor desde el 1-2-2012 y ha subrogado tanto a la persona como al resto de trabajadores de la contrata, por lo que “conforme reiterada jurisprudencia, al margen de lo que disponga la norma sectorial, en los cambios de contrata, por considerar que existe una entidad económica dado que el elemento patrimonial esencial se reduce a la mínima expresión siendo la mano de obra, procede la aplicación del art. 44 del E.T. y por tanto subrogarse en todos los derechos y obligaciones, (...)” (sic). Además, sigue diciendo la recurrente que, conforme al art. 7 del Convenio colectivo provincial de Limpieza, procede igualmente la subrogación.

La cuestión litigiosa en este motivo del recurso, se circunscribe a determinar si la empresa K.L., S.L. que se subrogó en la contrata de limpieza del centro sanitario donde trabajaba el actor en Alicante, que hasta entonces había prestado E.L.I., S.L., responde solidariamente con ésta de las cantidades devengadas por los trabajadores adscritos a esa contrata antes de producirse la subrogación y que han pasado a prestar servicios para ella.

Son muchas las sentencias del Tribunal Supremo que han abordado el régimen jurídico de la sucesión de contratas. Entre ellas destacan, por ser las más recientes, las SSTS de 9 y 10 de julio de 2014 (rcud.1204/2013 y 1051/2013). Comienzan recordando estas sentencias la doctrina de la Sala sobre la sucesión de empresas y la sucesión de plantillas sentada en aplicación de la Directiva 2001/23, del artículo 44 del ET y de la doctrina del TJUE en múltiples sentencias, como las de 29 de mayo de 2008 (R. 3617/2006), 27 de junio de 2008 (R. 4773/2006), 28 de abril de 2009 (R. 4614/2007), 7 de diciembre de 2011 (R. 4665/2010), 28 de febrero de 2013 (R. 542/2012) y 5 de marzo de 2013 (R. 3984/2011). Más concretamente por lo que se refiere a la sucesión de contratas o concesiones con “sucesión de plantillas”, señalan estas sentencias que este fenómeno “*se caracteriza por la presencia de las siguientes relaciones y circunstancias entre personas físicas y/o jurídicas: A) una empresa contratista o adjudicataria de servicios (“empresa entrante”) sucede a la que desempeñaba anteriormente tales servicios o actividades (“empresa saliente”) por cuenta o a favor de un tercero (empresa “principal” o entidad “comitente”); B) la sucesión de contratas o adjudicaciones se ha debido a que la empresa o entidad comitente ha decidido dar por terminada su relación contractual con la “empresa saliente”, encargando a la “empresa entrante” servicios o actividades sustancialmente iguales a los que desarrollaba la contratista anterior; C) la “empresa entrante” ha incorporado al desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata o*

*adjudicación a un parte importante, cualitativa o cuantitativamente, de la plantilla de trabajadores de la "empresa saliente"; y D) el activo principal para el desempeño de los servicios o actividades objeto de la contrata es la "mano de obra" organizada u organización de trabajo".*

*A partir de esta doctrina, se insiste en que la "mera sucesión de contratistas no está contemplada en el artículo 44 del E.T. cuando no existe transmisión de activos patrimoniales necesarios para la explotación contratada. Pero la subrogación empresarial que el citado precepto estatutario impone sí se produce cuando se transmite una organización empresarial en aquellos supuestos denominados "sucesión de plantillas", en los que la actividad descansa, esencialmente, en el factor humano, en la organización y dirección de la actividad del personal cualificado que se emplea en la ejecución del servicio contratado, en la ejecución de la contrata. En estos supuestos, si el nuevo contratista asume la mayor parte del personal que empleaba el anterior, se entiende que existe sucesión de empresa en su modalidad de "sucesión de plantillas", lo que obliga al nuevo contratista a subrogarse en los contratos laborales del anterior, no de forma voluntaria sino por imperativo legal, al haberse transmitido una organización empresarial basada esencialmente en el factor humano, en el trabajo, cual se deriva de la doctrina antes reseñada."*

En el caso que ahora se enjuicia, nos encontramos ante una "sucesión de plantillas", pues la empresa K.L. S.L. se ha subrogado en el contrato del trabajador que prestaba servicios como limpiador, y cuestionándose si debe asumir el pago de las cantidades que se devengaron cuando la titular de la contrata era E.L.I., S.L., a la vista de la doctrina jurisprudencial expuesta el recurso de la parte actora debe prosperar, pues producida la subrogación empresarial prevista en el artículo 7 del convenio colectivo, entra en juego el mecanismo del artículo 44 del ET, en virtud del cual la nueva titular de la contrata "queda subrogada en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior". El propio artículo 7 del convenio así lo dispone también en su último párrafo, en el que se dice expresamente que "en lo no previsto en el presente artículo, se estará a lo dispuesto en el artículo 44 y concordantes del Estatuto de los Trabajadores". Todo lo cual nos lleva, en definitiva, a la estimación del recurso de la parte actora.

## F A L L O

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por el Abogado de la Generalitat Valenciana, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 7 de los de Alicante y su provincia de fecha 23 de abril de 2014, y estimando asimismo el recurso interpuesto por la representación letrada de don S.M.C., revocamos en parte la citada sentencia en el sentido de absolver a la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana de la condena que le fue impuesta, y de declarar la responsabilidad solidaria de la empresa K.L.S.L., con la otra empresa E.L.I. SL, en el pago de la cantidad establecida en la sentencia de instancia, condenando a ambas empresas de modo solidario a abonar al actor las referidas cantidades.

Mantenemos el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

**Sentencia 1.113, de 17 de mayo de 2016**

**Materia: Prestación de jubilación: jubilación no contributiva. Derecho a la prestación. Ingresos unidad familiar. Superación límite de recursos. Efectos económicos para el reconocimiento de la pensión de jubilación. Infracción artículo 167.2 LGSS. Aplicación figura cosa juzgada.**

**Juzgado: Estima la excepción de cosa juzgada y desestima la demanda, absolviendo a la parte demandada de las pretensiones deducidas en su contra. No procede mantener la pensión de jubilación a partir de un determinado periodo una vez computados los ingresos de la unidad familiar.**

**Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La sentencia de instancia no ha conculcado el art. 167 LGSS. No procede mantener el derecho a la pensión reclamada en la instancia, con independencia que pueda solicitar nueva prestación.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Mercedes Boronat Tormo.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-La sentencia de la instancia, que no entra a conocer del fondo del asunto, entiende que la pretensión del actor, de que se le reconozca el derecho a la pensión no contributiva de jubilación, a partir del día uno de enero del 2011, ya fue resuelta por sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Dos de Valencia en sentencia de fecha 14 de septiembre del 2011, ejecutada por auto de fecha 8 de febrero del 2013 que tuvo por cumplida dicha resolución, al entender que no procedía mantener su derecho a la citada pensión a partir del 1 de enero del 2011. Por ello, aplica la figura de la cosa juzgada.

Contra dicho pronunciamiento se recurre en suplicación por el solicitante, al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS. Y se propone la revisión de los hechos numerados como 2 y 4 de la sentencia de instancia, en el sentido que se expresa:

1.- Para eliminar del relato fáctico, desde su línea catorceava que señala: “en los antecedentes del hecho del auto.... Hasta el final del citado hecho probado, que recoge presunciones

2.- Para adicionar al mismo, a partir de la línea sexta del citado hecho probado lo que sigue: “siendo alta en la calle Embajador Vich nº 11, piso 4º, escalera 17ª de Valencia, domicilio en el que reside desde el 1 de julio de 2011 tras la suscripción de contrato de arrendamiento del citado inmueble, donde permanecía a fecha de la vista”

Pero ninguna de dichas revisiones procede. La primera, porque los antecedentes del auto a que se refiere la sentencia efectivamente recoge los datos que allí se dicen, ello con independencia de la valoración o la consecuencia que de tales datos se pueda extraer, y en cuanto al cambio de la fecha de residencia, es obvio que la suscripción de un contrato de arrendamiento, no acredita en sí mismo la fecha en que se inicia la residencia en el domicilio a que se refiere, por lo que no procede acceder a tal revisión, al no tratarse de un dato que se desprende de forma directa, clara y terminante del citado documento, al existir otro, de carácter oficial, que señala una fecha algo más tardía.

**SEGUNDO.-** Al amparo del apartado c) del precepto procesal ya citado, se alega cometida la infracción de los arts 207 y 222, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que regulan la figura de la cosa juzgada. Entiende el recurrente que en el procedimiento judicial que culminó con la sentencia de 14 de septiembre del 2011, lo único que se debatió fue la pensión no contributiva correspondiente al año 2010, y que en ella se accedió a la pretensión del actor de lucrar la prestación correspondiente. Se señala también cometida la infracción de los arts 167.1 d) de la LGSS en relación con el art. 144 del mismo texto legal, y el RD 357/1991, de 15 de marzo, que desarrolla, en materia de prestaciones no contributivas, la Ley 26/1990 y la Orden PRE/3113/2009. Señala el recurrente que la sentencia no ha tomado en consideración que el cómputo de rentas es de carácter anual, y que el actor y su hermano dejaron de convivir juntos oficialmente en agosto del 2011.

Debe la sala comenzar señalando, que el Tribunal Supremo tiene establecido en sentencia de 29/9/2010 –rcud 2479/2009- que la finalidad institucional de las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social se orienta, según el preámbulo de la Ley 26/1990, que estableció estas prestaciones, no a proporcionar rentas de sustitución de las remuneraciones percibidas, sino a asegurar a los ciudadanos que se encuentran en estado de necesidad unas prestaciones mínimas de carácter uniforme para atender a las necesidades básicas de subsistencia ante una situación de insuficiencia de recursos. Son -dice la ley- "prestaciones mínimas" que cubren un "estado de necesidad"; atienden, por tanto, de manera prioritaria a la protección de las necesidades básicas del beneficiario, entre ellas obviamente a su sustento. En este sentido el límite de ingresos, como requisito al acceso a estas prestaciones, cumple la función de seleccionar esa garantía mínima y uniforme; garantía que pierde su sentido si las necesidades de subsistencia se cubren a través de otros medios, pues entonces la prestación no contributiva carece de sentido y función, debiendo reconsiderarse su otorgamiento en un sistema que se caracteriza por la limitación de recursos, lo que impone que éstos tengan que orientarse selectivamente en orden a la protección de las situaciones reales de necesidad. Por otra parte, la técnica de la protección contributiva se articula a través de lo que la doctrina ha denominado técnica de garantía de mínimos, que rige también en otros campos de la Seguridad Social. Esta técnica consiste en que, salvo excepciones, la cobertura no se establece a través de una prestación de importe fijo, sino mediante una garantía de renta, de forma que, con las excepciones señaladas, cuando el beneficiario tiene ingresos concurrentes la prestación se reduce hasta que computando esos ingresos se alcanza el nivel de garantía. Es necesario también advertir que en su configuración las

pensiones no contributivas por invalidez y jubilación son prestaciones personales que cubren las necesidades del beneficiario sin atender a sus responsabilidades familiares que se cubrirán en su caso con las prestaciones familiares no contributivas que regula el capítulo IX del Título II de la Ley General de la Seguridad Social.

Del mismo modo, debemos señalar que, tal y como se desprende de lo establecido en el art. 169 de la Ley General de la Seguridad Social: “Los efectos económicos del reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación, en su modalidad no contributiva, se producirán a partir del día primero del mes siguiente a aquél en que se presente la solicitud.” Luego los ingresos a tener en cuenta para dilucidar si se carece de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites establecidos en el artículo 144 de la Ley General de la Seguridad Social son los percibidos en el año en que se produce el devengo de la pensión que en el presente caso es el 2010 al haberse solicitado la pensión en abril del indicado año. Además, los límites de acumulación de recursos, en el supuesto de unidad económica, son equivalentes a la cuantía, en cómputo anual de la pensión, más el resultado de multiplicar el 70% de dicha cifra por el número de convivientes, menos uno, conforme dispone el nº 2 del art. 144 de la Ley General de la Seguridad Social, luego si la fijación de los límites de acumulación de recursos para determinar el derecho a la pensión de jubilación no contributiva tiene como referencia la cuantía de dicha pensión, los ingresos a computar a efectos de los indicados límites serán también los del año que se ha tenido en cuenta para determinar la cuantía de la pensión no contributiva y no los del año anterior como pretende la recurrente.

**TERCERO.-** A las anteriores precisiones debemos añadir que la Resolución combatida es la emanada de la entidad gestora en fecha 19.09.2012 que declara extinguida la prestación con efectos 1.1.2011, que lo hace en aplicación de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Dos de Valencia, que, si bien reconoció inicialmente la prestación no contributiva, posteriormente entiende que no procedía mantenerla a partir del mes de enero del 2011, una vez computados los ingresos de la unidad familiar correspondientes al año 2010. A la vista de tales hechos no podemos más que confirmar la sentencia dictada en la instancia que aplicó la figura de la cosa juzgada, pues tanto en aquel procedimiento como en éste el actor solicita lo mismo una pensión no contributiva de jubilación con efectos de uno de enero del 2011. Por tanto, y con independencia de poder volver a solicitar la indicada pensión, que consta que ya lo ha sido y se le ha concedido, si bien con efectos posteriores, procede entender que la sentencia de instancia no ha infringido el art 167 LGSS que en su apartado 2 señala de forma expresa que “las rentas e ingresos propios, así como los ajenos computables por razón de convivencia en una misma unidad económica, y la residencia en territorio español, condicionan tanto el derecho a pensión como la conservación de la misma, y, en su caso, la cuantía de aquellas”. Por ello, estimamos que no se han conculcado los preceptos aplicables, lo que nos lleva al rechazo del recurso, y a la íntegra confirmación de la sentencia de la instancia.

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON E.G.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. SEIS de los de VALENCIA, de fecha 21 de enero del 2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2110

**Sentencia núm. 1.119, de 18 de mayo de 2016**

**Materia:** Prestación por desempleo. Solicitud admisión programa renta activa de inserción. Cumplimiento requisitos para acceso al mismo. La actora ha efectuado varias salidas al extranjero. Inscripción ininterrumpida como demandante de empleo.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones contra el mismo ejercitadas. Confirma las resoluciones impugnadas.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Aunque la demandante ha permanecido en el extranjero por periodos iguales o inferiores a 15 días sin superar el tope acumulado de 90 días en el año anterior a la fecha de solicitud de incorporación al programa, no queda probado que las salidas han sido debidas por cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se recurre por la representación letrada de la parte actora la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución administrativa dictada por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), en la que se acordó denegar su solicitud de incorporación al Programa de renta activa de inserción, por no haber completado al menos 12 meses de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo, al haberse interrumpido dicha inscripción como consecuencia de su salida al extranjero.

2. El recurso se sustenta en un único motivo redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se denuncia la infracción del artículo 2.1 del Real Decreto 1369/2006 de 24 de noviembre, que regula el Programa de Renta Activa de Inserción para desempleados con especiales necesidades. Se argumenta por la recurrente, que ninguna de las salidas al extranjero superó los 15 días de estancia en el extranjero, por lo que no excedió del tope previsto, y la salida se debió a deber inexcusable personal por el procedimiento civil de desahucio.

3. El Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo, en su art. 2, y en lo que aquí interesa, dice: “

1. Podrán ser beneficiarios del programa los trabajadores desempleados menores de 65 años que, a la fecha de solicitud de incorporación, reúnan los siguientes

requisitos:...b) Ser demandante de empleo inscrito ininterrumpidamente como desempleado en la oficina de empleo durante 12 o más meses. A estos efectos, se considerará interrumpida la demanda de empleo por haber trabajado un período acumulado de 90 o más días en los 365 anteriores a la fecha de solicitud de incorporación al programa.

Durante la inscripción como demandante de empleo a que se refiere el párrafo anterior deberá buscarse activamente empleo, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesionales u otras para incrementar la ocupabilidad. La salida al extranjero interrumpe la inscripción como demandante de empleo a estos efectos.

No se considerará interrumpida la inscripción cuando el solicitante acredite que la salida al extranjero se ha producido por matrimonio o nacimiento de hijo, fallecimiento o enfermedad grave del cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o por el cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, y siempre que la estancia haya sido igual o inferior a 15 días.

Asimismo, tampoco interrumpirá la inscripción la salida a países del Espacio Económico Europeo y Suiza para la búsqueda o realización de trabajo, perfeccionamiento profesional o cooperación internacional, y siempre que la estancia sea inferior a 90 días. En los supuestos en que se interrumpa la demanda de empleo, se exigirá un periodo de 12 meses ininterrumpido desde la nueva inscripción....”.

4. En el presente supuesto, se declara probado que la actora solicitó su admisión al programa de renta activa de inserción el 7-1-2014, y por resolución de 8-1-2014, le fue denegada por no completar al menos 12 meses de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo, al haberse interrumpido dicha inscripción como consecuencia de su salida al extranjero. La actora estuvo fuera del territorio nacional: del 9 al 17-abril-2013, 4 al 8-agosto-2013, 15 al 25-agosto-2013, y 16 de noviembre a 1-12-2013. Constando en la fundamentación jurídica de la sentencia que “de la documental aportada lo único que acredita es que la misma seguía procedimiento judicial en su país, pero no que las citadas ausencias se debieran al mismo”. Por lo que, siendo que en el presente recurso de suplicación de naturaleza extraordinaria, la Sala queda vinculada al relato fáctico de la sentencia, y no constando que las salidas al extranjero de la actora fuesen debidas al cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal, debe concluirse que el periodo de 12 meses en el que se debe permanecer inscrita como demandante de empleo se interrumpió en cada uno de los periodos de estancia en el extranjero, por lo que a la fecha de la resolución impugnada la actora no cubre un periodo de 12 meses de inscripción ininterrumpida como demandante de empleo, lo que lleva a la desestimación del recurso.

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

## FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de G.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Benidorm, de fecha 30-enero-2015; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2111

**Sentencia núm. 1.140, de 24 de mayo de 2016**

**Materia:** Extinción de contrato de trabajo. Trabajador que presta sus servicios en empresa que ha venido adoptando reducciones salariales de carácter temporal y colectivo por razones económicas. Adopción medida colectiva de modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Rescisión laboral. El actor solicita periodo de excedencia voluntaria, la cual le es concedida. Resolución indemnizada del contrato de trabajo desde la situación de excedencia voluntaria. Procedencia.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo a la empresa demandada de todas las pretensiones deducidas en su contra. No procede rescindir la relación laboral.

**Sala:** Estima el recurso declarando el derecho del actor a extinguir la relación laboral con abono de la correspondiente indemnización. El actor ejercita su derecho a rescindir su contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3. El trabajador no se encuentra en situación de excedencia voluntaria en el momento de solicitar la extinción de la relación laboral.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Sancho Aranzasti.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia el 8 de enero de 2016 por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D. V.G.S. frente a U.P.S. de Prevención S.L, recurre en suplicación el trabajador, impugnando el recurso la Mutua demandada.

**SEGUNDO.-** En un primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se solicita la revisión del hecho probado primero por el que se sustituya la mención que en él se contiene relativa a la inclusión de pagas extraordinarias en el salario que se declara probado, por la mención “sin incluir el prorrateo de las dos pagas extraordinarias que percibe según convenio Colectivo de aplicación”. Y ello conforme a las nóminas aportadas a las actuaciones contenidas en los folios 71 a 120 de autos.

La revisión debe tener favorable acogida, pues efectivamente se comprueba en los recibos salariales del año anterior a la solicitud de resolución contractual que en cada uno de ellos no se percibe la parte proporcional de pagas extraordinarias reconocidas, y que por contra, en los meses de junio y diciembre de 2014, existe un recibo salarial aparte correspondiente a la gratificación extraordinaria, por importe de 1.798,36 euros, por lo que la petición debe quedar incorporada al relato de hechos probados, en el modo que se solicita.

**TERCERO.-** Razones sistemáticas nos llevan a alterar el orden de examen de los motivos de recurso expuestos por el demandante, pues procede en primer lugar pronunciarnos sobre el motivo tercero de recurso, que combate la conclusión

alcanzada en la instancia relativa a la imposibilidad de acceder a la resolución indemnizada del contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3.2º ET desde la situación de excedencia voluntaria, para posteriormente, caso de ser positiva la respuesta, abordar el cálculo de la indemnización que correspondería al trabajador, que es en definitiva lo que se plantea al motivo segundo de su recurso.

Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se dice infringido los arts. 41.3.2º y 46.5 ET, art. 22.1 y 5 del I Convenio Colectivo Nacional de los Servicios de Prevención Ajenos y jurisprudencia de la Sala Cuarta expresada en Sentencia de 20-07-2012, con cita de distintas resoluciones de Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia, incluida de esta Sala de 19-09-2012, que no constituyen jurisprudencia a efectos de suplicación, ex art. 1.6 CC.

En primer lugar hemos de indicar que la doctrina jurisprudencial que se indica como vulnerada no aborda un supuesto como el que ahora analizamos, pues la Sentencia del Tribunal Supremo que se indica, en realidad lo que corrige es la doctrina previa en virtud de la cual, ante una resolución contractual a instancia del trabajador, este último debía mantenerse en su puesto de trabajo hasta que se resolviese la controversia, permitiendo a partir de la nueva doctrina, dejar de prestar servicios al tiempo de ejercitar la acción.

Pero en nuestro caso, esta no es la cuestión jurídica controvertida, sino el hecho de ser posible o no acceder a la resolución indemnizada del contrato, al amparo del art. 41.3.2º ET desde la situación de excedencia voluntaria. La Juzgadora de instancia entendió que no, concluyendo en su resolución que la relación laboral que le unía a la empresa no estaba viva y que no se había acreditado el incumplimiento de las previsiones contenidas en el art. 50 ET (incumplimiento de las exigencias del art. 41 y que la modificación operada redundase en menoscabo de la dignidad del trabajador). Por el contrario, el recurrente sostiene que en ningún momento el actor solicitó la ruptura de la relación laboral, sino únicamente pasar a la situación de excedencia, que se mantiene durante la tramitación del procedimiento judicial, sin perjuicio de que el expediente de conciliación se iniciase con anterioridad, lo que no equivale a la extinción del vínculo contractual.

Con carácter previo hemos de apuntar que la resolución de instancia parte de dos errores que han de ser corregidos, pues de ello deriva la estimación del recurso y la consiguiente estimación de la demanda interpuesta. El primero, que el actor en ningún caso ha ejercitado acción basada en el art. 50.1.a) ET, sino que ejercita su derecho a rescindir su contrato de trabajo al amparo de lo dispuesto en el art. 41.3º ET. Así se reseñó en el acta de conciliación previa y así se reitera en demanda, de suerte que no es posible invocar el incumplimiento de los presupuestos exigidos por aquél precepto para acceder a la rescisión pretendida. El segundo error, es considerar que el actor se encontraba en situación de excedencia voluntaria cuando solicitó la rescisión de su contrato. Tal y como se dice en el recurso, al momento de peticionarse aquélla, a través de papeleta de conciliación presentada el 18 de mayo de 2015, la situación de excedencia voluntaria aún no había empezado a desplegar sus efectos

jurídicos, pues si bien la empresa accedió a la petición del trabajador el día 23 de abril de 2015, se hizo con efectos desde el 20 de mayo de 2015.

Debe tomarse en consideración, a efectos de determinar el momento en que la rescisión fue peticionada, la fecha de presentación de la demanda de conciliación ante el SMAC, pues como paso previo a la vía jurisdiccional, despliega su efectividad como tal, sin que sea relevante el hecho de que al momento de interponerse la demanda, el actor ya se encontraba disfrutando de la situación de excedencia voluntaria. Por todo ello, encontrándonos ante una modificación sustancial de condiciones de trabajo que afecta al salario, previsto en el apartado d) del art. 41.1 ET, el actor tenía derecho a rescindir su contrato conforme a lo dispuesto en el apartado 3º, párrafo segundo, de dicho precepto legal, estimándose la infracción de este precepto que se denuncia en el recurso.

**CUARTO.-** Y aun cuando no se cita precepto legal vulnerado, ex art. 193 LRJS, el recurrente propugna le sea aplicado en sentencia un salario regulador diario de 69,93 euros a efectos del cálculo de la indemnización prevista en el art. 41.3º ET, procede entrar a resolver sobre dicha indemnización, por ser una consecuencia legal reconocida expresamente para el caso de accederse a la rescisión.

De manera que tomando la antigüedad del trabajador en la empresa declarada en sentencia (5 de julio de 2005) hasta la fecha de la solicitud de rescisión (18 de mayo de 2015), y un salario diario de 68.97 euros (1798,37 x 14/365), la indemnización que corresponde reconocer al trabajador de 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, y con un máximo de nueve mensualidades, asciende (s.e.u.o) a 13.656,06 euros, declarando extinguida la relación laboral desde el 18 de mayo de 2015.

**QUINTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no ha lugar a la imposición de costas a la parte recurrente, al no ser parte vencida en el recurso.

En virtud de lo expuesto,

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. V.G.S. frente a la Sentencia dictada el 8 de enero de 2016 por el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia, autos número 548/2015, seguidos a instancia del precitado recurrente frente a U.P.S. de Prevención S.L; y en consecuencia, con revocación de la precitada resolución, y estimación de la demanda en la instancia, declaramos extinguido el contrato de trabajo que unía a la empresa y al trabajador desde el 18 de mayo de 2015, condenando a la empresa demandada a abonar al actor la cantidad de 13.656,06 euros; sin imposición de costas.

**Sentencia núm. 1.218, de 31 de mayo de 2016**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS. La actora es declarada en situación de incapacidad permanente parcial derivada de accidente laboral. Posteriormente, le es reconocida una incapacidad permanente absoluta por enfermedad común confluyente con la incapacidad permanente parcial por accidente de trabajo, la cual podrá ser revisada. Revisión de grado. Se declara a la trabajadora no afecta de ningún grado de incapacidad permanente. Extinción de la pensión. La actora interpone reclamación reconociéndosele el derecho a percibir una pensión de incapacidad permanente en el grado de total.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando a la actora en situación de incapacidad permanente absoluta por causa de enfermedad común.

**Sala:** Estima el recurso del organismo demandado y revoca la sentencia de instancia. Las patologías que presenta la demandante en la instancia no revisten la gravedad necesaria para atribuirle el reconocimiento de una incapacidad permanente en el grado de absoluta.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María del Carmen López Carbonell.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda y declaró que la actora se encontraba afecta a una incapacidad permanente en grado de absoluta, interpone recurso el Instituto Nacional de Seguridad Social. En el primer y único motivo del recurso, formulado con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS, la entidad gestora denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 137.5 del antiguo texto refundido de la LGSS 1/1994 de 20 de junio (disposición transitoria 5<sup>a</sup>), al entender que de los hechos declarados probados no resultan limitaciones funcionales valorables a efectos de la incapacidad reconocida, que la capacidad funcional de la trabajadora ha experimentado una clara mejoría y que las patologías diagnosticadas en la actualidad no revistan la gravedad necesaria para atribuirle estos efectos, en consecuencia no concurren los requisitos legales determinantes del reconocimiento de una Incapacidad Permanente en el grado de Absoluta.

**SEGUNDO.-** 1. 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 la que inhabilite al trabajador para cualquier profesión u oficio”.

2. De los hechos declarados probados resulta acreditado que las secuelas derivadas de la operación de trasplante de médula ósea a la que fue sometida la trabajadora y que dieron lugar a la inicial declaración de IPA han experimentado una notable mejoría con estabilización de la sintomatología afectiva y sin limitaciones aparentes derivadas de la misma.

En los términos recogidos por la propia juzgadora es evidente que las limitaciones actuales tienen una notable incidencia en la capacidad física de la actora, pero no afectan de forma absoluta a sus facultades cognitivas ni a aquellas actividades que no le supongan altos requerimientos físicos. La declaración del grado de capacidad debe ajustarse a las limitaciones funcionales reales que no pueden valorarse en función de declaraciones subjetivas del paciente.

## **FALLO**

ESTIMAMOS el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 8 de los de VALENCIA de fecha 30/03/2015 y, en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y absolvemos a la entidad gestora de las peticiones efectuadas en su contra.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1.257, de 7 de junio de 2016**

**Materia:** Mejoras del sistema de previsión social. Acuerdo por el que se establece mejoras en el plan de pensiones de los trabajadores al servicio de entidad bancaria. Fusión por absorción de la entidad. El nuevo banco suscribe el acuerdo de condiciones sociales y subrogación, dejando sin efecto todos los acuerdos y normativa convencional interna del banco absorbido. Reconocimiento rentabilidad del plan de pensiones suscrito por la entidad bancaria en la que prestaba sus servicios la demandante.

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

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

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Por la representación letrada de la demandante se formula recurso frente la sentencia de instancia, que desestimó su demanda dirigida frente al Banco X., S.A., en la que se pretendía que la citada entidad bancaria se aviniera a reconocer “la plena vigencia, exigencia y aplicación del pacto alcanzado en fecha 8 de abril de 2005 (...) en lo referente a la garantía de rentabilidad del 4%” del plan de pensiones que suscribió la Caja X. en la que prestaba servicios la demandante, antes de ser absorbida por el Banco X., S.A.

Cuestión idéntica a la que se plantea en este recurso, si bien respecto de otros trabajadores de dicha entidad, ha sido resuelta por las sentencias de esta Sala de 19 de febrero y 1 de marzo de 2016 (rs.1432/2015 y 1436/2015), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan seguir el criterio expuesto en ellas.

Así, en el primer motivo del presente recurso se solicita al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LRJS que se declare la nulidad de las actuaciones por infracción del artículo 24 de la Constitución Española (CE), pues se acoge de oficio la existencia de una alteración sobrevenida para justificar la supresión del pacto al que se refiere la demanda, lo que no fue planteado en la litis. Añade la recurrente que tampoco se planteó la aplicación de la cláusula “rebus sin stantibus”, cuyos requisitos entiende que no concurren, de lo que concluye que la información y datos que a la sentencia le sirven para desestimar la demanda no han sido objeto de alegación por la contraparte; lo que, a su juicio, vulnera la doctrina en materia de congruencia de las resoluciones judiciales, expuesta en STC 60/1996 de 15 de abril, así como en la STS de 24-10-2014 (rec. 33/2014).

Como ya se dijo en la sentencia de esta Sala de 19 de febrero de 2016, “es

cierto que la incongruencia judicial puede ser motivadora de indefensión, pues el desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formularon sus respectivas pretensiones puede entrañar una vulneración del principio de contradicción que efectivamente ocasione la indefensión de alguna de las partes, siempre y cuando la desviación sea de tal naturaleza que suponga una sustancial modificación de los términos en los que discurrió la controversia (SSTC números: 311/94, 111/97, 220/97...). Debe existir, pues, una adecuación tanto en relación con el resultado que se pretende obtener como a los hechos que sustentan las pretensiones, así como al fundamento jurídico en que se basan. Pero dicho lo anterior, hay que poner de relieve que también es doctrina constitucional que la congruencia es compatible con la utilización por el órgano judicial del principio tradicional del cambio del punto de vista jurídico expresado en el aforismo “iura novit curia”, en cuya virtud los jueces y tribunales no están obligados a ajustarse estrictamente a las alegaciones de carácter jurídico aducidas por las partes, pudiendo utilizar argumentos jurídicos no alegados, pero amparados en normas de aplicación al caso concreto, cuya aplicabilidad se deduzca con claridad de los hechos expuestos por las partes. (ssTC 88/92, 136/98). En éste sentido ha venido poniéndose de relieve por esta Sala la posibilidad de efectuar pronunciamientos que se derivan de la situación existente al momento de dictar la sentencia, siempre que no exista alternativa alguna y la consecuencia sea de índole legal (sentencia TSJCV 9,12,1999, nº 4190/99, entre otras). Y en el presente supuesto el que la sentencia de instancia, partiendo de los hechos aportados por las partes, efectúe una valoración jurídica de los mismos que llegue a la conclusión solicitada por una de las partes, añadiendo razonamientos que doten a la solución dada de mayor peso argumentativo, no puede considerarse una infracción de la congruencia, pues la valoración del peso de los argumentos de las partes puede ser apoyada por otros argumentos jurídicos que no contradigan las posiciones de las partes, y doten de mayor fuerza jurídica a la conclusión judicial. Por tanto, debemos rechazar la alegación de incongruencia”.

De este modo, y abundando en lo expuesto en la citada sentencia, se desestima el presente motivo de nulidad.

**SEGUNDO.-** Con carácter subsidiario, y al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LRJS, se solicita en el siguiente motivo que se modifique el tenor literal del cuarto hecho probado, debiéndose eliminar de este pasaje de la sentencia el inciso “todos los acuerdos”, en relación a lo que en este lugar se dispone como consecuencia de la fusión por absorción de la X. por el Banco X. y lo acordado el 15 de junio de 2012, por entender que dicha afirmación predetermina el posterior fallo.

El motivo debe decaer, en la medida que la modificación pretendida se funda en los mismos documentos que se valoraron oportunamente por la juez de la instancia, sin que se demuestre error o equivocación, aparte de que el objeto del pleito es analizar si el acuerdo ligado a la fusión de las dos entidades bancarias aludidas, dejó sin efecto, entre otras cosas, el contenido de los pactos de fecha 8 de abril del 2005, que prorrogaba el anterior de 26 de septiembre del 2002, sobre la rentabilidad del sistema de Previsión Social de los trabajadores que se adhiciesen al mismo.

**TERCERO.-** En el último motivo del presente recurso, amparado en el apartado c) del artículo 193 LRJS, se señala la infracción de los arts. 41 y 44.4 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y del artículo 24 CE, con cita posterior de los artículos 1091, 1258 y 1278 del Código Civil y artículo 3.1 del mismo ET. Alega el recurrente que la juzgadora de instancia olvida el tenor literal del art 44 ET, que impone que los trabajadores subrogados conservan su convenio, salvo pacto en contrario, señalando también que tras la adhesión individual al plan de previsión social de la X., que establecía la rentabilidad mínima del 4% hasta determinada fecha, tal mejora no puede ser suprimida de forma unilateral por el empresario, al constituir un pacto extraestatutario que incorpora una mejora voluntaria puntual, indicando por fin que la sentencia de instancia ha efectuado una interpretación errónea de las normas citadas y aplicado erróneamente las reglas de concurrencia entre convenios estatutarios y extraestatutarios.

Como dijimos en la citada sentencia de 19 de febrero de 2016, y se reiteró en la fechada el 1 de marzo *“...no comprende la Sala la cita efectuada al artículo 41.1 del Estatuto de los Trabajadores, que regula las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, como indebidamente aplicado, pues el objeto del presente recurso recae exclusivamente sobre si los pactos de armonización y homogenización de plantilla acordados entre empresa y representantes laborales tras la fusión de las dos entidades bancarias podían o no afectar válidamente a las mejoras incorporadas al plan de previsión social preexistente en la entidad X. que la sentencia estima posible por las complicaciones derivadas de las desiguales condiciones laborales y sociales de la plantilla de las entidades bancarias afectadas. Estamos, sin embargo, plenamente de acuerdo, en que el precepto de aplicación al caso, es el artículo 44 del ET, el cual tras señalar el marco general de la subrogación en los derechos y obligaciones laborales y de seguridad social del anterior empresario, entiende que dichas obligaciones lo serán; “incluyendo los compromisos de pensiones, en los términos previstos en su normativa específica, y, en general cuantas obligaciones en materia de protección social complementaria hubiera adquirido el cedente”.* Igualmente se recoge en el citado precepto en su apartado 4 que: *“Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación en la empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida”.*

**CUARTO.-** En el caso que se analiza, la cuestión parte de la suscripción el 26 de septiembre del 2002 entre la X. y la representación de los trabajadores de un pacto de reforma del sistema de previsión social de la entidad, en una de cuyas estipulaciones se garantizaba una rentabilidad mínima del 4% hasta el 31 de diciembre del 2012, el cual, en fecha 8 de abril del 2005 fue objeto de ampliación hasta el 2017. Dichos acuerdos, como consecuencia de la fusión por absorción de la X. por el Banco X. fueron dejados sin efecto, por acuerdo suscrito por la totalidad de las representaciones sindicales de ambas entidades en fecha 15 de junio del 2012.

Pues bien, no podemos estar de acuerdo con el recurrente sobre la naturaleza jurídica que atribuye al hecho de que el pacto de reforma del sistema de previsión social, al exigir la adhesión individual de los trabajadores se dotó de naturaleza extraestatutaria, y que ello ha supuesto de facto la concurrencia con el Convenio que sustituye al de la antigua X.. Y ello porque el preacuerdo de fecha 26.09.2002 se suscribió por la X. y la representación legal y sindical de los Trabajadores, al igual que el posterior de 08.04.2005, y motivó un texto reglamentario en su desarrollo, por lo que difícilmente puede afirmarse la naturaleza propugnada, como paso para negar la posibilidad de su concurrencia con el convenio. El mismo carácter puede predicarse del acuerdo suscrito en fecha 15 de Junio del 2012, que regula la subrogación de los empleados de la antigua X. en el Banco X., el cual de forma expresa indica que resulta de aplicación tanto al personal en activo como a los perceptores de clases pasivas de cualquier índole, y en el cual (DT 4ª y D.D.) se acuerda derogar todos los acuerdos y normativa convencional interna de Banco X. salvo aquella que expresamente se señala. Por tanto, no existe la concurrencia alegada.

En cuanto a la naturaleza de los citados acuerdos, frutos todos ellos de la negociación colectiva, han sido suscritos por la totalidad de los representantes de los trabajadores, por lo que despliegan efectos generales durante su vigencia, dado que han respetado las exigencias formales de toda negociación, y constituyen una manifestación de lo dispuesto en el art 37.1 de la CE, por lo que su fuerza de obligar es la de los convenios de empresa. Por ello, y con independencia de considerar o no que tienen eficacia normativa (cuestión doctrinalmente discutida), lo cierto es que tales acuerdos, que pueden sucederse en el tiempo, pueden derogar los anteriores cuando las circunstancias que dieron lugar a los mismos exijan o aconsejan su supresión o modificación.

**QUINTO.-** Volviendo al ya citado art 44 ET redactado para adecuarse a la Directiva 2001/23/CE de 21 de marzo, presupone, en principio, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresas, lo que no impide que después de la transmisión entre en vigor otra normativa convencional. Pero al margen de los convenios, los acuerdos colectivos también pueden utilizarse como alternativas a los convenios, cuando se trate de acuerdos de fusión de empresas, que son aquellos dirigidos a regular de forma transitoria hasta la aprobación de un verdadero convenio, en cuyo caso habrá que estar a lo pactado en el Acuerdo en sus propios términos.

Desde ésta perspectiva, nuestra jurisprudencia ha admitido que un Convenio colectivo puede desconocer derechos pactados en convenios anteriores, p.e. STS 16 de julio del 2003, (rec. 862/2002), que en un supuesto de mejoras voluntarias de prestaciones de seguridad social, pactadas en convenio colectivo entendió que la adscripción de nuestro sistema negocial al principio de modernidad de los convenios, operada por la Ley 11/94 había introducido la facultad posterior de disponer sobre los derechos reconocidos en el convenio precedente. Señala dicha sentencia que si la medida afecta a todos los sujetos componentes del grupo afectado y concurren circunstancias objetivas que permiten afirmar que se ha producido un cambio

sustancial de condiciones entre el momento en que se pactaron determinados complementos de pensión y los posteriores, la sustitución colectiva de condiciones, que no afecta solo a los trabajadores pasivos, sino que afecta también a los trabajadores en activo, sería posible. Del mismo modo, también la jurisprudencia ha entendido (STS 21 de enero del 2004, rec, 67/2003), en un supuesto de fusión de entidades bancarias (que en aquel supuesto fáctico eran xx y xx), que la regulación de las condiciones laborales posteriores a la fusión podían efectuarse por acuerdo colectivo. Del mismo modo se ha entendido que los acuerdos de empresa no se verán afectados por las reglas de concurrencia del art 84 del ET( STS 24.06.2008), ni se someterán a las reglas de vigencia del convenio colectivo estatutario del art 86 del mismo ET, salvo expreso pacto (STS 05.02.2007), y tampoco serán objeto de prórroga automática, manteniéndose vigentes hasta ser sustituidos, bien por Acuerdos posteriores o por convenios colectivos estatutarios que regulen el contenido de lo acordado, o establezcan previsiones incompatibles. (STS 13.06.2007, rec. 129/2006).

Por todo ello, tampoco pueden estimarse infringidos los artículos del Código Civil y art 3.1 del ET, pues dado que en el presente supuesto se han respetado las normas reguladoras de los acuerdos de empresa, mediante la intervención y aprobación de sus términos por los representantes de los trabajadores, su eficacia general no puede contradecirse. Considerar que se trata de acuerdos extraestatutarios, es decir, que vinculan solo a los que los suscriben como pretende el recurrente, devalúa la intención del legislador y la jurisprudencia que lo que pretenden es dotarles de eficacia erga omnes hasta su sustitución por vía de nuevo Pacto o Acuerdo o de posterior Convenio”.

En definitiva, aplicando al presente caso lo ya expuesto en las citadas resoluciones de esta Sala, donde como se dijo se examinaba idéntica cuestión, el motivo debe decaer, todo lo cual nos lleva a la desestimación del presente recurso y la íntegra confirmación de la sentencia de la instancia.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por M.C.C.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 6 de Alicante, de fecha 3 de febrero de 2015 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

2114

**Sentencia núm. 1.285, de 13 de junio de 2016**

**Materia:** Pensión de viudedad. La actora ha convivido maritalmente con el causante de la prestación de forma ininterrumpida y estable desde 1996. El causante estaba afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada al alta. Solicitada prestación de viudedad por la demandante, ésta es denegada por no acreditar alguno de los vínculos previstos en el art. 174 LGSS. No queda acreditado que el causante y la reclamante se hayan constituido formalmente como pareja de hecho, al menos dos años antes del fallecimiento. Falta de regularización.

**Juzgado:** Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de los pedimentos formulados en su contra. La actora no tiene derecho a la prestación.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No procede la prestación por falta de acreditación de la pareja de hecho en los términos del art. 174.3 de la LGSS. La voluntad de la ley es limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas.

**Ponente:** Ilma. Sra. Ana Sancho Aranzasti.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Dictada sentencia el 23 e abril de 2015 por el Juzgado de lo Social número 5 de Valencia, por la que se desestimaba la demanda interpuesta por Doña M.C.C.S. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, recurre en suplicación la demandante, sin que el recurso haya sido impugnado por el Organismo demandado.

**SEGUNDO.-** El primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, persigue la modificación del relato fáctico de la sentencia de instancia, a través de las siguientes peticiones:

1º.- En primer término, se interesa la modificación del hecho probado primero, solicitando se sustituya su redacción por la siguiente: “La actora, D<sup>a</sup> M.C.C.S., nacida el 10-10-1966 y con DNI X. (soltera) ha convivido maritalmente con D. P.M.R., nacido el 15-2-1948, con DNI X. (divorciado), de forma ininterrumpida y estable desde principio de 1991, año que nace su primer hijo hasta el día 8 de marzo de 2004 en que causan baja en dicho domicilio por la compra de su nueva vivienda (documento 11 de la demandante, folios 37 y ss) en la calle X. viviendo toda la familia junta por lo tanto desde 1991 hasta el fallecimiento del Sr. M. en 2013 (documento 8 de la documental de la demandante, folio 34 expediente). Habiendo nacido de dicha unión dos hijos: I., el 13-7-1991 y A. el 14-3-1997 (folios 2 y ss del expediente administrativo).

La revisión no puede prosperar por ser intrascendente a efectos de modificación del fallo, pues si bien la Juez hace constar que la convivencia en el

domicilio de la Calle B. ha resultado acreditada desde 1996, aun cuando resultase que el inicio de la convivencia se produce en el año 1991, dado la fecha de nacimiento del primer hijo de la pareja, tampoco afectaría a la resolución del recurso, pues el requisito de convivencia previa ininterrumpida para causar derecho a la pensión de viudedad no ha sido en ningún caso cuestionado, no siendo la causa de denegación de aquélla.

2º.- En segundo lugar, se solicita la adición de un nuevo hecho probado, del siguiente tenor:

a.- Consta la existencia de libro de familia en el que se mencionan y aparecen transcritos los nombres de toda la familia, padres e hijos (folios reverso, 8, 9 y 10), así como el documento público de empadronamiento en los dos domicilios en los que vivieron (folios reverso 7 y 8).

b.- Durante el tiempo de convivencia se adquirió por parte del Sr. M. y de la Sra. C. por mitad la vivienda sita en la Calle B., número 8, bajo de la localidad de X.. Dicha compraventa se llevó a cabo en documento público con número de protocolo 631 el 29 de agosto de 2003 ante el Notario don M.M.C. (folios 10 a 16). Asimismo, consta el documento público de préstamo hipotecario ante el mismo notario y con número de protocolo 632 firmado el mismo día (folios 64 a 90). Ambos se encuentran inscritos en el Registro de la Propiedad de X.

c.- Consta probado que el Sr. M. y la Sra. C. han realizado declaraciones de rentas y trámites administrativos siempre de forma conjunta y como unidad familiar. Folio 45 a 54, pago préstamos con garantía personal; Impuesto de la Renta del año 1997, folio 55, aparece como titular P.M., como cónyuge Mª.C.C. y los hijos de ambos, así como un hijo anterior del Sr. M. que también convivía con ellos (folios 55 a 57). Asimismo, y en la misma línea la declaración de la Renta de 2006 y 2008 (folios 58 y 59) donde aparece titular primer declarante el Sr. M. y como cónyuge la Sra. C.

d.- Consta también probado que por la parte actora de incluyó el documento número doce (folio 42) que se concreta en la solicitud del Registro Civil de X. de formalizar el matrimonio entre la Sra. C. y el Sr. M.

Las adiciones no pueden prosperar, pues dichos documentos (padrón municipal, formalización de compraventa, préstamo hipotecario y declaración conjunta del IRPF) han sido valorados expresamente por el Juez a quo en su fundamentación jurídica, reputándolos insuficientes para acreditar la condición de pareja de hecho.

**TERCERO.-** Sin cita del art. 193 LRJS, ni del concreto apartado del mismo que sustenta el segundo motivo de recurso por infracción de normas sustantivas o jurisprudenciales, entendiéndose la Sala que es el apartado c), se denuncia la infracción del art. 174.3 LGSS.

El motivo contiene varios apartados, que pueden ser examinados en su integridad, pues en definitiva lo que se argumenta por la recurrente es que se ha acreditado suficientemente los requisitos para lucrar la pensión de viudedad solicitada,

esto es: no tener vínculo matrimonial con otra persona y acreditar mediante certificado de empadronamiento, convivencia estable y notoria con el fallecido durante al menos cinco años previos al óbito. Que, asimismo, consta probada la publicidad de dicha convivencia mediante la solicitud al Registro Civil de X. de iniciar trámites de matrimonio por la pareja. Y cita también como vulnerados los arts. 15 y 16 de la LRBRL, por entender que los datos extraídos del padrón municipal, constituyen prueba plena de la convivencia a efectos administrativos, con cita de STSJ Madrid de 22 de mayo de 14 y Sentencia 497/2014 que no constituyen jurisprudencia a efectos de este recurso.

Hemos de indicar que también se cita Sentencia de esta Sala de 5 de marzo de 2015 en el que se aborda un supuesto que no coincide con el que nos ocupa, pues no se analiza el requisito de la oportuna regularización de la situación de pareja de hecho, y se trata un caso en el que el causante fallecido, estaba casado.

Vistos los argumentos de la recurrente, deben ser desestimados, y ello por aplicación de reiterada, constante y consolidada doctrina de la Sala Cuarta sobre el requisito de acreditación de la condición de pareja de hecho para causar derecho a la pensión de viudedad que se reclama. Baste citar STS de 30 de marzo de 2016, Rjud. 2689/2014, en la que el Alto Tribunal reitera doctrina expresada en Sentencias del Pleno de 22 de septiembre de 2014, Recursos 759/2012 y 1980/2012.

Se dice en supuesto en el que la pareja de hecho convivía en el mismo domicilio, figurando empadronados y con hijos en común, lo siguiente: *“Las exigencias del art. 174.3 LGSS en la doctrina del Tribunal Constitucional.- Aunque el Tribunal Constitucional no sea el intérprete de la legalidad ordinaria y tal misión compete en exclusividad a los Juzgados y Tribunales de la Administración de Justicia, la autoridad de sus criterios justifica que hagamos también referencia a sus recientes manifestaciones en la materia, del todo coincidentes con las de este Tribunal Supremo, cuya doctrina llega incluso a reproducir de manera literal. En tal sentido, el Tribunal Constitucional reproduce literalmente nuestra doctrina [«como ha señalado el Tribunal Supremo...-»] -por ello nos remitimos a su texto, que plasmamos en el segundo fundamento jurídico- en lo que se refiere a los «requisitos simultáneos» necesarios para obtener pensión de Viudedad [la «convivencia estable y notoria» en las circunstancias que el precepto refiere; y la «publicidad de la situación» por inscripción en Registro específico o constitución en escritura pública, «con carácter constitutivo»]. Y en la misma dirección -de compartir en sus literales términos nuestra doctrina- también manifiesta que no se trata de una exigencia probatoria duplicada sobre un único extremo [la existencia de la pareja de hecho], sino de acreditar dos exigencias simultáneas y diversas [material de «convivencia» y formal de «verificación» de haberse constituido la pareja como tal ante el Derecho. «De este modo -concluye el TC-, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas de hecho con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas registradas al menos dos años antes del fallecimiento del causante (o que han formalizado su relación en documento público en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan el aludido requisito de convivencia» ( SSTC 40/2014, de 11/marzo, FJ*

3, dictada precisamente al resolver cuestión de inconstitucionalidad planteada por esta Sala ; 45/2014, de 7/Abril, FJ 3 ; y 60/2014, de 3/Junio , FJ 3)”.

De lo expuesto se deduce que no constando que la pareja formada por la aquí recurrente y el Sr. M. registraran su pareja de hecho en documento público o través de los registros pertinentes a tal efecto, debe desestimarse el recurso, pues como ha indicado también la Sala Cuarta en Sentencia de 9 de febrero de 2015, Rcu. 2288/2014, *“la "existencia de pareja de hecho" debe acreditarse, de acuerdo con el repetidamente citado artículo 174.3 LGSS, bien mediante " inscripción en registro específico" de parejas de hecho, bien mediante "documento público en el que conste la constitución" de la pareja, lo que refleja la voluntad de la ley de limitar la atribución de la pensión en litigio a las parejas de hecho regularizadas”,* y que necesariamente *“la existencia de pareja de hecho ha de acreditarse en los términos del art. 174.3 LGSS , pues la voluntad de la ley es limitar la atribución de la pensión a las parejas de hecho regularizadas. De ahí que los elementos de acreditación de la constitución de la pareja hayan de ser necesariamente, los que el precepto legal expresamente establece.”* Por ello siendo insuficientes los documentos indicados por la Sra. C. para acreditar dicha condición (empadronamiento, compra conjunta de vivienda, constitución de préstamo hipotecario y declaración de la renta conjunta), el recurso ha de ser desestimado, confirmándose íntegramente la resolución recurrida.

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

En virtud de lo expuesto,

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Doña M<sup>a</sup>.C.C.S. frente a la Sentencia dictada el 23 de abril de 2015 por el Juzgado de lo Social número 5 de Valencia, en autos número 1377/2013 seguidos a instancia de la precitada recurrente frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

2115

**Sentencia núm. 1.318, de 14 de junio de 2016**

**Materia: Reclamación de cantidad. Complementos personal pasivo. Complementos de viudedad y orfandad previstos por acuerdo en convenio colectivo en caso de fallecimiento del causante. Retribución complementaria a las prestaciones INSS. Se deniega a la actora el porcentaje reclamado al superar las percepciones de viudedad y orfandad otorgadas por el INSS el límite máximo establecido en el III Acuerdo del convenio colectivo de empresa. Reconocimiento complemento pensión viudedad.**

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

**Sala: Estima el recurso, reconociendo a la demandante el derecho a recibir el complemento de viudedad reclamado sin que se incluyan en su cálculo las cantidades que perciben sus hijos en concepto de pensiones de orfandad.**

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

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-1.** Se recurre por el letrado designado por doña R.M.G., la sentencia de instancia que desestimó su demanda en la que solicitaba que se condenara a la empresa C.M. OPERACIONES SLU (en adelante, CE) a abonarle el complemento de la pensión de viudedad previsto en el artículo 27.3 del III Acuerdo Colectivo CE., S.A. para los centros de B. y oficinas de CE en A.

2. El recurso está estructurado en tres motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). El primer motivo tiene por objeto el reconocimiento de la pretensión principal en los términos en que han sido expuestos en el apartado anterior; el motivo segundo es de carácter subsidiario para el caso de que se considere que la tesis de la sentencia de instancia es correcta; y en el último motivo se insiste en que la solución alcanzada por la sentencia recurrida es contraria a los criterios de interpretación de los contratos establecidos en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil, por lo que no es un motivo autónomo sino de apoyo al primero de ellos, lo que permite examinarlos conjuntamente.

3. En el escrito de impugnación presentado por el letrado designado por la empresa se alega, con carácter previo, una causa de inadmisibilidad del recurso consistente “en la formalización del recurso por letrado distinto al designado en el escrito de anuncio de recurso sin haberse efectuado expresamente nueva designación”.

**SEGUNDO.-1.** Razones sistemáticas nos llevan a resolver en primer lugar, la causa de inadmisibilidad del recurso alegada por la empresa pues su estimación impediría entrar a conocer de los motivos del recurso.

2. Como se ha expuesto en el apartado 3 del fundamento de derecho primero, se denuncia por la empresa impugnante que el letrado que ha interpuesto el recurso de duplicación no es el que fue designado a tal fin en el escrito de anuncio presentado en el Registro Unificado de Escrito (RUE) el 13 de junio de 2015. Y aunque ello es cierto, también lo es que consta en autos –folio 399- escrito fechado el 16 de junio de 2015 suscrito por la letrada doña M.I.S.S. –que fue la inicialmente designada para interponer el recurso- por el que concede la venia para actuar en este procedimiento al letrado don D.C.G. que fue quien, finalmente, suscribió el escrito de interposición del recurso, acompañando, se dice, escritura de apoderamiento. Pues bien, siendo ello así, no concurre ninguna causa de inadmisibilidad del recurso pues, por un lado, el artículo 231.3 de la LRJS permite que la designación se efectúe por comparecencia o por escrito, incluso aunque no se acompañe poder notarial; y por otro lado, porque aun en el hipotético caso de que se entendiera que no existe letrado designado, la consecuencia no sería el archivo de las actuaciones sino la designación de letrado de oficio por el Juzgado (ex art. 231.4 LRJS). Por consiguiente, a la vista de lo expuesto y no existiendo ninguna evidencia de que el letrado don D.S.M. no actúe en interés de la doña R.M.G., procede desestimar la causa de inadmisibilidad invocada por la empresa.

**TERCERO.-1.** En el motivo primero del recurso se alega la infracción por la sentencia recurrida del artículo 27.3 del Acuerdo Colectivo CE, S.A. para los centros de B. y oficinas de CE en A. pues, a juicio de la recurrente, “las pensiones de orfandad que cobran los hijos de la demandante no deben ser computadas a efectos de cálculo del límite máximo del 75% del salario que prevé el convenio”.

2. A efectos de resolver la cuestión litigiosa conviene comenzar recordando que son hechos nos discutidos los siguientes:

a) El Sr. G.F. era trabajador de la empresa demandada, prestaba servicios en el centro de trabajo de B. (Valencia) y falleció el día 20-9-2013.

b) La demandante estuvo casada con don R.G.F. con el que tuvo tres hijos, que al tiempo de producirse el fallecimiento del Sr. G. eran menores de 21 años.

c) El artículo 27.3 del Acuerdo Colectivo CE, S.A. para los centros de B. y oficinas de CE en A. dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente: *Gratificaciones a viudas y huérfanos.- Las viudas de los productores que fallezcan estando en activo en la empresa percibirán una gratificación mensual del 45 por 100 del salario comprendido en el art. 9 del presente Convenio, según el Grupo de Calificación, más un 5 por 100 por cada hijo menor de 18 años que viva a su cargo, hasta que alcancen dicha edad.(...)*

*Las pensiones de viudedad asignadas por la Empresa en este artículo, tendrán en todo caso, como límite máximo el 75 por 100 del salario bruto real anual que percibiera el productor en activo al momento de su fallecimiento, o bien de la cantidad que por pensión de la Mutualidad y Complemento de la Empresa tuviera el jubilado o pensionista de invalidez.*

*Cuando existan hijos menores de 18 años (límite que después se elevó a los 21),*

*el tope máximo del 75 por 100 del salario bruto real anual a que se refiere el párrafo anterior, se considerará ampliado en un 5 por 100 más por cada hijo menor de dicha edad, deduciéndose progresivamente este tope, a medida que los hijos vayan alcanzando los 18 años. Este tope ampliado por hijos menores tendrá, en todo caso, el límite máximo del 100 por 100 del salario bruto real anual que el productor viniera percibiendo de la Empresa.*

d) A consecuencia del fallecimiento del Sr. G.F., la demandante solicitó el abono del complemento establecido en el precepto que se termina de transcribir, que le fue denegado por la empresa en base al informe emitido por la actuaria de seguros doña S.Q. según el cual, “las prestaciones otorgadas por el INSS correspondiente a la viuda y los hijos (38.858,82 €) superan el límite máximo que se establece en el III Acuerdo Colectivo (37.037,70 €)”. Para llegar a esta conclusión, la actuaria contabilizó tanto la pensión de viudedad que le fue reconocida a doña R.M., como las de orfandad que se le reconoció a cada uno de los tres hijos.

**CUARTO.-** 1. El conflicto jurídico consiste en determinar si a efectos de comprobar si se supera el tope del 75% del salario bruto real que percibía el trabajador al tiempo de su fallecimiento -y por tanto, para saber si la hoy demandante tiene derecho a percibir el complemento pactado en el Acuerdo Colectivo- se debe computar solo la pensión de viudedad reconocida a la demandante –como pretende ésta en su demanda-, o también las tres pensiones de orfandad que perciben sus hijos –como sostiene la empresa y ha sido avalado por la sentencia recurrida-. Para una adecuada resolución del recurso, conviene comenzar recordando lo siguiente:

a) En primer lugar, no existe la menor duda de que el derecho reclamado es una mejora establecida en un acuerdo colectivo y que, por tanto, se rige por lo pactado en él (SSTS de 19/11/2014 –rcud.1221/2013- y 14/01-2014 -rcud.640/2013-, entre otras muchas) y en lo no expresamente previsto *por las propias normas del Sistema de la Seguridad Social; e incluso unas y otras deben interrelacionarse con las posibles normas de otro orden existentes sobre el tipo de mejora establecido, como la legislación sobre seguros*(SSTS SG 01/02/2000 -rcud 200/1999, 14/04/2010 -rcud 1813/09- y 17/01/2011 -rcud 4468/2009-).

b) La interpretación de los pactos *ha de realizarse con aplicación de las reglas hermenéuticas establecidas en el Código Civil, por lo que si bien ha de atenderse -como primer canon de interpretación- a los términos del contrato si los mismos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes*(SSTS SG 15/05/2000 -rcud 1803/99-, 16/09/2010 -rcud 3105/09-; y 13/10/2003 -rcud 4466/02-), en todo caso debe atender primordialmente a «indagar la real intención de las partes» (SSTS 15/03/2002 -rcud 4633/2000-; y 24/09/2002 -rcud 3436/01-), y que la prevalencia del componente gramatical, en tanto que expresivo -en principio- de la voluntad de las partes, ha de ceder ante interpretaciones lógicas que pongan de manifiesto la discordancia entre la literalidad y la presumible voluntad de los pactantes(SSTS 04/04/2011 -rco 2/2010-, 24/04/2013 -rco 16/2012-; y 19/06/2013 -rco 102/2012-). Sin olvidar que si bien esta remisión al título constitutivo como fuente de la obligación implica que no caben interpretaciones extensivas que alcancen a supuestos no

*contemplados específicamente por las partes (SSTS 09/02/2004 -rcd 18/2003- y 31/01/2007 -rcud 5481/2005-), de todas formas tampoco son viables interpretaciones restrictivas del derecho que colectivamente se pacta, sino que -antes al contrario- una interpretación armónica del ordenamiento jurídico remite a interpretar las mejoras voluntarias con criterios propios del Sistema de Seguridad Social y entre ellos -pero únicamente en supuestos de textos con dudoso significado no atendible por los habituales criterios exegéticos- el principio pro beneficiario (STS 22/11/2011 -rcud 4277/2010-).*

2. A partir de estas premisas, este tribunal entiende que la solución ajustada a derecho es la sustentada por la demandante, por las razones que pasamos a exponer. En primer lugar, la interpretación gramatical del precepto (art. 1281 CC) no ofrece dudas al respecto. El artículo 101 del XVI Convenio Colectivo de la antigua empresa Valenciana de Cementos, que se reproduce en los sucesivos acuerdos colectivos que se han ido suscribiendo, se refiere constantemente al complemento de la *pensión de viudedad*. Así, se reconoce el derecho a *Las viudas de los productores que fallezcan en activo*—párrafo primero-; o de *los productores jubilados o pensionistas*—párrafo cuarto-. Y en esta misma línea, el tope del 75% se establece en relación a *las pensiones de viudedad asignadas por la empresa*. Es decir, en ningún momento se dice que para el cálculo de ese tope del 75% se deba computar, además de la pensión de viudedad—que expresamente se menciona-, la de orfandad que pudieran percibir los hijos del trabajador fallecido. Antes al contrario, cuando el precepto menciona la pensión de orfandad lo hace para señalar que es compatible con el complemento de viudedad que debe abonar la empresa. Esto se puede ver en el párrafo segundo del artículo 101, cuando se estipula que en caso de no haber cónyuge sobreviviente pero sí huérfanos menores de 18 años *la pensión de viudedad que hubiera correspondido a la madre se asignará a los huérfanos*; y también en el párrafo séptimo de ese mismo precepto, que contempla una previsión similar para el caso de que al fallecimiento de los padres quede algún hijo afecto de *anormalidad*(sic) que le dé derecho a percibir pensión vitalicia de la Seguridad Social. Por lo demás, resulta ocioso señalar que se trata de pensiones del sistema de Seguridad Social distintas con beneficiarios diferentes, pues una es de carácter vitalicio y se reconoce a favor del cónyuge—viudedad-; y otra es temporal y en beneficio exclusivo de los hijos—orfandad (arts. 174 y 175 LGSS). De modo, que si el complemento se reconoce a las viudas y solo en defecto de estas a los hijos menores de 21 años—y siempre que estos no realicen trabajo remunerado o cuando realizándolo sus ingresos resulten inferiores al 75% del salario mínimo, según redacción incorporada al I Acuerdo de Empresa que luego, al parecer por error, no se trasladó a los posteriores acuerdos-, es obvio que a efectos del tope del 75% solo se debe de computar el importe de la pensión de viudedad.

3. A esta conclusión se llega, igualmente, aplicando una interpretación finalista y sistemática del precepto (art. 1285 CC), pues si el propósito de la norma es la de paliar, en cierta medida, la minoración de ingresos que se derivaba del fallecimiento del trabajador, no tiene sentido una interpretación que deje en peor situación a la viuda que tiene a su cargo hijos menores de 21 años, que a la que no los tiene o son mayores de esa edad. Que esto no es lo querido por la norma convencional se desprende, también, de una interpretación sistemática de sus preceptos, pues cuando

se menciona a los hijos es, precisamente, para dar un trato más favorable ya sea ampliando la gratificación mensual que se abona a la viuda –un 5% más por cada hijo, párrafo primero-, ya sea ampliando el tope para tener derecho al complemento –un 5% más sobre el 75% por cada hijo menor de 21 años, párrafo sexto-.

Finalmente, otra razón que avala la conclusión expuesta, es que el pacto analizado solo contempla la revisión del tope que la empresa debe abonar cuando los hijos vayan alcanzando los 21 años, en cuyo caso el tope se va reduciendo progresivamente–párrafo sexto-. Por tanto, si no se estableció un mecanismo similar de revisión del complemento de la pensión de viudedad deduciendo las pensiones de orfandad dejadas de percibir a medida que los hijos cumplen los 21 años, es porque no se estaba contemplando que se computaran ambas pensiones, sino solo la de viudedad.

**QUINTO.-**1. Las razones expuestas nos conducen a la estimación de la demanda en cuanto al reconocimiento el derecho de la Sra. M. a percibir el complemento de viudedad con efectos del día 20 de septiembre de 2013 –fecha de fallecimiento de don R.G.F.-, sin que se incluyan en su cálculo las cantidades que perciben sus hijos en concepto de pensiones de orfandad.

2. En relación con la determinación de las cantidades devengadas desde el año 2013, el suplico del recurso se remite al documento nº.5 de la prueba de la parte actora, pero esta cuantificación no puede ser acogida pues se incluyen en ella unos incrementos del 0,25% para los años 2014 y 2015 que no se derivan de la normativa expuesta y de los que nada se ha razonado en el escrito de recurso. Por consiguiente y ante la falta de concreción en la demanda, deberá ser en ejecución donde se concreten las cantidades a abonar por la empresa.

3. También se solicitó en la demanda que se condenara a la empresa a abonar el interés por mora del artículo 29.3 del ET. Petición a la que no se accede, pues no estamos ante la reclamación de una deuda salarial, a que se refiere el mencionado precepto.

**SEXTO.-**De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LRJS no procede imponer condena en costas.

## FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en interés de DOÑA R.M.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 8 de Valencia de fecha 14 de abril de 2015; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida y condenamos a la empresa CE SLU, a que abone a la demandante el complemento de viudedad con efectos del día 20 de septiembre de 2013, sin que se incluyan en su cálculo las cantidades que perciben sus hijos en concepto de pensiones de orfandad.

Sin costas.

2116

**Sentencia núm. 1.323, de 14 de junio de 2016**

**Materia: Prestación a favor de familiares. Percepción indebida de prestaciones.**

**Expediente de modificación de pensión y reintegro pensiones indebidamente percibidas por extinción de la pensión en favor de familiares.**

**Juzgado: Estima la demanda y anula las resoluciones impugnadas por ser contrarias a derecho, que quedan sin efecto. Admite petición formulada en el escrito de revisión y deja sin efecto la resolución únicamente en cuanto acuerda el reintegro de las prestaciones indebidas al demandante condenando a la entidad gestora demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a devolver las cantidades indebidamente reintegradas por aquél.**

**Sala: Estima el recurso de suplicación interpuesto por la entidad gestora, desestimando la demanda iniciadora de las presentes actuaciones. Absuelve a la entidad demandada de la reclamación deducida frente a ella. Declara ajustada a derecho las resoluciones recurridas.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chálver.**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estimó la demanda interpuesta en la que se solicitaba la revisión de la resolución del INSS de 4-8-2004 y la nulidad de determinadas resoluciones posteriores (4-2-14 y 26-6-14) del mismo, pronunciamiento estimatorio recurrido por la citada entidad gestora al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS. Debemos matizar que el fallo de la sentencia de instancia dispone anular, por ser contrarias a derecho, las resoluciones impugnadas de fecha 4.2.2014 y de 26.6.2014 que quedan sin efecto, y, admitiendo la petición formulada en el escrito de revisión, deja sin efecto la resolución de 4.8.2004 (fecha de salida) únicamente en cuanto acuerda el reintegro de prestaciones indebidas al demandante, condenando a la entidad gestora demandada a estar y pasar por la anterior declaración y a la devolución de las cantidades indebidamente reintegradas por aquél.

El INSS, en su único motivo, denuncia la indebida aplicación del art. 62.1.f) de la Ley 30/92 de 26 de noviembre, indicando que tras el fallecimiento de su abuelo, el actor resultó beneficiario de una pensión en favor de familiares con efecto de 1-6-87; que al alcanzar la mayoría de edad la entidad gestora detectó que había sido reconocido o adoptado por F.M.M.T., por lo que el hoy actor había estado percibiendo indebidamente la pensión desde el 14-11-1989; se declaró indebida la percepción y se acordó la retroactividad a los 4 años anteriores a esa fecha. Considera el INSS, derivado de lo obrante al expediente administrativo, que el actor ha vivido a cargo y bajo la tutela y patria potestad, jurídicamente hablando, de los padres. Asimismo indica la recurrente, que teniendo en cuenta el concepto de la personalidad jurídica, hay que separar lo que ha de entenderse por representante legal del menor (art. 162 Código Civil) de lo que es capacidad del menor (art. 29 y ss del Código Civil). Por otra

parte, para el impugnante el actor no solicitó nunca la pensión en favor de familiar (tenía poco menos de 1 año de edad), siendo la solicitante la abuela, que era quien percibía el importe. Distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar y entre titularidad del derecho y ejercicio del mismo, concluyendo que no habiendo percibido nunca el Sr. M. las prestaciones que se reclaman, siendo además menor de edad y por ello careciendo de capacidad de obrar en la fecha en la que se retrotrae la obligación de reintegrar unas prestaciones, el recurso del INSS ha de desestimarse.

**SEGUNDO.-** Una adecuada solución al litigio planteado exige partir de los siguientes presupuestos fácticos: A).- El demandante, D. F.J.M.R. (anteriormente F.J.R.T.), nació el 4.6.1986 siendo su madre D<sup>a</sup> M.L.R.T., nacida el 30.10.1969. Su padre no era conocido. B).- Tras la muerte de su abuelo, su abuela, D<sup>a</sup> I.T.P. -con quien el demandante convivía- solicitó pensión en favor de familiares el día 3.6.1987, siéndole reconocida dicha prestación con efectos económicos de 1.6.1987. C).- En fecha 14.11.1989 el demandante fue reconocido como hijo por D. F.M..M.P., dándole éste su apellido. D).- En fecha (salida) 6.5.2004, el INSS requirió al demandante, teniendo en cuenta que iba a cumplir dieciocho años y atendida su condición de beneficiario de pensión en favor de familiares, para que aportase fotocopia de su D.N.I., y partida de nacimiento literal. E).- Mediante Resolución del INSS de 11.6.2004 (fecha de salida) se comunicó al demandante el inicio de expediente de modificación de pensión y reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por extinción de la pensión en favor de familiares "... al haber sido reconocido por su padre en fecha 14.11.1989, de acuerdo con el certificado literal de nacimiento y no reunir uno de los requisitos para tener derecho a dicha pensión, según el art.22.1.b) de la Orden de 13 de Febrero de 1967, normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia en el Régimen General. El importe de las prestaciones indebidamente percibidas asciende a un total de 6.827,46 euros". El demandante presentó escrito de alegaciones en fecha 28.6.2004. F).-Mediante resolución del INSS de fecha (salida) 4.8.2004 se acordó la extinción de la pensión en favor de familiares y se declaró la percepción indebida de prestaciones por importe de 6.827,46 euros, correspondientes al periodo 1.6.2000 al 31.5.2004. Dicha resolución fue notificada al demandante personalmente, quien no la impugnó. F).- En fecha 17.4.2013 el demandante solicitó la revisión de aquélla resolución alegando que "nunca vivió con sus padres sino con su abuela y que se compruebe si fue correcta la extinción de la pensión y si es correcto que se reclame la deuda del periodo en que era menor de edad, que en la actualidad ascendía a 11.547,44 € que le reclama la TGSS". G).- El INSS dictó resolución el 4.2.2014 desestimando su petición. Disconforme con la anterior resolución el demandante presentó reclamación previa el 23.4.2014, que fue desestimada mediante Resolución de 26.6.2014.

Pues bien, para declarar ajustadas o no a derecho las resoluciones recurridas por el actor, debemos dilucidar, en primer lugar, si las notificaciones efectuadas por el INSS en la materia en cuestión, han sido procedimentalmente correctas, a lo que ya desde ahora contestamos en sentido afirmativo. El único requerimiento que el INSS hace al demandante poco antes de que cumpliera la mayoría de edad, y al domicilio en que les consta vive el menor, es el de 6-5-2004, como también hace con los pensionistas de orfandad al aproximarse dicha edad, para

comprobar la concurrencia de los requisitos que permiten continuar con el pago de la pensión, obedeciendo el ligero adelanto al cumplimiento de la mayoría de edad en el requerimiento a la evitación de cortes en el pago de la pensión; pensión de la que, no olvidemos, es titular el menor de edad. Las siguientes resoluciones son de fecha posterior al cumplimiento de la mayoría de edad del hoy actor-recurrente, como la Resolución del INSS de 11.6.2004 (fecha de salida) por la se comunicó al demandante el inicio de expediente de modificación de pensión y reintegro de prestaciones indebidamente percibidas por extinción de la pensión en favor de familiares ".al haber sido reconocido por su padre en fecha 14.11.1989. Y a estas el demandante presentó escrito de alegaciones el 28-6-2004, es decir siendo ya mayor de edad. La resolución del INSS de fecha (salida) 4.8.2004 por la que se acordó la extinción de la pensión en favor de familiares y se declaró la percepción indebida de prestaciones por importe de 6.827,46 euros, correspondientes al periodo 1.6.2000 al 31.5.2004, se emiten y notifican cuando es mayor de edad el actor. Y esta última resolución fue notificada al demandante personalmente, quien no la impugnó. Cuando casi 10 años más tarde, en fecha 17-4-2013, el recurrente solicitó la revisión de la resolución de 4-8-2004, lo hace en base a dos puntos: a).-que nunca vivió con sus padres, sino con su abuela; b).-que se compruebe si es correcta la extinción de la pensión; y si es correcto que se reclame la deuda del periodo en que era menor de edad.

Así las cosas, y dejando sentado la sentencia de instancia que es correcta la extinción de la pensión, puesto que fue reconocido por su progenitor y contrajo matrimonio con la madre, ostentando los padres la obligación legal de prestar alimentos (nada de todo lo cual fue puesto en conocimiento del INSS), lo que en este momento debe determinarse es si es correcto que al actor se le reclame una deuda que corresponde a un periodo en que era menor de edad. Y entendemos que sí, por el fundamental presupuesto de que tanto el titular de la pensión de favor familiaris, como el beneficiario, es el propio menor. La solicitante fue la abuela, pero en nombre de su nieto, porque entonces el menor tenía 1 año de edad; y en consecuencia, la perceptora de la prestación también fue la abuela, con la que convivía. Debíó ser la misma, o el padre del menor cuando lo reconoció, o la madre del mismo al llegar a la mayoría de edad y acaecer el reconocimiento de filiación, quienes debieron de poner en conocimiento de la entidad gestora la modificación de circunstancias y variación de datos, lo que ninguna de esas tres personas efectuó, incumpliendo una obligación trascendental y básica del Sistema Público de prestaciones. Ahora bien, el beneficiario de la prestación económica era el menor de edad, pues ese dinero que recibía era para su manutención y sustento, y a partir del 14-11-1989 lo percibió indebidamente. Dado que la prestación favor familiaris ingresó en la esfera patrimonial del menor, que repetimos era su titular, aunque directamente el dinero no se lo abonaran en una cuenta suya, la devolución de lo percibido indebidamente a él incumbe. Su capacidad jurídica para ser titular de la pensión hace que también ostente capacidad en derecho para la devolución de unos ingresos indebidos. Frente al INSS el deudor es el actor, mayor de edad cuando se le requirió la devolución; menor en el periodo temporal de 4 años que debe ser devuelto; y ha de responder con su patrimonio. Cuestión diferente son las reclamaciones que en el plano civil pueda entablar el hoy actor contra sus familiares, que al no comunicar la variación de datos generaron unos percibos e ingresos indebidos que deben ser devueltos. Pero en el sistema público de Seguridad

Social, el deudor frente a este organismo (el gestor de las prestaciones y quien reconoció al demandante una pensión pública), es el actor, lo que determina la revocación de la sentencia dictada en la instancia por ser conformes a derecho las resoluciones del INSS al respecto.

**TERCERO.-** De acuerdo con una reiterada doctrina jurisprudencial de la que es expresión, por ejemplo, la STS de 27-9-2000 (recurso 4585/1999), no ha lugar a condenar en costas a la Entidad Gestora recurrente. Y ello es así, porque el artículo 19.3 de la Ley General de la Seguridad Social vigente al tiempo de los hechos dispone: "Las Entidades Gestoras gozarán del beneficio de justicia gratuita a efectos jurisdiccionales". Por su parte, la Ley 1/1996 de 10 de Enero, reguladora de la Asistencia Jurídica Gratuita, establece con respecto al ámbito personal de su aplicación, en el art. 2 que tendrá derecho a la asistencia jurídica gratuita: "b) Las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, en todo caso.

## F A L L O

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 4 de los de Castellón, de fecha 9 de abril de 2015; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la entidad gestora demandada de la reclamación deducida frente a ella, declarando ajustadas a derecho las resoluciones recurridas.

Sin costas.

2117

**Sentencia núm. 1.361, de 21 de junio de 2016**

**Materia:** Prestación por desempleo y solicitud pago único prestación. Connivencia trabajador y empresa para cobro prestación. Infracción muy grave seguridad social. Sanción: Extinción prestación y devolución cantidades percibidas. Caducidad procedimiento sancionador.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando la caducidad del expediente tramitado, quedando anulada la sanción impuesta al trabajador y condenando al demandado al abono de la prestación en los términos legales que procedan.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No ha expirado el plazo de seis meses que marca la norma para declarar la caducidad del expediente sancionador. Se acuerda la devolución de las actuaciones al juzgado de instancia para que se pronuncie sobre la procedencia de la sanción impuesta y sobre el resto de las cuestiones planteadas en el juicio.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** 1. Se recurre por el Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), la sentencia de instancia que estimó la demanda presentada por don J.D.Q.P. y declaró la caducidad del procedimiento sancionador iniciado por resolución de 24 de abril de 2012, en el que se acordó en resolución de 5 de marzo de 2013 notificada el día 13 del mismo mes de marzo, la extinción de la prestación por desempleo que le había sido reconocida con efectos del 24 de octubre de 2011 y el reintegro de lo percibido.

2. El recurso se interpone al amparo de un motivo redactado por el cauce procesal previsto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). Se denuncia por el SPEE la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 66 y 113.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con la doctrina contenida en las SSTS de 7 de junio de 2005 y 16 de noviembre de 2006. Se argumenta por el Organismo recurrente, que por resolución de 11 de diciembre de 2012 se estimó parcialmente la reclamación previa presentada por el Sr. Q. contra la resolución de 18 de septiembre de 2012 y se acordó la anulación de esta resolución y la retroacción de las actuaciones al momento anterior a que se dictara la resolución de propuesta de extinción de 23 de julio de 2012; que ello no impide que se mantuvieran las actuaciones anteriores no afectadas por la nulidad; y que , en cualquier caso, “sumados ambos periodos antes y después de la retroacción, estamos dentro de los seis meses concedidos por la norma entre el inicio del procedimiento y su resolución”. Así, sigue diciendo el SPEE, “Por un lado tenemos el periodo 24 de abril de 2012 al 23 de julio de 2012. Por otro el de 11 de diciembre de 2012 a 5 de marzo de 2013. La suma de ambos periodos es inferior a los seis meses que marca la norma para declarar la caducidad”.

**SEGUNDO.-** 1. A efectos de resolver la cuestión que se plantea en el recurso, que no es otra que la caducidad del procedimiento sancionador seguido por el SPEE contra el actor, conviene dejar constancia de las fechas más relevantes sobre las que no existe controversia. Así, consta lo siguiente: a) El 24 de abril de 2012 se inició por el SPEE expediente sancionador como consecuencia del Acta levantada por la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social en la que se apreció connivencia entre empresa y el demandante para obtener prestaciones por desempleo y posterior pago único. b) El 23 de julio de 2012 se dictó propuesta de extinción de la prestación por desempleo que le había sido reconocida al Sr. Q. c) El 18 de septiembre de 2012 se dictó resolución acordando la extinción de la prestación por desempleo y el reintegro de lo percibido. d) Presentada reclamación previa, por resolución de 11 de diciembre de 2012 se estimó parcialmente y se acordó reponer las actuaciones al momento anterior al de dictar la propuesta de resolución, a fin de dar audiencia al Sr. Q. y practicar las pruebas solicitadas. e) Finalmente, por resolución de 5 de marzo de 2013 -notificada al demandante el 13 de marzo de 2013- se acordó la extinción de la prestación por desempleo desde el 24 de octubre de 2011 y la devolución de lo percibido.

2. Con estos antecedentes –que no han sido objeto de discusión- la sentencia recurrida estimó la demanda presentada por el Sr. Q. al considerar que cuando el 13 de marzo de 2013 se le notificó la resolución “había transcurrido con creces el plazo legal para resolver el procedimiento sancionador, y la nulidad previa por omisión de garantías por parte del demandado, no es causa legal de suspensión del plazo de caducidad”. Así pues, lo que en definitiva se trata de resolver es si la sanción impuesta por el SPEE debe ser anulada por caducidad del procedimiento sancionador.

3. Con carácter general señala la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo –por todas, STS de 25 de enero de 2016 (rec.2219/2014)- que *la caducidad de los procedimientos no puede devenir inaplicable, privando a los administrados de su finalidad como garantía pues el [artículo 42.2 de la Ley 30/1992](#) regula con carácter general tal instituto*. Este precepto dispone que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución expresa será el fijado por la norma reguladora del correspondiente procedimiento. Y en cuanto a los recursos de la Seguridad Social la Ley 30/1992 fija un orden de prelación de fuentes, de modo que se estará a su normativa propia y, en su defecto, a la Ley 30/1992. *El plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de orden social será de seis meses, que serán computados desde la fecha del acta hasta la fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo la caducidad del expediente. Cuando concurren circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo, en los términos previstos en el art. 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

Pues bien, el artículo 20.3 del Reglamento General sobre Procedimientos para la Imposición de Sanciones por Infracciones del Orden Social y para los Expedientes Liquidatorios de Cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, dispone lo siguiente: *El plazo máximo para resolver los expedientes sancionadores por infracciones de orden social será de seis meses, que serán*

*computados desde la fecha del acta hasta la fecha en que se dicte la resolución, produciéndose en caso de superación de dicho plazo la caducidad del expediente. Cuando concurren circunstancias excepcionales, podrá acordarse la ampliación de dicho plazo máximo, en los términos previstos en el art. 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*

4. Lo primero que se constata en el presente caso, es que el procedimiento administrativo que se inició el 24 de abril de 2012 concluyó con la resolución de 18 de septiembre de 2012 en que se impuso la sanción de extinción de la prestación y reintegro de lo percibido, y es evidente que entre ambas fechas no había transcurrido el plazo de seis meses, sin que a estos efectos se pueda computar el periodo de tiempo transcurrido entre esta última resolución y la que se dictó resolviendo la reclamación previa y anulando actuaciones. En efecto, de acuerdo con una constante doctrina jurisprudencial de la Sala 3ª del Tribunal Supremo –SSTS de 27 de mayo de 1992, 15 de diciembre de 2004 y 7 de junio de 2005 (rec.175/2004)- *no cabe entender aplicable este instituto de la caducidad a la vía administrativa de recurso, es decir, en los casos en que la Administración ya ha puesto fin al procedimiento mediante la correspondiente resolución, pues la vía de recurso no cabe configurarla como una prolongación del expediente administrativo, sino como un plano supraordenado al expediente encaminado a la revisión de los actos que pusieron fin al mismo (...) porque la potestad que en cada caso se ejercita por la Administración (en este caso de control y revocación de ayudas) concluye con la resolución correspondiente adoptada en el procedimiento y notificada a los interesados, mientras que en la vía de recurso lo que se ejercita es una potestad distinta, cual es la relativa a la revisión de la actuación administrativa, constituyendo un procedimiento administrativo distinto, con autonomía y sustantividad propia, en el que la inactividad administrativa tiene sus propios y específicos efectos, abriendo el acceso a la vía jurisdiccional de control de la actuación administrativa, es decir, el procedimiento administrativo termina, como indica el artículo 87 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con la correspondiente resolución (que constituye el dies ad quem del plazo de caducidad).*

5. A partir de esta constatación, queda por determinar qué efectos produce la resolución que estimando la reclamación previa decidió anular las actuaciones y retrotraerlas al momento anterior a la propuesta de resolución de extinción, a fin de que se diera audiencia del expediente al Sr. Q. y se practicaran las diligencias propuestas. Pues bien, la respuesta la encontramos de nuevo en la jurisprudencia administrativa que se invoca en el escrito de recurso. En efecto, como se razona en la STS (Sala 3ª) de 7 de junio de 2005 (rec.175/2004), *La anulación en vía administrativa o jurisdiccional de la resolución que pone fin al procedimiento (en este caso de revocación de la subvención), en el supuesto de retroacción de actuaciones, constituye el acto de reinicio del procedimiento que ya había sido concluido y con ello del plazo de caducidad aplicable al mismo (...) Por lo tanto, como se indica en la sentencia de contraste, no cabe apreciar caducidad entre el inicio del expediente y la resolución inicial revocatoria y, por otra parte, la impugnación de esta última en recurso ordinario abre un procedimiento de revisión, distinto del procedimiento de revocación de la*

*ayuda, cuyas actuaciones no pueden tomarse en consideración a efectos de la caducidad invocada, por no formar parte de dicho procedimiento de revocación, que se reinicia como consecuencia de la estimación del recurso ordinario. Y en este mismo sentido se pronuncia la STS (3ª) de 15 de noviembre de 2006 (rec.5251/2004) cuando al analizar un supuesto en el que también se declaró la nulidad de las actuaciones señaló lo siguiente, no puede computarse el plazo de caducidad de seis meses desde 25 de enero de 2001 (fecha de notificación de la resolución de 10 de enero del mismo año), puesto que contra ella se interpuso recurso en vía administrativa que fue estimado en 7 de mayo, ordenándose la retroacción de actuaciones. Pero ello lo que implica es que desde esa fecha del acto de 7 de mayo o desde su notificación se inicia un nuevo expediente respecto al que hay que computar el plazo de caducidad.*

6. La aplicación de esta doctrina jurisprudencial al presente supuesto conduce a la estimación del recurso, pues de acuerdo con lo expresado en ella, dos son los procedimientos administrativos que se han seguido en este caso y en ninguno de ellos se ha superado el plazo de seis meses de que disponía la Administración para concluirlos. El primero, se inició con la resolución de 24 de abril de 2012 y concluyó el 18 de septiembre de 2012 con la resolución que impuso la sanción de extinción de la prestación y reintegro de lo debido. Y el segundo, se inició con la resolución de 11 de diciembre de 2012 que anuló las actuaciones y concluyó con la resolución sancionadora de 5 de marzo de 2013 –notificada el 13 del mismo mes y año-.

7. Dado que según se expresa en la demanda, la resolución del SPEE también fue impugnada por motivos de fondo relacionados con la veracidad de los hechos imputados –ordinal decimonoveno-, y como quiera que esta cuestión no ha sido resuelta en la sentencia de instancia ni tampoco ha sido suscitada en trámite del presente recurso, procede devolver las actuaciones al Juzgado para que se pronuncie sobre ella, pues este tribunal carece de los presupuestos fácticos necesarios para resolverla.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 LRJS, no procede imponer condena en costas.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del SERVICIO PÚBLICO DE EMPLEO ESTATAL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Alicante de fecha 24 de marzo de 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de DON J.D.Q.P.; y, en consecuencia, revocamos el pronunciamiento de la sentencia recurrida que declaró la caducidad del expediente sancionador y acordamos la devolución de las actuaciones al Juzgado de instancia para que dicte una nueva sentencia en la que se resuelvan el resto de las cuestiones planteadas en el acto del juicio y, en concreto, para que se pronuncie sobre la procedencia de la sanción impuesta por el SPEE.

Sin costas.

2118

**Sentencia núm. 1.379, de 21 de junio de 2016**

**Materia:** Extinción contrato de trabajo y reclamación de cantidad. Retraso continuado en el abono de salarios. El actor ha sido declarado afecto de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Reconocimiento de ambas peticiones.

**Juzgado:** Desestima la demanda del trabajador de extinción de relación laboral y estima la demanda interpuesta por reclamación de cantidad, condenando a la empresa demandada al abono de determinada suma por salarios impagados más interés por mora.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso reconociendo nuevo importe por salarios devengados más interés por mora. No procede declarar judicialmente la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, por grave incumplimiento empresarial de obligaciones contractuales, ya que la relación laboral había finalizado por resolución administrativa con declaración de situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual. No se prevé mejoría para nueva incorporación a puesto de trabajo.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** De seis motivos consta el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del demandante contra la sentencia de instancia y auto de aclaración de la misma, que aprecia falta de acción respecto a la demanda de extinción de la relación laboral por incumplimiento empresarial y estima la demanda de reclamación de cantidad, condenando a la mercantil demandada al abono de 4.206,10 euros en concepto de salarios impagados, más el 10% de interés anual por mora.

Los tres primeros motivos se introducen por el cauce del apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y tienen como objeto la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia del juzgado, mientras que los tres últimos se formulan al amparo del apartado c del referido precepto y contienen la censura jurídica, no habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

Combate la parte actora en su recurso tanto la apreciación de la falta de acción como que la condena de salarios se ciña al importe neto de los mismos, en lugar del importe bruto.

**SEGUNDO.-** En el primer motivo del recurso se insta la adición de un nuevo hecho probado, el segundo bis, que de prosperar tendría este contenido: “En todas las nóminas el actor cobraba la cantidad neta de 1550 euros y la cantidad bruta de

1970,77 euros, siendo los descuentos siempre los mismos el 4,70% de contingencias comunes, el 1,55% de desempleo y el 0,10% de formación profesional y el 15% de IRPF, en total, los descuentos suponen el 21,35 por 100 del salario bruto.”

El nuevo tenor se extrae de la documental obrante a los folios 24 a 31 que son los recibos de salarios del actor correspondientes a los meses de enero 2013 a agosto 2013 y ha de ser acogido por desprenderse directamente de los mismos y ser trascendente a efectos de fijar cuál es el importe de los salarios brutos adeudados al actor.

En el segundo motivo pretende la adición al hecho probado tercero de la siguiente frase: “Esta calificación podrá ser revisada por agravación o mejoría a partir del 01.07.2017.”

La adición solicitada se sustenta en el folio 46 de los autos que es el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades y también ha de ser acogida al resultar relevante para la argumentación deducida por el recurrente sobre la pervivencia del vínculo laboral.

El tercero de los motivos pretende la modificación del hecho probado tercero para el que se propone este contenido: “El demandante no ostenta ni ha ostentado, la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.”

La modificación se extrae de la propia sentencia y con ella se corrige el error padecido al hacer constar en el hecho controvertido la referencia al despido que no es la acción ejercitada, por lo que ha de prosperar aun cuando su relevancia se limite a la rectificación del referido error.

**TERCERO.-** A continuación analizaremos los motivos destinados al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia y por razones de índole técnico jurídica comenzaremos por el quinto motivo del recurso en el que se imputa a la resolución recurrida la infracción por interpretación errónea del art. 48.2 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 50. 1. b) del mismo texto legal.

Razona la defensa del recurrente que al establecer el dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades que el actor podrá ser revisado por agravación o mejoría, su contrato de trabajo está en suspenso y, en consecuencia, es susceptible de extinción conforme al art. 50.1 b del Estatuto de los Trabajadores.

La censura jurídica expuesta no puede prosperar porque conforme se desprende de la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2001, rec. 3.645/2000, existe una doble y diferente previsión legislativa en materia de revisión de incapacidades que permite distinguir entre una declaración de invalidez previsiblemente definitiva, y por ello extintiva de la relación laboral (la del artículo 143 de la Ley General de la Seguridad Social) y una declaración de invalidez de probable revisión por mejoría y por ello suspensiva de la relación laboral (la del artículo 48-2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), estando vinculada la

subsistencia de la suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo prevista en el art. 48.2 a que el órgano de calificación estime que la situación de invalidez vaya a ser previsiblemente objeto de revisión por mejoría y el órgano calificador de la invalidez ha sido en el caso de autos la Entidad Gestora que conforme al dictamen del Equipo de Valoración de Incapacidades ha establecido que la situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual reconocida al actor podrá ser revisada por agravación o mejoría a partir del 01.07.2017, sin establecer, por consiguiente, la previsión por mejoría, de modo que a partir de la Resolución del INSS de fecha 10-8-2015 por la que se reconoce al actor afecto de incapacidad permanente total para la profesión habitual, su relación laboral con la demandada se ha extinguido y, por consiguiente, en la fecha en que se dicta la sentencia de instancia ahora recurrida, (5-11-2015), ya no está vivo el vínculo laboral por lo que se no se puede declarar la extinción del mismo, tal y como ha apreciado acertadamente la sentencia de instancia.

**CUARTO.-** En el cuarto motivo de recurso se denuncia la infracción por no aplicación del art. 50.1 b del Estatuto de los Trabajadores.

Aduce el recurrente que habiéndose acreditado el retraso reiterado y prolongado en el abono de los salarios devengados por el actor se debería de haber estimado la demanda ya que cuando se interpuso la relación laboral estaba viva, sin que pueda perjudicarle que las fechas de celebración del juicio se dilaten en el tiempo dando lugar a que sea declarado en incapacidad permanente total para la profesión habitual con efectos de 23-7-2015.

La cuestión litigiosa que se plantea se reduce a dilucidar si es posible declarar judicialmente la extinción del contrato de trabajo a instancia del trabajador, por grave incumplimiento empresarial de sus obligaciones contractuales, cuando la relación ya no estaba en vigor porque había finalizado a raíz de la Resolución administrativa que le declara en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, no siendo previsible la mejoría que permita su reincorporación al puesto de trabajo.

Conforme indica nuestro Alto Tribunal en sentencia de 26 de Octubre del 2010 ( ROJ: STS 7640/2010), Recurso: 471/2010, *“siendo así que es consolidada doctrina de la Sala que el éxito de la acción basada en el art. 50 ET exige que el contrato esté vivo en el momento de dictarse la sentencia, porque la sentencia tiene en estos supuestos carácter constitutivo y -de prosperar la acción- declara extinguido el contrato en la misma fecha en la que se dicta (en recursos por infracción de ley, SSTS de 14/02/83 Ar. 587, para supuesto de disolución de la empresa ; 23/06/83 Ar. 3041, para cese voluntario del trabajador ; 12/12/84 Ar. 6367, respecto de despido con impugnación judicial desistida ; 28/02/85 Ar. 717, para despido consentido ; 02/04/85 Ar. 1844, para dimisión ; 18/11/85 Ar. 5801, para despido tácito ; 02/07/85 Ar. 3664, para previa extinción por ERE; 04/02/86 Ar. 703, para despido previo; 22/10/86 Ar. 5878, para abandono del trabajador; 26/11/86 Ar. 6516, para abandono del trabajador; 19/05/88 Ar. 4261, para despido; 12/07/89 Ar. 5461, para dimisión del trabajador; 18/07/90 Ar. 6425, para dimisión del trabajador; 18/09/89 Ar. 6455, para*

*despido; 29/12/89 Ar. 9100, para despido; 11/04/90 Ar. 3463, para extinción previa por inactividad. Y ya en unificación de doctrina, SSTS 22/05/00 -rcud 2180/99 -, para despido posterior a la demanda rescisoria y no combatido judicialmente enerva la acción extintiva reclamada. También ATS 11/03/98 -rcud 2517/97 -- Ar. 2561 LBM, apreciando falta de contenido casacional)."*

La proyección de la anterior doctrina al presente caso en el que la relación laboral del actor se extinguió por la Resolución del INSS de fecha 10-8-2015 que declara al demandante en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual y, por lo tanto, con anterioridad a la fecha de la sentencia ahora recurrida, hace inviable que se pueda declarar la extinción del contrato de trabajo del demandante desde la fecha de la sentencia y con derecho a determinada indemnización, por cuanto que el mismo ya había fenecido anteriormente por mor de la declaración administrativa de reconocimiento de la incapacidad permanente total para la profesión habitual del actor y es que, "la extinción será factible siempre que en el momento de dictarse la sentencia la relación laboral siga viva, dado el carácter constitutivo y ex nunc de la resolución judicial", lo que no sucede en el presente caso, tal y como ha apreciado correctamente la resolución recurrida, lo que conlleva la desestimación del motivo.

**QUINTO.-** En el último motivo del recurso se denuncia la infracción del art. 26.1 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el art. 29 del mismo texto legal.

Dicha infracción se ha producido, según la defensa del recurrente, al haber condenado la sentencia de instancia al abono del importe neto de los salarios adeudados al demandante, en lugar de condenar al abono del importe bruto de dichos salarios, habiéndose calculado este último en la demanda (hecho sexto), aun cuando la resolución recurrida desconozca dicho cálculo que por lo demás es el que resulta de unas sencillas operaciones aritméticas y en concreto de adicionar al importe neto de 4.206,10 euros el 21,35% que es porcentaje resultante de la suma de todos los descuentos (15 por IRPF, 4,70 de cotización por contingencias comunes, 1,55 de cotización por desempleo y 0,10 de cotización por formación profesional).

La censura jurídica expuesta ha de prosperar por cuanto de la primera de las revisiones fácticas que ha sido acogida se desprende los indicados descuentos y por consiguiente la suma de los mismos arroja el porcentaje del 21,35% que aplicado al total neto de 4.206,10 euros y sumado al mismo arroja un bruto de 5.347,87 euros, tal y como postula el recurrente.

## FALLO

Estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. D.R.C., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Cuatro de los de Alicante y su provincia, de fecha 5 de noviembre de 2015, y el auto de aclaración de la misma de fecha 4 de febrero de 2016, en virtud de demanda presentada a su

instancia contra B.S. S.A., habiendo sido llamado el Fondo de Garantía Salarial y revocamos la resolución recurrida en el sentido de fijar la condena de B.S. S.A. en el importe de 5.347,87 euros más el 10% de interés anual por mora, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

**Sentencia núm. 1.402, de 21 de junio de 2016**

**Materia: Determinación de contingencia. Trabajador que fallece por causas naturales al salir del almacén en su centro de trabajo. El causante tenía antecedentes de broncopatía, cardiopatía y múltiples factores de riesgo cardiovascular. Pensión de viudedad. La viuda demandante presenta ante el INSS solicitud sobre determinación de contingencia, demandando que el fallecimiento del esposo sea declarado derivado de accidente de trabajo. El INSS se declara incompetente para resolver correspondiendo esa función a la mutua, al tener ésta la cobertura de las contingencias profesionales en la empresa en que trabajaba el fallecido. Existencia de nexo causal entre trabajo y lesión. Presunción de laboralidad. Estimación.**

**Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de los pedimentos formulados de contrario. No queda reconocida la contingencia solicitada.**

**Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las demandadas no han probado la inexistencia de nexo causal entre el trabajo y la lesión. Se reconoce a la viuda demandante la contingencia de accidente de trabajo. Determinación de nueva base reguladora.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Sancho Aranzasti.**

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Dictada sentencia por el Juzgado de lo Social número 17 de Valencia el 14 de mayo de 2015 por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D<sup>a</sup> C.F.R. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua de Accidentes X. y C.G.H.O.S.L, recurre en suplicación la demandante, impugnando el recurso la Mutua demandada.

**SEGUNDO.-** A través de un primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se propone la adición de un nuevo hecho probado undécimo, con el siguiente tenor literal: “Que D. A.M.L., con antecedentes de broncopatía y cardiopatía, desde el año 2009, que en el último año 2010 se agravó su estado de salud, por las causas indicadas, falleció finalmente el día 2 de diciembre de 2010, en su puesto de trabajo, realizando las tareas de Jardinero y durante su jornada de trabajo, siendo probablemente la causa de fallecimiento de miocardio, como figura en el parte de accidente comunicado por la empresa, Informe emitido por la Inspección de Trabajo y el informe Pericial aportado por la Mutua de Accidentes X., no figurando la causa de fallecimiento en el Certificado de Defunción”. Indica los documentos consistentes en declaración electrónica del accidente y parte de accidente, certificado de defunción e informes de prevención U.

La revisión no puede prosperar pues la Juez ya indica los antecedentes de salud del fallecido y no existe duda ni controversia sobre que el fallecimiento aconteció en tiempo y lugar de trabajo. Respecto al agravamiento de salud del finado, constituye una conclusión de parte, no ratificada por documento alguno; y en cuanto a la determinación de la causa del fallecimiento como infarto, de la documental indicada no se desprende tal conclusión, pues en los referidos documentos se prevé que la causa pudo ser el “infarto, derrames cerebrales y otras patologías no traumáticas”, sin que quepa deducir que fuera aquél la causa última del óbito del trabajador.

**TERCERO.-** Al amparo del apartado c) del art. 193 LRJS, se formula el segundo de los motivos de recurso, destinado a la revisión del derecho aplicado en la sentencia de instancia.

En un primer apartado, sin cita de precepto legal infringido sobre dicha cuestión, entiende que la fecha de efectos de la pensión de viudedad reconocida conforme a la contingencia profesional que se reclama sería noviembre de 2011, y no la indicada por la Juez a quo en su resolución, pues la actora estuvo accionando desde el 30 de noviembre de 2011 para conseguir el reconocimiento de la contingencia antedicha, y por demora de la Administración en facilitar cierta documentación, no pudo interponer demanda con anterioridad.

Entendemos que la fijación de la fecha de efectos de la pensión de viudedad realizada por la Juez a quo no es errónea, pues en primer término, no cita la recurrente qué precepto se entiende infringido respecto a la cuestión que recurre; y en segundo término, aplica la Magistrada correctamente las previsiones contenidas en el art. 43.1 LGSS, pues es la reclamación de 6 de mayo de 2013 la que inicia el camino de la acción ejercitada en demanda y que dio lugar al procedimiento que ahora se revisa, al no poderse tomar en consideración la primera reclamación efectuada al INSS, dada la inactividad posterior a la misma.

Examinando ya el fondo del recurso, se dice infringido por la recurrente lo dispuesto en los arts. 115.2 f) y 115.3 LGSS. Entiende que la presunción establecida en el art. 115.3 ET opera una inversión de la carga de la prueba, de manera que en supuestos de aparición súbita de una dolencia en el tiempo y lugar de trabajo, el lesionado o sus causahabientes únicamente han de justificar esa ubicación en el tiempo y lugar, recayendo sobre el empresario la carga de justificar que la lesión, trauma o defecto no se produjo a consecuencia de la realización de la tarea.

De manera que en el supuesto examinado, la patología antes silente se manifestó en tiempo y lugar de trabajo, y ello obligaba a las partes demandadas a probar la inexistencia de un nexo causal entre el trabajo y la lesión, prueba que no se ha logrado, partiendo la recurrente de que su esposo falleció a consecuencia de un infarto. Y que el hecho de que se haya constatado que el fallecido estaba realizando unas labores livianas, sin llevar a cabo esfuerzo alguno, ello no desvirtúa el nexo causal.

Es incontrovertido, pues así se desprende de la declaración de hechos probados contenida en la sentencia de instancia, que permanece inalterada ante el fracaso del

motivo revisorio examinado, que el esposo de la demandante falleció el día 2 de diciembre de 2010 mientras se encontraba en el lugar y tiempo de trabajo, sintiéndose indispuerto y cayendo al suelo, falleciendo poco después. El Sr. M. tenía antecedentes de broncopatía (bronquitos crónica) y cardiopatía (arritmia) y presentaba múltiples factores de riesgo cardiovascular (varón, ex fumador reciente, obesidad, hipertensión, hiperlipemia, diabetes, patología cardíaca previa). En noviembre de 2007 fue diagnosticado de insuficiencia cardíaca. Se le realizó examen de salud el 4-10-10 siendo considerado “apto” para el puesto de trabajo de jardinero.

Se desconoce, conforme a la declaración de hechos probados y a los razonamientos que con dicho valor contiene la resolución de instancia, la causa exacta que dio lugar al fallecimiento del trabajador.

La Juez de instancia otorga pleno valor a esta circunstancia, pues entendió que al no saberse con exactitud el motivo del fallecimiento, no puede aplicarse la doctrina que sobre el infarto de miocardio producido en el lugar y tiempo de trabajo ha sentado la Sala Cuarta con carácter reiterado, y que al constatarse que el trabajador no estaba realizando esfuerzos, no puede entenderse que la muerte viniera motivada por el ejercicio del trabajo.

Vista las argumentaciones precedentes, la Sala no puede mostrarse conforme con la conclusión alcanzada por la Magistrada de Instancia. Y decimos esto por las siguientes razones. Es conocida la sentada jurisprudencia que sobre el accidente de trabajo y la presunción establecida en el art. 115.3 LGSS ha reiterado el Tribunal Supremo en múltiples resoluciones. Baste citar, por ser más reciente, la Sentencia dictada el 26 de abril de 2016, Rcd. 2108/2014 en un supuesto que, aun cuando referido a patología cardíaca, resume la doctrina que respecto al accidente de trabajo mantiene el Alto Tribunal. En dicha resolución se dice lo siguiente: “a).- *La presunción «iuris tantum» del art. 115.3 LGSS se extiende no sólo a los accidentes, sino también a las enfermedades, pero ha de tratarse de enfermedades que por su propia naturaleza puedan ser causadas o desencadenadas por el trabajo, sin que pueda aplicarse la presunción a enfermedades que “por su propia naturaleza excluyan una etiología laboral” ( SSTS 22/12/10 -rcud 719/10 -; 14/03/12 -rcud 4360/10 -; 18/12/13 -rcud 726/13 -; y 10/12/14 -rcud 3138/13-).*

*b).- La presunción ha operado fundamentalmente en el ámbito de las lesiones cardíacas, en el que, aunque se trata de enfermedades en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral, tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo (STS 14/03/12 -rcud 4360/10 -).*

*c).- La doctrina ha sido sintetizada con la «apodíctica conclusión» de que ha de calificarse como AT aquel en el que «de alguna manera concurra una conexión con la ejecución de un trabajo, bastando con que el nexo causal, indispensable siempre en algún grado, se dé sin necesidad de precisar su significación, mayor o menor, próxima o remota, concausal o coadyuvante», debiendo otorgarse dicha calificación cuando no aparezca acreditada la ruptura de la relación de causalidad entre actividad profesional*

y el hecho dañoso, por haber ocurrido hechos de tal relieve que sea evidente a todas luces la absoluta carencia de aquella relación (reproduciendo jurisprudencia previa a la unificación de doctrina, SSTs 09/05/06 -rcud 2932/04 -; 15/06/10 -rcud 2101/09 -; y 06/12/15 -rcud 2990/13 -).

d).- El hecho de que la lesión tenga etiología común no excluye que el trabajo pueda ser factor desencadenante, por ser «de conocimiento común que el esfuerzo de trabajo es con frecuencia un factor desencadenante o coadyuvante en la producción del infarto de miocardio» ( -); aparte de que «no es descartable una influencia de los factores laborales en la formación del desencadenamiento de una crisis cardiaca», ya que «las lesiones cardiacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral» ( STS 14/07/97 -rcud 892/96 -) ( SSTs 27/02/08 -rcud 2716/06 -; y 20/10/09 -rcud 1810/08 -).

e).- Para destruir la presunción de laboralidad a que nos referimos es necesario que la falta de relación lesión/trabajo se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de patología que por su propia naturaleza excluya la etiología laboral, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal (reiterando constante doctrina anterior, SSTs 20/10/09 -rcud 1810/08 -; 18/12/13 -rcud 726/13 -; y 10/12/14 -rcud 3138/13 -). Y

f).- Como hemos destacado recientemente, la presunción legal del art. 115.3 de la LGSS entra en juego cuando concurren las dos condiciones de tiempo y lugar de trabajo, «lo que determina, por su juego, que al demandante le incumbe la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo; mas con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo» (STS 03/12/14 -rcud 3264/13 -)”.

La aplicación de la doctrina expuesta, nos lleva a la estimación del recurso formulado. Partiendo de las aseveraciones expresadas en el apartado f) anterior, en nuestro caso la actora ha acreditado, pues no existe duda y es un hecho conforme, que el fallecimiento de su esposo se produjo en lugar y tiempo de trabajo. Son las demandadas las que deberán ahora acreditar que no existe conexión entre el hecho dañoso y el trabajo.

Y en este caso, la ausencia de conocimiento de la causa concreta que provocó la muerte del trabajador, no puede perjudicar a la recurrente, amparada por la presunción prevista en el art. 115.3 LGSS. Se dice que el actor estaba desarrollando trabajos livianos, pero tal consideración se considera insuficiente a efectos de desvirtuar la presunción que aquí opera. Si se desconoce la causa del fallecimiento, también qué factores pudieron tenerse en cuenta como desencadenantes aquélla, sin que la simple indicación de realización de una actividad ligera se considere bastante a los efectos pretendidos.

Por todo ello entendemos, con revocación de la sentencia de instancia, y estimación de la demanda interpuesta, que el fallecimiento de D. A.M.L. derivó de accidente de

trabajo, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración, y a la Mutua demandada al abono de la pensión de viudedad conforme a una base reguladora de 1.567,51 euros mensuales y fecha de efectos 6 de mayo de 2013.

**CUARTO.-** De conformidad con lo dispuesto en el art. 235.1 LRJS, no ha lugar a la imposición de costas, al no existir parte vencida del recurso.

En virtud de lo expuesto,

### **FALLAMOS**

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Doña C.F.R. frente a la Sentencia dictada el 14 de mayo de 2015 por el Juzgado de lo Social número 17 de Valencia, en autos número 630/2013, seguidos a instancia de la precitada recurrente frente a Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social, Mutua de Accidentes X. y C.G.H.O. S.L; y con revocación de la precitada resolución, y estimación de la demanda en la instancia, declarar que el fallecimiento de D. A.M.L. derivó de accidente de trabajo, condenando a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración y a la Mutua demandada abonar a la actora la pensión de viudedad conforme a una base reguladora de 1,567,51 euros mensuales y fecha de efectos 6 de mayo de 2013. Sin imposición de costas.

**Sentencia núm. 1.413, de 21 de junio de 2016**

**Materia:** Extinción contrato de trabajo con vulneración de los derechos fundamentales. Extinción de la relación laboral por causas productivas y organizativas. Trabajadora que presta sus servicios con contrato indefinido a jornada completa. La empresa propone a la actora y otras trabajadoras que sus contratos pasen a ser indefinidos discontinuos. Al negarse a la petición son despedidos. Nulidad del despido. Conducta represarial. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda declarando la nulidad de la extinción de la relación laboral. Condena a la readmisión inmediata de la trabajadora y al abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Considera ajustada a derecho la extinción de la relación laboral. No ha existido vulneración de los derechos fundamentales ni represalias por parte de la empresa demandada en la instancia. La empresa facilita la conversión de los contratos para evitar una decisión extintiva.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia de instancia estimó parcialmente la pretensión actora y declaró nulo el despido de ésta con las consecuencias legales, frente a ella interpone recurso de suplicación la empresa demandada, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, se solicita la adición de un nuevo hecho probado segundo bis con la siguiente redacción: “Las unidades producidas desde julio de 2011 hasta diciembre de 2013 son las que figuran en el documento número 5 del ramo de prueba de la empresa demandada, que se da por reproducido”, adición fáctica que debe prosperar, porque así resulta del documento en que se basa. Y aunque la parte impugnante del recurso se opone a la revisión con el argumento de que no pueden ser combatidos los hechos probados si éstos han sido obtenidos por el Juez del mismo documento en que la parte pretende amparar el recurso, ello no es lo que ha acontecido en el presente caso, donde no constan en los hechos probados extremo alguno extraído por el Juzgador de instancia del mismo documento en que la parte recurrente pretende amparar su derecho, sino que el Juez “a quo” ni siquiera ha introducido en la resultancia fáctica ni todo ni parte del contenido del referido documento, limitándose a señalar que no le ha concedido relevancia alguna. Y no debemos olvidar que siguiendo la doctrina del Tribunal Supremo, la declaración fáctica de la sentencia ha de comprender no solo los datos que el Juzgador de instancia estima necesarios para fundar su decisión, sino también los precisos para que el Tribunal Superior que conozca del recurso pueda pronunciarse con pleno conocimiento sobre la cuestión debatida; y, la revisión interesada se encamina no tanto a mostrar errores de hecho referidos, por ejemplo, a la transcripción equivocada

de un documento u otros posibles errores, sino a completar la resultancia fáctica con todo lo que debe ser tenido en cuenta para valorar adecuadamente la controversia, sin perjuicio de que en el apartado destinado a la infracción de normas jurídicas se analicen los errores de derecho consistentes en la infracción de las normas valorativas de la prueba bajo el motivo c) del art. 193 de la LRJS. Sin olvidar, que en otras resoluciones judiciales relativas a otros trabajadores/ras en la misma situación de la actora y que han tenido acceso a esta Sala, sí que han reflejado la documental aludida para completar la resultancia fáctica, sin perjuicio de su posterior valoración.

**SEGUNDO.-** Con amparo procesal en el artículo 193, c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción, respecto del derecho, se denuncia que en la sentencia impugnada se ha producido infracción del artículo 52 c), en relación con el art. 51.1, ambos del Estatuto de los Trabajadores, en cuanto a la concurrencia de las causas productivas y organizativas invocadas para justificar la extinción por causas objetivas. Considera que sí que concurren las causas productivas y organizativas alegadas por la empresa con la adición fáctica interesada, y a continuación relata los extremos necesarios para ello extraídos de los hechos probados tercero, séptimo, octavo, y que así lo han entendido las sentencias de esta Sala que señala al enjuiciar los despidos de otras trabajadoras de la empresa en la misma situación de la actora. Sostiene la parte recurrente que con la revisión fáctica admitida en base al documento nº 5 del ramo de la prueba de la empresa sobre unidades productivas desde julio de 2011 a diciembre de 2013, del que resulta el reiterado descenso en el volumen de producción desde el mes de julio de 2012, con disminución de la producción en más de un 20% en nueve de los diez primeros meses del año 2013, comparando las cifras con las del mes equivalente de 2012, incluso con diferencias negativas superiores al 25% en tres meses (mayo, junio y agosto) y al 30% en otros tres (febrero, marzo y septiembre), habiéndose mantenido la misma tendencia en el último trimestre del año. Sin embargo, en la fundamentación jurídica de la sentencia no concede relevancia alguna al documento 5 de la demandada al haber sido confeccionado unilateralmente por la misma. También, se recogen en el hecho probado tercero las medidas, que desde diciembre de 2012 acometió la empresa para hacer frente a la situación de menor actividad productiva, consistente en la distribución irregular de la jornada de los trabajadores fijos del centro de trabajo de la demandante, existiendo a finales de 2013 un excedente total de horas (a recuperar) equivalente a la jornada anual de un trabajador, lo que pone de manifiesto que si la empresa recurrió a la distribución irregular de la jornada de los trabajadores fijos fue obviamente con la finalidad de hacer frente a la menor actividad productiva existente y que la producción registrada en la planta en el conjunto del año 2013 no había permitido completar la jornada anual de los peones fijos, y que la distribución irregular de la jornada había resultado una medida insuficiente para afrontar el descenso de la actividad productiva.

En el presente supuesto el despido de la actora y de los diecisiete trabajadores más que se negaron a ser fijas discontinuas, lo han sido por causas organizativas y productivas, y la sentencia de instancia estima que no aparece justificada la causa para dicho despido por parte de la empresa, en función de los argumentos a los que alude. Así en primer lugar manifiesta la sentencia impugnada que no concede relevancia

alguna al documento 5º de la demandada al haber sido confeccionado unilateralmente por la misma. El expresado documento se refiere a las Unidades de Producción desde julio de 2011 hasta diciembre de 2013.

Es evidente que a las partes corresponde decidir qué medios de prueba han de valerse en el proceso para acreditar su derecho, y que cada parte sufre las consecuencias de una prueba insuficiente. También es cierto que el Juez debe establecer en su sentencia un razonamiento de los hechos que declare probados a partir del análisis que haga de cada medio probatorio, sin que exista discrecionalidad del juez, esto es, no es igualmente justa una solución que otra.

Si bien en el presente caso el Juzgador de instancia ha realizado una valoración de la prueba respecto de la validez y eficacia de la misma, no se comparte por esta Sala la conclusión a la que se llega en la sentencia impugnada, por cuanto no nos encontramos ante una causa de despido que para su justificación sea exigible determinado tipo de prueba y que solo pueda acreditarse con la misma, ni se le puede exigir a la empresa que aporte un documento oficial, o que haya sido presentado ante un organismo público, como suele acreditarse en los supuestos de despido objetivo por causas económicas, donde se suele aportar la contabilidad empresarial presentada ante el Registro Mercantil, o las declaraciones del impuesto de sociedades o declaraciones de IVA presentadas ante Hacienda, en el presente caso donde las causas del despido objetivo son productivas y organizativas, no son precisas ese tipo de pruebas, y si bien se puede conseguir una mejor verosimilitud del hecho a probar mediante la utilización de un tercero independiente a la empresa, nada impide que, como en el presente caso, se intente acreditar la situación de la empresa mediante la documental aportada y en concreto con el documento nº 5 de los aportados por la empresa demandada, que si bien ha sido confeccionado por un empleado de la misma, este documento ha sido ratificado en juicio por su encargado y respecto del cual las partes han podido efectuar cuantas preguntas y aclaraciones han tenido por conveniente, pudiendo practicar la contraprueba que hubieran estimado oportuna dado que conocían el contenido de tal documento por la carta de despido. No estando obligada la empresa a acreditar su situación mediante la utilización de un concreto medio de prueba. Por lo que sí se otorga valor probatorio al indicado documento, que se presenta como razonable y proporcionado a las circunstancias, y además se tiene en cuenta el resto de la prueba practicada, entre la que se encuentra el informe de plantilla media de trabajadores en situación de alta emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social en el que se concreta que la plantilla media de trabajadores en situación de alta en el código de cuenta de cotización X. correspondiente del centro de trabajo de la actora, ha sido de 115,80 trabajadores en el periodo 01-01-2011 a 31-12-2011, de 73,39 trabajadores en el periodo 01-01-2012 a 31-12-2012, de 54,39 en el periodo 01-01-2013 a 31-12-2013, y de 44,58 trabajadores en el periodo 01-01-2014 a 30-06-2014, (datos que fueron también tenidos en cuenta por esta Sala al resolver los recursos de suplicación 1293/2015 y 1866/2015 correspondientes a la misma empresa y para otras trabajadoras de ésta mercantil en las mismas circunstancias de cese que la actora) y si tenemos en cuenta lo establecido en el documento nº 5 relativo a las Unidades Productivas desde julio de 2011 hasta diciembre de 2013, que ha sido admitido en la revisión fáctica, del que resulta que la empresa demandada ha



procedencia de la medida extintiva acordada ya que, por el objeto y tipo de actividad de la empresa demandada, en sintonía con los ciclos de las campañas de frutas y hortaliza, y con el funcionamiento de las líneas de producción, la misma necesitará en determinados periodos recurrir a la contratación precisamente de personal eventual y fijo-discontinuo. Por ello, se le ofreció a la actora y otras empleadas en su misma situación pasar a ostentar esta última naturaleza, medida menos drástica que la de un despido, lo que no fue aceptado. Y si bien el hecho probado sexto se alude a que se ha mantenido la ocupación de los peones discontinuos y de los fijos readmitidos tras ser declarado nulo su despido, durante todo el año, ello pone de relieve que al reducirse la plantilla han podido ocuparse los restantes un mayor tiempo, pero no excluye que si la plantilla estuviera al completo se producirían excedentes de mano de obra durante todo el año, de ahí la fórmula ofrecida por la empresa para los trabajadores fijos, respecto de los cuales no había ocupación real durante todo el año.

**TERCERO.-** Se denuncia infracción del artículo 53-4 del Estatuto de los Trabajadores relativo a la nulidad de la extinción por causas objetivas, alegando que la sentencia de instancia declara nulo el despido de la actora por considerar que se ha vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por considerar que el despido fue una represalia por la negativa de la trabajadora a aceptar la transformación de su contrato indefinido ordinario en fijo discontinuo.

Como reitera la doctrina constitucional, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) en su vertiente de garantía de indemnidad trasladada al concreto campo de las relaciones laborales se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos. En el fundamento 3º de la Sentencia 54/1995 de 24 de febrero (y las que en ella se citan), se razona que “como recuerda la STC 14/93, la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva no solo se produce por irregularidades producidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que puede verse lesionado tal derecho también cuando de su ejercicio resulte una conducta ilegítima de reacción o de respuesta a la acción judicial por parte del empresario. Por ello, una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos, de los que el trabajador se creía asistido, debe ser calificada como discriminatoria y nula por contraria a este mismo derecho fundamental (STC 7/93 de 18 de enero), ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (art. 4.2 apartado g del E.T.), mientras que el Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo en su art. 5 c) dispone que no podrá darse por terminada la relación de trabajo por haber presentado una queja o un procedimiento contra el empleador por vulneraciones legales, aun las supuestas o que no puedan ser comprobadas finalmente”. Y en el propio fundamento se señala que “como afirma la STC 14/93, el derecho de tutela judicial no se satisface solamente mediante la actuación de jueces y tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, en virtud de la cual del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas.

En el caso de autos a la vista de lo establecido en el relato fáctico de la sentencia de instancia, no se aprecia violación del derecho fundamental de garantía de indemnidad. Por una parte nos encontramos ante la inexistencia de acciones judiciales, procedimientos o quejas interpuestas por la actora (o trabajadoras de su misma situación) en el ejercicio de sus derechos como trabajadora de la empresa demandada. Tampoco hay denuncias ante la Inspección de Trabajo u otro organismo administrativo y ni siquiera (extendiendo al máximo el ámbito de la indemnidad) quejas o reclamaciones en el seno de la misma empresa debidamente formuladas a la Dirección, pues no pueden entenderse como tales las conversaciones con los enlaces sindicales para proponer soluciones alternativas a posteriori, es decir, una vez que se les había comunicado la vía del despido objetivo si no transforman su contrato en fijo-discontinuo. Falla también, por lo tanto, la necesaria secuencia temporal acción-reacción que se produce en toda vulneración de la garantía de indemnidad. Por ello, entendemos que lo que realmente se produjo fue la concesión por la empresa de una alternativa u opción a la medida extintiva a la que se veía abocada por el descenso de la producción. La empresa ante sus dificultades y tras intentar aplicar diversas medidas en garantía de la ocupación efectiva de los trabajadores y el mantenimiento del empleo (despidos individuales de tres trabajadores en mayo de 2013 en el centro de la actora, jornadas en otros centros de trabajo, distribución irregular de la jornada) ofreció a todos los trabajadores la transformación de sus contratos fijos en fijos-discontinuos, garantizándoles su llamamiento y preferencias para prestar servicios en su centro de trabajo. Y mientras algunas de las trabajadoras aceptaron y otras no, siendo estas últimas despedidas en base al art. 52 c) del E.T., ninguna actividad consta realizada por la parte actora en defensa de sus derechos que haya podido ser la causa de la alegada represalia, que no es tal sino el ofrecimiento de una alternativa, por lo que el despido no guarda relación alguna con una reacción o represalia empresarial, cuya existencia no se aprecia. Habiendo el empresario cumplido con su obligación de probar que su decisión obedece a causas que la explican razonable y proporcionada, a causas absolutamente extrañas a la pretendida vulneración de derechos fundamentales.

## FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandada B.A. S.A., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Tres de los de Alicante, de fecha 25 de septiembre de 2.015, dictada en virtud de demanda interpuesta por Doña L.R.L., a que se contrae el presente rollo, la revocamos y con desestimación íntegra de la demanda debemos declarar y declaramos procedente el despido de la actora de fecha 29-11-2013, con derecho a la indemnización prevista en el art. 53.1 del E.T., consolidándola de haberla recibido. Manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

Se decreta la devolución del depósito efectuado para recurrir.

2121

**Sentencia núm. 1.427 de 23 de junio de 2016**

**Materia:** Prestación por desempleo. Compensación de prestación por cobro indebido de anterior prestación. Las resoluciones que dieron lugar a dicho crédito no fueron recurridas, por lo que son firmes. Aplicación doctrina jurisprudencial.

**Juzgado:** Estima la demanda, revocando la resolución de la entidad gestora únicamente con relación a la compensación de la deuda, que deberá efectuarse respetando el límite de las pensiones no contributivas, debiendo abonar las prestaciones correspondientes a la demandante, declarando las costas de oficio.

**Sala:** Estima el recurso del organismo demandado y revoca la sentencia de instancia, la cual ha aplicado indebidamente la doctrina jurisprudencial dado que la sentencia en la que se fundamenta resulta inaplicable al caso.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Mercedes Boronat Tormo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Recurre en suplicación la representación letrada del Servicio Público de Empleo Estatal (SPEE), la sentencia que ha estimado la demanda por la que se inicia este procedimiento revocando la resolución de fecha 20/04/2014, en cuanto a la compensación allí establecida de la deuda, la cual deberá efectuarse “respetando el límite de las pensiones no contributivas” debiendo abonar a la demandante las prestaciones correspondientes.

Frente a este pronunciamiento recurre el SPEE a través del Letrado que la representa, planteando dos motivos de suplicación. En el primero, amparado en el apartado b) del art. 193 de la LRJS pretende la revisión del hecho probado cuarto de la sentencia recurrida a fin de integrar en el mismo la mención al hecho de que la compensación se fue efectuando hasta el mes de enero de 2015 en que la Sra P. cobró el total de la prestación de desempleo. Con cita de los documentos obrantes a los folios 26 a 28 de las actuaciones. Pero tal revisión no procede pues la única virtualidad de dicho motivo sería la posterior declaración de la pérdida sobrevenida del objeto del pleito, motivo que ésta sala considera improsperable, por lo que la citada revisión resulta intrascendente, por las razones que posteriormente se darán en la resolución de los motivos de derecho.

**SEGUNDO.-** Con apoyo en el apartado c) del precepto procesal ya citado, se señalan como infringidos los arts. 22 de la LE Civil, la doctrina del Tribunal Supremo declarada en las sentencias de fechas 23 de junio y 15 de septiembre del 2010, así como el artículo 34 del RD 625/1985 de 2 de abril y el art 97 de la LRJS en relación con el art. 248.3 LOPJ, alegando asimismo la imposibilidad de ejecutar la sentencia de la instancia.

La cuestión debatida es esencialmente jurídica. Por ello no es posible determinar a priori que se ha perdido de forma sobrevenida el objeto del pleito, pues

si se procediera a la confirmación de la sentencia recurrida, la consecuencia ejecutiva de la misma sería la obligación del ente público de devolver en su integridad la citada prestación o hacerlo, en su caso, mediante el límite del mínimo establecido en la misma. En este sentido la posible confusión del SPEE procede de la indeterminación en el fallo de su condena a la devolución de la prestación, lo que podría suponer ciertas dificultades en su ejecución. Sin embargo, a diferencia de la sentencia de instancia, ésta Sala va a proceder a la estimación del presente recurso, por lo que, siendo necesario entrar a resolver la cuestión jurídica planteada, debemos rechazar la cuestión relativa a la supuesta satisfacción extraprocésal y pérdida de objeto, planteada al amparo del art 22 de la LEC.

Entrando a conocer del resto de los motivos planteados por el SPEE en relación con la conclusión adoptada en la instancia, resulta necesario distinguir entre a) aquellos supuestos en los que el derecho de un acreedor resulta limitado por el mínimo vital del deudor, que en materia de prestaciones de la Seguridad Social tiene su límite, no en el SMI (aplicable en materia de salarios), sino en el de las pensiones no contributivas (STS 11.5.2006, rec 1236/05), y b) la figura de la compensación autorizada por el art 34 del RD 625/1985 que permite compensar las cantidades percibidas indebidamente por el trabajador, con las prestaciones posteriormente reconocidas. Esta situación, que encuentra amparo legal en el art. 40 de la LGSS, carece de especificación sobre límite cuantitativo alguno, y ello se justifica porque la compensación constituye una institución jurídica distinta del embargo y de la ejecución forzosa, y tiene su sentido y finalidad en la devolución a la Seguridad Social de los fondos indebidamente extraídos de la misma, con el fin de garantizar la sostenibilidad del sistema público de ayudas, pues en el caso de las prestaciones por desempleo, que afectan a periodos determinados, siendo una situación de la que se entra y sale de forma temporal, se haría inviable la posibilidad de dicho reintegro de aplicar límites cuantitativos. Y tal posición es la acogida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de Octubre de 1998, rec. 3141/1996, que de forma clara y concreta establece la inexistencia de límite alguno para los supuestos de aplicación del art 34 del RD 625/1985. Dicho sistema resulta suavizado por la posibilidad de fraccionamiento de dicha devolución, en el que se valora la situación personal, familiar y económica del trabajador en paro.

Por tanto estimamos que la sentencia de instancia ha aplicado indebidamente la doctrina jurisprudencial, dado que la sentencia en la que se fundamenta resulta inaplicable al caso, por lo que procede la estimación del recurso de suplicación

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre del SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. tres de los de ELCHE, de fecha 9 de Febrero del 2015, en virtud de demanda presentada a instancia de Doña B.E.P.M. y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos al SERVICIO PUBLICO DE EMPLEO ESTATAL de la reclamación deducida frente a ella.

**Sentencia núm. 1.437, de 28 de junio de 2016**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS, operario de mantenimiento que sufre accidente de trabajo al realizar un sobreesfuerzo. El actor solicita declaración de incapacidad permanente por accidente de trabajo la cual le es denegada. Intervención quirúrgica para mejoría. Cuadro clínico del paciente. La actividad del trabajador requiere la realización de sobreesfuerzos. El actor causa baja al haberse amortizado su puesto de trabajo por causas productivas y organizativas. Posteriormente ha trabajado para otras empresas.

**Juzgado:** Desestima la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por la codemandada y desestima íntegramente la demanda, absolviendo a los demandados de todas las pretensiones deducidas en su contra.

**Sala:** Estima el recurso declarando al actor afecto de incapacidad permanente para el ejercicio de profesión habitual con derecho a percibir un pensión vitalicia con el porcentaje del 55 por 100 de la base reguladora anual establecida más las mejoras y revalorizaciones que procedan. Responde subsidiariamente el organismo demandado.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Teresa Pilar Blanco Pertegaz.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del demandante se articula en siete motivos, los cinco primeros tienen por objeto la revisión de los hechos declarados probados de la resolución recurrida y los dos últimos el examen del derecho aplicado en dicha resolución, habiendo sido impugnado el recurso por la Mutua U. X. y por B..L., S.L. como se expuso en los antecedentes de hecho.

Antes de entrar a examinar los indicados motivos cabe señalar que en el recurso también se expone un motivo denominado “PREVIO” en el que se refiere la impugnación realizada por el actor de todos los informes médicos aportados por las partes que contradigan los informes de los especialistas del SERVASA que atienden al demandante y unos “ANTECEDENTES” en los que se refieren los diversos informes médicos emitidos respecto a las lesiones sufridas por el actor a raíz del accidente de trabajo, sin que proceda hacer ningún pronunciamiento sobre dichos particulares al no ajustarse a lo establecido en el art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS).

**SEGUNDO.-** Con carácter previo al examen de las revisiones fácticas solicitadas por la defensa del recurrente conviene tener presente la doctrina establecida por nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de junio de 2006, recurso nº 189/2004, que es perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril) y según la cual “para que la denuncia del error pueda

ser apreciada en este recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas y sin recurrir a la alegación de prueba negativa, consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Y d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia ( SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91-; 31/03/93 -rec. 2178/91-; 26/09/95 -rec. 372/95-; 04/10/95 -rec. 45/95-; 04/11/95 -rec. 680/95-; 21/12/98 -rec. 1133/98-; 24/05/00 -rec. 3223/99-; 03/05/01 -rec. 2080/00-; 19/02/02 -rec. 881/01-; 12/03/02 -rec. 379/01-; 07/03/03 -rec. 96/02-; 15/07/03 -rec. 7/03-; 27/01/04 -rec. 65/02-; 06/07/04 -rec. 169/03-; 12/07/04 -rec. 166/03-; 17/09/04 -rec. 108/2003-; 29/12/04 -rec. 54/04-; 18/04/05 -rec. 3/04-; 18/05/05 -rec. 140/02-; 15/06/05 -rec. 191/04-; 27/07/05 -rec. 13/04-; 22/09/05 -rec. 193/04-; 10/10/05 -rec. 180/04 -).”

La aplicación de la doctrina expuesta determinará la suerte a seguir por las modificaciones fácticas instadas por la defensa del recurrente al amparo de lo establecido en el apartado b del art. 193 de la LJS.

La primera de dichas modificaciones afecta al hecho probado tercero para el que solicita adicionar la referencia al dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 29 de abril de 2013 en el que se proponía calificar al trabajador como incapacitado permanente total, siendo la redacción postulada la siguiente: "Iniciado expediente de incapacidad permanente por accidente de trabajo a instancia del demandante, en fecha 22 de marzo de 2013 se emitió informe de valoración médica y, en fecha 29 de abril de 2013 el Equipo de Valoración de Incapacidades emite dictamen propuesta proponiendo se califique al trabajador como incapacitado permanente TOTAL, para posteriormente sin realizar ninguna otra exploración del trabajador el mismo Equipo de Valoración Médica con su Dictamen Propuesta de fecha 17 de mayo de 2013, proponga la "no calificación del trabajador referido como incapacitado permanente ...”

La adición solicitada se apoya en el referido dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades y ha de prosperar en cuanto a la constatación del contenido del indicado dictamen propuesta por desprenderse del indicado documento y ser relevante para la argumentación deducida por la defensa del recurrente sobre la capacidad laboral del trabajador accionante, sin que proceda adicionar la referencia a la no realización de ninguna otra exploración del trabajador por tratarse de un hecho negativo que como tal no tiene cabida en el relato fáctico de la resolución recurrida.

La siguiente modificación atañe al hecho probado cuarto para el que se propone el siguiente contenido: "Realizada electromiografía en fecha 9/01/13 se concluye que "el estudio de EMG de los miotonos L4-L5-S1 examinados en ambos MMII no muestran alteraciones significativas. Las condiciones sensitivas y motoras de los nervios explorados en MMII están dentro de los límites normales", atendida la

persistencia de la Lumbalgia con posterioridad al alta médica formalizada por la mutua el 15 de enero de 2013, el trabajador siguió recibiendo asistencia médica de distintos especialistas del SERVASA sin conseguir que remitiera la Lumbalgia, por lo que el trabajador fue derivado a la Unidad del dolor del SERVASA Consorcio Hospitalaria Provincial de X., donde le atienden y asisten persistiendo en la actualidad el cuadro médico de Lumbalgia Crónica, Síndrome Facetario Lumbar, y Síndrome de Cirugía Fallida de espalda, secuelas en base a las cuales el Informe de Valoración Médica del equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 22 de marzo de 2013, concluye que le producen "dolor y limitación de la movilidad global activa de la columna lumbar, situación clínica evolutiva actual que desaconseja la sobrecarga biomecánica de la misma, como bipoedestación mantenida, posturas forzadas y en especial manipulación manual de cargas en posturas forzadas", informe en base al cual se emitió el Dictamen Propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de fecha 29 de abril de 2013, proponiendo la calificación del trabajador como incapacitado permanente en grado de total".

La nueva redacción se sustenta en los informes médicos obrantes como documentos 11, 6, 7, 8, 9 y 10 y no puede prosperar por cuanto que no aporta nada novedoso respecto al relato narrativo en el que ya se recoge que el demandante se encuentra en tratamiento en la unidad del dolor del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón desde el año 2014 (hecho probado octavo) así como las limitaciones orgánicas y funcionales que aquejan al actor (hecho probado tercero), habiéndose incluido ya la referencia al dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de 29 de abril de 2013 en la anterior modificación que ha sido acogida parcialmente.

La tercera modificación solicitada concierne al hecho probado quinto para el que se insta el siguiente contenido: "A la exploración realizada por el médico evaluador, el demandante presentaba marcha autónoma, sin apoyos, con aumento ostensible de la base de sustentación. Se sienta y se levante de la silla con dificultad. Se tumba y se levante de la camilla con notable dificultad y lentitud. Balance articular de la columna lumbar: flexo extensión: 30º/70º/30º; flexiones laterales: 20º/0º/20º; rotaciones: 30º/0º/30º; Balance muscular: perimetría de cuádriceps: 2 cm inferior el derecho; perimetría de piernas: 1 cm inferior la derecha; se aprecia buena fuerza de contrarresistencia en ambas extremidades inferiores. Balance neurológico: maniobras de lassague y bragard negativas en extremidades inferiores, marcha de puntillas y talones posible, reflejos patelar y aquileo presentes, simétricos, de amplitud normal, teniendo como deficiencias más significativas: discopatía degenerativa y hernia discal L5-S1, discectomía L5-S1 y colocación de prótesis discal, a consecuencia de las cuales el actor padece las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: dolor y limitación de la movilidad global activa de la columna lumbar, situación clínica evolutiva actual que desaconseja la sobrecarga biomecánica de la misma, como bipedestación mantenida, posturas forzadas y en especial manipulación manual de cargas en posturas forzadas".

La nueva redacción se extrae del informe de Valoración Médica del EVI de 22 de marzo de 2013 y ha de ser desestimada por cuanto que las deficiencias más significativas que presenta el actor ya se constatan en el hecho probado tercero en el

que asimismo se recogen las limitaciones orgánicas y funcionales que se pretenden introducir y todo ello con idéntico contenido al que se pretende adicionar por el actor en la modificación solicitada que al no aportar ninguna novedad es intrascendente para modificar el sentido del fallo.

La cuarta modificación se refiere al hecho probado sexto para el que se solicita este contenido: "El puesto de trabajo del demandante implica el Montaje de piezas que no forman parte de la configuración básica del vehículo (PPO). Esta tarea, consiste en la instalación de navegador, alarma, llantas, faros, DVDs, etc, trabajo que requieren la adopción de posturas forzadas y la realización de esfuerzos, para cuya ejecución el trabajador va equipado con faja dorso-lumbar de protección de la columna, para evitar accidentes por los esfuerzos que debe realizar y posturas que debe adoptar, tal y como consta en el Informe de Evaluación de Riesgos Laborales aportado por la empresa como su Documento 9, y resulta de las declaraciones de la testigo D<sup>a</sup> M.A.G.L."

La nueva redacción se sustenta en el documento 9 aportado por la empresa demandada que refleja el informe de Evaluación de Riesgos Laborales y de las testificales que se refieren en el nuevo tenor y tampoco puede ser acogida por cuanto que la prueba testifical es inhábil a efectos revisorios en este extraordinario recurso como se desprende del apartado del artículo en el que el motivo se ampara, recogiendo ya por la Magistrada de instancia que el montaje de piezas que realiza el actor requiere la adopción de posturas forzadas a veces afectantes a la columna y en ocasiones la realización de esfuerzos, sin que se constate el error de la Magistrada de instancia al hacer constar como funciones desempeñadas por el actor las atinentes a la Campa y al Chequeo visual y preparación del vehículo que también se reflejan en el hecho controvertido.

La quinta y última modificación afecta al hecho probado séptimo para el que se propone la siguiente redacción: "El demandante causó baja en la empresa B.A.L. SL en fecha 30/11/12, al haberse acordado la amortización de su puesto de trabajo por causas productivas y organizativas, Con posterioridad ha trabajado para G.L.M. S.A, E.T.T., y R. E.T.T. S.A. Esta última emitió certificado en fecha 9/6/15 haciendo constar que el demandante ha venido trabajando de forma intermitente desde el 5/09/14 hasta el mes de junio de 2015 como personal puesto a disposición de B.M., empresa portuaria cuyo objeto social es la carga y descarga de vehículos de los buques, consistiendo sus funciones en: a) preparación de vehículos y suministros para los estibadores; b) señalización visual de las zonas de paso y descarga de coches y mercancías; c) verificación visual dentro del buque o barco y fuera en la campa de cualquier anomalía o daño en la carga; d) escaneo utilizando PDA de los vehículos; e) recogida de albaranes y contabilización de la carga de camiones, trabajos de inspección y control para cuya realización no se exige prácticamente esfuerzo físico."

La nueva redacción que se limita a introducir el objeto social de la empresa B.M. ha de rechazarse por ser intrascendente para modificar el sentido del fallo, habida cuenta que lo relevante es el trabajo desempeñado por el actor en dicha empresa y que se recoge en el hecho controvertido.

**TERCERO.-** En los dos últimos motivos que se introducen por el cauce del apartado c del art. 193 de la LJS se contiene la censura jurídica de la resolución recurrida y ambos se examinarán conjuntamente dada su íntima conexión, por cuanto que ambos se centran en denunciar la infracción del art. 137. 4 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción anterior a la introducida por la Ley 24/1997, vigente por mor de la Disposición Transitoria Quinta Bis del indicado texto legal, y en ambos se defiende el reconocimiento de la incapacidad permanente total para la profesión habitual del demandante, derivada de accidente de trabajo.

La infracción jurídica denunciada se habría producido, según la defensa del demandante, al no haber tenido en cuenta la sentencia de instancia que las funciones desempeñadas por el actor exigían importantes requerimientos físicos de columna que están desaconsejados debido a las lesiones que padece el demandante a raíz del accidente de trabajo sufrido, citando diversas sentencias de la Sala de lo Social de distintos Tribunales Superiores de Justicia de las que transcribe algunos fragmentos en apoyo de su pretensión.

La cuestión controvertida se ciñe a determinar si la situación clínica del demandante le hace acreedor de la prestación de incapacidad permanente total para la profesión habitual cuyo reconocimiento postula y para ello conviene recordar que conforme al artículo 136 de la Ley General de la Seguridad Social “es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral,” a su vez el artículo 137.2 LGSS indica que “la calificación de la incapacidad permanente en sus distintos grados se determinará en función del porcentaje de reducción de la capacidad de trabajo que reglamentariamente se establezca”.

“A efectos de la determinación del grado de la incapacidad, se tendrá en cuenta la incidencia de la reducción de la capacidad de trabajo en el desarrollo de la profesión que ejercía el interesado o del grupo profesional, en que aquélla estaba encuadrada, antes de producirse el hecho causante de la incapacidad permanente”.

Como se señala en la sentencia del Tribunal Supremo de 10/10/2011 – rec.4611/2010- el ámbito de la profesión que hay que tener en cuenta para establecer la valoración de la incapacidad guarda relación con la actividad normal que se venía realizando. Esto es, a la hora de determinar la merma que pudiera aquejar al interesado, ha de hacerse en atención al conjunto de actividades que integran aquella profesión habitual partiendo de que el sistema de calificación de la incapacidad tiene carácter profesional, lo que implica una estimación aproximada de la repercusión de las lesiones en la capacidad de ganancia en el marco de la profesión habitual. Ésta no se define en función del concreto puesto de trabajo que se desempeñaba, sino en atención al ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza o puede realizarse dentro de la movilidad funcional por lo que a efectos de la calificación de la incapacidad permanente han de tenerse en cuenta todas las funciones que integran objetivamente la “profesión”.

En el presente caso para determinar si las limitaciones orgánicas y funcionales derivadas de las lesiones del demandante le inhabilitan para desempeñar todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual de operario de mantenimiento empleado en planta de logística habrá que estar al relato fáctico de la sentencia de instancia con la modificación que ha sido acogida y del que interesa destacar que el demandante que nació en el año 1980 sufrió un accidente de trabajo al realizar un sobreesfuerzo y sobrecargarse la zona lumbar. Como consecuencia de dicho accidente estuvo en incapacidad temporal desde el 6-8-12 al 15-1-13 y presenta como cuadro clínico residual: “discopatía degenerativa y hernia discal L5-S1. Discectomía L5-S1 y colocación de prótesis discal”, y como limitaciones orgánicas y funcionales “dolor y limitación de la movilidad global activa de columna lumbar, situación clínica actual que desaconseja la sobrecarga biomecánica de la misma, como bipedestación mantenida, posturas forzadas y en especial, manipulación manual de cargas con posturas forzadas”. Realizada electromiografía convencional y electroneurografía sensitiva y motora en diciembre de 2014 se concluyen “datos sugerentes de radiculopatía L3-L4-L5-S1 derecha, no activa, crónico secuelar, de grado leve a moderado de predominio L4-S1”. Realizada RM de columna lumbar en fecha 20/02/15 se concluye “artrodesis L5-S1, dudosa protusión difusa L5-S1, pequeña hernia central L4-L5, hipertrofia de facetas L4-L5-S1”. En tratamiento en la Unidad del Dolor del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón desde el año 2014, ha sido sometido a bloqueo epidural lumbar con anestésico local y corticoide en septiembre de 2014, y bloqueo facetario L2-L3, L3-L4, L4-L5 y L5-S1 derechos en marzo de 2015, manteniendo el diagnóstico de “lumbalgia crónica, síndrome facetario lumbar derecho y síndrome de cirugía fallida de espalda”.

El puesto de trabajo del demandante implica el ejercicio de tres funciones diferentes: Montaje de piezas que no forman parte de la configuración básica del vehículo (PPO). Esta tarea, consistente en la instalación de navegador, alarma, llantas, faros, DVDs, etc, requiere la adopción de posturas forzadas a veces afectantes a la columna y, en alguna ocasión, la realización de esfuerzos. Campa: ir a buscar un vehículo determinado a la zona de estacionamiento y llevarlo al taller o donde corresponda. Esta tarea supone un requerimiento físico mínimo, al conducir, levantar el capó y conectar los bornes de la batería.

Chequeo visual y preparación del vehículo para su expedición. Esta tarea, que incluye el recorrido del vehículo por fuera para inspeccionarlo, la comprobación del funcionamiento de luces y limpiaparabrisas, la selección e inclusión de los manuales que corresponden a cada vehículo y guardar las alfombrillas en el maletero, no supone requerimiento significativo para la columna.

El demandante causó baja en la empresa B.A.L. S.L. en fecha 30/11/12, al haberse acordado la amortización de su puesto de trabajo por causas productivas y organizativas. Con posterioridad ha trabajado para G.L.M.S.A. E.T.T. y R.E. E.T.T. S.A. Esta última emitió certificado en fecha 9/06/15 haciendo constar que el demandante ha venido trabajando de forma intermitente desde el 5/09/14 hasta el mes de junio de 2015, como personal puesto a disposición de B.M., consistiendo sus funciones en: a) preparación de vehículos y suministros para los estibadores; b) señalización visual de

las zonas de paso y descarga de coches y mercancías; c) verificación visual dentro del buque o barco y fuera en la campa de cualquier anomalía o daño en la carga; d) escaneo utilizando PDA de los vehículos; e) recogida de albaranes y contabilización de la carga en los camiones.

Los datos expuestos revelan que el trabajo desempeñado por el demandante cuando sufrió el accidente de trabajo, aunque no exige esfuerzos físicos importantes, requiere bipedestación prácticamente continua a lo largo de la jornada laboral, así como la adopción de posturas forzadas a veces afectantes a la columna y en alguna ocasión la realización de esfuerzos a nivel de raquis, requerimientos todos ellos que están desaconsejados por la patología que sufre el actor a nivel de la columna y aun cuando es cierto que la empresa demandada manifestó en el acto del juicio que existía la opción de no asignar al actor las funciones denominadas PPO, dicha circunstancia no puede ser tenida en cuenta ya que lo relevante no es el concreto puesto de trabajo del actor sino el ámbito de funciones a las que se refiere el tipo de trabajo que se realiza por el demandante o que puede realizar dentro de la movilidad funcional. No obsta a lo expuesto que con posterioridad al accidente de trabajo el demandante haya realizado trabajos de similar grupo profesional al que ostentaba en la empresa demandada, aunque sin las funciones PPO, por cuanto que mientras desempeñaba dicho trabajo, el actor ha estado en tratamiento en la unidad del dolor del Consorcio Hospitalario Provincial de Castellón, habiéndosele sometido a bloqueo epidural con anestésico local y corticoide y a bloqueo facetario L2-L3, L3-L4, L4-L5 y L5-S1 derechos, manteniendo el diagnóstico de “lumbalgia crónica, síndrome facetario lumbar derecho y síndrome de cirugía fallida de espalda”, lo que evidencia la imposibilidad del actor para asumir trabajos que no sean sedentarios, por lo que se ha de concluir, en contra de lo manifestado por la sentencia de instancia, que la situación del actor es incardinable en el apartado 4 del art. 137 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción anterior a la Ley 24/1997, de 15 julio, vigente según la Disposición Transitoria Quinta bis del meritado texto legal, tal y como por lo demás se recoge en el primer dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades emitido en fecha 29-4- 2013, ya que a nadie le es exigible el desempeño de un trabajo a expensas de su integridad física o cuando su realización genere una situación de sufrimiento que es lo que sucede en el presente caso.

Las consideraciones jurídicas expuestas determinan la estimación del recurso y la revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar la demanda y reconocer al demandante en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo, con derecho a percibir un pensión vitalicia con el porcentaje del 55 por 100 de la base reguladora no controvertida de 16.153,69€, más las mejoras y revalorizaciones y con la fecha de efectos de 17 de mayo de 2013, condenando a las partes a estar y pasar por esta resolución y a la Mutua U.X. al abono de la indicada prestación, con la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social en su condición de sucesor del Fondo Nacional de Garantía de Accidentes y de la Tesorería General de la Seguridad Social en su condición de reaseguradora.

## FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. J.C.T.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Seis de los de Valencia y su provincia, de fecha 8 de julio de 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la Mutua U. X. y la empresa B.A.L., S.L. y, estimando la demanda declaramos al demandante en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual derivada de accidente de trabajo con derecho a percibir un pensión vitalicia con el porcentaje del 55 por 100 de la base reguladora anual no controvertida de 16.153,69 € más las mejoras y revalorizaciones y con la fecha de efectos de 17 de mayo de 2013, condenando a las partes a estar y pasar por esta resolución y a la Mutua U.X. al abono de la indicada prestación, con la responsabilidad subsidiaria del Instituto Nacional de la Seguridad Social en su condición de sucesor del Fondo Nacional de Garantía de Accidentes y de la Tesorería General de la Seguridad en su condición de reaseguradora.

**Sentencia núm. 1.503, de 30 de junio de 2016**

**Materia:** Despido. Trabajadora con contrato de trabajo de carácter indefinido, que presta sus servicios en centro privado residencial de la tercera edad. Incoación expediente disciplinario. La actora ha utilizado tiempo y materiales de la empresa para uso personal y contrario a los intereses de ésta. Se imputa a la trabajadora malos tratos con relación a sus compañeros. La actora alega falsedad de hechos y prescripción de las faltas que se le imputan. Además, manifiesta acoso laboral por parte de sus superiores.

**Juzgado:** Desestima la demanda y declara la procedencia de la extinción de la relación laboral de la actora.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Declara improcedente la extinción de la relación laboral por prescripción de falta imputada y tipificada en convenio colectivo, así como ausencia de concreción en la carta de despido del resto de las de las imputaciones y faltas fundamentadoras del mismo. No se ha producido vulneración del derecho a la indemnidad, alegado por la recurrente.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Gema Palomar Chalver.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se recurre por la parte actora la sentencia de instancia que, desestimando la demanda, calificó como despido procedente el cese de la demandante, absolviendo a la empresa demandada. El recurso, sobre el que ha recaído impugnación, se interpone al amparo de los apartados a), b) y c) del art. 193 de la LRJS.

En relación con el primero de los citados apartados la parte recurrente plantea la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE) en su vertiente del derecho a la indemnidad, por cuanto que el tercer motivo alegado por la empresa para justificar el despedir a la trabajadora, consiste en considerar como infracción laboral las manifestaciones y alegaciones efectuadas en su pliego de descargos de 16 de mayo de 2012; la empresa le comunicó un nuevo pliego de cargos de 25-5-2012 en el que imputaba una nueva falta a la trabajadora consistente en realizar alegaciones para defenderse. Todo ello para la recurrente es una represalia y un claro ejemplo de violación del derecho a la garantía de indemnidad que convierte en nula de pleno derecho tal imputación y la propia sentencia, que no da amparo al trabajador.

Pues bien, la Sala entiende que no se ha producido la vulneración a la garantía de indemnidad de la que goza la trabajadora. Como hemos reiteradamente dicho, la garantía de indemnidad supone que en virtud del ejercicio de la acción judicial no pueden derivarse para el trabajador consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas. Así, en el ámbito de la relación de trabajo, la citada garantía se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del

ejercicio por parte del trabajador de su derecho a pedir la tutela de los jueces y tribunales en orden a la satisfacción de sus derechos e intereses legítimos. Y no se requiere jurisprudencialmente que las acciones hayan llegado a resolverse en contra de la empresa, bastando como indicios suficientes de la vulneración del derecho a la indemnidad- que claro está puede desvirtuar aquélla- la presentación de la demanda ante los Tribunales, e incluso la presentación de la papeleta de conciliación ante el SMAC, o de denuncias ante la Inspección de Trabajo.

En el caso de autos no ha existido una previa presentación de denuncia ante un órgano administrativo o judicial, sino que está abierto un expediente en el que a la actora se le imputan unos cargos; pero hasta ese momento la trabajadora no ha ejercitado acción judicial ninguna, ni acto preparatorio de la misma, ni tampoco denuncia a la Inspección de Trabajo u otro organismo, sino unas actuaciones de protesta, oposición o queja a un expediente disciplinario, tramitado en el seno de la empresa, por lo que entendemos que no podemos situarnos en el plano de la garantía de indemnidad que tan ampliamente interpreta la recurrente, sino en el de la libertad de expresión, que obviamente tiene límites, en conexión con el derecho a la defensa en un expediente disciplinario. Si del ejercicio de tal libertad por la trabajadora, la empresa considera que se han vulnerado derechos de la misma o de sus directivos, puede ejercer acciones legales al respecto, incluso acudir a la vía penal; pero lo que carece de sentido es que tales alegaciones efectuadas en el ejercicio de lo que la trabajadora entiende un modo de oposición y defensa, y que son una manifestación de su libertad de expresión, pasen a constituir una nueva causa de un nuevo pliego de cargos en el mismo expediente, que se amplía, dando lugar, a la postre, a una nueva causa de despido.

Por ello, concluimos que no se aprecia la vulneración del derecho a la indemnidad denunciada por la demandante, no obstante lo cual, las alegaciones efectuadas por la trabajadora en su pliego de descargos en el ejercicio de su derecho a la defensa, no pueden constituir una causa del mismo despido respecto del cual se ha abierto el expediente. Ello determina que no tengamos en cuenta las mismas, pero sin que esta conclusión pueda determinar la nulidad de la sentencia de instancia, remedio extraordinario y actuación excepcional establecida para supuestos igualmente especiales de sentencias o actos judiciales y fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o carezcan de los requisitos mínimos necesarios para causar su fin, lo que no ha sucedido en el caso de autos.

**SEGUNDO.**-Sobre la base del apartado b) del art. 193 de la LRJS se solicita en primer lugar la ampliación del hecho probado 7º de la sentencia de instancia para que tras la referencia a: “La empresa S. Centros Residenciales, S.L. abonaba al personal directivo una retribución fija, y, además, unas pagas adicionales o bonus” se adicione: “no incluidas en las nóminas del personal directivo”; y tras la frase: “Las últimas cantidades se abonaban mediante cheque.”, se añada: “librado por los mismos directivos beneficiarios de esa paga adicional o bonus”. Tal adición se basa en los documentos obrantes a los folios que cita (cheques y recibos) y en la prueba del interrogatorio del legal representante de la demandada, tratándose de documentos ya tenidos en cuenta por el órgano judicial que ha realizado una valoración conjunta de la

prueba, sin que a dicha valoración probatoria, efectuada conforme a lo dispuesto en el art. 97.2 de la LRJS y sobre la que no se patentiza error manifiesto alguno, pueda imponerse la visión subjetiva de la parte y una redacción más de su gusto. Es más, respecto de la prueba de interrogatorio, por su carácter personal, la misma queda vedada para fundamentar una revisión en el recurso extraordinario de suplicación. Y la juzgadora, para dar por probado lo que figura en este hecho, se ha basado no solo en la prueba documental sino también en declaraciones testificales. Debemos indicar que en la jurisdicción laboral la valoración de la prueba testifical es facultad exclusiva del órgano judicial, se realiza discrecionalmente por el juzgador a quo aplicando las reglas de la sana crítica, lo que no es ningún caso equivalente a actuación arbitraria o infundada y supone una apreciación razonada, motivada y responsable de tal prueba, tal y como aquí ha acontecido, donde ningún atisbo de arbitrariedad se vislumbra, estándole vedado al recurrente entrar en ella (art.196.3 LRJS)

También se solicita la modificación del hecho 8º para darle un nuevo texto que diga: “No consta probado que Dª G.C. hiciera uso del ordenador de la empresa en horario de trabajo, para usos privados, no constando que dicha práctica estuviera expresamente prohibida por la empresa, ni que ello hubiera sido notificado de forma expresa por la empresa a los trabajadores.” Sin embargo, no puede prosperar dicha sustitución de textos al fundamentarse en la inexistencia de prueba o prueba negativa, por cuanto 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). Téngase en cuenta que, como explica el juzgador en el primer fundamento jurídico, la convicción judicial resulta de la documental aportada por la parte demandada, así como de la declaración del testigo D. A.M.S., informático de la empresa, que accedió a las páginas a las que entraba la trabajadora desde el ordenador de la empresa, así como de la declaración de la testigo Dª L.E.. Y la prueba testifical no es revisable en suplicación.

Respecto del hecho probado 8º también se solicita se intercalen determinadas frases, en el segundo párrafo, todas ellas de sesgo negativo: “..., ello sin acreditar en que consistían concretamente tales obstaculizaciones ni cuando se produjeron.” “..., sin que se haya concretado cuándo y por qué motivos se realizaron dichas amonestaciones verbales. (...). ..., sin que tampoco se haya concretado en qué consistían las actuaciones de boicot y cuando se produjeron”. No procede la adición de las mismas por la defectuosa técnica jurídica que supone la inclusión de negaciones, que no necesitan de un acceso al factum, todo ello con independencia de que, en otro apartado de recurso la recurrente alegue falta de concreción de determinados extremos y se decida sobre este tema.

Recordemos que, como reiteradamente esta Sala ha indicado (véase por todas la sentencia recaía en el recurso 700/08) “...sólo puede prosperar una pretensión revisoria cuando el error en la redacción de los hechos sea patente y manifiesto a la vista de una determinada prueba pericial o documental (art. 193 b y 196 de la LRJS), error que aquí no se evidencia; pero no puede prosperar cuando se fundamente en otras pruebas, o en documentos o pericias ya tenidos en cuenta por el juez a quo, o

cuando lo que se evidencie sea una mera discrepancia con la convicción alcanzada por el juzgador de instancia, el cual ha valorado todas las pruebas en su conjunto. No cabe olvidar que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por el art. 97.2 de la LPL al juzgador de instancia (...). Y el juzgador de instancia en base a sus facultades valorativas y de libre apreciación puede apoyarse en todas las pruebas practicadas o solo en una de ellas o en determinada parte de una o de varias, desechando las demás”.

**TERCERO.**-Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS se alega la infracción del art. 60 del ET (art. 53 del Convenio colectivo de aplicación) en cuanto a la excepción de prescripción de las infracciones laborales, indicando que la falta consistente en la supuesta utilización del ordenador para usos personales es calificada por la empresa como grave en base al articulado del Convenio (art. 52.b.6), por lo que iniciando el cómputo de prescripción desde el 18 de abril 2012, como fecha de comisión y teniendo en cuenta que el expediente disciplinario se inició el 11-5-2012, entre ambas fechas habían transcurrido 23 días, por lo que dicha falta estaba prescrita antes del inicio del expediente disciplinario.

Esta Sala, en su sentencia nº 294/2015, sobre el despido ahora enjuiciado, indicó que consta en la propia carta de despido como falta que se imputa a la trabajadora, en primer lugar, la utilización del ordenador de la empresa para usos personales, que la propia empresa tipifica como falta grave del art.52.b.6, indicándose como fecha de comisión el 18 de abril de 2012.

Expuesto lo anterior debemos insistir en que, por mucho que una empresa califique los hechos imputados como de muy graves, si está subsumiendo la conducta en el art. 52.b.6 del Convenio, que tipifica las faltas graves, y en concreto como falta grave: “El empleo de tiempo, uniforme, materiales o medios de la empresa en beneficio propio”, no podemos entender que la empresa haya querido considerar la conducta como falta muy grave. Además, en materia sancionatoria rige el principio de tipicidad y expresada por la empresa tanto la conducta como el artículo convencional que le da cobijo, y ello a la apertura del expediente disciplinario y en la carta de despido (4-6-2012), procede la estimación de la excepción de prescripción, ya que, desde el 18-4-2012, fecha de la comisión, y el 11-5-2012 han transcurrido más de 20 días (lapso en el que prescriben las faltas graves ex art. 53 del CC y 60 ET) por lo que no cabe la sanción por dichos hechos (en síntesis uso de un ordenador de la empresa para cuestiones personales). Respecto del alegado conocimiento por la empresa en el día 3 de mayo de 2012, dado que el envío del CV fue realizado desde el ordenador de la propia empresa por la trabajadora el mismo 18-4-2012, y recibido dicho día por la mercantil, no se sostiene un conocimiento de la misma más allá de dicha fecha.

**CUARTO.**-En el siguiente motivo la recurrente denuncia la infracción del art. 55 del ET en cuanto a que, respecto a la segunda de las infracciones imputadas, sobre malos tratos a los compañeros de trabajo, la descripción de los hechos adolece de una absoluta generalidad e inconcreción que infringe lo dispuesto en el art. 55 del ET.

Pues bien, en relación con tal cuestión, y como ha señalado esta Sala en

reiteradas sentencia como las de 29 de marzo y 26 de octubre de 2000 y 21 de marzo de 2002 o 9 de mayo de 2002 (recurso 364/2002), debe traerse a colación la doctrina emanada del Tribunal Supremo acerca de las formalidades que debe reunir la carta de despido para cumplir con las exigencias del artículo 55.1 del ET. Así, resulta de particular interés la STS de 28 de abril de 1.997 (recurso 1076/1996), dado que en ella se recogen los criterios jurisprudenciales existentes sobre la materia objeto de controversia. Como se señala en la citada resolución, "el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores establece que "el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos". Esta exigencia ha sido retiradamente interpretada por la Sala en el sentido que sintetiza la sentencia de 3 de octubre de 1988, a tenor de la cual "aunque no se impone una pormenorizada descripción de aquellos, sí exige que la comunicación escrita proporcione al trabajador un conocimiento claro, suficiente e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo sin dudas racionales el alcance de aquellos, pueda impugnar la decisión empresarial y preparar los medios de prueba que juzgue convenientes para su defensa y esta finalidad no se cumple, según reiterada doctrina de la Sala -sentencias de 17 de diciembre de 1.985, 11 de marzo de 1.986, 20 de octubre de 1.987, 19 de enero y 8 de febrero-, cuando la aludida comunicación sólo contiene imputaciones genéricas e indeterminadas que perturban gravemente aquella defensa y atentan al principio de igualdad de partes al constituir, en definitiva, esa ambigüedad una posición de ventaja de la que puede prevalecerse la empresa en su oposición a la demanda del trabajador". Esta doctrina se reitera por las sentencias de 22 de octubre de 1990, 13 de diciembre de 1990".

Aplicando tal doctrina al presente supuesto resulta que, ante la imputación efectuada a la trabajadora de recepción de quejas por parte de los compañeros de su trato hacia ellos y mal ambiente de trabajo, (lo que es subsumido en el art. 52.c. del Convenio colectivo), ciertamente la carta de despido es en exceso ambigua e inconcreta al respecto. No se detalla la falta de integración que alega E.P., los actos u omisiones en que se materializaba la misma, ni el momento temporal en que se produjo. No se concreta en que ha consistido la creación de "mal ambiente" ni la intención de "boicotear el trabajo" ni los "malos tratos psíquicos" a la citada Sra. P. El hecho probado 8º, tercer párrafo, da cuenta que un determinado día, el 11-05-2012 Dª E.P., trabajadora de la empresa, se dirigió a D.A.L. para quejarse de que Dª G.C.G. no la formaba en las nuevas tareas ni le permitía realizar prácticamente ningún trabajo, obstaculizando el apoyo que aquélla debía realizar al departamento. Es decir, el hecho probado recoge las alegaciones de Dª E. a D. A., pero no declara como acreditadas las mismas, que se resumen en la no formación y en la existencia de impedimentos al trabajo y obstaculizaciones, lo que en todo caso debe concretarse y detallarse, como la afirmación que obra al final del párrafo sobre actuaciones de la actora en virtud de las cuales trataba de boicotear la labor de la empresa. La generalidad y laxitud de estos términos y conductas, unidas a la imprecisión temporal, hace que sea muy difícil ejercer el derecho de defensa, incumpliendo con ello la empresa el requisito de determinación exigido por el art. 55.1 del ET. No puede hablarse de un conocimiento claro, inequívoco ni suficiente de los hechos imputados, que deben ser adecuadamente concretados para que la persona despedida pueda articular su defensa. Y en cuanto a que "G.C.G. ha sido amonestada verbalmente, en diversas

ocasiones, por parte de su superior D<sup>o</sup> A.L. por su trato a los compañeros”, tal extremo no puede fundamentar un despido disciplinario. De nuevo hay falta de concreción e indeterminación pues desconocemos la causa y circunstancias sobre las amonestaciones y las fechas, así como apreciamos una falta de gravedad para que tal circunstancia, por sí sola, de lugar a la máxima sanción en derecho laboral, el despido.

En el penúltimo motivo la recurrente alega la infracción del art. 52 del Convenio colectivo de Residencias privadas de la Tercera Edad reiterando el error de calificación en cuanto a la actuación de la trabajadora del uso del ordenador, a lo que hemos de indicar que nos remitimos a lo expuesto en fundamentos anteriores de esta sentencia, y sin que ello determine la nulidad de la sentencia de instancia ya que se trata de un tema de debate jurídico y no de infracción procedimental causante de indefensión, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 238 y ss de la LOPJ.

Por último, la recurrente denuncia la infracción del art. 53 del Convenio colectivo de Residencias Privadas de la Tercera Edad en relación con el art. 55.1 del ET sobre obligación de tramitar sanciones graves y muy graves a través del expediente contradictorio, definiendo la recurrente al que se realizó y se ha aportado a autos como “mero cambalache” sin respetar las más elementales normas que deben regirlo y vulnerando los derechos fundamentales de la trabajadora, lo que debe conllevar su nulidad de pleno derecho.

La anterior denuncia no puede prosperar ya que, de lo declarado probado y de lo obrante con valor fáctico a la fundamentación jurídica, se constata que la tramitación formal del expediente fue correcta, pudiendo las partes hacer las alegaciones que tuvieron por conveniente; por otra parte, la empresa nombró un nuevo instructor ante los acontecimientos sobrevenidos.

**QUINTO.**-Por todo lo expuesto, no detectándose vulneración del derecho a la indemnidad, pero sí prescripción de una de las imputaciones (la falta imputada y tipificada en el art. 52.b.6 del Convenio colectivo de Residencias Privadas de la Tercera Edad la hemos declarado prescrita) y ausencia de concreción en la carta de despido del resto de las imputaciones y faltas fundamentadoras del despido, concluimos con la estimación del recurso interpuesto y la revocación de la sentencia de instancia, pues el despido ha de ser declarado improcedente (art.55.4 ET), con las consecuencias legales que tal declaración lleva aparejadas (art.56 ET). En efecto, declarada la improcedencia del despido se ha de condenar a la empresa S. CENTROS RESIDENCIALES SL a que, a su opción, que deberá ejercitar en el plazo de cinco días a contar desde la notificación de esta sentencia, readmita a la demandante en su puesto de trabajo con abono de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido (6-6-2012) y hasta la notificación de la presente sentencia, o le indemnice en la cantidad que resulte de sumar el producto obtenido de multiplicar el salario diario de la demandante (65,94 euros brutos) por los días que le corresponden en virtud de su antigüedad (que constan en el hecho probado 1<sup>o</sup> de la sentencia de instancia al igual que el salario), a razón de cuarenta y cinco días de salario por año de servicio, en el período anterior al 12-2-2012 (fecha esta última de entrada en vigor del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero) y el producto obtenido de multiplicar el salario diario por los días que le

corresponden en virtud de su antigüedad, a razón de treinta y tres días de salario por año de servicio, en el período que va del 12-2-2012 y hasta su despido, el 6-6-2012.

Sin expresa imposición de costas.

### FALLO

Que estimamos el recurso interpuesto por Doña G.C.G. contra la sentencia de 31-05-2015, y con revocación de la misma, declaramos:

1.-La prescripción de la falta imputada y tipificada en el art. 52.b.6 del Convenio colectivo de Residencias Privadas de la Tercera Edad.

2.-La improcedencia del despido de la actora de fecha de efectos 6-6-2012, condenando a S. CENTROS RESIDENCIALES SL a que, a su opción, que habrá de ejercitar en el plazo de cinco días, la readmita en las mismas condiciones laborales anteriores o le indemnice en la cantidad de 24.286,36 €, debiendo abonarle asimismo, en caso de readmisión, los salarios devengados desde la fecha del despido y hasta la fecha de notificación de esta sentencia, a razón de un salario día de 65,94 €. Todo ello sin perjuicio de la eventual detracción de lo cobrado en otro empleo en ese período.

Sin costas.

**Sentencia núm. 1551, de 5 de julio de 2016**

**Materia:** Conflicto colectivo: Sistema de distribución de jornada de jefes de estación operadores de atención al viajero en empresa demandada. Adecuación jornada a la nueva situación existente. El conflicto afecta a nueve trabajadores. Infracción art.41.6 ET. Justificación de la medida. Procedencia.

**Juzgado:** Desestima la demanda declarando justificada la modificación de las condiciones de trabajo impugnada en el proceso, absolviendo a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La medida de modificación sustancial afecta a la distribución del tiempo de trabajo pero no modifica los acuerdos adoptados en la negociación colectiva, sin que infrinja lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 41 del ET. Considera ajustada la necesidad de la medida adoptada por la empresa.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María del Carmen López Carbonell.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Recurre en suplicación la representación de los trabajadores afectados por la medida impugnada y alega un único motivo del recurso formulado con amparo procesal en el apartado c del artículo 193 de la LRJS en el que se formula una doble censura jurídica. En el apartado primero se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 41.6 del ET en relación al artículo 22 del XI Convenio Colectivo por entender que siendo la materia afectada condiciones reguladas en el Convenio Colectivo no pueden ser objeto de regulación unilateral por la empleadora.

En el segundo apartado del recurso se denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 41.1 b del ET sosteniendo que en cualquier caso la medida adoptada carece de justificación y que la causa alegada es la consecuencia y no el origen del cambio por lo que se solicita que se deje sin efecto.

**SEGUNDO.**- Establece el artículo 41.1 del ET que “La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones *de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa*”. En su apartado 2º además sostiene que “*Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo podrán afectar a las condiciones reconocidas a los trabajadores en el contrato de trabajo, en acuerdos o pactos colectivos o disfrutadas por éstos en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos*”. De acuerdo con el apartado 6º del citado precepto “*La modificación de las condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III de la presente Ley deberá realizarse conforme a lo establecido en el artículo 82.3*” Por su parte el artículo 82.3 en su redacción actual vigente al

tiempo del acurdo ahora combatido dada por Ley 1/2014 de 28 de febrero establece que: “Sin perjuicio de lo anterior, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa, que afecten a las siguientes materias:...b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.

La primera cuestión planteada es la de la legalidad del acuerdo adoptado por la empresa demandada, en el marco de la normativa expuesta y que regula las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de los trabajadores. Tal como expone la sentencia de instancia y a pesar de que la empresa siguió los trámites previstos para la Modificación de carácter colectivo, el número de trabajadores afectados hubiera permitido su tramitación al margen de dicho procedimiento dato que debe informar sin duda el alcance de la misma. Por otro lado de los hechos declarados probados que son los que se recogen en la sentencia y no han sido modificados, resulta claro que en los términos que fue acordada la esta no excede del ámbito material pactado en el artículo 22 del XI Convenio Colectivo que establece una jornada anual máxima de trabajo efectivo y una jornada diaria general que el propio precepto prevé pueda aplicarse a otros colectivos de trabajadores no incluidos en principio en el citado acuerdo. Nos encontramos por lo tanto ante una medida de modificación sustancial que afecta a la distribución del tiempo de trabajo pero que no modifica los acuerdos adoptados en la negociación colectiva y por lo tanto no infringe lo dispuesto en el apartado 6 del artículo 41 del ET.

**TERCERO-** La segunda cuestión suscitada gira en torno a la justificación de la medida, que como establece el juzgador de instancia encuentra amparo legal en las razones organizativas relacionadas con la competitividad, productividad y organización técnica o del trabajo de empresa. La recurrente entiende que los razonamientos de la empleadora no pueden definirse como causa sino como consecuencia y que por lo tanto la medida adoptada carece de justificación. La censura efectuada introduce un elemento de debate que no fue planteado en la instancia tal y como pone de manifiesto la propia sentencia recurrida en el fundamento de derecho tercero, pese a lo cual el Magistrado da cuenta y argumenta su razonabilidad y procedencia.

Pretende ahora la recurrente rebatir los argumentos en los que la empresa apoya el carácter necesario de la medida. Las razones expuestas por la empresa en las cartas de comunicación de la medida, justifican suficientemente la adopción de la medida que tiene su origen en las deficiencias derivadas del antiguo sistema de ordenación del tiempo de trabajo del grupo de trabajadores afectado. Tal como argumenta el Juzgador de instancia, en el sistema de organización anterior los turnos asignados comprendían jornadas diarias de hasta 8 horas, lo que implicaba un mayor número de días de descanso y una menor disponibilidad de efectivos diarios para evitar superar los límites de jornada anual pactados en convenio. La nueva organización, que como hemos dicho se adapta a los límites establecidos en el

convenio, no solo permite ajustar las jornadas diarias a los límites ordinarios generales de la plantilla, sino que evita la necesidad de recurrir al sistema de horas extraordinarias de forma habitual, con mayor cobertura diaria y mejor prestación del servicio, estableciendo una amplia previsión de respuesta del servicio operativo ante eventuales contingencias del personal afectado, en el marco de la plantilla titular y con sujeción a los tiempos de trabajo ordinario y equiparando además los derechos relacionados con el disfrute de las vacaciones entre todos los trabajadores pertenecientes al mismo colectivo, de manera que contribuye a una mejor organización de los recursos humanos, un mejor servicio y redonda en un menor coste del servicio público.

La decisión impugnada no infringe los preceptos legales invocados y en estos términos debemos concluir ratificando la sentencia de instancia que como ya hemos adelantado no infringe precepto alguno y debe ser confirmada en su totalidad.

### **F A L L O**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por CONFEDERACION SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PAIS VALENCIANO (CCOO) contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 16 de Valencia, de fecha 24 de febrero de 2016 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

**Sentencia núm. 1.575, de 12 de julio de 2016.**

**Materia:** Extinción de contrato de trabajo. Resolución de contrato y reclamación de cantidad. Trabajador que presta sus servicios como oficial 2ª en empresa de muebles. El trabajador ha recibido salarios y pagas extras con retraso y en pagos fraccionados. La empresa ha tramitado un ERE de reducción de jornada e inició un ERE extintivo en el que no se alcanzó acuerdo. Extinción de la relación laboral por parte del trabajador. Gravedad en los incumplimientos y retrasos en el abono de los salarios. Jurisprudencia TS.

**Juzgado:** Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las peticiones de la misma. No procede la extinción de la relación laboral solicitada por el demandante.

**Sala:** Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Los incumplimientos y retrasos en el abono del salario reúnen la nota de gravedad exigida por la Jurisprudencia para declarar la extinción indemnizada de la relación laboral.

**Ponente:** Ilma. Sra. Dª. María Isabel Saiz Areses.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D. J.G.P. interpone su día demanda contra las empresas M.G.M. S.L., MP M. Y P.M.S.L. en ejercicio de acción de resolución de contrato y reclamación de cantidad, solicitando que se declare la extinción de la relación laboral del actor con la empresa con abono de las indemnizaciones legalmente previstas y los salarios adeudados a esa fecha.

La sentencia de instancia desestima la demanda, pronunciamiento frente al que se alza la parte demandante, interponiendo recurso de suplicación y solicitando, previa estimación del mismo, el dictado de un nueva sentencia por la que, revocando la recurrida se acuerde estimar la demanda y declarar la procedencia de la decisión extintiva instada por el trabajador.

**SEGUNDO.-** El recurrente solicita en primer lugar la revisión de los hechos probados, en concreto del hecho probado segundo en relación a la primera frase referida al salario del mes de diciembre del 2014, que solicita quede redactada de la siguiente forma: *“La empresa ha abonado al actor parte del salario del mes de diciembre del año 2014 en dos pagos efectuados mediante transferencia bancaria, uno de fecha 31 de diciembre del 2014 por valor de 212,75 euros y otro en metálico por la cantidad de 400 euros en fecha 16-1-16, quedando pendiente de abono la diferencia de 334,98 euros hasta alcanzar el total reflejado en nómina de 947,73 euros (Dicha cantidad pendiente es abonada en la nómina del mes de diciembre del 2015).*

Tal revisión la apoya la parte recurrente en el propio documento 1 de la parte demandada que está formado por la nómina de diciembre del 2014, un resguardo de transferencia bancaria por importe de 212,75 euros como pago a cuenta nómina

diciembre y reconocimiento del recurrente del percibo de la suma de 400 euros a cuenta del mes de diciembre del 2014, efectuado el 16-1-15. De este modo se apoya en documentos aportados por la propia parte demandada que revelan que a la fecha de la demanda no se había abonado el mes de diciembre del 2014 íntegro y desde luego en modo alguno se había abonado tal mensualidad en fecha 31-12-14 como se recoge en el hecho probado segundo de la Sentencia. Se aprecia por ello un error evidente que procede revisar mediante el redactado propuesto por la parte recurrente, pues el mismo sí tiene trascendencia para resolver la cuestión debatida y poder alterar el fallo de la Sentencia apoyando las argumentaciones de la parte actora sobre los retrasos continuados desde dicha mensualidad en el abono de su salario. Se admite así la revisión pretendida.

**TERCERO.-** Como segundo motivo y al amparo del artículo 193 c) LRJS, se alega la infracción de la doctrina recogida por el Tribunal Supremo en relación a la resolución indemnizada de la relación laboral a instancias del trabajador, señalando en esencia el escrito de recurso que sí se aprecia la gravedad en los retrasos en el abono del salario que se producen desde el mes de diciembre y hasta el mes de enero del 2016, retrasándose en los pagos en ocasiones varios meses, de manera que concurren los requisitos exigidos por la Jurisprudencia para declarar la extinción indemnizada de la relación laboral, alegando que es irrelevante al efecto la situación de crisis económica de la empresa.

Sobre la acción de resolución indemnizada de la relación laboral a instancias del trabajador, la STS 27-1-15 (RCUD 14/2014), recoge la doctrina Jurisprudencial existente al respecto sobre la forma de computarse los impagos y retrasos en el pago de los salarios. Señala así dicha Sentencia: *“Dos son los argumentos clave en que basa la sentencia recurrida su decisión. El primero es que el momento que hay que tomar como referencia para valorar la conducta de la empresa en la que el trabajador fundamenta su demanda de extinción del contrato es el del acto del juicio y no el de la demanda, invocando para ello el art. 400 de la LEC. Ello es cierto. Sin embargo, siendo cierto, no puede conducirnos a la conclusión de que, habiéndose saldado la deuda antes del acto del juicio, ello afectaría -en mayor o menor grado- al fundamento de la demanda del trabajador. Y no es así, por una razón: porque el trabajador ejercita habitualmente dos acciones que se acumulan en virtud de lo dispuesto en el art. 26.3, primer párrafo, segundo inciso, de la LRJS: la de extinción del contrato y la de reclamación de cantidad. Es claro que esta última decae si la deuda está saldada -a salvo de lo que haya podido ocurrir con los intereses por mora demandados en su caso- pero también es evidente que la acción extintiva sigue su curso sin que esa circunstancia le afecte en absoluto. Así lo hemos afirmado en nuestra ya citada STS de 25/2/2013, cuyo FD Tercero dice así:*

**1.-** *Entendemos que debe mantenerse la doctrina consolidada de la Sala y declarar que cuando el trabajador ejercita la acción de extinción del contrato de trabajo por la causa justa de incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario consistente en " La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado "(art. 50.1.b ET), la fecha límite hasta la que deben haber acontecido los hechos relativos a las demoras o impagos y/o a los abonos salariales, salvo supuestos de indefensión, puede extenderse hasta la propia fecha del juicio, tanto a efectos de constatar el alcance del denunciado incumplimiento empresarial, y, en su*

caso, como de la posible concreción de la acción de reclamación de cantidad acumulada.

2.- Esta interpretación es además la más acorde con lo preceptuado ahora en el art. 26.3 in fine LRJS (Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social), en el que se contempla que "Cuando para la acción de extinción del contrato de trabajo del artículo 50 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores se invoque la falta de pago del salario pactado, contemplada en la letra b) del apartado 1 de aquel precepto, la reclamación salarial podrá acumularse a la acción solicitando la extinción indemnizada del vínculo, pudiendo, en su caso, ampliarse la demanda para incluir las cantidades posteriormente adeudadas".

3.- A los argumentos anteriores es dable adicionar, que dada la simplicidad de la causa o motivo invocado de falta de pago o demora respecto a otros incumplimientos empresariales y de la derivada prueba de los hechos, salvo supuestos excepcionales que pudieran generar efectiva indefensión (art. 24 CE), debe entenderse que a través, en su caso, de ampliaciones a la demanda inicial por parte del trabajador demandante o de alegaciones en la contestación de la demanda por la parte empresarial no se vulnerará lo establecido en el art. 85.1.III LRJS ("A continuación, el demandante ratificará o ampliará su demanda, aunque en ningún caso podrá hacer en ella variación sustancial") ni en el art. 85.2 LRJS ("El demandado contestará afirmando o negando concretamente los hechos de la demanda, y alegando cuantas excepciones estime procedentes"); y evitando, con ello, además que posteriores incumplimientos empresariales de la propia obligación de pago puntual del salario acaecidos tras la demanda inicial deban comportar la necesaria presentación de nuevas demandas para evitar que los mismos resulten no valorados a los efectos extintivos, dado, también, las cada vez más frecuentes demoras en las fechas de señalamiento de los juicios en instancia en determinados órganos judiciales, con los efectos negativos que de ello puedan derivar, en especial sobre la seguridad jurídica; o, a la inversa, privar a la parte demandada la alegación de hechos, sin perjuicio de su valoración judicial, sobre posibles pagos efectuados tras la presentación de la demanda, con pretendida incidencia en la acción de extinción contractual como, en su caso, en la acción acumulada de reclamación de cantidad. En definitiva, como ya desde antiguo se había reflejado también en la jurisprudencia civil "... el sentido pragmático y economía procesal no es otro que el de acompasar las peticiones de las partes y el fin del proceso al tiempo y duración de su trámite, de tal modo que las variaciones sobrevenidas en su curso puedan ser tenidas en cuenta y también decididas, ya que no debe olvidarse de otro lado, que se ha de fallar en relación al tiempo y hechos de la sentencia, no de la demanda, so pena de privar de sentido a la razonable previsión del Legislador al permitir con esa norma (548 LECiv) la aportación de nuevas circunstancias, respetándose ... la sustancia de la petición originaria" ( STS/Civil 5-octubre-1983 )>>".

Partiendo precisamente de tal doctrina Jurisprudencial la Sentencia de instancia considera que debe estarse no sólo a los retrasos e impagos producidos a la fecha de la presentación de la demanda sino que debe extenderse a la fecha del acto de juicio a efectos de constatar el incumplimiento empresarial. Pese a ello considera sin embargo que los retrasos en el abono de los salarios no reúnen las notas exigidas por la Jurisprudencia para que proceda declarar la extinción indemnizada de la relación laboral, pues indica que los mismos no suelen exceder de un mes y que cuando ello

ocurre el pago se extiende unos pocos días más.

La doctrina relativa a qué impagos de salarios deben considerarse lo suficientemente graves, como para justificar la rescisión del contrato de trabajo con base en el artículo 50-1-b) del Estatuto de los Trabajadores (RCL 1995, 997) , ha sido unificada por el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 26 de julio de 2012 ( RJ 2012, 10274 ) (Rcud. 4115/2011) , 3 de diciembre de 2012 ( RJ 2013, 1402 ) (Rcud. 612/2012) y 25 de febrero de 2013 ( RJ 2013, 4497 ) (Rcud. 380/2012) . En la primera de las sentencias citadas se dice literalmente: *"la evolución de la jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo en materia de calificación de los incumplimientos empresariales de la obligación de pago puntual de la retribución ha experimentado una tendencia marcada hacia la objetivación de tales incumplimientos. Esta línea jurisprudencial ha quedado recogida en numerosas resoluciones de la que es señalado exponente la sentencia de 10 de junio de 2009 ( RJ 2009, 3261 ) (rcud 2461/2008) , que resume y puntualiza la doctrina precedente de la Sala, seguida luego literalmente en sentencia de 9 de diciembre de 2010 ( RJ 2011, 239 ) (rcud 3762/2009) ... La referida doctrina jurisprudencial se puede resumir en los siguientes puntos: 1) no es exigible para la concurrencia de la causa de resolución del artículo 50.1.b) ET ( RCL 1995, 997 ) la culpabilidad en el incumplimiento del empresario; 2) para que prospere la causa resolutoria basada en "la falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado" se exige exclusivamente el requisito de gravedad en el incumplimiento empresarial; y 3) este criterio objetivo de valoración del retraso continuado, reiterado o persistente en el pago de la retribución no es de apreciar cuando el retraso no supera los tres meses ( TS 25-9-1995 ( RJ 1995, 6892 ); rcud 756/1995 )".*

La STS 3-12-13 (RCUD 141/2013) indica además para valorar la gravedad de los incumplimientos: *.- "A efectos ejemplificativos hemos de señalar que se han considerado causa suficiente para extinguir el contrato de trabajo los retrasos y anomalías en el pago de once mensualidades consecutivas ( STS 13/07/98 -rcud 4808/97 -); los supuestos similares de irregularidades continuadas ( STS 25/01/99 -rcud 4275/97 -); la demora de un año en abonar las pagas extras durante dos anualidades consecutivas ( STS 28/09/98 ( RJ 1998, 8553 ) -rcud 930/98 -); también el retardo de 11,5 días de promedio mensual en empresa en situación concursal, aunque a la fecha del juicio nada se adeudase ( STS 22/12/08 ( RJ 2009, 1434 ) -rcud 294/08 -); las dilaciones continuadas en el pago entre 10 y 15 días desde Febrero/03 a Diciembre/07 ( STS 10/06/09 ( RJ 2009, 3261 ) -rcud 2461/08 -); el atraso consistente en que parte de la nómina de Octubre, Noviembre y Diciembre de 2007 fuesen abonadas en Febrero/08, y la extra de Navidad en Marzo/08, «encontrándose en la actualidad al corriente en el pago» ( STS 09/12/10 ( RJ 2011, 239 ) -rcud 3762/09 -); la tardanza respecto de seis mensualidades y dos gratificaciones extraordinarias, en una relación de un año de antigüedad ( STS 17/01/11 ( RJ 2011, 532 ) -rcud 4023/09 -); la demora significativa -entre 18 y 26 días- en cinco mensualidades y dos pagas extras ( STS 20/05/13 ( RJ 2013, 6082 ) -rcud 1037/12 -); y también cuando «del mes de octubre 2010 al mes de diciembre de 2011, la empresa ha venido abonando a la actora el salario con el retraso que allí se constata que da un promedio anual alrededor de 22,5 días /mes de retraso» ( STS 16/07/13 -rcud 2275/12 -). "*

En el presente caso valorando los incumplimientos y retrasos en el abono del salario llevados a cabo por la empresa y que constan en los hechos probados y en la revisión fáctica admitida, se estima que los mismos reúnen la nota de gravedad exigida por la Jurisprudencia citada para que proceda declarar la extinción indemnizada de la relación laboral. Así consta que los retrasos en el abono del salario se vienen produciendo desde el mes de diciembre del 2014 pues dicha mensualidad ya no se abona íntegra en los primeros días del mes siguiente y de hecho se termina de abonar en diciembre del 2015. A continuación el mes de enero del 2015 se termina de abonar el 25 de febrero, el de febrero se abona en dos pagos el 27 de febrero y el 23 de marzo, el de marzo no se abona hasta el 29 de abril del 2015 y el de abril del 2015 el 11 de Junio, con más de un mes de retraso. El de mayo se abona igualmente con retraso entre el 19 y el 25 de Junio. Según los hechos probados de la Sentencia parte del salario de Junio se habría abonado el 9 de Julio, de manera que el salario íntegro de Junio no consta ni siquiera que se haya abonado en su integridad pues no lo refleja la Sentencia y el de Julio se abona fraccionado en dos pagos entre el 23 de julio y el 10 y 11 de Agosto. En cuanto a los meses de Agosto y Septiembre del 2015 la Sentencia de instancia no refleja en los hechos probados cuándo se abonan tales mensualidades señalando no obstante en el fundamento de derecho primero con valor fáctico que el pago realizado en Octubre del 2015 si bien no aparece identificado debe imputarse a las nóminas de Agosto y Septiembre de ese año, de manera que se habría abonado a cuenta de tales meses sólo 800 euros reflejados en los hechos probado de la Sentencia. El salario de octubre del 2015 no se abona hasta el mes de diciembre del 2015 y el de noviembre fraccionado entre los días 1 y 16 de diciembre, sí abonándose en plazo la paga extra de navidad del 2015 y el salario del mes de diciembre del 2015. Además la paga extra de Navidad 2014 no se abona hasta el mes de Mayo del 2015 y la de verano del 2015 hasta el mes de diciembre del 2015. Se producen así retrasos en el abono del salario al trabajador durante prácticamente un año, no abonándose el salario algunos meses hasta transcurrido más de un mes desde su devengo y en el caso de las pagas extras transcurridos casi seis meses desde su devengo y todo ello supone un retraso grave, reiterado, continuado y persistente en el abono del salario al trabajador que tiene derecho a la percepción puntual de su salario con arreglo al artículo 4 E.T., constituyendo tal conducta un incumplimiento grave por parte de la empresa que justifica conforme a la Jurisprudencia expuesta la extinción de la relación laboral del actor con la empresa interesado por el recurrente en su demanda. Ello conlleva la estimación del recurso formulado y la revocación de la Sentencia de instancia, acordando en su lugar declarar la extinción de la relación laboral del actor con la empresa en la fecha de esta resolución con derecho a percibir en concepto de indemnización la suma de 19.342,17 euros partiendo de la antigüedad y del salario fijado en los hechos probados de la Sentencia y calculando la misma a razón de 45 días por año de servicio hasta el 11-2-12 y a partir de esa fecha y hasta la fecha de esta Sentencia a razón de 33 días por año de servicio. Por otro lado resulta condenada únicamente la empresa empleadora M.G-M. S.L. dado que en la Sentencia de instancia se resuelve sobre la alegación referida la existencia o no de grupo de empresas a efectos laborales entre las demandadas desestimándose tal alegación, tal pronunciamiento no se combate en el escrito de recurso y no existe tampoco dato

alguno en los hechos probados de la Sentencia para poder declarar la existencia de un grupo de empresas a efectos laborales.

Todo ello sin imposición de costas dada la condición del recurrente de beneficiario del derecho de asistencia jurídica gratuita y dada la estimación del recurso formulado.

Por ello;

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

### **FALLAMOS**

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación procesal de D. J.G.P. contra la sentencia de fecha nueve de Febrero del dos mil dieciséis dictada por el Juzgado de lo Social Número 10 de Valencia en autos número 252/2015 seguidos a instancias del recurrente contra las empresas P.M. S.L., .M.G.M.S.L, MP M. S.L., Y FOGASA sobre EXTINCIÓN DE CONTRATO, acordamos revocar la Sentencia de instancia y en su lugar tras estimar en parte la demanda declaramos la extinción de la relación laboral del actor con la empresa M.G.M. S.L. en la fecha de esta resolución, condenando a la citada empresa a abonar al demandante la suma de 19.342,17 euros en concepto de indemnización, y absolviendo a las demás codemandadas MP M. y P.M. S.L. de los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda.

Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad legal que con carácter subsidiario y dentro de los supuestos y con los límites legales incumbe al FOGASA y sin costas.

**Sentencia núm. 1586, de 13 de julio de 2016**

**Materia:** Trabajadora que presta sus servicios como expendedora en estaciones de servicio. Extinción de la relación laboral por despido disciplinario. Actuación fraudulenta. Tránsito de la buena fe contractual. Operación de canje de puntos rechazado por clientes en beneficio propio y en detrimento de la empresa.

**Juzgado:** Estima la demanda declarando improcedente la extinción de la relación laboral. La conducta de la trabajadora no es merecedora del despido disciplinario.

**Sala:** Estima el recurso declarando procedente el despido de la trabajadora. La actora ha quebrantado gravemente la buena fe contractual y la confianza legítima de la empresa.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Inmaculada Linares Bosch.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa Estaciones de Servicio X. SL, frente a la sentencia que estimando la demanda instada por D<sup>a</sup> M.I.G-C., declara la improcedencia de su despido disciplinario de fecha 10-12-2015, condenado a la recurrente a las consecuencias legalmente previstas.

1. Los dos primeros motivos del recurso se redactan al amparo del art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, interesando, en el primero, la revisión del hecho probado octavo, a fin de que quede redactado del siguiente modo “Los movimientos que se explicitan en la carta de despido se realizaron en los turnos de trabajo de la demandante, en los que ella aprovechaba reportajes realizados por clientes titulares de tarjetas de fidelización y que rechazaban los puntos para sumarlos a tarjetas de su titularidad o titularidad de personas vinculadas a ella (pareja, hermano, amistades) obteniendo con ellos, de forma gratuita, diversos productos que eran facilitados por BP (folios 285 y siguientes)”, en base al Fundamento de Derecho Cuarto.

La sentencia en el tercer párrafo de su fundamento de derecho cuarto dice “En el presente caso se imputa a la demandante y se ha acreditado que aprovechaba reportajes realizados por clientes titulares de tarjetas de fidelización y que rechazaban los puntos para sumarlos a tarjetas de su titularidad o titularidad de personas vinculadas a ella (pareja, hermano, amistades) obteniendo con ellos, de forma gratuita, diversos productos que eran facilitados por BP”. Pues bien, siendo que la sentencia, aunque impropia en su fundamentación jurídica, hace constar con valor fáctico que se ha acreditado la conducta expuesta, la revisión resulta innecesaria.

2. En el segundo motivo, interesa que en el hecho probado octavo o en un hecho nuevo, se adicione el siguiente texto, “El coste por puntos para la demandada es

de 0,0120€ y el valor de emisión de los puntos emitidos fraudulentamente ha sido de 888,09€”, en base al informe obrante a los folios 170 a 174, y facturas obrantes a los folios 203 a 209.

La revisión no se admite, pues conforme a reiterada doctrina, para que la revisión de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia pueda prosperar es preciso que la modificación pretendida resulte directamente de los documentos propuestos sin necesidad de realizar conjeturas, formular hipótesis o acudir a razonamientos suplementarios, lo que no ocurre en el presente caso, pues el recurrente se apoya en un informe de tarjetas sospechosas y diversas facturas, y de dicha documental no se desprende directamente el texto postulado.

**SEGUNDO.-** En el tercer motivo, al amparo del art. 193-c) de la LRJS, denuncia la infracción del art. 60.2 del Convenio Colectivo de la Comunidad Valenciana para Estaciones de Servicio, y el art. 54 del Estatuto de los Trabajadores. Sostiene la empresa recurrente que la conducta de la actora supone transgresión de la buena fe contractual, con cita de STS de 19-7-10 (rec. 2643/09), que no admite graduación, que la inexistencia de perjuicio para la empresa o la no acreditación de lucro personal para el trabajador carece de trascendencia, al igual que la inexistencia de voluntad del trabajador de comportarse deslealmente, que la lealtad debe ser más rigurosa en quienes desempeñan puesto de confianza, que la actora utilizaba puntos de terceros para beneficio de personas afines que no trabajan en la empresa, y que la actora no alegó desconocer que no podía hacer lo que hizo sino que dijo que era práctica propiciada por el jefe y que todos en el centro de trabajo acumulaban puntos, que respecto a que no se han dado instrucciones, no es necesario advertir a la trabajadora que no podía hacer un uso fraudulento de una tarjeta, y su conducta ha supuesto un coste económico a la empresa.

De los hechos declarados probados en la sentencia, y de los que con igual valor fáctico constan en su fundamentación jurídica, se constata que la actora, con categoría de expendedora, aprovechaba repostajes realizados en la estación de servicio por clientes titulares de tarjetas de fidelización y que rechazaban los puntos, para sumarlos a tarjetas de su titularidad o titularidad de personas vinculadas a ella (pareja, hermano, amistades) obteniendo con ellos, de forma gratuita, diversos productos que eran facilitados por BP, pues la demanda es franquiciada de X., la cual ofrece como mecanismo de fidelización de clientes la suscripción de una tarjeta, llamada “X.”, a través de la cual es posible acumular puntos correlativos al precio de los consumos que se vayan realizando en las estaciones de servicio, los cuales pueden ser canjeados por regalos y posibilitan llegar a descuentos en combustible en función de los litros repostados. Lo que evidencia que la actora, quebrantó gravemente la buena fe contractual y la confianza legítima en que se sustentan las relaciones de trabajo, pues conocía que los puntos debían asignarse a los clientes, sin que existiese autorización ni consentimiento alguno para detraer a la empresa los puntos no utilizados por los clientes y asignarlos a sus allegados, de manera que la conducta de la actora constituye un abuso de confianza consistente en el uso desviado de las facultades que como expendedora tenía conferidas, y que la empresa solo ha podido conocer tras realizar una detallada investigación, lo que lleva estimar el recurso y declara la procedencia del

despido, pues la buena fe es consustancial al contrato de trabajo, en cuanto que por su naturaleza sinalagmática genera derechos y deberes recíprocos, traduciéndose el deber de mutua fidelidad entre empresario y trabajador en una exigencia de comportamiento ético jurídicamente protegido y exigible en el ámbito contractual, pudiendo definirse la buena fe en sentido objetivo como un modelo de tipicidad de conducta exigible, o mejor aún, un principio general de derecho que impone un comportamiento arreglado a valoraciones éticas, que condiciona y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos (arts. 7.1 y 1258 del Código Civil) y que se traduce en directivas equivalentes a lealtad, honorabilidad, probidad y confianza (STS de 21 enero 1.986, 22 mayo 1.986 y 26 enero 1.987); ya que la esencia del incumplimiento no está en el daño causado, sino en el quebranto de la buena fe depositada y de la lealtad debida, al configurarse la falta por la ausencia de valores éticos y no quedar enervada por la inexistencia de perjuicios (SSTS 8 febrero 1.991 y 9 diciembre 1.986), sin que sea necesario que la conducta tenga carácter doloso, pues también se engloban en el art. 54.2 d) del ET, las acciones simplemente culposas, cuando la negligencia sea grave e inexcusable, no siendo posible establecer graduación alguna en materia de pérdida de confianza.

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

## F A L L O

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de ESTACIONES DE SERVICIO X. SL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Castellón, de fecha 21 de Marzo de 2016, en virtud de demanda presentada a instancia de D<sup>a</sup> M.I.G-C.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones, declaramos la procedencia del despido y absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

**Sentencia núm. 1.643, de 20 de julio de 2016**

**Materia:** Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RGSS. Incapacidad permanente total para ejercicio de profesión habitual por enfermedad común. Revisión grado invalidez. Mejoría en las lesiones de la trabajadora. Nulidad de la sentencia. Infracción de normas o garantías del procedimiento. Indefensión de la trabajadora. Falta de prueba pericial solicitada tanto en la propia demanda como en el acto oral del juicio.

**Juzgado:** Desestima la demanda, confirmando la resolución impugnada. Se absuelve al ente demandado de las pretensiones deducidas en su contra.

**Sala:** Estima el recurso y declara la nulidad de la sentencia. Deben reponerse las actuaciones al momento anterior al señalamiento del juicio con el fin de practicar la prueba interesada y no denegada de informe del médico forense.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. María Mercedes Boronat Tormo.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente, al considerar que se ha producido una mejoría de las lesiones de la actora que justifican le sea retirada la prestación de IPT, interpone la parte actora recurso de suplicación.

En un primer motivo redactado al amparo del apartado a) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social- LRJS-, solicita la nulidad de la sentencia y la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que, a su entender, le han producido indefensión, citando como infringidos los arts. 93 de la ya citada norma, los arts. 335 y 339 de la LEC y el art 238.3 de la LOPJ. Tal pretensión se apoya en el hecho de no haberse practicado la prueba pericial solicitada por la ahora recurrente, tanto en la propia demanda, como en el acto oral del juicio, consistente en ser examinada por el Médico Forense. Motivo que debe prosperar por las razones que seguidamente pasan a examinarse. Para que la nulidad de las actuaciones pueda ser acordada es necesario que concurren los siguientes requisitos: que se infrinjan normas o garantías del procedimiento y se cite por el recurrente la norma que estime violada; que esa infracción haya producido indefensión –STC.158/89- y que se haya formulado protesta en tiempo y forma pidiendo la subsanación de la falta, salvo que no haya sido posible realizarla. También el Tribunal Supremo en sentencias tales como las de 13 marzo 1990, 30 mayo 1991 y 22 junio 1992,...seguido por numerosas sentencias de diversos Tribunales Superiores de Justicia, han establecido las pautas que deben seguirse para analizar la nulidad de actuaciones solicitada en recurso extraordinario y que 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 solo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales; b) ha de constar previa protesta en el juicio oral; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean

posibles las simples alusiones; d) ha de justificarse la infracción denunciada; e) debe tratarse de una norma adjetiva que sea relevante, e) la infracción ha de causar a la parte verdadera indefensión, o sea, merma efectiva de sus derechos de asistencia, audiencia o defensa, sin que la integridad de las mismas sea posible a través de otros remedios procesales que no impliquen la retracción de actuaciones, f) no debe tener parte en la alegada indefensión quien solicita la nulidad.

Pues bien, en el presente caso y para la resolución de la cuestión controvertida debe de partirse del examen de las normas procesales que regulan el procedimiento laboral. Fiel a su naturaleza de juicio verbal, el artículo 81.4 de la LRJS establece la posibilidad de solicitud de pruebas en la propia demanda, y en su art.87.1 de la misma norma se dispone que se admitirán las pruebas que se formulen y puedan practicarse en el acto. De modo que, salvo excepciones expresamente previstas como la posibilidad que tiene el Magistrado de practicar para mejor proveer las pruebas que estime necesarias, todas las pruebas deben practicarse en el acto del juicio oral y con intervención de las partes, reservándose a éstas la posibilidad de solicitar la práctica anticipada de pruebas que no puedan ser realizadas en el acto del juicio, o cuya realización presente graves dificultades en dicho momento, así como de solicitar al menos con tres días de antelación a la fecha del juicio aquellas pruebas que, habiéndose de practicar en el mismo, requieran diligencias de citación o requerimiento (art. 90.2 LRJS). Y así, en el presente caso consta que la parte ahora recurrente, tal como alega en su escrito de recurso, solicitó ya en la demanda el reconocimiento por el médico forense con carácter previo a la celebración de la vista dictándose Decreto de fecha 16 de febrero del 2015 y posterior Auto en el que se admitieron las pruebas propuestas salvo la pericial del médico forense al estimarse la misma *“inútil o superflua en tanto en cuanto no se aporte historial médico integro de la parte y de la celebración de juicio se pueda determinar el contenido específico de la pericia en relación al objeto controvertido”*. Dicha petición de pericial fue de nuevo solicitada por la parte demandante en el acto oral del juicio y desestimada en la sentencia al considerar que no era necesaria una tercera opinión, distinta a la de los informes, *“a salvo de que la parte hubiera decidido aportar su propia prueba pericial”*. Sentado lo anterior, la pretensión de nulidad que se formula en este primer motivo del recurso debe prosperar. Y ello porque, como viene diciendo ésta Sala (RS 4257/07), no debe confundirse lo que constituye facultad del órgano judicial de requerir la intervención de un médico forense cuando crea necesario su informe (art. 93 LPL) y el derecho de las partes a valerse de cuantos medios de prueba se encuentran regulados en la Ley (artículo 90 del citado cuerpo legal); derecho, este último, cuyo ejercicio se garantiza, en términos de igualdad cuando alguna de las partes carezca de los recursos necesarios, y le sea reconocido tal derecho para asegurarle el acceso a la tutela judicial efectiva, en concreto, cuando estas *“acrediten insuficiencia de recursos para litigar”*. Desde ésta perspectiva, están incluidos como tales en el Orden Jurisdiccional Social, los trabajadores y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social (art. 2 d). A tales beneficiarios, el derecho incluye *“la asistencia pericial gratuita en el proceso...”* (artículo 6.6 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita). En éste sentido, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de septiembre 2005, en relación con la posibilidad del juez de practicar esa prueba, entendió que *“La simple lectura del precepto podría llevar al ánimo del intérprete la idea de que la decisión sobre la práctica de esta*

prueba es una facultad discrecional del Juez en cuanto dice que éste "podrá" requerir la intervención de un médico forense, sin necesidad de manifestar las razones de su rechazo, pero esa conclusión no es la que mejor cuadra a la finalidad de la norma y a la de otras de nuestro ordenamiento positivo. En primer lugar, la tutela judicial efectiva presupone la garantía de las personas de que pueden acudir al Juez, ser oídas, proponer y practicar pruebas, a una resolución fundada en derecho y a los recursos, y así se pone de relieve en la sentencia del Tribunal Constitucional 158/1989, de 5 de octubre, al declarar que "el derecho a la prueba es una de las garantías que a todos reconoce el artículo 24.2 de la Constitución, de suerte que la denegación de pruebas pertinentes podrá justificar el recurso de amparo si de ello se deriva indefensión o alteración del resultado del proceso (STC 116/1993). Son los Jueces y Tribunales los que han de valorar la pertinencia de las pruebas propuestas, pero en ese cometido no pueden sacrificar su realización a otros intereses que, aun estando también protegidos por el ordenamiento, sean de rango inferior al derecho constatado en el citado precepto constitucional". Por tanto, conforme a esa doctrina, la petición de prueba formulada por la parte demandante se ajustó a los mandatos legales, en principio, y debió ser admitida o rechazada por el Juzgado de lo Social, razonando la resolución a tomar, pues en todo caso, una vez propuesta formalmente la prueba, el Tribunal tiene el deber de resolver acerca de su admisión (artículo 285 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), de manera que su rechazo deberá estar fundamentado en razones que la parte puede rebatir mediante los recursos, y en esta caso el pronunciamiento de la Juzgadora, que remite a la parte a su propia pericial particular en lugar de a la práctica de la prueba de médico forense, a la que tiene derecho conforme a la citada ley de asistencia Jurídica gratuita, causa efectiva indefensión al recurrente y conlleva la estimación el motivo.

## FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Dña C.C.P., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.1 de los de Valencia, de fecha 11 de Junio del 2015, en virtud de demanda presentada a su instancia; y, en consecuencia, declaramos la nulidad de la sentencia dictada con reposición de las actuaciones al momento anterior al señalamiento del juicio para que se acuerde la práctica la prueba interesada y no denegada de informe del médico forense.

**Sentencia núm. 1.670, de 22 de julio de 2016**

**Materia:** Reíntegro prestaciones. Prestación de jubilación. El actor ha solicitado prestación de jubilación anticipada por haber cumplido 60 años de edad. Posteriormente, el actor ha llevado a cabo trabajos a tiempo parcial. Solicitud nuevo cálculo base reguladora el cual le es denegado. El actor ha percibido prestación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo durante determinado periodo. Tras cumplir la edad de 65 años solicita nueva pensión de jubilación reconociendo la entidad gestora una nueva prestación con distintos parámetros.

**Juzgado:** Estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad de la resolución dictada por la entidad gestora, debiendo proceder el trabajador demandado en la instancia a la devolución entre la cantidad que debió recibir y la ya percibida.

**Sala:** Estima en parte el recurso debiendo abonar el INSS las diferencias dejadas de percibir por las revisiones no efectuadas desde la fecha inicial de concesión de jubilación, hasta la fecha de la concesión de la incapacidad absoluta. Una vez recalculada la pensión de jubilación el trabajador optará entre la pensión de jubilación o la de incapacidad permanente absoluta y en función de la escogida, deberá devolver o el INSS abonar las diferencias resultantes.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda interpuesta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social contra D. J.M.M. declaró la nulidad de la resolución dictada por la Entidad Gestora en fecha 17 de abril de 2009, en virtud de la cual se reconocía el derecho del demandante a una nueva prestación de jubilación y, previa opción por parte del demandado, o bien por la pensión de jubilación recalculada, o bien por la pensión de incapacidad permanente absoluta, correspondientes al periodo comprendido entre el 4/04/09 y el 31/03/11, si la cantidad que la corresponde recibir fuera inferior a 28.565,36 euros, deberá proceder a la devolución de la diferencia entre la cantidad que debió recibir y los 28.565,36 euros ya percibidos, interpone recurso de suplicación la parte demandada, no siendo impugnado el recurso por el INSS y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral, aunque debió aludir al artículo 193 b) de la actual Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, e interesa la modificación de los hechos declarados probados, y postula para el hecho probado segundo la siguiente redacción: “Según el informe de Vida Laboral del trabajador (FOLIO 255 DE AUTOS), emitido por la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), entre el 17-06-2003 y el 06-07-2007, el trabajador estuvo en situación de alta un total de 330 días. Entre el 17-06-2003 y el 06-07-2007 el trabajador estuvo en situación de alta un total de 333 días en ambos casos realizó trabajos de docente a tiempo parcial (clave C.T. 501) en los siguientes periodos de tiempo:

Entre el 01-02-2005 y el 08-02-2005 (8 días total) (5 días alta en vida laboral)

Entre el 01-06-2005 y el 15-08-2005 (76 días total) (40 días alta en vida laboral)

Entre el 01-09-2005 y el 21-09-2005 (21 días total) (11 días alta en vida laboral)

Entre el 23-02-2006 y el 27-04-2006 (64 días total) (10 días alta en vida laboral)

Entre el 08-03-2006 y el 22-12-2006 (289 días total) (212 días alta en vida laboral)

Entre el 11-04-2007 y el 20-04-2007 (9 días total) (6 días alta en vida laboral)

Entre el 21-04-2007 y el 06-07-2007 (77 días total) (46 días alta en vida laboral)

544 días totales, 333 días teóricos en situación de alta”, modificación fáctica que debe prosperar salvo que del cálculo de los días que estuvo en situación de alta resultan 330 días y no 333 días.

**SEGUNDO.-** Respecto del hecho probado tercero se interesa que se adicione lo siguiente: “la citada sentencia fue recurrida en suplicación ante la Sala de lo Social del TSJCV se dictó Sentencia Nº 335/2015 de fecha 17-02-2015, revocando la Sentencia recurrida, fijando la base reguladora de la pensión de jubilación desde el 17-06-2003 en 1057,68 euros, el porcentaje por años de cotización en el 98% y el coeficiente reductor por edad en 0,7 (61 años)”, y la revisión fáctica debe prosperar por cuanto aunque no indica la parte recurrente en que folio de los autos se encuentra recogida la sentencia que cita, ni tampoco consta en los autos copia de la resolución judicial a la que se alude, esta Sala tiene conocimiento de la misma por los archivos de sentencias.

**TERCERO.-** Con relación al hecho probado quinto la sentencia se postula que se incorpore que “Entre el periodo 01-06-2008 al 03-04-2009, el trabajador percibió pensión por incapacidad permanente de 776,58 euros mensuales (14 pagas anuales) sobre una base reguladora de 1.101,13 euros, cuando debía de haber percibido en ese mismo periodo la pensión por incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, pensión que el 01-06-2008 ascendía a 1.101,13 euros mensuales (14 pagas anuales), según Sentencia Nº 793/2011 de 9-3-2011 de la Sala de lo Social del TSJCV, más las revalorizaciones correspondientes”, a lo que debe accederse por cuanto así resulta de la documentación a la que se alude.

**CUARTO.-** Con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley de Procedimiento Laboral cuando debió referirse al artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia la indebida aplicación del artículo 160 de la LGSS, al establecer el carácter único de la jubilación, a la que el interesado tiene derecho y sin embargo se postula y acepta su anulación retroactiva, que se postula indebida aunque fuese procedente la rectificación de su cuantía, pero sin su anulación. Se denuncia asimismo por inaplicación la ausencia de computo del coeficiente de bonificación de periodos de trabajo a tiempo parcial, en los que para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, al número de días teóricos de cotización se le aplica el coeficiente multiplicador de 1,5 con infracción por tanto en la sentencia de lo dispuesto en los artículos 3.2 y 8 del RD 1131/2002 de 31 de octubre, resultando de

esta norma el número de los que deben considerarse. En cuanto a que las cotizaciones posteriores a la jubilación deben tomarse en consideración tras el cese en los trabajos posteriores se denuncia por inaplicación el art. 8 del RD 1132/2002, de 31 de octubre regulador de la llamada jubilación flexible. Sostiene la parte recurrente que a la pensión inicial revisada hay que aplicar las revalorizaciones practicadas desde el 16-6-2003 hasta la fecha del hecho causante abonando al trabajador la diferencia de los emolumentos dejados de percibir desde el 16-6-2003 fecha de reconocimiento de la pensión inicial hasta el 31-12-2006 fecha de terminación del último contrato a tiempo parcial por jubilación flexible. Añadiendo que en aplicación del artículo 8 del RD 1132/2002 de 31 de octubre la pensión inicial debería de haber sido objeto de revisiones en las siguientes fechas. 1ª) 9-2-2005, 2ª) 16-8-2005, 3ª) 22-9-2005, 4ª) 28-4-2006, 5ª) 23-12-2006, 6ª) 21-4-2007 y 7ª) 7-7-2007, y la Entidad Gestora solo revisó en las cinco primeras ocasiones la pensión inicial aunque aplicando incorrectamente los parámetros de la misma, la 6ª) y la 7ª) nunca las realizó porque la administración empleadora SERVEF había omitido realizar las cotizaciones correspondientes desde el 11-4-2007 al 6-7-2007 hasta que se realizó la actuación de la Inspección de Trabajo. También alega que se debe de aplicar el coeficiente multiplicador de bonificación de 1,5 previsto en el artículo 3.2 del RD 1131/2002, de 31 de octubre que se debe aplicar en el momento de realizar una revisión de la pensión flexible. Y concluye interesando que se estime el recurso de suplicación se revoque la sentencia de instancia, desestimando la demanda del INSS y declarando: La improcedencia de la anulación retroactiva de la prestación por jubilación del interesado de efectos de 4 de abril de 2009, que en su caso debe corregirse en su cuantía mediante expediente de revisión de prestaciones iniciado por el cauce al efecto, y con derecho a alegaciones por parte del interesado, debiendo abonar el INSS las diferencias de emolumentos dejados de percibir por las revisiones no efectuadas desde la fecha inicial de concesión de jubilación, esto es, 17-06-2003 hasta el 1-06-2008, fecha de la concesión de la incapacidad absoluta, y se proceda una vez recalculada la pensión de jubilación en los términos señalados en el presente recurso, en el periodo comprendido entre el 04-04-2009 y 31-03-2011, a dar opción al trabajador para que ejercite la opción entre esta última y la prestación de incapacidad permanente absoluta, procediendo el trabajador a la devolución de las cantidades que hubiere lugar si ejercitada dicha opción, su importe fuere inferior a los 25.565,36 ya percibidas, o en su caso obligando al INSS a abonar las cantidades indebidamente no percibidas si su importe fuese superior.

De los hechos que se declaran probados tanto los asentados en la premisa histórica como los asentados en la fundamentación jurídica de la sentencia con valor factico, resulta que el demandado nacido en 16-06-1943, solicitó en fecha 9-9-03 una pensión de jubilación anticipada por haber cumplido los 60 años de edad, que le fue reconocida por resolución de fecha 16-06-2003 con arreglo a los siguientes parámetros: Base reguladora: 1.046,50 euros, porcentaje por años de cotización: 96%, coeficiente reductor por edad: 0,625%, porcentaje aplicable a la base reguladora: 60%, pensión inicial: 627,90 euros y efectos económicos: 17-06-2003. Entre el 17-06-2003 y el 6-07-07 el demandado realizó trabajos a tiempo parcial en los periodos que se indican en el hecho probado segundo con la variación fáctica admitida. Por resolución judicial de fecha 24-5-2010 el Juzgado de lo Social número 2 de Valencia declaró el derecho del demandado en este proceso Sr. M. a percibir la prestación de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común con una base reguladora de

1.101,13 euros y fecha de efectos 1-6-08, que recurrida en suplicación esta Sala declaró al citado Sr. M. en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, derivada de enfermedad común. El demandado percibió entre el 1-6-08 y el 3-4-09 pensión de incapacidad permanente total cuando debió percibirla en el grado de absoluta. Solicitada por el Sr. M. en fecha 3-4-2009, tras cumplir los 65 años de edad nueva pensión de jubilación, la Entidad Gestora dictó resolución en fecha 16 de abril de 2009, reconociendo al mismo una nueva prestación de jubilación con arreglo a los siguientes parámetros: Base reguladora: 1.003,33 euros y porcentaje por años de cotización: 100%, formulada reclamación previa contra la referida resolución, fue desestimada por resolución de fecha de salida 7 de julio de 2009, en la que se hacía constar que la resolución objeto de impugnación debía ser anulada, señalando que la base reguladora que se ha de tener en consideración es la del primer expediente que, habiendo incurrido en un error en el cálculo efectuado en su día, debe ascender a 1.057,68 euros, a los que debe aplicarse un porcentaje del 60%, ya que el interesado se jubiló a los 60 años de edad y los días trabajados con posterioridad no alcanzan el año, lo que da un importe total de 634,60 euros. Concluye que el Sr. M. a partir del 4-4-2009, tenía derecho al percibo de una incapacidad permanente total por un importe de 792,12 euros mensuales. Por ello, si ha percibido un importe indebido de 1.003,33 euros mensuales, de los que debe descontarse la pensión más alta a la que tenía derecho, que son 792,12 euros mensuales, procede reclamarle a fecha 31-07-09 la cantidad de 894,12 euros. Requerido el Sr. M. para que optase por la prestación de jubilación o la pensión por incapacidad permanente que venía percibiendo, por importe mensual de 792,12 euros, optó en fecha 13-5-09 por la pensión que le fuera más beneficiosa en cómputo anual. La Entidad Gestora dictó resolución en fecha 6-6-11 modificando la cuantía de la prestación del demandado, que fija en 513,21 euros a partir del 1-3-11, por haber sido dado de alta laboral mediante la suscripción de un contrato de trabajo a tiempo parcial del 50% de la jornada en fecha 1-3-11, declarando indebidamente percibida la cantidad de 413,87 euros correspondientes al periodo comprendido entre el 1-3-11 y el 25-3-11. Como consecuencia de la prestación de jubilación reconocida en fecha 16 de abril de 2009 el Sr. M. ha permanecido como pensionista de jubilación del régimen General de la Seguridad Social, desde el 4-4-09 hasta el 31-3-11, habiendo percibido en tal concepto las siguientes cantidades (total: 28.565,36 euros): Del 4-4-09 al 31-12-09: 10.100,19 euros, del 1-1-10 al 31-12-10: 14.720,48 euros, y del 1-1-11 al 31-3-11: 3.744,69 euros. De la referida suma ha procedido a la devolución de 413,87 euros, correspondientes al periodo comprendido entre el 1-3-11 y el 25-3-11.

Sostiene la sentencia de instancia que en función de lo establecido en el art. 160 de la LGSS que reconocida al demandado por resolución de fecha 16-3-2003, la prestación de jubilación no procedía el dictado de la resolución de fecha 17-4-09, debiendo haber procedido el ente Gestor, en su lugar a recalcular la pensión de jubilación inicialmente concedida, a la vista de las circunstancias acaecidas entre el 16-6-03 y el 3-4-09, por lo que estima que ha lugar en consecuencia a declarar la nulidad interesada. Y aunque la parte recurrente considera improcedente la anulación retroactiva de la prestación por jubilación del interesado de efectos 4 de abril de 2009, y que debe corregirse en su cuantía mediante expediente de revisión de prestaciones iniciado por el cauce al efecto, la solución adoptada por el Juzgador de instancia no resulta inadecuada y ello no impide que se lleva a cabo en consecuencia el

expediente de revisión de prestaciones, que como exigencia de justicia deberá llevarse a cabo teniendo en cuenta y valorando todas las circunstancias que concurren en el presente supuesto, partiendo de la pensión de jubilación inicialmente concedida y teniendo en cuenta que la base reguladora fue revisada en 1057,68 euros con un porcentaje del 98% y un coeficiente reductor que resulte de asignar al trabajador sesenta y un años en la fecha del hecho causante de 17-6-2003, contemplando las nuevas cotizaciones si reglamentariamente proceden, las revisiones que se hayan producido y las que debieran producirse, y aplicando las revalorizaciones procedentes, teniendo en cuenta el computo del coeficiente de bonificación de periodos trabajados a tiempo parcial, y todos los aspectos que incidan en la misma. También debe contemplarse que al demandado se le reconoció una invalidez permanente en el grado de absoluta con una base reguladora de mensual de 1.101,13 euros y fecha de efectos de 1-6-2008, también debe atenderse a la incompatibilidad que establece el art. 122.1 de la LGSS, previo a resolver sobre la devolución interesada, efectué la opción. Y en esta línea se accede a lo postulado por la parte recurrente en el sentido de establecer el derecho a alegaciones por parte del interesado, debiendo abonar el INSS las diferencias de emolumentos dejados de percibir por las revisiones no efectuadas desde la fecha inicial de concesión de jubilación, esto es, 17-06-2003 hasta el 1-06-2008, fecha de la concesión de la incapacidad absoluta, y se proceda una vez recalculada la pensión de jubilación en los términos señalados en el presente recurso, en el periodo comprendido entre el 04-04-2009 y 31-03-2011, a dar opción al trabajador para que ejercite la opción entre esta última y la prestación de incapacidad permanente absoluta, procediendo el trabajador a la devolución de las cantidades que hubiere lugar si ejercitada dicha opción, su importe fuere inferior a los 28.565,36 ya percibidas, o en su caso con obligación por el INSS de abonar las cantidades indebidamente no percibidas si su importe fuese superior.

## FALLO

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de Don J.M.M., frente a sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Valencia, de fecha 21 de enero de 2015, en virtud de demanda formulada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en el sentido de estimar en parte la demanda manteniendo la nulidad de la resolución dictada por la Entidad Gestora en fecha 17 de abril de 2009, debiendo abonar el INSS las diferencias dejadas de percibir por las revisiones no efectuadas desde la fecha inicial de concesión de jubilación, esto es, 17-06-2003 hasta el 1-06-2008, fecha de la concesión de la incapacidad absoluta. Una vez recalculada la pensión de jubilación en los términos señalados en el presente recurso, en el periodo comprendido entre el 04-04-2009 y 31-03-2011, se condena al INSS a dar opción al trabajador para que este opte entre la pensión de jubilación y la prestación de incapacidad permanente absoluta, procediendo el trabajador a la devolución de las cantidades que hubiere lugar, si ejercitada dicha opción, la cantidad resultante fuera inferior a los 28.565,36 ya percibidas, o en su caso si su importe fuera superior condenamos al INSS a abonar las diferencias resultantes.

**Sentencia núm. 1678, de 22 de julio de 2016**

**Materia:** Incidente concursal laboral. Trabajadora al servicio de empresa dedicada al comercio al por mayor de frutas y hortalizas. Concurso voluntario y abreviado. ERE. Extinción colectiva de los contratos de trabajo. Módulo salarial regulador de la indemnización. La demandante solicita que se compute como salario día a efectos de cálculo de la indemnización por extinción de la relación laboral de un trabajador fijo discontinuo el que le corresponde por día efectivamente trabajado, el cual incluye una compensación por vacaciones y días de descanso no disfrutados.

**Juzgado:** Desestima la demanda incidental de la demandante y reconoce a favor de ésta determinada indemnización. No se hace especial imposición de costas.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia, declarando acertada la solución adoptada por el magistrado de lo mercantil de tomar como módulo salarial diario el salario equivalente a un día cotizado y no el solicitado por la recurrente.

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

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia número 39/16 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de los de Castellón, de fecha 9 de febrero de 2016, que desestimó la demanda incidental interpuesta por Doña M.J.R., contra los demandados V.C. S.A., y la Administración Concursal, y declaró que la cantidad que por indemnización le corresponde a la trabajadora es de 3.780,63 euros, interpone recurso de suplicación la trabajadora, siendo impugnado el recurso por la empresa V.C. S.A., y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados y en concreto interesa una nueva redacción para el hecho probado séptimo con el siguiente contenido: “SEPTIMO.- Según la vida laboral obrante en los folios 9 y 10, la Sra. J. permaneció de alta en la empresa durante el periodo 4-11-2013 a 30-12-2013, lo que supone un total de 19 días cotizados, percibiendo un salario en noviembre de 2013, por un total de 14 días correspondientes a la suma de 9 días trabajados y 5 días coeficiente, de 561,76 euros, y en diciembre de 2013 por un total de 5 días, correspondientes a la suma de 3 días trabajados y 2 días coeficiente, de 174,14 euros”, y la modificación fáctica puede alcanzar éxito en lo coincidente con el texto que se pretende sustituir resulta innecesaria su adición, y en lo dispar debe aceptarse en base a los documentos que indica, sin perjuicio de su posterior valoración en la fundamentación jurídica.

**SEGUNDO.-** Respecto del derecho, denuncia el recurso, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que en la sentencia impugnada se ha producido infracción de lo dispuesto en los artículos 26.1, en relación con el art. 37.2, 38.1, 34.4 y 56.1 todos ellos del Estatuto de los

Trabajadores, en relación con la doctrina consolidada del Tribunal Supremo en relación a los conceptos que comprende el salario regulador de la indemnización. Y postula la parte recurrente que el salario día que debe computarse a efectos del cálculo de la indemnización por extinción de la relación laboral de un trabajador fijo discontinuo, es el que le corresponde por día efectivamente trabajado, que incluye una compensación por vacaciones y días de descanso no disfrutados, por lo que estima que la indemnización asciende a 5.903,28 euros partiendo de un salario regulador de 61,32 euros.

La cuestión planteada en la presente Litis ya ha sido resuelta por esta Sala al estudiar los recursos de suplicación 2548/2003 en sentencia de 28-01-2004, recurso 2803/2003 sentencia de fecha 14-1-2004, y recurso 1986/2004 sentencia de 25-1-2005, por ello, como señalan las precitadas sentencias, la solución adoptada por el magistrado de lo mercantil consistente en tomar los días cotizados y dividir entonces el salario convenio por 1,61, esto es, tomando como modulo salarial diario el salario equivalente a un día cotizado, resulta enteramente correcta, en la medida que en el salario de la demandante están ya incluidas las cantidades correspondientes a descansos semanales, vacaciones y festivos, pues de seguir la formula propugnada por la parte recurrente de coger como salario diario el total percibido por la trabajadora, que incluye ya los conceptos antes indicados y además tomar como antigüedad el resultado de los días cotizados por la empresa a la trabajadora, es decir, el salario equivalente a 1,61 días cotizados en lugar de coger el salario equivalente a un día cotizado, supondría computar por dos vías distintas los periodos de descanso, vacaciones y festivos, vía modulo salarial. Por lo que debe desestimarse el recurso y confirmarse la sentencia recurrida, al ajustarse aquella a derecho.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por M.S.R. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de Castellón, de fecha 9-2-16 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

**Sentencia núm. 1.699, de 21 de junio de 2016**

**Materia:** Incidente concursal laboral. Extinción de contratos de trabajo vinculados a la manipulación y envasado de cítricos. Despido objetivo. Contratos fijos discontinuos. Se pacta por la administración concursal y por el comité de empresa de la sociedad concursada las indemnizaciones para todos los trabajadores afectados. Determinación módulo salarial diario a aplicar a la trabajadora para el cálculo de la indemnización.

**Juzgado:** Desestima íntegramente la demanda incidental de la actora sin hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales.

**Sala:** Desestima el recurso y confirma íntegramente el auto recurrido. Se encuentra ajustada a derecho la indemnización percibida por la trabajadora.

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

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.1.** El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre de los codemandados, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) a los fines siguientes: A) Se añada un segundo hecho probado (pasando el actual único, a primer hecho probado), formado de tres párrafos del siguiente tenor literal:

“La actora prestó servicios para la mercantil concursada desde el 15-10-2004, con un total de 1.361 días cotizados, correspondiéndole un total de 76,67 días de indemnización por despido objetivo, resultantes de la siguiente operación:  $20 \times 46 / 12$ .

La actora en la campaña 13-14 llevó a cabo 9 días de trabajo efectivo, los cuales se corresponden con 14 días cotizados. En dicha campaña percibió un total de 505,58 euros brutos, ascendiendo el salario día a 56,18 euros brutos, resultantes de la siguiente operación:  $505,58 / 9$ .

En la campaña 12-13, la actora llevó a cabo 41 días de trabajo efectivo, los cuales se corresponden con un total de 66 días cotizados. En dicha campaña percibió un total de 2.467,96 euros brutos ascendiendo el salario día a 60,19 euros brutos, resultantes de la siguiente operación:  $2.467,9 / 41$ ”.

Y todo ello conforme a informe de vida laboral (folio 83) y recibos salariales (folios 93 a 98).

B) Se añada un tercer hecho probado, con el siguiente contenido: “La resolución emitida por el Fondo de Garantía Salarial en fecha 09-01-2015, dentro del hecho tercero señala que: “respecto a Dña. F.R.V., el salario día real percibido por la trabajadora, supera el doble del salario mínimo interprofesional”, partiendo de un salario módulo a la hora de resolver de 50,09 euros, siendo la prestación aprobada en

concepto de indemnización de 2.337,70 euros”. Todo ello conforme a documento obrante en autos a los folios 75 y 76.

2.Como ya indicamos en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación 595/16 donde también se plantearon reformas fácticas prácticamente idénticas, pero referidas a otra trabajadora con salario y tiempo de servicios distintos la primera de las revisiones propuestas “puede prosperar pero sólo parcialmente, debiendo incluirse en el relato de hechos probados los extremos relativos al número total de días cotizados, días de trabajo efectivo y cotizados durante la campaña 13-14 y salario bruto percibido durante esta última, todo ello en los términos solicitados por la recurrente. Y ello por constituir tales datos hechos conformes, no discutidos en ningún caso por las partes, y ser elementos necesarios para resolver la controversia jurídica que se plantea en el posterior motivo de revisión de fondo. No debe incluirse por contra, los datos y operaciones relativas a días de indemnización que corresponden a la trabajadora, y salario diario a aplicar, pues en definitiva es lo que se debate por las partes, y los datos relativos a la campaña 2012-2013, que no ha de tomarse en consideración para el cálculo de la indemnización por despido”. El contenido de la resolución del Fondo de Garantía Salarial, obrante a los folios 75 y 76 como también indicamos en la sentencia antes meritada , “es irrelevante a efectos de modificar el fallo, pues del mismo no puede derivarse concepto alguno que sirva de base para el cálculo del módulo salarial, sin que el salario día tomado en consideración por el Fondo, ni la indemnización que se refleja por la recurrente, que en ningún caso aparecen recogidos en aquélla, deban tampoco incluirse en el relato fáctico del auto”.

**SEGUNDO.1.** El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando violación por aplicación indebida de lo dispuesto en el “art 51.4 y 53.1.b) ET”. Argumenta en síntesis que el salario día que debe intervenir en el cálculo de la indemnización por despido objetivo que le corresponde percibir a la trabajadora es erróneo, derivándose igualmente una indemnización no ajustada a derecho, debiéndose atender a una de estas opciones: 1ª.- O partir del promedio de días trabajados en las dos últimas campañas, de manera que el salario día a computar para el cálculo de la indemnización sería el resultado de dividir el promedio de los salarios brutos percibidos en las dos últimas campañas, por los días trabajados resultando un salario día de 58,18 euros, que por 76,67 días de indemnización dada la antigüedad, arrojaría una indemnización de 4.460,66 euros. 2ª.- O bien, subsidiariamente, dividir el salario de la última campaña, que ascendió a 505,58 euros brutos por el número de jornadas trabajadas en dicha campaña, en número de 9, lo que arrojaría un salario diario de 56,18 euros, que por 76,67 días de indemnización, arrojaría un resultado indemnizatorio de 4.307,32 euros. Como ya indicamos en la sentencia resolutoria del recurso de suplicación 595/16, “...En contra de dicho criterio, la empresa parte del salario bruto percibido en la última campaña, y divide dicho importe por el número de días cotizados en la misma, arrojando dicha operación un resultado de 34,14 euros día, y reconociendo a la trabajadora una indemnización de 2.854,29 euros. En definitiva, lo que aquí se discute es una mera cuestión jurídica atinente a resolver si el salario percibido por la trabajadora en la última campaña, que entendemos es el que debe tomarse para el cálculo indemnizatorio (y no así el promedio de las dos últimas campañas trabajadas) debe

dividirse entre los días cotizados o los trabajados para determinar el módulo salarial diario a efectos de indemnización. Es incontrovertido que la trabajadora, fija discontinua, trabajaba como Encajadora, siendo de aplicación a su relación laboral, el convenio colectivo de manipulado y envasado de cítricos, frutas y hortalizas de la Comunidad Valenciana. Y esta Sala, ya se ha pronunciado en Sentencias anteriores sobre el modo de calcular la indemnización por despido de trabajadores fijos discontinuos incluidos en el ámbito de aplicación de dicha norma convencional. En concreto, decíamos en Sentencia de 28/01/2004, Rec. 2548/2003, por aplicación del criterio seguido en el Recurso 2803/2003, lo siguiente: Como ya ha resuelto esta Sala, en supuesto idéntico, en la sentencia resolutoria del Recurso de suplicación nº 2803/03 , la controversia aquí suscitada gira en torno al cálculo de la indemnización por despido o por cualquier causa, para trabajadores fijos discontinuos, bajo el ámbito de aplicación del Convenio Colectivo del Manipulado y Envasado de Cítricos de la Comunidad Valenciana, que han cotizado en el Régimen General, Sistema Espacial de frutas y hortalizas. Y como de conformidad con el art. 7 del Convenio aplicable en relación con el Anexo del mismo, a la actora, con categoría de Encajadora, se le incluye en su salario además de la parte proporcional de pagas extraordinarias, la correspondiente a domingos festivos y vacaciones, que a efectos de carencia para generar derecho a las prestaciones de Seguridad Social suponen la cotización de 1.61 del salario bruto, es claro que el salario abonado por día trabajado a la actora no se corresponde con el salario bruto correspondiente al día natural, siendo este último el que debe servir de módulo para el cálculo de la indemnización legal, y que se concreta dividiendo el salario diario por día trabajado por 1,61, dado que la demandante trabaja de lunes a viernes. Y partiendo del salario correspondiente al día natural así calculado, que supone la cifra de 32,23 euros y de la antigüedad que señala la sentencia y acepta el recurso de 1983 días, se obtiene la indemnización que postula la recurrente de 3.501,78 euros ( $51,89/1,61= 32,23$ ;  $1.983 \times 20/365 \times 32,23= 3.501,78$ ), por lo que procede estimar el recurso y revocar la sentencia para desestimar la demanda”. En nuestro caso la trabajadora propugna que el salario percibido en la última campaña se divida por el número de días trabajados, y lo que se calcularía conforme a su tesis no es el salario por día natural, que es el que debe servir de módulo para el cálculo indemnizatorio, conforme a lo expuesto, sino el salario diario por día trabajado. Si ello es así, para obtener el mentado salario por día natural, el salario por día trabajado debe ser dividido por 1,61, ascendiendo su resultado a 34,45 euros, cantidad ligerísimamente superior a la propugnada por la empresa de 34,14 euros día. Y en atención a los días cotizados en la empresa, que no han sido discutidos, la cantidad resultante a efectos indemnizatorios y que corresponde a la trabajadora sería de 2.840,94 euros ( $1.505 \text{ días} \times 20/365 \times 34.45 \text{ euros}$ ). Y teniendo en cuenta que la indemnización reconocida a la trabajadora lo fue en cuantía de 2.854,29 euros, procede desestimar el recurso interpuesto y confirmar en todos sus extremos el auto recurrido, que confirió plena eficacia a los cálculos y resultados indemnizatorios propugnados por la empresa, rechazando los propuestos por la trabajadora”. Los principios de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 de la Constitución) y de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución conducen a que aquí lleguemos a idéntica conclusión.

2. En el caso traído ahora a nuestra consideración el salario por día trabajado

(56,18 euros) dividido por 1,61 arroja 34,89 euros, ascendiendo con ello el importe indemnizatorio a 2.675,35 euros (salvo error u omisión), ligeramente inferior al reconocido.

**TERCERO.** Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la resolución impugnada. Sin costas al gozar la recurrente del beneficio de justicia gratuita (artículos 235.1 de la LJS, en relación con el artículo 2º.d) de la Ley 1/1996, de 19 de enero.

### **FALLO**

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de Dña. F.R.V. contra el auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Castellón, en autos sobre incidente concursal número 713/2014, seguido a instancia de la precitada recurrente frente a la empresa V.C. S.A y la Administración Concursal R.A. A. y E. S.L.P; y en consecuencia, confirmamos íntegramente el auto recurrido. Sin costas.

2131

**Sentencia núm. 1704, de 28 de julio de 2016**

**Materia:** Despido y reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de empresa de seguridad. La relación entre las partes se rige por el convenio colectivo de empresas de seguridad. Ambas partes han modificado de común acuerdo el contrato de trabajo. Fijación de objetivos mínimos de empresa. En caso de no llegar a objetivos se extinguirá unilateralmente el contrato de trabajo. La empresa extingue la relación laboral ante la patente bajada de rendimiento y falta de compromiso en el desempeño de la labor del trabajador. Consideración falta laboral muy grave. Despido disciplinario del trabajador. Improcedencia del despido.

**Juzgado:** Estima íntegramente la demanda de despido declarando improcedente la extinción de la relación laboral. Desestima íntegramente la demanda en lo que concierne a reclamación de cantidad.

**Sala:** Estima en parte el recurso, reconociendo nueva cantidad en la indemnización del trabajador, así como en la cuantía diaria de los salarios de tramitación. Confirma la sentencia de instancia respecto al resto de los pronunciamientos.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Frente a la sentencia de instancia que estimó la demanda de despido y declaró la improcedencia del mismo de fecha de efectos 15 de julio de 2014 con las legales consecuencias y desestimó la pretensión actora de reclamación de cantidad, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la empresa demandada y en el primer motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que el hecho probado primero quede redactado del siguiente modo: “El demandante I.B.B. con DNI X., ha venido prestando servicios para la empresa X. SAU, con CIF X., con antigüedad de 1 de octubre de 2007, categoría reconocida por la empresa de especialista, y salario bruto de 1.940,52 euros mensuales, incluida la prorrata de pagas extraordinarias y comisiones devengadas durante el último año, reclamando el actor reclama la categoría y funciones de técnico comercial y un salario mensual con prorrata de pagas extraordinarias y comisiones de 2.495,88”, pero la modificación fáctica no puede alcanzar éxito en la cuantía pedida, porque no se puede basar la revisión en las normas legales como el Convenio Colectivo por cuanto no sirven para la revisión fáctica, ni la prueba testifical por ser inidónea esta prueba a efectos revisorios. Y si bien la parte recurrente alude a las nóminas del actor para fundar esta revisión fáctica, de las mismas no resulta el cálculo del salario del actor que se postula, ni tampoco detalla en base a las mismas como lo obtiene, y no sirve una alusión genérica para justificar la revisión que se pretende, no obstante aunque no se acredita la

cuantía que postula en su totalidad, sí que se aprecia a tenor de las nóminas un error en la cuantificación del importe del salario que asciende a 1773,18 euros mensuales en lugar de los establecidos en la sentencia impugnada. Sin que sirva de soporte a la revisión fáctica lo establecido en un documento de parte como es el escrito de demanda.

También se postula, con adecuado amparo procesal, la revisión del hecho probado segundo para el que propone una nueva redacción para que se diga que la relación laboral se inició como instalador/vendedor y añade al hecho “aunque la empresa lo incluía dentro de la categoría de especialista” y que luego paso a prestar servicios como Jefe de Equipo, y añade “según la empresa”, después paso a prestar servicios como instalador-vendedor y postula que se adicione “que según la empresa debe estar” incluido en el grupo profesional/categoría/nivel “especialista” y que se suprima la expresión “con derecho a percibir una retribución anual de 15.240...”, pero la modificación fáctica no puede alcanzar éxito, ya que se ampara en la prueba obrante en autos, lo que es una alegación genérica que no sirve para la revisión fáctica. Tampoco sirve a tal fin la prueba testifical en la que también pretende basar su modificación fáctica.

**SEGUNDO.-** Con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social se alega vulneración de lo establecido en el Convenio Colectivo aplicable, concretamente artículo 20 y artículo 23 del mismo, y considera que el actor ostento la categoría superior a la reconocida, así, durante el periodo de agosto de 2103 a enero de 2014 se le abonaron salarios conforme a la categoría de especialista, pero por las funciones que realizaba debía estar encuadrado dentro de la categoría de Jefe de ventas, y la empresa reconocía tal categoría en las nóminas de dicho periodo en el que aparece como categoría interna “Jefe de Ventas 1”. Respecto del segundo periodo de febrero a julio de 2014 las funciones que venía realizando eran las propias de técnico comercial, no pudiendo encuadrarse en la categoría de especialista.

En el presente supuesto aunque la parte recurrente alude a la prueba testifical y a que en determinadas nóminas del actor para acreditar que en los periodos que reclama el abono de un salario superior por considerar que ha realizado funciones de las categorías que postula, debe tenerse en cuenta, que el Juzgador de instancia que ha valorado la totalidad de la prueba, ha construido los hechos en base a los extremos que le han convencido, sin que se aprecie error en la valoración de la prueba, y si bien no le han convencido determinados testimonios o bien ha acogido otros u otras pruebas en base a las cuales ha desvirtuado lo asentado en la nómina del actor en el sentido de que era Jefe de ventas, debe estarse a lo establecido en los hechos declarados probados que no han sido modificados. Por lo tanto partiendo de la resultancia fáctica tanto la debidamente asentada en la premisa histórica, como la asentada en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia con valor fáctico, se desprende que las funciones del demandante desde el 1-02-2014 consistían en la comercialización e instalación de equipos de seguridad y que con anterioridad al actor tenía un equipo de vendedores instaladores a su cargo, consistiendo sus funciones en el apoyo, control y evaluación de su equipo y del material asignado, reportando los resultados a su Gerente. Sin que conste que el actor estuviera bajo el control de la

Dirección comercial de la empresa, ni que sus funciones tuvieran un carácter eminentemente comercial, por lo que no puede ser encuadrado el actor en la categoría solicitada de Jefe de ventas, sino en la de ayudante de encargado, con derecho al percibo de idénticas cantidades que el especialista. Y no se puede considerar que el actor era Jefe de ventas, sino Jefe de equipo incluido en el nivel de Ayudante de encargado, por cuanto en este primer periodo reclamado el demandante tenía a su cargo un grupo de vendedores/instaladores, que no solo vendedores y su cometido esencial era la coordinación, el apoyo, el control y la evaluación tanto de su equipo, como del material asignado, reportando sus resultados a su Gerente, mientras que el Jefe de ventas está bajo la Dirección Comercial de la empresa y tiene la responsabilidad directa de la promoción comercial y captación de clientes, no del material asignado, mientras que el actor si bien realizaba algunas ventas no era ese su cometido esencial, ni tenía la responsabilidad directa de la promoción comercial como el Jefe de ventas. Respecto de las labores desempeñadas entre el 1-2-2014 y la fecha del despido del actor, no consta probado que el actor se dedicara de manera preeminente a la venta de equipos de seguridad, dejando de lado las tareas propias de la categoría de especialista que ostentaba y que consta que efectivamente desempeñaba al realizar la instalación de equipos, por lo que no puede ser considerado técnico comercial, porque este es el que realiza en la empresa bajo las órdenes del Jefe de ventas funciones de prospección de mercado y de coordinación en su caso de vendedores y promotores, lo que no realizaba el actor que ni estaba afecto al Departamento Comercial de la Empresa y a su único servicio, sin que conste que sus tareas consistían fundamentalmente en la prospección de mercado y promoción y venta de los servicios de seguridad, aunque efectuará algunas ventas. Debiéndose otorgar la categoría de vendedor al empleado que de un modo eminente o próximo a la exclusividad realiza funciones con una especial dedicación se asignan a esta categoría y no a otras, sin que por el hecho de compaginar las funciones de otra categoría profesional con la actividad de venta de productos o servicios se deba atribuir y encuadrar al empleado en esa categoría profesional. Razones por las que debe decaer este motivo del recurso, si bien debe acogerse en parte la modificación del salario del actor a los efectos pertinentes.

## FALLO

Que estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor D. I.B.B., frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Seis de los de Valencia, de fecha 23 de diciembre de 2015, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte en el sentido de que la indemnización a abonar al actor por la empresa demandada X. S.A.U. asciende a la cantidad de 16.458,16 euros, y la cuantía diaria de los salarios de tramitación a la cantidad de 59,10 euros. En este sentido se condena a la empresa demandada y se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia en lo que no se opongan a la presente resolución.

**Sentencia núm. 1.708, de 29 de julio de 2016**

**Materia:** Despido. Condena en costas de la ejecución tras proceso de despido de un trabajador. La parte demandada no ha hecho efectiva la cantidad de la condena en el plazo de 20 días, si bien ha consignado aval. Se han originado gastos a la parte recurrente.

**Juzgado:** Desestima el recurso de revisión formulado por la parte demandante contra el decreto, el cual se mantiene en su integridad. No procede la condena en costas.

**Sala:** Estima parcialmente el recurso aceptando la condena en costas, sin que corresponda a esta Sala la fijación del importe de las mismas sino al Juzgado de instancia.

**Ponente:** Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ascensión Olmeda Fernández.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**-Se recurre en suplicación por el demandante D. V.M.V.F el Auto nº 32/2015 de 17-11-15 del Juzgado de lo Social 5 de Valencia, dictado en autos 1385/11 de dicho Juzgado y que desestimó recurso de revisión contra el Decreto de 28-9-15 que, entre otras cuestiones, había desestimado recurso de reposición del demandante contra Diligencia de Ordenación de 28-7-15 que declaró no haber lugar a las costas de la ejecución que solicitó el demandante. La argumentación del Auto se basa en la STS de 24-12-14, que viene a distinguir dos situaciones: aquella en que la cantidad consignada o avalada es superior a la que es objeto de la condena de principal e intereses, en que considera es innecesario el inicio de un proceso de ejecución y aquella otra en que lo consignado o avalado no es suficiente, para cuyo supuesto sí reconoce la procedencia del despacho de ejecución para intereses y costas, siendo el presente supuesto el de la primera situación.

El recurrente articula su recurso, que no ha sido impugnado, a través de un único motivo al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, en el que alega infracción de lo dispuesto en los artículos 239. 2 y 3 y 251 de la LJS, así como de la STS de 5-5-14 y termina suplicando Sentencia que, con revocación del Auto recurrido, condene a V.S. de CV al pago de las costas de la ejecución por importe de 15.925 euros (10% del principal de 159.250 euros). Argumenta, en síntesis, que para resolver el presente caso ha de estarse a lo que dispone el artículo 239.3, que sólo contempla la no imposición de costas de la ejecución que se hubiere instado si la parte ejecutada cumpliera en su integridad la obligación exigida, dentro del plazo de los veinte días siguientes a la fecha de firmeza de la sentencia o resolución judicial ejecutable, criterio que recoge la STS de 5-5-14, que además añade que “ni el aval ni la simple manifestación de parte respecto de que se proceda a ejecutar con cargo a él, equivale al cumplimiento de la obligación judicialmente impuesta y que, por ello, tampoco exoneran del abono de los correspondientes intereses, por lo que las costas de que

ahora tratamos se imponen, de forma absolutamente objetiva y prescindiendo de cualquier componente de intencionalidad”, entendiendo el recurrente que lo decisivo no es si consignó o avaló en cantidad suficiente sino si hizo efectiva o no la cantidad de la condena en el plazo de 20 días, lo que aquí no hizo, sino que se opuso formalmente a la ejecución del aval volviendo a argumentar sobre cuestiones de fondo como la inexistencia de una responsabilidad solidaria entre las empresas condenadas, dando lugar a incidente de ejecución, comparecencia y recursos que han originado gastos de defensa para la hoy recurrente en aras a la consecución de la efectividad de su derecho al cobro y habiendo transcurrido a la fecha del recurso de suplicación (22-10-15) más de un año desde la firmeza de la sentencia sin que se hubiera procedido al abono.

**SEGUNDO.-** Son antecedentes de hecho de interés, también alegados por el recurrente, los siguientes:

1) La sentencia del Juzgado de 6-9-12 que recayó en los autos indicados declaró improcedente despido del demandante y condenó a las empresas demandadas a la readmisión o abono de indemnización más los salarios de tramitación, habiendo optado por la indemnización. Contra ella recurrió en suplicación la demandada V.S. de CV, aportando para recurrir aval bancario por importe de 178.500 euros, que incluye principal e intereses suficiente y, contra la sentencia de este TSJ que desestimó el recurso, interpuso casación que fue inadmitida por Auto del TS de 28-5-14, adquiriendo firmeza la sentencia del Juzgado.

2) No habiendo abonado las condenadas el importe de la condena, el demandante presentó el 18-7-14 en el Juzgado demanda de ejecución (folios 347), al que se opuso en parte V.S. de CV en escrito de 17-9-14 (folios 367 a 370), en que, entre otras cuestiones, mantenía la responsabilidad mancomunada y por mitad de las condenadas y del que se dio traslado al actor que presentó alegaciones (folios 377 a 381) dando lugar a Comparecencia incidental y Auto de 6-2-15 (folios 391 a 394) que dispuso prosiguiera la ejecución definitiva frente a ambas condenadas solidariamente (interpretando que así se desprendía del conjunto de la sentencia firme aunque no se expresara en el fallo) y sin hacer ningún pronunciamientos sobre costas del incidente. Contra dicho Auto V.S. de CV interpuso recurso de reposición (folios 408 a 415), formulando escrito de impugnación el demandante (folios 431 a 435) y siendo desestimado por Auto de 22-5-15 (folios 450 a 452) que confirmó el anterior.

3) Por Diligencia de 18-6-15 se acordó requerir a la condenada para ingreso del resto del principal (se había hecho el 9-2-15 un ingreso en la cuenta del Juzgado de 44.833,86 euros por parte del Administración concursal para su entrega en pago parcial al demandante, presentando escrito la Administración concursal el 11-2-15 comunicándolo y acreditándolo al Juzgado que en Diligencia del mismo día acordó la unión y dar traslado del escrito al actor, notificada el 18.2.15 al actor, que presentó el 10-4-15 escrito interesando mandamiento a su favor por dicha cantidad y que se le expidió tras firmeza de la diligencia y nuevo escrito del actor siendo recibido el 14-7-15) y al actor para que presentara propuesta de liquidación de intereses, lo que el actor hizo el 3-7-15, incluyendo también, como ya hiciera en solicitud inicial de ejecución y aparte otros conceptos, 17.850 euros por costas de la ejecución según artículo 251.1 LJS, a lo que V.S. de CV se opuso en su escrito de alegaciones de 17-7-15 recayendo la Diligencia de Ordenación de 28-7-15 (folio 494) que, en cuanto a las

costas de la ejecución decía no haber lugar “toda vez que conforme tiene reiteradamente establecido el TS, no se aprecia conducta reticente alguna por parte de la ejecutada al cumplimiento de la sentencia, dado que la obligación está garantizada mediante Aval bancario”.

4) Recurrída en reposición (folios 512 a 518) por el demandante, fue desestimado por Decreto de 28-9-15 (folios 526 y 527), en cuyo Razonamiento Segundo por lo que respecta a las costas de la ejecución denegadas argumenta que no se ha iniciado propiamente un proceso de ejecución al haber constituido la empresa condenada un aval cuyo importe supera con creces el importe del principal y los intereses y cita en su apoyo la misma sentencia del TS que invoca el recurrente de 24-12-04.

5) Recurrido por el demandante tal Decreto en revisión (folios 532 a 536), fue desestimado por el Auto de 17-11-15, que es objeto del presente recurso de suplicación.

**TERCERO.-** La cuestión litigiosa en el presente caso consiste en determinar si cabe la condena en costas de la ejecución en supuesto en que en su día la parte condenada en sentencia al pago de cantidad al demandante presentó al recurrir aseguramiento o aval, pero tras la firmeza de la sentencia, no hizo consignación ni abono al demandante, que tuvo que presentar escrito solicitando la ejecución, habiéndose accedido a la misma y seguido incidente, comparecencia y múltiples recursos y alegaciones, con el detalle que se ha expuesto en el anterior fundamento, habiéndose efectuado mucho tiempo después sólo una consignación parcial por cuyo importe se expidió mandamiento al demandante.

Creemos, a la vista de las dos sentencias invocadas del TS de 5-5-14 y de 24-12-14 y de las circunstancias expuestas concurrentes en el presente caso, que sí debía accederse a las costas de la ejecución en atención a la primera sentencia citada.

En efecto, la Sentencia de 5-5-14 (recurso 1680/13), que, además de los intereses, sí trata expresamente el tema de las costas y, además, en supuesto, como el nuestro, de aval bancario, habiéndose dado en su supuesto incluso manifestación por el condenado, antes de solicitud de parte instando ejecución, de que se procediese a ejecutar el aval, dice en su Fundamento Quinto “La misma solución -desestimatoria del recurso- es la que hemos de adoptar respecto de la imposición de costas, porque la exoneración de ellas hubiese requerido -conforme al art. 239.3 LRJS - que «dentro del plazo de los veinte días siguientes a la fecha de la firmeza de la sentencia», se hubiesen satisfecho no sólo «en su integridad» la obligación en aquélla establecida, sino también «los intereses procesales si procedieran»; y ya hemos razonado en los precedentes fundamentos jurídicos que ni el aval ni la simple manifestación de parte respecto de que se proceda a ejecutar con cargo a él, equivalen al cumplimiento de la obligación judicialmente impuesta y que -por ello- tampoco exoneran del abono de los correspondientes intereses, por lo que las costas de que ahora tratamos se imponen -lo mismo que los intereses procesales examinados antes- de forma absolutamente objetiva y prescindiendo de cualquier componente intencional.”.

Por su parte, la Sentencia de 24-12-14 (recurso 2999/13), aunque si hace la distinción a que aluden el Decreto y Auto recurridos y su mención a la STS de 5-5-14, con transcripción de partes de la misma y ubica esta sentencia en el apartado relativo

a consignación o aval insuficientes, no indica cambio de criterio ni resuelve supuesto como el presente con las circunstancias de solicitud de ejecución ante el incumplimiento del condenado y los diferentes incidente, comparecencia, recursos y alegaciones, que han originado gastos de defensa a la parte demandante que tiene el título ejecutivo a su favor. Es más, la cuestión que en ella se resolvía era la de determinar el plazo de prescripción para la reclamación de los intereses procesales del artículo 576.1 de la LEC y día inicial del cómputo cuando ha existido una previa solicitud de entrega de cantidad consignada o avalada que era insuficiente para cubrir principal e intereses y lo que dice es que en ese caso es dable configurar como solicitud de ejecución aquella en que se insta la entrega de la cantidad consignada o la ejecución del aval.

En definitiva, entendemos que ésta última sentencia no resuelve sobre la cuestión que aquí se plantea y que para nuestro caso, atendidas además las circunstancias especiales señaladas que han originado gastos a la recurrente que no se hubieran producido de haber procedido las condenadas al cumplimiento de la sentencia firme mediante entrega de principal e intereses objeto de la condena dentro de los veinte días siguientes a la firmeza de la sentencia condenatoria, debe resolverse, de acuerdo con la primera STS citada, aceptando la condena en costas, por lo que estimamos el recurso, si bien parcialmente al no corresponder a esta Sala y si al Juzgado la fijación concreta del importe de las costas.

### **FALLAMOS**

Estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado por D. V.M.V.F contra el Auto nº 32/2015 de 17-11-15 del Juzgado de lo Social 5 de Valencia, dictado en autos 1385/11 de dicho Juzgado y que desestimó recurso de revisión contra el Decreto de 28-9-15 que, entre otras cuestiones, había desestimado recurso de reposición del demandante contra Diligencia de Ordenación de 28-7-15 que declaró no haber lugar a las costas de la ejecución que solicitó el demandante y hoy recurrente, siendo parte recurrida V.S. de CV, V.C. S.L. Administrador Concursal de la anterior D. G.M.S. y FOGASA, revocamos el Auto recurrido en el particular relativo a las costas y, en su lugar, declaramos el derecho del recurrente a costas, cuya fijación habrá de realizarse por el Juzgado.

2133

**Sentencia núm. 1.715, de 2 de agosto de 2016**

**Materia: Minusvalía: Grado. Trabajadora a la que se le concede un grado de minusvalía. Mediante posterior resolución se le reconoce un grado de discapacidad inferior. La actora solicita se le vuelva a conceder el grado de discapacidad que le había sido otorgado con anterioridad. Aplicación porcentajes a las distintas lesiones que padece la actora.**

**Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la revocación de la resolución.**

**Sala: Estima parcialmente el recurso atribuyéndole un nuevo grado de discapacidad, sin que pueda incrementarse por la retinopatía diabética que padece, al tratarse de una lesión nueva y no haberse alegado al respecto precepto, capítulo ni norma concreta infringida.**

**Ponente: Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ascensión Olmeda Fernández.**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.**-Se recurre por la demandante, - que por Resolución de la Conselleria de Bienestar Social de 27-10-10 tenía reconocido un grado total de discapacidad de 75% (65% de grado de las limitaciones de la actividad y 10 puntos de factores sociales complementarios), la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda en solicitud de revocación de la Resolución de 18-10-12 de la Dirección Territorial de la Conselleria de Bienestar Social - que, en revisión, le dejó en un grado total de discapacidad de 54% (44% de grado de las limitaciones de la actividad y manteniendo los 10 puntos de factores sociales complementarios)- y de reconocimiento de un grado de discapacidad igual o superior al 75%.

Articula el recurso, que ha sido impugnado por el Abogado de la Generalitat, a través de un único motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, en el que alega infracción por aplicación incorrecta de las normas 4 del Capítulo VIII (Aparato Genitourinario) y del VI (Sistema Hematopoyético) no aplicado, del Real Decreto 1971/99. Atendiendo al contenido del motivo, resulta que acepta la valoración de 17% del trastorno mental por trastorno dependiente de la personalidad de etiología no filiada y tampoco cuestiona los 10 puntos por factores sociales complementarios, discrepando del resto.

Ese resto, según se recoge en el último párrafo del Fundamento Tercero de la sentencia, ha sido valorado por la demandada con 10% por la enfermedad del sistema endocrino-metabólico por diabetes millitus tipo II no complicada de etiología metabólica y con 25% combinado por la enfermedad del aparato genito-urinario por síndrome nefrítico (15% por trasplante renal clase 2 y 12% por inmunosupresión

sostenida con menos de 3 episodios anuales de enfermedades relacionadas con su inmunodeficiencia).

La recurrente, en cambio, considera que: por la enfermedad del sistema endocrino metabólico por la diabetes, debe dársele un 15% más por miopía derivada de la diabetes y, por aparato genitourinario, en lugar de lo puntuado, debe dársele un 45%, con el siguiente desglose: un mínimo de 25% según clase 3 por el trasplante (de ahí que entienda no se ha valorado realmente el sistema hematopoyético o inmunosupresión, al que dice haberle dado 12) y que por dicho sistema hematopoyético al menos los 12 que se dicen.

Pues bien, debemos comenzar señalando que, si bien tiene razón la parte recurrente cuando se queja de que la resolución administrativa que se le comunica no contiene desglose de la valoración que luego se aporta al acto del juicio, siendo de observar que efectivamente, pese a haber pedido la demandante en la demanda la aportación anticipada del expediente con la evaluación y los criterios que llevaron a la resolución y ser requerida por el Juzgado la aportación del expediente en 10 días a la demandada, ésta no lo hizo hasta el acto del juicio celebrado más de un año y medio después, también ocurre que la indefensión que aduce la recurrente no puede apreciarse -y de ahí que no nos planteemos una posible nulidad de actuaciones por petición tácita- porque no alega haber solicitado la suspensión del juicio, además de que podía haber instado antes al Juzgado a que reiterase la reclamación de la aportación del expediente completo y, especialmente, haberlo solicitado, antes de demandar, como diligencia preparatoria -dada la práctica de la demandada de no exponer en sus resoluciones ni acompañar los detalles de las valoraciones ni siquiera la descripción de los detalles, manifestaciones y repercusiones que concurren de las enfermedades que sólo genéricamente recoge-, no habiendo tampoco interesado la recurrente en la demanda la nulidad de la resolución administrativa.

Entrando, por tanto, en el fondo del recurso, en el que no se pide modificación ni adición de hechos probados, no habiendo tampoco ninguna de las partes interesado en su momento aclaración o rectificación de la sentencia en la que claramente faltan en el hecho probado cuarto las dolencias residuales que presenta, hemos de acudir a lo único que como probado tenemos y que se encuentra en el fundamento tercero, del que resulta ha aceptado la Juzgadora como probadas las lesiones establecidas por el Equipo de Valoración y Orientación de Discapacidades y también como correcta la valoración y aplicación de los baremos del Anexo del Real Decreto, lo cual supone, desde el punto de vista fáctico, aceptación como probadas de las lesiones y circunstancias que se recogen en el Dictamen Médico del folio 74 (al que aluden ambas partes) y que podemos utilizar, resultando de él que por el trasplante renal se utiliza la clase 3 -tal como en dicho Dictamen se indica y siendo que la valoración mínima de esta clase es 25 en tanto que la máxima de la clase 2 es de 24-. La clase 3 tiene asignado porcentaje del 25 al 49% y, por tanto, debe darse el mínimo de 25% que se solicita y añadir combinado el 12% por inmunosupresión sostenida con menos de 3 episodios anuales de enfermedades relacionadas con su inmunodeficiencia, dado lo dispuesto en el punto 4 de las normas generales del Capítulo VIII. De la combinación, según la tabla de valores combinados, de los 25 y los

12 resultan 34, que combinados con los 17 del trastorno mental resulta 45 y combinados éstos con los 10 del trastorno mental resultan 51, que es el porcentaje que procede y que con los 10 puntos de factores sociales complementarios da un grado de discapacidad del 61%. No es posible atribuir nada a la retinopatía diabética, que es lesión nueva, porque, al respecto no se ha alegado precepto, capítulo ni norma concreta infringida, no haciéndose exposición del soporte de 15% que por ella se solicita y no haciéndose pedido adición fáctica alguna sobre la visión de la actora. En consecuencia, procede la parcial estimación del recurso, revocación de la sentencia y estimación parcial de la demanda en los términos expuestos.

### FALLAMOS

Estimando parcialmente el recurso de suplicación formulado por **D<sup>a</sup> M.B.R.C.** contra la Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2014, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante, en autos 84/13 sobre Grado de discapacidad, siendo parte recurrida **GENERALITAT VALENCIANA - CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL**, revocamos parcialmente la referida Sentencia y, estimando parcialmente la demanda de **D<sup>a</sup> M.B.R.C.**, revocamos también parcialmente la Resolución de 18-10-12 de la Dirección Territorial de la Conselleria de Bienestar Social de modo que el grado total de discapacidad de la demandante es de 61% (51% de grado de las limitaciones de la actividad y manteniendo los 10 puntos de factores sociales complementarios).