

Sentencia núm. 2.875, de 11 de diciembre de 2014

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que presta servicios como limpiadora en centro hospitalario. Subrogación de la relación laboral tras nueva adjudicación de los servicios de limpieza. La trabajadora se encuentra afiliada a un sindicato. Determinación actividad principal: actividad indispensable frente a actividad inherente en la responsabilidad del empresario principal. Distinción jurisprudencial.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando solidariamente a la empresa y conselleria codemandadas al abono de determinada cantidad, absolviendo a la nueva empresa adjudicataria de los servicios de limpieza.

Sala: Estima el recurso de la conselleria codemandada en la instancia y revoca la sentencia, en el sentido de no condenar a ésta solidariamente al pago de las cantidades no percibidas por parte de la trabajadora. La limpieza del inmueble es complementaria a la actividad principal y fundamental desenvuelta por la administración pública aludida. No procede la responsabilidad solidaria.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por el Abogado de la Generalitat Valenciana, y en representación de la Conselleria de Sanitat, se formula recurso frente a la sentencia que estimó parcialmente la demanda formulada por la parte demandante, donde se pretendió ante el órgano de instancia el abono por parte de las codemandadas del importe de determinados conceptos retributivos devengados y no percibidos concretados en la suma de 2.318,98 euros.

Dicha pretensión fue estimada en parte en la sentencia, condenando solidariamente a "T.W.SL" y a la Conselleria citada al pago de dicha suma, absolviendo a "K.L.S.L" e informando dicha resolución que cabía recurso de suplicación contra la misma por existir afectación general, recurso que se plantea bajo un sólo motivo, al amparo de lo señalado en el artículo 193 "c" de la LRJS, considerándose vulnerado el artículo 42.1 y 2 del ET.

Se argumenta que la administración recurrente ha actuado simplemente como contratista, al adjudicar el servicio de limpieza del Hospital General de Alicante a E.L.I.SL, (actualmente denominada T.W.), y posteriormente a K.L., no existiendo vínculo laboral con la demandante y no encontrándose entre las actividades de la Conselleria citada la de prestar a terceros el servicio de limpieza, de modo que ninguna responsabilidad de orden salarial puede exigirsele ante la falta de abono de las retribuciones impagadas a la trabajadora.

La sentencia objeto de recurso declara dicha responsabilidad al considerar que

nada hubiera obstado a que la Conselleria hubiera actuado como empleador directo, asumiendo el servicio de limpieza la propia administración, y a partir de esto es evidente que la decisión que aquí debe adoptarse no puede ser otra que la de considerar infringida la norma citada precedentemente, pues dicho 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.

Sin perjuicio de que siempre haya sido problemática la figura jurídica de la "propia actividad", 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 edificio e instalaciones del Hospital de A., asumida en virtud de contrataciones sucesivamente por las empresas codemandadas, es de las llamadas inherentes, pues la limpieza de dicho inmueble al implicar su mero mantenimiento 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 recurrida extiende a la recurrente, con la consecuente estimación del recurso y revocación de dicha resolución en el exclusivo punto de absolver a la Conselleria de Sanitat.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante, el día 15 de enero de 2014, en proceso sobre cantidad seguido a instancia de doña M.J.O.I. y con revocación de la expresada resolución judicial, debemos absolver y absolvemos a la citada recurrente de las pretensiones sustentadas en su contra.

1942

Sentencia núm. 2.889, de 11 de diciembre de 2014

Materia: Despido: Extinción de la relación laboral. Trabajadora con contrato de duración determinada a tiempo completo. La actora presta servicios de venta y comercialización de productos en la empresa demandada. Reclamación diferencias en el cálculo del salario base y existencia de subrogación empresarial. No debe estimarse.

Juzgado: Desestima la demanda declarando procedente la extinción del contrato de trabajo objeto de impugnación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Nos encontramos ante un supuesto de contratación temporal, sin que exista relación obligacional, contractual o patrimonial alguna entre la empresa contratista saliente y la nueva empresa contratada y sin que concurren elementos adicionales para apreciar la transmisión de la unidad productiva y los efectos legales derivados de la misma. No existe subrogación empresarial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social interpone recurso la parte actora. En el primer motivo del recurso se solicita la revisión del hecho probado primero para que se haga constar como salario a percibir el de 1.164,71€ en lugar de 1.082,08€ citando para ello los documentos 1 al 22 del ramo de prueba de la parte actora.

2. La modificación propuesta no puede prosperar, dado que la misma no parte del error de valoración de la concreta prueba documental o pericial citada y en los términos previstos para esta vía de suplicación en los artículos 193.b y 196.5 de la LRJS sino de la valoración conjunta y parcial de los documentos de referencia. Como se desprende de la literalidad de la propuesta la modificación propuesta se apoya en la disconformidad de la parte actora con los criterios cuantitativos aplicados en la fundamentación jurídica, y más concretamente en la cuantía calculada como parte del prorrateo de la paga extra, sin que se aprecie error alguno en la valoración de los documentos de referencia que son los que fundamentan la redacción actual del hecho probado primero, que en consecuencia debe quedar inalterado.

SEGUNDO.- 1. En segundo lugar y con amparo procesal en el artículo 193.c de la LRJS se denuncia la infracción de lo dispuesto en los artículos 49.1b y c del ET en relación con los artículos 56, 9.1,3.1c) y 44 del citado texto legal y la doctrina Jurisprudencial que delimita los supuestos de sucesión de empresa. Con cita de la STS de 20/04/2009.

La parte recurrente sostiene en definitiva que la cláusula resolutive consignada en el contrato de trabajo suscrito con la empresa V. en virtud de la cual se condicionaba la finalización del contrato a la continuidad de la relación mercantil entre

la empleadora y la empresa principal, F.T.E. SA, es nula y en consecuencia el cese comunicado el 31/03/2013 es improcedente reivindicando su derecho a ser subrogada por la nueva empresa contratada para la prestación del servicio de venta y comercialización de los productos orange en el centro comercial Carrefour de Castellón.

2. Debemos tener presente que nos encontramos ante un supuesto de contratación temporal que ya ha sido analizado por esta Sala, entre otras en las sentencias 1.187/2014, recurso 944/2014 y 1256/2014, recurso 972/2014 en las que en relación a otras trabajadoras cesadas y siguiendo sentencias precedentes la Sala debía pronunciarse tanto sobre la validez de la contratación como sobre la posible sucesión a efectos de responsabilidad de las nuevas empresas adjudicatarias de la contrata mercantil. Los anteriores pronunciamientos deben por lo tanto informar la cuestión ahora debatida por razones de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley.

Concretamente, en nuestra sentencia de 14/05/2014 recurso de suplicación 905/2014 sosteníamos en relación a un contrato de obra idéntico al ahora analizado, pero suscrito para prestar servicios en el ámbito de la provincia de Castellón, que resultaba admisible la posibilidad de pactar un contrato de obra o servicio determinado al amparo de una contrata tal y como ha admitido la Sala IV entre otras en las STS 15-1-1997, recurso. 3827/1995; y STS 25-6-1997, STS 18-12-1998; STS 6-10-2006, recurso 4243/2005, STS 3-4-2007, recurso 290/2006 y la más reciente STS 16/09/2014, recurso: 2355/2013. Y que en los contratos suscritos por la empresa V.O. S.A., con sus trabajadores, se identificó correctamente el objeto del contrato de trabajo, al establecer que dicha obra o servicio consistía en la “promoción y animación a la venta de productos y servicios de Orange en Supermercado, espacios de ocio y grandes superficies comerciales de la zona de la provincia de Castellón, en virtud de contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre F.T.E. y V.O., S.A.”.

3. Tal como ya sostuvimos en la primera Sentencia dictada en relación a la misma cuestión aquí tratada, el artículo 49.1 b del ET establece que será causa de extinción del contrato de trabajo la causa consignada válidamente en el contrato, salvo que la misma constituya abuso de derecho por parte del empresario. Partiendo de la legalidad de la modalidad contractual temporal pactada, habida cuenta de que la misma responde en cuanto a su objeto contenido y duración a la legalidad vigente (artículo 15.1 a) del ET, y norma convencional) debemos afirmar que el cese impugnado no infringe los preceptos citados al estar fundado en una causa legal de extinción del contrato temporal suscrito.

4. Por otro lado la Sala IV en la sentencia de 28/04/2009 dictada en el recurso 4614/2007 y citada por la recurrente, sostiene reiterando doctrina anterior que la sucesión de empresas regulada en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, impone al empresario que pasa a ser nuevo titular de la empresa, el centro de trabajo o una unidad productiva autónoma de la misma, la subrogación en los derechos laborales y de Seguridad Social que tenía el anterior titular con sus trabajadores, subrogación que opera "ope legis" sin requerir la existencia de un acuerdo expreso

entre las partes, sin perjuicio de las responsabilidades que para cedente y cesionario establece el apartado 3 del precitado artículo 44. Entiende el Alto Tribunal que la interpretación de la norma ha de realizarse, tal como retiradamente ha venido señalando la jurisprudencia de esta Sala, a la luz de la normativa Comunitaria Europea -Directiva 77/187 CEE , sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas, de centros de actividad o de parte de empresas o de centros de actividad, sustituida por la Directiva 98/50/CE de 29 de junio de 1998 y por la actualmente vigente Directiva 2001/23/CE, del Consejo de 12 de marzo de 2001 - y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La Directiva 98/59/CE, de 29 de junio de 1.998, ha aclarado este concepto genérico de transmisión o traspaso de empresa, a través de una serie de precisiones sobre el significado de la normativa comunitaria en la materia. Esta aclaración se efectúa, según puntualiza el preámbulo de dicha disposición de la CE, "a la luz de la jurisprudencia" del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea. La exposición de motivos de la propia Directiva 98/50 se encarga de señalar a continuación, que la aclaración efectuada "no supone una modificación del ámbito de aplicación de la Directiva 77/187/CEE de acuerdo con la interpretación del Tribunal". Una primera precisión sobre el concepto de transmisión o traspaso de empresa del nuevo Art. 1 de la Directiva Comunitaria se refiere a los actos de transmisión de empresa comprendidos en el ámbito de aplicación de la normativa comunitaria, que pueden ser una "cesión contractual" o una "fusión" (Art. 1.a.). Una segunda precisión versa sobre el objeto de la transmisión en dichos actos de transmisión o traspaso, que comprende en principio cualquier "entidad económica que mantenga su identidad" después de la transmisión o traspaso, entendiéndose por tal "un conjunto de medios organizados, a fin de llevar a cabo una actividad económica, ya fuere esencial o accesorio" (ar. 1.b). Una tercera precisión del concepto de transmisión de empresa en el Derecho Comunitario, que no viene al presente caso, trata de las modalidades de su aplicación en las empresas y Administraciones Públicas (Art. 1 .c.). Sin embargo, la doctrina expuesta no justifica tampoco en el presente caso que nos encontremos ante un supuesto de sucesión de empresas, en primer lugar y aunque tal como ya hemos afirmado en otras sentencias anteriores, no constituye un elemento determinante, lo cierto es que en el supuesto de hecho resuelto por la Sala IV el trabajador estaba vinculado por un contrato indefinido, sin cláusula resolutoria, lo que ya supone una diferencia cualitativa entre el supuesto aquí examinado y el resuelto en casación. En el presente caso, a diferencia de los supuestos en los que se viene apreciando la existencia de sucesión empresarial, no existe relación obligacional, contractual o patrimonial, alguna entre la contratista saliente (V.) y la nueva empresa contratada por F.T.(D.W.C.), no concurren además ninguno de los elementos adicionales que se viene requiriendo por esta Sala en aplicación de la doctrina expuesta para apreciar la transmisión de la unidad productiva, y los efectos legales derivados de la misma. No hay transmisión de medios materiales, pues los locales donde se prestaba el servicio son propiedad de terceros ajenos a las mercantiles demandadas, además habiéndose extinguido en forma el contrato suscrito entre F.T. y V. la primera suscribe nuevo contrato con una tercera empresa, que aporta sus propios recursos personales y materiales para la realización del objeto del contrato. No hay por lo tanto transmisión de medios productivos ni personales ni vinculación contractual o patrimonial entre las empresas contratadas por FRANCE TELECOM, por lo

que entendemos que no estamos ante un supuesto de sucesión de empresas y que la cláusula resolutive del contrato de trabajo es válida y despliega sus efectos en los términos recogidos en la sentencia de instancia, sin que la misma infrinja la normativa legal y comunitaria citada por la recurrente.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de S.B.S. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social 4 de los de CASTELLÓN de fecha 18/11/2013, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

1943

Sentencia núm. 2.908, de 11 de diciembre de 2014

Materia: Extinción de contrato. Trabajador con contrato indefinido y a tiempo completo que presta sus servicios como ayudante especialista en empresa dedicada a la fabricación de productos hidrosanitarios y destinados a la construcción. Extinción de la relación laboral por causas productivas y económicas. Suspensión temporal previa de la relación laboral por expediente de regulación de empleo. Procedencia de la extinción y cálculo de la indemnización.

Juzgado: Estima la demanda declarando la improcedencia del despido del trabajador, condenando a la empresa demandada a la readmisión del mismo o al abono de la indemnización correspondiente.

Sala: Estima en parte el recurso interpuesto por la empresa demandada en el sentido de modificar el importe de la indemnización, confirmando la sentencia de instancia respecto al resto del pronunciamiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la empresa demandada, frente a la sentencia, y auto de aclaración, que estimando la demanda declara la improcedencia del despido por causas objetivas del actor.

1. El recurso se formula en dos motivos, el primero al amparo del art. 193-b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, solicitando la revisión del segundo párrafo del tercer hecho probado, proponiendo la siguiente redacción, “Dicho escrito le fue entregado el mismo día de su fecha al trabajador y al representante de los trabajadores, poniendo a su disposición la cantidad de señalada en concepto de indemnización (17.770,95 €) correspondiente a 20 días de salario por año de servicio, junto a 772,65€ por falta de preaviso más el finiquito correspondiente, cobrando sus importes y firmando en presencia del representante legal de los trabajadores (doc. nº 2 a 8 de la prueba documental aportada por la demandada) que se tiene íntegramente por reproducidos a efectos probatorios”.

La revisión postulada es innecesaria, pues ya consta en el auto de aclaración, que forma parte de la sentencia, que el actor ha percibido los 17.770,95€ puestos a su disposición como indemnización, y dado que el hecho impugnado ya da cuenta de la carta de despido y finiquito (aunque ciertamente obran a los documentos 1 y 2 de la demandada), tales documentos deben entenderse por reproducidos.

2. Solicita la revisión del hecho probado quinto, a fin de que su primer párrafo diga, “La dirección de la empresa alcanzó acuerdo con la representación de los

trabajadores para la suspensión de los contratos de trabajo de los trabajadores de I.R. S.A. *por causas productivas y autorizados por la Autoridad Laboral* en las siguientes fechas y procedimientos:...", en base a los folios 217, 218, 223, 224, 235, 236, 239, 240, 245, 246, 256, 257, 267 y 269. Y que su tercer párrafo diga, "En ERE nº 230/2009 se autorizó a la empresa para suspender los contratos de trabajo de 53 trabajadores, entre los cuales se encontraba el actor, *durante 126 días del 14-9-2009 al 17-1-2010...*".

La revisión resulta innecesaria, pues detallados en el hecho impugnado cada uno de los expedientes de regulación de empleo, la documental citada en cada uno se da íntegramente por reproducida, constando en el folio 226 el periodo de suspensión del actor, del 14-9-09 al 17-1-10: 126 días, por lo que no existe obstáculo para su adición en el párrafo tercero.

3. Interesa la ampliación del último párrafo del hecho probado séptimo, proponiendo la siguiente redacción, "Asimismo, en el año 2012, desde julio hasta octubre se vendieron 1.798.914 unidades, frente a las 2.164.841 estimadas (doc. nº 19 de la empresa), *descenso ratificado en la auditoria de las cuentas anuales de ese ejercicio.*", folio 301.

La adición resulta innecesaria, pues no se combate la cifra de venta ni la estimada que ya se declara probada en el hecho impugnado.

4. Solicita la ampliación del segundo párrafo del hecho probado noveno, proponiendo la siguiente redacción, "Tras diversas reuniones y negociaciones con los representantes de los trabajadores, se acordó en fecha 8/01/2013 sustituir la medida de modificación sustancial con reducción del salario por la extinción de 3 contratos de trabajo que afectaría a producción y administración (doc. nº 21 a 24 de la demandada, *que se tienen íntegramente por reproducidos a efectos probatorios*)".

La adición resulta innecesaria, ya que el hecho impugnado cita expresamente la concreta documental de la que se obtiene la convicción, por lo que la misma se entiende por reproducida.

SEGUNDO.- 1. En el segundo motivo, al amparo del art. 193-c) de la LRJS, se denuncia la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 53.4 y 5-a) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con el art. 122 de la LRJS, y art. 51.1 y art. 52.c) del ET. Sostiene el recurrente que desde julio-2012 se viene registrando un descenso de demanda, que en los ejercicios 2011 y 2012 hubieron pérdidas pese a las medidas adoptadas, y de julio a octubre-12 disminuyó la cifra de negocio y las unidades vendidas, que tratándose de una extinción por causas productivas el ámbito a examinar no es el grupo sino la unidad productiva que presenta dificultades, en este caso, la demandada que sufre descenso de producción, que desde 2009 se produce descenso de demanda del mercado y todas las medidas adoptadas lo fueron con acuerdo de los representantes de los trabajadores, que el actor transaccionó y cobró conforme al acuerdo general con toda la plantilla, con cita de STS de 20-9-2013 rec. 11/2013, que el descenso en la demanda de productos esta objetivado y la medida adoptad es proporcional.

2. El art. 52 del Estatuto de los Trabajadores establece que el contrato podrá extinguirse: “c) Cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 51.1 de esta Ley y la extinción afecte a un número inferior al establecido en el mismo”, y el art. 51 del mismo texto legal, en su redacción vigente a la fecha del despido del actor, dice, “Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior. Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado...”. Pues bien, de la relación de hechos probados contenida en la sentencia, con la revisión admitida, se desprende que la empresa, tras periodo de consultas sobre modificación sustancial de condiciones de trabajo, acuerda, en acta de 8-1-13, sustituir la decisión de la referida modificación por la de extinguir contratos de trabajo de tres puestos, dejando sin efecto la modificación colectiva, “y que se proceda a las extinciones de contrato vía art. 52.c) del ET, al ser aceptadas y reconocidas la circunstancias y la decisión extintiva” (folio 358); de lo que se deduce que no se acordó ningún despido colectivo conforme al art. 51 del Estatuto de los Trabajadores, pues ni siquiera afecta a diez trabajadores, sino que dejó sin efecto la adopción de medida alguna sobre modificación de las condiciones de trabajo, procediendo la empresa a adoptar tres decisiones extintiva individuales al amparo del art. 52.c) del ET, una de ellas al actor, mediante carta de 11-1-13 (folio 208) y suscripción de saldo y finiquito (folio 209); sin que pueda darse valor liberatorio a efectos de esta litis al finiquito pues en el mismo se dice que “el objeto de la reunión es formalizar los acuerdo adoptados con ocasión de la extinción de relaciones laborales por despido”, y como se ha dicho, no se produjo ninguna extinción colectiva con acuerdo, sino despidos individuales por causas económicas, y así, en la carta de despido consta como causa del mismo la disminución de demanda como razón productiva, indicándose en la misma que el volumen de demanda del mercado de julio a octubre/2012 no alcanza el umbral de rentabilidad, que en dicho periodo las ventas netas ascendieron a 2.468.409€, los salarios y cuotas de la Seguridad Social a 405.741€ y el resultado neto antes de impuestos a -143.229€, ascendiendo las unidades vendidas a 1.798.914, cuando deberían haber alcanzado 2.164.841, esto es un 16,90 por ciento menos de lo necesario para cubrir el umbral de rentabilidad, y que la dinámica de noviembre/12 y los datos a diciembre/12 y previsión del ejercicio 2013 no varían la desviación del 16,90%. De lo que se concluye que la carta de despido no invoca causa económica ni indica cuales han sido los resultados de la empresa durante tres trimestres consecutivos ni siquiera indica, como causa productiva, el número de ventas habida durante tres trimestres consecutivos, por lo que conforme al art. 53 del ET el despido objetivo deviene improcedente, procediendo, en atención a las razones expuestas, desestimar el motivo de recurso.

3. Alternativamente, denuncia el recurrente la infracción del art. 56.1 del ET al no excluir los periodos afectados por el expediente de regulación de empleo temporal del tiempo de servicios prestados, a efectos del cálculo de la indemnización por despido. Sostiene que el actor tuvo suspendido el contrato en virtud de ERE durante 126 días, del 14-9-09 al 17-1-10 en el ERE 230/09, y durante 204 días, del 27-5-11 al 16-12-11 en el ERE 240/11, lo que suma 330 días, y deducido dicho periodo el importe de la indemnización asciende a 32.037,50€. Pues bien, descontando los 330 en que el actor no prestó servicios efectivos, en virtud de ERE suspensivo, en los periodos que constan probados, y calculada la indemnización en atención al salario mensual que se declara probado de 1389,20€, la indemnización asciende a 32.484,13 €, de la que se compensara la cantidad recibida de 17.770,95€, que en caso de readmisión deberá reintegrar el actor (art. 123 LRJS), por lo que procede estimar en parte el recurso.

TERCERO.- 1. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203 LRJS, se acuerda la devolución parcial de la cantidad consignada en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas. Devuélvase la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre de I.R. SA, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Alicante, de fecha 31-marzo-2014, en virtud de demanda presentada a instancia de W.P.T.; y, declaramos que el importe de la indemnización fijada en el fallo asciende a 32.484,13€, -de la que se compensara la cantidad ya recibida de 17.770,95€-, manteniendo en el resto la sentencia de instancia.

Se acuerda la devolución parcial de la cantidad consignada en la cuantía que corresponda a la diferencia de las dos condenas. Devuélvase la cantidad objeto del depósito constituido para recurrir.

Sin costas.

1944

Sentencia núm. 2.918, de 11 de diciembre de 2014.

Materia: Despido. Trabajadora que presta sus servicios como educadora en centro residencial de la tercera edad. Extinción de la relación laboral por causas económicas. Declaración de concurso de acreedores. Insolvencia del deudor. La empresa no pone a disposición de la trabajadora la indemnización correspondiente en la fecha de despido. Declaración de improcedencia.

Juzgado: Estima la demanda declarando improcedente el despido de la actora, obligando a la empresa demandada a la readmisión de la misma o al abono de la indemnización correspondiente más los salarios de tramitación devengados.

Sala: Estima el recurso y declara procedente la extinción de la relación laboral por causas objetivas. La situación concursal de la empresa es anterior a la fecha del despido, por lo que es imposible cumplir con el requisito de la entrega simultánea de la indemnización por dicho despido en el momento de la entrega de la comunicación extintiva. Se tiene por cumplidos los requisitos de la carta de despido por causas económicas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de la empresa demandada se formula recurso de suplicación contra la sentencia recaída en la instancia, que declaró la improcedencia del despido del que fue objeto la trabajadora demandante, con las consecuencias económicas que se plasman en la parte dispositiva de la expresada resolución.

En el presente recurso, que se fundamenta en dos motivos formulados respectivamente amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS, se interesa en primer lugar, y con adecuado respaldo procesal, la revisión del hecho declarado probado primero, al entender que se ha producido un error en el cálculo del módulo salario- indemnización. Y en efecto, entendemos que el error denunciado se ha cometido ya que la sentencia a quo recoge en su hecho primero un salario bruto anual de 19.555,26 euros, lo que dividido entre 365 días, arroja un módulo salarial de 53,58 € diarios en lugar de los 54,58 € que recoge el hecho probado, por lo que procedemos a la rectificación en tal sentido.

Por otra parte, la recurrente interesa que se adicione determinados nuevos hechos probados al relato fáctico, en concreto que se añada uno que precise el número de trabajadores de la citada empresa a la fecha del despido (plantilla superior a 25 trabajadores), otro más donde se consigne que la actividad económica de aquella es la explotación de una residencia de la tercera edad, así como diversos datos económicos de explotación en los años 2011 y 2012, y finalmente un tercer ordinal que precise que dicha compañía, por sentencia firme del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de

Valencia de 21 de septiembre de 2012 ha sido declarada en concurso de acreedores, habiendo sido nombrado administrador concursal D. J.R.M., estando las facultades de administración de dicha empresa sometidas a la intervención del administrador concursal. También pide se haga constar la certificación de saldos bancarios a 15-6-2013 por el administrador concursal y que los importes disponibles están reservados para hacer frente a los gastos ineludibles para el funcionamiento de la residencia.

Motivo que debe decaer en parte, pues la adición solicitada referente al número de trabajadores que ocupaba aquella al tiempo del despido es completamente irrelevante, al igual que la determinación de la actividad económica de la sociedad, ya explicitada en otro pasaje de la sentencia, mientras que si bien la declaración del concurso es un dato que se precisa en el relato fáctico, no se señala la fecha de la misma, de modo que debe ser incorporada al factum de la sentencia en la medida que tiene relevancia para el éxito del recurso, como luego se verá, de ahí que se acoge este último inciso. Respecto de los saldos, como ya obra a la fundamentación jurídica, no procede su reiteración.

SEGUNDO.- En lo que respecta a la censura del derecho aplicado, el siguiente motivo, y bajo correcto amparo procesal, censura a la sentencia la infracción del artículo 53.1 “b” del ET, en relación con el artículo 217 de la LEC, pues habiéndose estimado en la sentencia la concurrencia de la causa objetiva alegada por la demandada para extinguir el contrato de la trabajadora adscrita a dicho centro, como quiera que la citada empresa no puso simultáneamente a disposición de aquella la indemnización prevista legalmente al tiempo del despido, declaró la improcedencia de dicha decisión extintiva, discutiéndose en el motivo si se debió poner a disposición la indemnización legal en tanto existente dicha situación de concurso.

Antes de seguir debemos indicar que un supuesto similar al presente, de otra trabajadora de la misma empresa también despedida por causas económicas, ha sido resuelto por esta Sala en la sentencia de 2-12-2012 recaída en el recurso nº 2417/2014, por lo que elementales razones de igualdad en aplicación de la ley y seguridad jurídica determinan que estemos a lo en ella resuelto.

Como se razona en la sentencia de esta misma Sala y Sección, antes citada, el motivo de censura jurídica debe prosperar, “pues como quiera que la declaración de concurso de acreedores procede en caso de insolvencia del deudor, atendida la fecha de la sentencia del juzgado que establece dicha situación concursal, anterior a la fecha del despido por causas económicas enjuiciado en la instancia conforme reza el segundo hecho probado, es obvio que la empresa recurrente carecía de liquidez para poder hacer frente a la indemnización legal en el momento de la entrega de la comunicación extintiva, precisamente a resultas de dicha insolvencia, pues es ilusorio que en dicha situación tenga tesorería para atender dicha obligación, de ahí que se tengan por cumplidos los requisitos de la carta del despido objetivo por causas económicas al demostrarse la imposibilidad de cumplir con el requisito de la entrega simultánea de la indemnización por dicho despido, aplicándose por tanto la previsión recogida en el artículo 53. 1 “b”, párrafo 2º del ET”.

En consecuencia, se estimará el recurso y se revocará la sentencia, procediendo asimismo la estimación del último de los motivos de censura jurídica, ya

que, como establece el art. 53.5.a) del ET, “en los casos de procedencia el trabajador tendrá derecho a la indemnización prevista en el apartado 1 de este artículo” (apartado que es el que se denuncia como infringido por la recurrente y que estipula 20 días por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores y con un máximo de 12 mensualidades), y dado que no la ha recibido, procede condenar a la empresa a su pago a la trabajadora demandante, en la cuantía de 2.003,89 € (1,87 años x 20 días x 53,58 € día), de conformidad con la modificación de salario aceptada y demás datos del hecho probado 1º de la sentencia de instancia.

TERCERO.- Estimándose el recurso de la empresa no procede efectuar imposición de costas (art. 235.1 LRJS), procediéndose una vez sea firme esta resolución y de conformidad con el art. 203 LRJS a la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir, así como a la devolución del exceso entre la cantidad recogida en el fallo de la sentencia de instancia y la recogida en el fallo de esta sentencia.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la empresa R.T.M. SL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Benidorm de fecha 17 de marzo de 2014 y con revocación de la misma, declaramos la procedencia del despido de la actora de 30-6-2013, convalidando la extinción del contrato de trabajo que el mismo supuso; y condenamos a la empresa demandada R.T.M. SL, a que abone a la trabajadora A.M.LL. la cantidad de 2.003'89 € en concepto de indemnización por despido objetivo.

Procédase a la devolución al recurrente del depósito constituido para recurrir, así como a la devolución del exceso resultante entre la cantidad recogida en el fallo de la sentencia de instancia y la que es objeto de condena en este fallo.

Sin costas.

1945

Sentencia núm. 2.933, de 11 de diciembre de 2014

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad. Personal laboral indefinido que ejerce sus funciones como técnico superior al servicio de Entidad demandada. Reclasificación puestos de trabajo. Modificación de niveles y complementos. Diferencias retributivas. No consta la efectiva adhesión de la demandada al II Convenio Colectivo para el personal laboral al servicio de la administración autonómica. Indefensión material de la demandante. Violación del ET en relación con el convenio colectivo. Violación del Principio General del Derecho Laboral “respeto a los derechos adquiridos” u “condición más beneficiosa”.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo a la demandada de todos los pronunciamientos deducidos en su contra.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora y absolvió a la empresa demandada, 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, apartados a) y b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia incongruencia omisiva invocando la violación del artículo 218.1 de la LEC y del artículo 24.1 de la Constitución Española, y al mismo tiempo interesa en este motivo la revisión de los hechos declarados probados.

La parte recurrente no denuncia en el suplico de la sentencia que se repongan los autos al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión, lo que debería haber solicitado si consideraba que se había producido una infracción procesal por incongruencia, que es lo que establece el artículo 193 a) de la LRJS, por lo que la falta de la formalidad señalada sería suficiente para desestimar la citada alegación; no obstante se observa que la parte lo que pretende es introducir en los hechos probados que el II Convenio Colectivo del Personal Laboral de la Administración Autonómica Valenciana se aplica de facto a los trabajadores de la empresa demandada, y que se debió haber entrado en su valoración por cuanto es un hecho manifestado en la demanda y no se puede orillar so pena de incurrir en “incongruencia omisiva”, debiendo pronunciarse la sentencia sobre tal cuestión. Pero la denuncia no puede alcanzar éxito porque si lo que se pretende era introducir un determinado hecho la vía adecuada era la que dispone el apartado b) del artículo 193 de la LRJS para subsanar y rectificar los hechos declarados probados en el extremo que

le interese a la parte lo que efectivamente realiza, para luego por el apartado c) del precepto procesal aludido denunciar la infracción de la norma sustantiva aplicable, sin olvidar que el Juzgador de instancia al no acoger la demanda ha rechazado la misma y por lo tanto es congruente con lo pedido. Debiéndose tener en cuenta que para que exista vulneración del derecho reconocido en el artículo 24.1 de la C.E., al que alude la parte recurrente, no basta el mero incumplimiento formal de normas procesales ni basta cualquier infracción o irregularidad procesal cometida por los órganos judiciales, sino que de las mismas ha de derivarse un perjuicio material para el interesado, esto es, ha de tener una repercusión real sobre sus posibilidades efectivas de defensa y contradicción, pues no toda infracción o irregularidad procesal presuntamente cometida es suficiente para causar una indefensión material, lo que no se da en el presente caso.

SEGUNDO.- Se interesa la adición al hecho probado séptimo de la siguiente frase: “El referido convenio es el que se aplica “de facto” a los trabajadores de la empresa”, lo que pretende basar a la vista de la voluminosa prueba presentada, además del reconocimiento tácito de la empresa y el expreso de un miembro del Comité de Empresa, pero la adición fáctica no puede alcanzar éxito, por cuanto no resulta directamente sin necesidad de conjeturas, ni hipótesis, ni razonamientos de los documentos en que se basa, sin que sirva a tales efectos la prueba testifical del miembro del Comité de Empresa, ni la de ningún testigo por vedarlo el artículo 193 b) de la LRJS. Ni sirve a tal propósito revisorio la alegación de que la empresa haya hecho un reconocimiento tácito porque ello no se encuentra plasmado en un documento con eficacia revisoria del que resulte directamente el hecho que se pretende introducir.

También se interesa la revisión del hecho probado octavo para el que propone la siguiente redacción: “A fecha 31/10/13, EPSAR contaba con un total de treinta y seis Técnicos, de los cuales solo nueve de ellos han sido retornados a los niveles que tenían antes de Diciembre de 2.008, adicionando y constando que a alguno de los que se reconoció en Diciembre de 2.008 el nivel 20-38 continúan a dicha fecha con dicho nivel”, y para el caso de mantener la redacción exclusivamente para los técnicos del Departamento de Gestión del Canon habría que hacer la siguiente adición: “A tales tres les fue reconocido en Diciembre de 2.008 el nivel A-20-38, retornándoles al anterior en Octubre de 2.010, siendo la demandante la única de los tres que impugna judicialmente tal regresión”, revisión fáctica que no puede prosperar, en el primer párrafo ni el segundo porque no resultan directamente sin necesidad de conjeturas ni de análisis de los documentos en que pretende basarse, y porque además resulta irrelevante para cambiar el signo del fallo el número de técnicos y cuantos han retornado a los niveles que tenían antes de Diciembre de 2.008 y que alguno continúa con el nivel que le reconocieron en Diciembre de 2008, así como la variación relativa a los técnicos del Departamento de la actora, porque lo determinante en este caso es lo relativo a la situación de la actora, siendo la situación de los demás técnicos irrelevante para establecer los derechos de la demandante, porque no se acredita que todos los técnicos se encuentren destinados en los mismos puestos o realicen las mismas tareas, a los efectos de probar que existe discriminación entre unos y otros.

Se postula que se incluya en el ordinal fáctico precedente o en otro de nueva creación parte del contenido de lo manifestado por el Gerente de EPSAR con relación a la reclasificación de 18 puestos de trabajo, entre ellos se encuentra la de la actora, con la finalidad de evitar una situación de indiscutible agravio comparativo, y que al mismo tiempo que se degrada a la actora se mantiene a todos los trabajadores de nuevo ingreso en sus niveles retributivos, pero la revisión fáctica interesada no puede alcanzar éxito por cuanto se basa en un escrito del gerente de EPSAR que carece de eficacia revisoria por cuanto se trata de una declaración testifical documentada y por lo tanto ineficaz a efectos revisorios. Sin que otros extremos de la revisión resulten de este documento, ni de ningún otro citado por lo que tampoco puede prosperar.

TERCERO.- Se interesa la adición de un nuevo hecho probado con el ordinal 10 en el que se exprese la diferencia salarial entre el importe mensual del Complemento de Destino 13 y el 20, así como el importe del Complemento Específico de 32 y 38 a lo que añade la diferencia para el periodo de octubre 2.010 a octubre 2.013, pero la adición fáctica no puede alcanzar éxito, si se pretende basar en una norma por cuanto no sirve para establecer hechos en la premisa fáctica y si se basa en los documentos existentes a los folios que indica, que carecen de eficacia revisoria porque se trata de fotocopias no adveradas, que además no se refieren a la empresa demandada sino a la Generalidad Valenciana, y que tampoco son exactamente coincidentes con las cantidades a las que se alude en la revisión fáctica.

CUARTO.- En el examen de las normas sustantivas o de la jurisprudencia la parte recurrente considera que es de aplicación el II Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Administración Autonómica Valenciana, tanto “de facto” como “de iure”, por lo que considera que se ha violado el II Convenio Colectivo en cuanto a la aplicación correcta de los niveles correspondientes a cada trabajador ya que a la demandante le corresponde el sueldo base del grupo “A” de Técnico Superior y los Complementos de Destino y Especifico correspondientes a dicho grupo, así mismo también invoca la violación de los artículos 17 y 22 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el II Convenio Colectivo y la violación del artículo 14 de la Constitución Española y la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo que cita.

En primer lugar debe tenerse en cuenta que la parte recurrente se limita a aludir a violación de los artículos 17 y 22 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el II Convenio Colectivo y la violación del artículo 14 de la Constitución Española en relación con las disposiciones antedichas. Es criterio reiterado de la jurisprudencia que por conocido excusa su cita, que al tratarse el recurso de suplicación de un recurso extraordinario y excepcional, análogo al de casación, participa de la naturaleza formal del segundo, exigida con menor rigor, pero con respeto a una mínimos necesarios y que obligan a la observancia de la cita de los preceptos que se consideran supuestamente infringidos, pero no solo eso es necesario, sino también la exposición con suficiente precisión y claridad de las razones por las que entiende que se ha producido la vulneración de la norma, lo que no se efectúa respecto de los preceptos citados ya que no se especifica en que ha consistido la violación o infracción, por lo que respecto de esta cuestión, la Sala no puede construir “ex officio” el recurso en contra del principio de imparcialidad que regula la actividad jurisdiccional.

Por lo que se refiere a la violación del II Convenio Colectivo y la concreta jurisprudencia que cita, debe tenerse en cuenta, con relación a la sentencia del TS sala Cuarta de 7 de octubre de 2004 que cita la parte recurrente en apoyo de su pretensión, hay que señalar que no nos encontramos ante el mismo supuesto, y si bien la única coincidencia es que no existe convenio, el Convenio que pretende aplicar al caso la parte recurrente II Convenio Colectivo para el Personal de la Administración Autonómica Valenciana no se aplica directamente a la empresa demandada sino que de acuerdo con el art. 2 del expresado Convenio “podrá” ser de aplicación al personal laboral dependiente de organismos, instituciones y empresas públicas dependientes de la Generalitat Valenciana que soliciten su adhesión, pero en el presente caso aunque se han iniciado los trámites para formalizar la adhesión referida, no consta la efectiva adhesión de la empresa demandada, como se desprende del hecho probado séptimo de la sentencia de instancia. Y no sirve a tal propósito la alegación de que de facto la empresa viene aplicando tal convenio porque es un extremo que no resulta acreditado. Y con respecto a la sentencia que cita de la Sala de Cataluña de 17-01-2006, con independencia de que se trata de una resolución de otra Sala de un Tribunal Superior, tampoco es coincidente con el supuesto analizado ya que allí ya se venía aplicando un convenio colectivo, lo que no se acredita en el presente supuesto. La circunstancia de que en algunos aspectos, como materia de permisos, licencias vacaciones o cuestiones de jornada laboral, como indica la parte impugnante del recurso, se tienda a aproximar las condiciones laborales de este personal con el resto del personal al servicio de la Administración Pública, no es suficiente para considerar que debe aplicarse un convenio colectivo o que de facto se aplica el pretendido, porque se trata de cuestiones puntuales negociadas con la representación de los trabajadores de la empresa demandada, pero no por aplicación del II Convenio Colectivo para el Personal de la Administración Autonómica Valenciana.

QUINTO.- Sostiene la parte recurrente que no es nula la correcta adscripción profesional de la demandante llevada a cabo por el Gerente de EPSAR por el hecho de que no hubiera sido llevada a cabo con la expresa aprobación por la Dirección General de Presupuestos, e invoca la aplicación indebida de los artículos 30 y 31 de la Ley de Presupuestos de la Generalidad Valenciana y la inaplicación del Decreto 170/1992 de 16 de octubre, así como la vulneración de la sentencia del TSJ de Canarias de 16 de septiembre de 2010 (rec.1.492/2009), así como la sentencia del Tribunal Supremo de 28-9-2004 (re.4480/2003), y la de 29-4-2013 (EDJ 2913/78502) y alega la parte recurrente que estamos no ya ante la realización de funciones de categoría superior ordenada por un jefe superior sino ante el reconocimiento por parte del mismo gerente de la empresa de la categoría y complementos retributivos mínimos legales establecidos por el Convenio Colectivo aplicable.

Como la propia parte recurrente señala no nos encontramos ante funciones de la categoría superior ordenada por un jefe superior, lo que podría permitir la aplicación de la doctrina jurisprudencial a la que se alude, sino ante el reconocimiento por parte del mismo gerente de la empresa demandada de la categoría y complementos retributivos mínimos legales establecidos por el Convenio Colectivo que considera aplicable la parte actora, y que para la empresa se postulan por analogía con el personal de la Generalidad Valenciana por estimar que son inferiores los que percibe su personal en puestos similares de la Generalidad, para

cuyo supuesto la jurisprudencia citada no resulta aplicable. Sin olvidar que la parte recurrente siempre alude al Convenio Colectivo aplicable y no consta que todavía lo sea a tenor de los hechos declarados probados que son los que vinculan en el presente caso.

No se especifica en el presente apartado del recurso de suplicación por parte de la actora recurrente en que ha consistido la aplicación indebida de los artículos 30 y 31 de la Ley de Presupuestos de la Generalitat Valenciana y la inaplicación del Decreto 170/1992, de 16 de octubre, y como ya se anticipo a propósito de omisión parecida, se hace necesaria la exposición con suficiente precisión y claridad de las razones por las que entiende que se ha producido la vulneración de la norma, lo que no se efectúa respecto de los preceptos citados ya que no se especifica en que ha consistido la aplicación indebida, por lo que respecto de esta cuestión, la Sala no puede construir “ex officio” el recurso en contra del principio de imparcialidad que regula la actividad jurisdiccional.

Continúa el recurso señalando que desde el momento en que se le empieza a retribuir correctamente a la trabajadora existe una aceptación tácita por parte de la Dirección General de Presupuestos y Gastos, y lo que no puede hacer ese órgano administrativo es, transcurridos dos años decidir que aquel reconocimiento es nulo porque no consta aun su propio reconocimiento expreso. Y además indica que no se sobrepasa con el aumento de la masa salarial el límite de gasto. Esta última cuestión no resulta acreditada y por lo tanto en nada afecta al fallo de la sentencia impugnada. Pero con independencia de esta alegación, debe tenerse en cuenta que por el hecho de que se comience a abonar unos importes relativos a unos complementos no puede quedar inamovible el reconocimiento por cuanto el art. 31 de la Ley 15/2007, de 27 de diciembre de la Generalidad Valenciana, de Presupuestos para el ejercicio 2008, regulador de los “Requisitos para la determinación o modificación de retribuciones del personal laboral y no funcionario”, al igual que el art. 31 de la Ley 17/2008, de 29 de diciembre de Presupuestos de la Generalidad para el año 2009, el art. 31 de la Ley 13/2009, de 29 de diciembre de Presupuestos de la Generalidad para el año 2010 y el art. 31 de la Ley 17/2009, de 30 de diciembre de Presupuestos de la Generalidad para el año 2011, establecen en el punto 1., que para el año 2008, al igual que para los siguientes 2009 a 2011, será preceptivo el informe favorable de las Consellerías de Economía, Hacienda y Empleo y de Justicia y Administraciones Públicas para proceder a determinar o modificar las condiciones retributivas del personal no funcionario y laboral al servicio de la administración de la Generalitat y sus entidades autónomas. Las Sociedades mercantiles y los entes de derecho público a que se refieren el art. 5 del texto refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalidad Valenciana, aprobado por Decreto Legislativo de 26 de junio de 1991 del Consell, recabaran el preceptivo informe favorable de la Consellería de Economía, Hacienda y Empleo, reseñándose en el punto 2. que a los efectos de este artículo, que se entenderá por determinación o modificación de condiciones retributivas del personal no funcionario, y estableciéndose en el punto 4 que serán nulos de pleno derecho los acuerdos adoptados en esta materia con omisión del trámite de informe o en contra de un informe desfavorable, considerando de acuerdo con el apartado anterior, así como los pactos que impliquen crecimientos salariales para ejercicios sucesivos contrarios a lo

que determinen las futuras leyes de Presupuestos. Por lo que la empresa demandada no está capacitada para pactar modificaciones salariales precisando informe favorable de la Conselleria de Economía, Hacienda y Empleo para llevar a cabo modificaciones en las retribuciones del puesto de trabajo de la demandante. Hallándose la empresa demandada sometida a la estricta observancia de los topes o condicionamientos instituidos en las leyes de presupuestos no siendo viable trasladar los incrementos retributivos previstos en convenios afectos y regulados para una actividad privada obviando los requisitos antes señalados, careciendo de eficacia jurídica los incrementos retributivos que superen lo establecido en la correspondiente Ley de Presupuestos, ya que por el sistema de fuentes de la Legislación española recogido en el art. 3.1 del E.T. se parte de la supremacía de la Ley sobre los convenios colectivos y la voluntad de las partes, debiéndose adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico. Por lo que estando la empresa vinculada por lo dispuesto en las sucesivas Leyes de Presupuestos debe respetarse la decisión de la Dirección General de Presupuestos y Gastos que vincula a la empresa demandada. Sin que pueda considerarse que existe una aceptación tácita por parte de la Dirección General de Presupuestos y Gastos por el transcurso del tiempo en considerar nula la reclasificación efectuada por la empresa demandada, y deviene nula e incorrecta la adscripción profesional de la actora efectuada por la empresa demandada al no obtener la aprobación necesaria por la Dirección General de Presupuestos y Gastos.

SEXTO.- La parte actora en este motivo del recurso invoca la violación del Principio General del Derecho Laboral de “Respeto a los Derechos Adquiridos” u “condición más beneficiosa”, por lo que reconocido un nivel no se le puede volver al nivel precedente, casi dos años después.

Debe recordarse que las tradicionalmente llamadas condiciones más beneficiosas, no son más que derechos atribuidos a los trabajadores sin consideración y por encima de los límites mínimos fijados en las normas de derecho necesario, integrando una ventaja patrimonial emanada del propio querer de las partes, tienen el alcance y significado que éstas les den, bien de forma expresa, bien a través de la reiteración de actos inequívocos que reflejen su contenido real, teniendo esta fuente de derechos y recíprocas obligaciones su fundamento legal en el artículo 3.1.c) del Estatuto de los Trabajadores y en la doctrina jurisprudencial, y para su apreciación se hace necesario acreditar la existencia de una voluntad de la patronal de conceder un beneficio superador de las exigencias legales que puedan regir en la materia, así como la efectiva concesión de aquel que lo deje ya consolidado, circunstancias que no concurren en el presente supuesto porque la decisión y voluntad del gerente de la empresa demandada que tuviera que conceder ese derecho, en el presente supuesto no era bastante para reconocer el pretendido derecho, ya que dependía de la aceptación expresa por parte de la Dirección General de Presupuestos y Gastos, al tratarse de una materia retributiva, lo que no se ha producido.

Y lo mismo debe predicarse, en este caso, respecto de la doctrina de los propios actos que se refiere a los casos en que en un principio se reconoce a otro un derecho o beneficio, lo cual impide su posterior denegación o revocación por parte de quien había efectuado tal reconocimiento, ya que en el supuesto que nos ocupa el

reconocimiento del derecho no se produce hasta que por parte de la Dirección General de Presupuestos y Gastos se acepta expresamente, por lo que la actuación de la empresa demandada quedaba condicionada a tal aprobación y por lo tanto no se había adquirido ni consolidado derecho alguno, por lo que era susceptible de ser denegado.

SÉPTIMO.- Se alega por la parte recurrente en este motivo del recurso que la Administración no puede unilateralmente anular actos administrativos antecedentes reconocedores de derechos, debiéndose someter la empresa EPSAR como entidad de Derecho Público al Derecho Administrativo, por lo que considera la parte recurrente que se ha violado el artículo 103 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común sobre revisión por la Administración de actos favorables para los interesados, así mismo también invoca la violación del artículo 63 de la misma LRJAPYAC sobre nulidad de pleno derecho de los actos administrativos prescindiendo del procedimiento legalmente establecido, invocando la sentencia que cita de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad de Madrid, alegando, en síntesis, que la decisión de la Dirección General de Presupuestos de anular un acto previo de reconocimiento de derechos a la demandante es un acto administrativo, éste sí, nulo de pleno derecho por dictarse con ausencia total de procedimiento, aparte de que sea contrario a derecho “en el fondo”.

Alega la parte impugnante del recurso que la cuestión alegada por la parte recurrente es una cuestión nueva no planteada en la instancia, por lo que debe ser rechazada ad límine en sede de suplicación. No obstante alega la carencia de fundamento de la alegación de la parte actora en el sentido de que la empresa demandada es una entidad sometida al derecho privado, conforme a su normativa reguladora, no siendo de aplicación la referida Ley Rituaria más que cuando ejerza potestades administrativas, por ejemplo cuando se trate de cuestiones relativas a su actividad fundamental, la recaudación del canon de saneamiento, circunstancia que no acontece en el presente caso, en el que se trata de una cuestión retributiva de uno de sus trabajadores, plenamente sujeta al derecho laboral, y únicamente en cuanto tal sujeta, en principio, a la exigencia formal de reclamación previa.

Con independencia de la anterior alegación, debe tenerse en cuenta que las alegaciones de la parte recurrente no pueden prosperar. No resulta aplicable al presente caso la sentencia a la que se alude por no contemplar un supuesto de hecho idéntico al presente, ni nos encontramos ante un derecho adquirido que haya hecho propio la actora y que le es arrebatado, como sostiene la parte recurrente, por un acto administrativo de la Administración que no puede unilateralmente anular actos administrativos antecedentes reconocedores de derechos. Como ya se anticipó en el fundamento de derecho precedente, la empresa demandada por medio de su gerente no disponía de la capacidad necesaria para consolidar el derecho controvertido, ya que dependía el hipotético reconocimiento del derecho de la aceptación o aprobación expresa por parte de la Dirección General de Presupuestos y Gastos, lo que no se ha producido y por lo tanto no se ha anulado de forma unilateral un acto reconocedor de derecho, ya que no se había adquirido ni consolidado derecho alguno mientras no se produjera la aprobación por la expresada Dirección General de Presupuestos, la cual tampoco ha actuado revisando un acto en el que se hubiera declarado un derecho

previo a favor de la actora, por cuanto ya se ha señalado que el derecho no se había consolidado por estar pendiente del trámite necesario para adquirir tal condición, por lo que no se aprecia vicio en el procedimiento. Razones que llevan a desestimar el recurso y a confirmar la sentencia de instancia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D^a V.G.G. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de fecha 21 de enero de 2014 en virtud de demanda formulada contra ENTIDAD PÚBLICA DE SANEAMIENTO DE AGUAS RESIDUALES DE LA COMUNIDAD VALENCIANA y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

1946

Sentencia núm. 2.956, de 18 de diciembre de 2014

Materia: Despido: Declaración de improcedencia y reclamación de cantidad derivada de pacto contractual. Trabajadora con contrato de trabajo para servicio determinado en entidad radiotelevisiva. Abono de indemnización pactada por cese. La actora es nombrada Jefa de Sección directamente por el Director General del Ente, el cual resulta cesado. Reconocimiento de indemnización de 45 días por año con motivo del cese de la trabajadora.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda. Se absuelve a la entidad demandada de la pretensión de despido improcedente formulada por la actora, condenando a la entidad a abonar determinada indemnización por cese.

Sala: Estima el recurso de la entidad demandada en la instancia y declara no haber lugar a la indemnización por cese contemplada en la misma.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que, estima en parte la demanda, y condena al abono de la indemnización pactada por su cese, recurre RTVV alegando cometida la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia, en concreto los arts 31 y concordantes de la Ley 1772010 de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para el ejercicio del 2011, así como las sucesivas, alegando que en la suscripción de dicho contrato se han omitido los informes preceptivos para aquellos pactos que implican crecimientos salariales no autorizados. Alega igualmente que esta Sala ya ha resuelto en supuestos relativos a la aplicación del régimen de las normas presupuestarias, con cita de la sentencia nº 1251/2014.

A fin de delimitar el supuesto analizado de otros similares ya resueltos o pendientes de resolver por la Sala, debemos concretar que el supuesto de hecho recogido en la demanda pretendía la declaración de improcedencia del despido y la reclamación de cantidad derivada del pacto contractual según el cual el cese de la actora como Jefa de la Sección de Entretenimientos, nombrada directamente por el Director General, y dependiente de su mantenimiento en dicho puesto, conllevaba al cese el abono de una indemnización de 45 días por año. Rechazada la consideración de despido improcedente, se discute ahora en el recurso si procede mantener la condena al abono de la indemnización pactada.

SEGUNDO.- Hay que señalar, por haberlo así declarado ésta sala en resoluciones precedentes (SSTSJ CV resolutorios de RS 2097/08 y 1948/08) que el cargo de la actora, a la vista del contrato suscrito, que lo liga directamente a la persona del Director General del ente público RTVV, debe considerarse un cargo de confianza ligado al nombramiento de aquel, por lo que resulta inevitable que el cese del primero

conlleve la extinción del contrato del citado cargo de confianza. En el caso analizado es cierto que la actora se mantuvo con posteriores Directores del ente público, pero tal dato solo es revelador de que la confianza en el cargo fue renovada por los posteriores, sin que ello motive una distinta calificación de la naturaleza de la relación, como se razona correctamente en la instancia. En aquellos supuestos solo se discutían las indemnizaciones adicionales, dado que la entidad había abonado sin discusión las que estimó oportunas a cada supuesto de hecho.

Se trata, por tanto, de un personal que, de acuerdo con lo asimismo declarado así mismo por ésta sala en sentencia resolutoria del recurso de suplicación nº 2046/2014, que recoge de forma más actualizada los ceses motivados por la situación de crisis empresarial, que motivó la existencia de expedientes de regulación de empleo y finalmente, la desaparición de la entidad pública, desde la perspectiva de la Ley 7/2007 de 12 de Abril del EBEP y bajo la rúbrica de “personal directivo profesional” se trata de personal, ajeno al Convenio, excluido de las reglas generales de contratación de los entes públicos (igualdad, mérito y capacidad), y que, aunque su prestación de servicios haya podido exceder el tiempo de ejercicio de las funciones del Director que lo nombró no por ello puede devenir en una relación indefinida. La misma sentencia, que recoge un caso muy similar al analizado, ya ha resuelto, en contra de lo declarado en la instancia, que conceder la indemnización declarada implica contravenir la legalidad invocada, con cita del art 26 de la Ley 1772008 de 29 de diciembre. Aunque se trate de un supuesto de hecho discutible, desde la perspectiva de la situación analizada, con matices diferenciales en relación a los asuntos ya resueltos en el año 2008, el correcto entendimiento de los principios de coherencia, seguridad e igualdad aconsejan que la sala aplique el mismo criterio a los supuestos de hecho similares. Por ello, debemos proceder a estimar el recurso del ente RTVV y proceder a revocar la sentencia de instancia, que dejamos sin efecto, y proceder a la íntegra desestimación de la demanda, absolviendo al ente público Radiotelevisión Valenciana SAU, en liquidación.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de RADIOTELEVISIÓN VALENCIANA SAU (en liquidación), contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. CATORCE de los de VALENCIA, de fecha 4 de Junio del 2014, en virtud de demanda presentada a instancia de D^a. M.T.L.L.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

1947

Sentencia núm. 2.988, de 18 de diciembre de 2014

Materia: Invalidez: Revisión grado de incapacidad. Trabajadora que presta sus servicios como limpiadora. Se declara a la actora en situación de invalidez permanente total para ejercicio de su profesión habitual. Tras informe médico posterior se emite dictamen en el que se propone no afecta de incapacidad permanente. La actora solicita revisión grado por agravamiento de sus dolencias y limitaciones.

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. Se declara a la actora afecta de una incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, con derecho a la percepción de una prestación equivalente al 55% de su base reguladora. Se condena a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación en los términos indicados.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurso que se examina formalizado por la representación letrada de la demandante plantea dos motivos de impugnación frente a la sentencia de instancia. El primero se formula amparado en el apartado b) del art.193 de la LJS y dentro del mismo se solicita la adición de un nuevo hecho probado que se numeraría como cuarto tendente a recoger el cuadro de dolencias que presentaba la actora a fecha de la revisión -25/5/2012- y que se reflejan en las pruebas objetivas de imagen realizadas a la actora y en los informes médicos del Dr. C. del servicio público de salud, así como del propio expediente administrativo.

La pretendida adición fáctica no podrá tener favorable acogida ya que lo que pretende el recurrente es que la Sala efectúe una nueva valoración de la prueba con amplia referencia a los informes y pruebas suministradas al proceso y olvidando que dicha misión es competencia del órgano jurisdiccional de instancia. Además la juzgadora ya delimita en el hecho probado segundo las dolencias y limitaciones de la parte actora y en los concretos términos que aparecen en el Informe Médico de Síntesis obrante en los folios 81 y 82 de los autos, y a cuyo contenido preciso, por no expresamente impugnado, habrá que estar.

SEGUNDO.- Al amparo procesal del apartado c) del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social se denuncia la aplicación indebida del art. 143 del Texto Refundido de la LGSS así como la infracción del art.137.1. b) de la misma Ley. A criterio de la representación letrada de la recurrente, la patología que presentaba la actora, a fecha 22/5/2008, y la que presenta a fecha de la revisión, no solo no ha mejorado sino que

se ha visto incrementada y agravada, por lo que la misma continúa inhabilitada para poder desempeñar las tareas habituales de la profesión de limpiadora (régimen general).

Nos encontramos ante un procedimiento de revisión de grado de incapacidad por mejoría clínica de la beneficiaria y que encaja en lo establecido en el artículo 143.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, y el Real Decreto 1.300/95, de 21 de julio, que lo desarrolla, que contemplan la posibilidad de que se pueda proceder a la revisión por agravación o mejoría del estado invalidante del beneficiario, exigiéndose la concurrencia de dos requisitos básicos : a) que tal agravación o mejoría se haya producido; y b) que la misma sea de entidad suficiente para subsumir las lesiones o dolencias que padece el solicitante en el nuevo grado de incapacidad postulado, en el supuesto de agravación, o que tales lesiones han evolucionado de manera tan favorable que ya no se ostenta derecho a ser mantenido en el grado de incapacidad reconocido, aunque puede serlo en otro inferior. En ambos casos se exige un estudio comparado de las secuelas que la trabajadora presentaba antes y a fecha de la revisión acordada por la entidad gestora.

Como señala nuestro Alto Tribunal en la sentencia de 22-12-2009, rec. 2066/2009, "la "mejoría " que justifique la revisión exige conceptualmente no sólo comparar dos situaciones patológicas (la que determinó la declaración de IP y la existente cuando se lleva cabo la revisión) y llegar a la conclusión de que ha variado el cuadro de dolencias, sino -sobre todo- que esta variación tiene trascendencia cualitativa en orden a la capacidad de trabajo del declarado en IP, en tanto que alcance a justificar la modificación del grado reconocido, de forma tal que si las secuelas permanecen sustancialmente idénticas no hay cauce legal para modificar la calificación en su día efectuada.

Para dar adecuada respuesta al motivo es necesario partir del relato histórico de la sentencia en el que se constata que la actora de profesión limpiadora tenía reconocida la prestación de IPT para la profesión de limpiadora en base a resolución del INSS de fecha 17/6/2008 y por presentar como deficiencia una lumbociática. Iniciado de oficio expediente de revisión se dictó resolución por el INSS en fecha 2/7/2012 declarando a la actora no afecta de IP. La demandante presentaba: *lumbociática, hernia discal L4-L5 y sacroileitis. Como limitaciones funcionales las que impliquen tareas de marcha prolongada o carga de objetos pesados.*

Pues bien, observados y comparados ambos cuadros clínicos no vemos atisbo alguno de mejoría por parte de la actora sino que a la lumbociática que presentaba en el año 2008 se le ha adicionado dos dolencias nuevas que son la hernia discal y la sacroileitis, presentando la demandante limitación para tareas de marcha prolongada y de carga de objetos pesados que son propias de la profesión habitual, por lo que con la indicada pluripatología no solo se evidencia que la dolencia inicial ha subsistido sino que se ha producido la adición de nuevas dolencias, de ahí que estimemos que no habiéndose acreditado mejoría relevante en el estado clínico de la demandante la misma deba seguir siendo acreedora de la prestación de incapacidad permanente total en su día reconocida.

En consecuencia, procederá estimar el recurso, revocar la sentencia combatida y estimando la demanda formulada por la demandante frente al Instituto demandado, mantener a la misma en el grado de incapacidad permanente total, con derecho a la percepción de la correspondiente prestación en la forma reglamentaria, del 55% de su base reguladora de 612,65 euros, y fecha de efectos de 1/8/2012.

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación de R.R.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social NÚMERO CATORCE de VALENCIA y, con revocación de la misma, estimamos la demanda formulada por la representación de R.R.A. frente al Instituto Nacional de la Seguridad Social; declaramos a la demandante afecta de incapacidad permanente total para su profesión habitual de limpiadora, con derecho a la percepción de la correspondiente prestación, en la forma reglamentaria, del 55% de su base reguladora mensual de 612,65 euros, con fecha de efectos de 1/8/2012, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación en los términos indicados.

1948

Sentencia núm. 2.993, de 19 de diciembre de 2014

Materia: Conflicto colectivo. Trabajadores al servicio de empresa municipal de transporte. Licencia retribuida del trabajador en casos de ausencia por alumbramiento de esposa, enfermedad grave o fallecimiento de esposa, hijos, padres de uno u otro de los cónyuges, nietos o abuelos, que requieran desplazamiento. Ampliación del permiso establecido por la empresa. Alcance del término desplazamiento.

Juzgado: Estima la demanda declarando el derecho de los trabajadores de la empresa demandada a disfrutar de una licencia retribuida de 5 días en los casos de desplazamiento por parte del trabajador por alumbramiento de esposa, enfermedad grave o fallecimiento de cónyuge, hijos padres de uno u otro de los cónyuges, nietos, abuelos o hermanos, cuando se requiera desplazamiento.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa no puede fijar unilateralmente la extensión de los días por desplazamiento sino que deben ser las representaciones legales de ambas partes las que concreten a través de la negociación el alcance del término convencional aludido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la “Empresa Municipal de Transportes de Valencia, SA”, en adelante EMT, se formula recurso frente la sentencia recaída en la instancia, en proceso de conflicto colectivo, que estimó la pretensión planteada por el comité de personal de dicha compañía y declaró el derecho de los trabajadores a disfrutar de una licencia retribuida de cinco días en los casos de necesidad de desplazamiento por parte del trabajador con motivo de alumbramiento de esposa, enfermedad grave o fallecimiento de cónyuge, hijos, padres de uno u otro de los cónyuges, nietos, abuelos o hermanos.

Dicho recurso plantea en primer término, con amparo en el artículo 193 “b” de la LRJS, un motivo destinado a la revisión de los hechos probados, en concreto del primero de ellos, donde la sentencia refleja que la empresa ha establecido que serán tres los días en que el trabajador se podrá ausentar, con derecho a remuneración, en los casos apuntados líneas arriba que requieran desplazamiento, pretendiéndose su sustitución por una frase que exprese que la EMT intentó pactar con la representación de sus trabajadores unos criterios para determinar de forma objetiva cuándo se requiere un desplazamiento, y por tanto, procede la ampliación del permiso recogido en el artículo 46 del convenio colectivo a cinco días, acudiendo la empresa, tras fracasar esos intentos, al criterio del ámbito del Área Metropolitana, de modo que en los supuestos antes citados el trabajador se podrá ausentar durante tres días, con derecho a remuneración, si no tiene que salir del área metropolitana y durante cinco días si tiene que salir de ella.

Pero el motivo debe decaer, pues no resulta relevante consignar dicha frase en el entendimiento de que lo que se debe discernir en este proceso no es otra cosa que el alcance que debe darse al precepto convencional donde se recogen dichas licencias retribuidas, no teniendo mayor significación que no hubieran fructificado los intentos para lograr un pacto al respecto de dicha materia, pues es obvio que de haberse logrado no se hubiera traído la cuestión a los tribunales.

SEGUNDO.- En el apartado destinado al examen del derecho aplicado, y bajo correcto amparo procesal, se censura a la sentencia la infracción del artículo 37. 3 “b” del ET en relación con la sentencia de TS de 4 de junio de 2012.

Se argumenta que la regulación convencional existente en la empresa se recoge en el artículo 46. 3 del Convenio de EMT, con una regulación similar al ET sobre dicha cuestión, con la salvedad de que la ampliación de dos a cuatro días prevista en la ley cuando el trabajador necesite hacer un desplazamiento al efecto de las causas enunciadas como licencia retribuida se mejora en el convenio aumentándola de dos a cinco días, y al hilo de los razonamientos recogidos en la sentencia aludida se intentó llegar a una inteligencia respecto el concepto “desplazamiento”, para afinar su alcance, pues la representación de los trabajadores consideraba que siempre que se salía del municipio de la residencia del trabajador para usar de la oportuna licencia existía un desplazamiento.

La decisión objeto de recurso parte de lo resuelto en una antigua sentencia del Juzgado de lo Social nº 12 de Valencia, fechada el 23 de mayo de 2000, pero en la que no se abordaba exactamente el mismo problema que se suscita aquí, pues entonces la empresa ahora recurrente restringía a tres o cuatro días la licencia prevista cuando existía la necesidad del desplazamiento, partiendo de que el convenio, antes y ahora, asignaba hasta cinco días en este particular, y al dar a aquella resolución eficacia de cosa juzgada zanja la controversia, en definitiva sin valorar el alcance que debe darse al término “desplazamiento”, que es donde reside el problema, pues en puridad no consta se solicitase del juez social dicha interpretación, más allá de que la empresa, obviamente con desacierto, en ocasiones considere que la ampliación de los días de licencia deba restringirse a tres, cuando la norma pactada claramente fija “podrá ampliarse hasta tres más cuando se necesite realizar un desplazamiento”, partiendo de los dos días iniciales que no se discuten.

Aunque en realidad la solución, en los términos en que se plantea el presente conflicto colectivo, no podría ser otra que la de confirmar la sentencia recurrida, pues lo que no cabe es que los tribunales se encarguen de realizar un dictamen, no se escapa que el término desplazamiento recogido en la norma, tanto legal como pactada, y como sinónimo de viaje o de moverse una persona de un determinado lugar a otro, actualmente no puede tomarse en un sentido literal, pues la ampliación que la norma hace, incluso mejorando la regulación legal, de hasta cinco días en los casos de necesitarse dicho desplazamiento, está pensando sin duda en casos en que existe una distancia que haga preciso ampliar a alguna jornada más los

dos días recogidos con carácter general, pues de no ser así, cuando el municipio donde residen los parientes del trabajador dista bastante del de su residencia y las comunicaciones son deficientes, prácticamente entre la ida y el regreso se han consumido dichos dos días. Pero lo que no resulta actualmente lógico es que se amplíen a cinco días todos y cada uno de los desplazamientos realizados a un municipio distinto del de residencia del trabajador, sin mayor precisión, pues se darían ejemplos tan ilustrativos, por paradójicos, como el apuntado en el escrito de recurso con los agravios comparativos correspondientes, máxime la facilidad de las comunicaciones existentes hoy en día, sobremanera en un área territorial como la que es objeto de litigio. Cabría, por tanto, acudir a la conceptualización del desplazamiento tal cual realiza el artículo 40.4 del ET, al regular los desplazamientos temporales en la llamada movilidad geográfica, exigiendo que el afectado por la medida tenga que residir en una población distinta de la de su residencia habitual, precisamente por la distancia existente entre ambas localidades, al resultar imposible regresar a su domicilio tras cada jornada de trabajo.

Por tanto, deben ser las representaciones legales de ambas partes las que concreten a través de la negociación el alcance del término convencional aludido, para lo que pueden servir criterios como el del área metropolitana de Valencia, citada en el recurso, al englobar aquella entidad cuarenta y cinco municipios con distancias en todos los casos respecto la metrópoli no superiores a los dieciocho kilómetros, desplazamientos que en principio no precisan de la necesidad de pernoctar fuera del domicilio habitual, e igualmente se deberían resolver en dicho ámbito de negociación los problemas derivados de una residencia del trabajador fuera de Valencia o de esa área metropolitana en el caso de servir como pauta orientativa, para que no quede a voluntad de la empresa cuando y como se amplía el plazo genérico de los dos días de licencia.

En definitiva, y como se dijo antes, tal y como se plantea el presente conflicto colectivo, y aún cuando se interprete que a tenor de la regulación convencional es a la empresa a quien corresponde ampliar hasta cinco días los casos en que la utilización de la licencia concedida al trabajador precise de un desplazamiento, la solución que debe imponerse ahora es la de confirmar la decisión judicial recurrida, abstracción hecha de que para evitar que sea la empresa la que decida de manera unilateral y exclusiva esa extensión, deberían pactarse los términos y condiciones de la ampliación de la licencia, solución que se antoja más cabal y para la que no deben existir en principio mayores dificultades.

En consecuencia, se deberá desestimar el recurso y confirmar la sentencia.

FALLO

Que debemos desestimar y desestimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de EMPRESA MUNICIPAL DE TRANSPORTES DE VALENCIA SA

contra la sentencia de 23 de mayo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 10 de Valencia en virtud de demanda formulada por COMITÉ DE PERSONAL DE EMT y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

1949

Sentencia núm. 2.999, de 18 de diciembre de 2014

Materia: Competencia de jurisdicción: orden jurisdiccional social. Existencia de relación laboral. Declaración de despido. Improcedencia extinción de la relación laboral. Trabajadora que presta sus servicios como odontóloga en clínica dental Contrato de arrendamiento de servicios de odontología. La trabajadora se encuentra dada de alta en el RETA. La actora ha permanecido de baja temporal durante varios periodos por dolor inespecífico de espalda. La clínica sostiene que ha existido un grave incumplimiento de una de las cláusulas de su contrato de arrendamiento de servicios suscrito. Extinción de contrato.

Juzgado: Estima la excepción de falta de competencia objetiva formulada por la parte demandada y desestima la demanda de la actora remitiendo a las partes al orden civil de la jurisdicción, al no tener la relación entre las partes naturaleza laboral.

Sala: Estima el recurso declarando la existencia de la relación laboral entre la empresa y la trabajadora demandante. Revoca la sentencia de instancia y dejando sin efecto el pronunciamiento, estima la demanda inicial declarando el carácter laboral de la relación. La comunicación efectuada por la clínica es constitutiva de un despido improcedente con las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Contra la sentencia de instancia que se declaró incompetente por razón de la materia interpone recurso la trabajadora. El recurso se articula en cinco motivos, los dos primeros redactados al amparo procesal de lo dispuesto en el apartado b del artículo 193 de la LRJS y el resto conforme a lo dispuesto en el artículo 193 c de la LRJS. Solicita en primer lugar la recurrente la modificación del hecho probado segundo para sustituir su actual redacción por la que se propone y damos por reproducida a efectos de la presente y en la que conforme a lo dispuesto en los documentos 4 y 5 (folios 127 y 128 se pretende adicionar circunstancias relacionadas con la retribución de los servicios, jornada de trabajo y horario habitual. Los documentos de referencia (agendas personales manuscritas) no evidencian error alguno en la valoración de los mismos, pues su contenido ha sido valorado por la Magistrada de instancia en el contexto del conjunto de pruebas practicadas tal y como se desprende del fundamento primero.

2. Se pretende en segundo lugar modificar el hecho octavo para adicionar parte del contenido del expediente sobre resolución arbitral de la reclamación efectuada por la Sra. S. contra la mercantil demandada (folios 44 a 77 del tomo I). La adición propuesta excede del ámbito de aplicación de la norma procesal invocada. En primer lugar, no se apoya en error manifiesto de valoración y además carece de

trascendencia puesto que la sentencia ya recoge el hecho indiscutido de que la reclamación se interpuso contra la clínica dental y que fue la mercantil la que asumió la responsabilidad frente al cliente.

SEGUNDO. 1. En los apartados tercero cuarto y quinto la actora denuncia la infracción de lo dispuesto en los criterios técnicos del Ministerio de Trabajo para la configuración de la relación contractual, y de los artículos 1 y 8. del ET, así como la doctrina seguida por la Sala IV y aplicada por diversos Tribunales Superiores cuyas citas literales damos por reproducida a efectos de la presente.

Efectivamente, sobre la cuestión aquí debatida, que se centra en dilucidar si la relación jurídica existente entre las partes litigantes debe calificarse como laboral o por el contrario, si cabe mantener la naturaleza de arrendamiento de servicios como las partes contratantes la han definido, ya se ha pronunciado esta Sala en distintas ocasiones y en supuestos similares al ahora examinado, entre otras, en la sentencia núm 2.041 de 21-6-2005, así como en las recaídas en los recursos de suplicación nº 3235/04, 3912/04, 1497/05 y 1777/05 y, lo que es más importante, se ha pronunciado también nuestro más Alto Tribunal en las sentencias de 7-11-07 (rec. 2224/06) y 27-11-07 (rec. 2211/06), así como en la más reciente de 12 de Febrero de 2008, Recurso: 5018/2005, confirmatoria de la sentencia dictada por esta Sala de fecha 21 de junio de 2005, en el recurso de Suplicación núm. 3966/04. Como se recoge en esta última sentencia *“Todas estas resoluciones judiciales coinciden en calificar las relaciones de servicios litigiosas como contratos de trabajo, argumentando, que la entidad demandada dispone de organización sanitaria propia para la prestación de los servicios; que el lugar, el horario establecido con carácter referencial, los medios materiales y personales han sido predispuestos por la entidad mercantil demandada; que la retribución es percibida a través de la empresa, la cual gestiona su cobro y el odontólogo está obligado a la prestación personal de los servicios, y finalmente que no obsta a la conclusión alcanzada las previsiones sobre sustituciones que, en caso de ausencia, les sustituye otro odontólogo de los contratados por la empresa.* Más extensamente la repetida sentencia de 27 de noviembre de 2007, fundamenta la decisión atendiendo a la argumentación que se pasa a exponer:

1) La calificación de los contratos no depende de cómo hayan sido denominados por las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto [SSTS, entre otras muchas, 11-12-1989 y 29-12-1999].

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

del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

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

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

5) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados [STS 31-3-1997], la adopción por parte del empresario --y no del trabajador-- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender [STS 15-4-1990 y 29-12-1999], el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo [STS 20-9-1995], y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones [STS 23-10-1989].

6) En el caso de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas [STS 15-4-1990 y 3-4-1992] o la percepción de igualas o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes [STS 22-1-2001]; en cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del paciente sino de la entidad de asistencia sanitaria en función de una tarifa predeterminada por actos médicos realizados [STS 7-6-1986] o de un coeficiente por el número de asegurados atendidos o atendibles, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena [STS 20-9-1995].

7) No está de más señalar, por último, que tanto en la profesión médica como en general en las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas [STS 11-12-1989].

8) A partir de estos razonamientos cabe concluir que se dan en el supuesto enjuiciado, las notas características de la relación laboral: a) voluntariedad y prestación de servicios "intuitu personae"; b) ajenidad, por cuanto los frutos del trabajo se transfieren "ab initio" al empresario, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios; c) los trabajos se prestan dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, sin que para ello sea preciso el sometimiento a jornada laboral, aunque se obligan a prestar el servicio durante el horario de apertura al público de la clínica; d) la retribución que percibe el odontólogo está en función de un porcentaje pactado sobre la facturación efectivamente cobrada por la clínica a los clientes atendidos, deduciendo de la misma, en su caso, el importe de los materiales, en sistema retributivo similar al salario a comisión."

Si aplicamos los anteriores criterios al caso que nos ocupa, nos encontramos con que la relación que ha mantenido la actora con la empresa demandada, no se puede calificar de arrendamiento de servicios, tal y como hace la sentencia de instancia sino de laboral. Y ello por los siguientes datos fácticos que constan en la citada sentencia 1) Los actora venía prestando servicios para la recurrente en el centro de trabajo de la misma, usando la maquinaria ropa de trabajo con logotipo y material de trabajo de este y haciendo uso del personal auxiliar de la misma 2) El trabajo se desarrollaba dentro del horario comercial de la clínica y con sujeción a las tarifas marcadas por esta, siendo el personal de la mercantil el que procedía al cobro de los honorarios marcados y luego retribuía a la actora previo descuento de las cantidades pactadas. 4) Los historiales clínicos son propiedad de la empresa y están bajo su custodia. 5) La empresa responde directamente frente al cliente por los posibles errores del personal incluida el de la actora y asume el riesgo del trabajo realizado por los profesionales. El equipamiento tanto informático como de mobiliario específico para ejercer la actividad de odontología, así como del instrumental y material fungible, impresos, publicidad, etc. corre por cuenta de la mercantil codemandada que también hace frente a los gastos del establecimiento.

De lo expuesto se deduce que la actora realizaba su trabajo bajo la dependencia y dentro del ámbito de organización y dirección de la demandada, en el centro de trabajo de la misma, integradas en el sistema operativo de prestación de servicios de la demandada que es quien establece el horario de atención a pacientes dentro del cual presta servicios como odontóloga, es decir con un modo de trabajo programado, con los medios materiales y humanos, tanto de carácter administrativo como de los auxiliares de clínica e higienistas, de la demandada, y con las prótesis que se adquieren a los laboratorios designados por la clínica, siendo remunerados con un sistema que garantiza su retribución periódica, y realizando personalmente la prestación de servicios, pues las sustituciones son excepcionales, los elementos valorados por la sentencia de instancia, relativos a la gestión de su agenda personal y a la autoorganización de la empleada, no desvirtúan dos hechos fundamentales como son el ejercicio de la actividad en el marco organizativo de la empresa, que facilita los medios materiales y personales y delimita la autoorganización, estableciendo los horarios marco de atención al público, las tarifas de los servicios prestados, la gestión de los honorarios y por otro la apropiación del trabajo de los profesionales que prestan servicios para la clínica que es la que aparece como entidad responsable del servicio prestado en sus dependencias ya sea con carácter general frente a terceros, a través

de la imagen unitaria que se proyecta mediante el uso de uniforme con logotipo de la clínica, identificación del centro a efectos de contacto, y más concretamente frente a las posibles reclamaciones de los usuarios. Así pues, conforme al criterio jurisprudencial sostenido en las sentencias antes reseñadas debemos revocar la sentencia de instancia y dejando sin efecto el pronunciamiento estimar la demanda declarando inicial declarando el carácter laboral de la relación y en consecuencia que la comunicación efectuada el 22/04/2014 es constitutiva de un despido improcedencia con las consecuencias legales inherentes a dicho pronunciamiento (artículo 56 ET).

Para cuantificar la posible indemnización por despido deberemos estar al último salario acreditado que se corresponde con los ingresos obtenidos durante los tres últimos meses de 2013 que asciende a 705,68€ mes, con la antigüedad fijada en sentencia en 1/01/2008.

Por todo lo expuesto.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de S.F.C. contra la sentencia dictada por el Juzgado nº 1 de los de Castellón de fecha 21/07/2014 y en consecuencia revocamos la sentencia recurrida y con estimación de la demanda inicial declaramos la existencia de relación laboral y la improcedencia del despido efectuado el 22/04/2014, condenando a la empresa CLÍNICA D.R.S.L. a que a su opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente, readmita a la trabajadora o le abone la indemnización de 5.380 euros.

1950

Sentencia núm. 3.011, de 29 de diciembre de 2014

Materia: Sanción. Trabajadora que presta sus servicios como auxiliar administrativa en empresa demandada. La actora se dirige a sus compañeras de manera despectiva y reiterada, viviéndose situaciones de maltrato psicológico y verbal. Sanción de suspensión de empleo y sueldo que le es notificada en el domicilio designado por la actora y que no puede ser entregado por desconocida. La actora causa baja temporal por estado de ansiedad. Sanción por falta muy grave que conlleva traslado a otro centro de trabajo y que a efectos de notificación no es entregada en el domicilio notificado por desconocida. Conducta obstructiva de la actora. La actora presenta demanda de tutela de los derechos fundamentales la cual es desestimada. Notificación de sanción de despido. La demandante solicita caducidad de la acción ejercitada al no recibir comunicación.

Juzgado: Estima la excepción de caducidad de la acción de impugnación interpuesta por la demandante y absuelve a la demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso de la actora y confirma la sentencia de instancia. El retraso en la recepción de la comunicación es solamente imputable a la demandante, habiendo puesto la demandada todos los medios adecuados a la finalidad perseguida.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por E.C.D. la sentencia que dictó el día 18 de julio de 2014 el Juzgado de lo Social número 6 de los de Valencia que desestimó la demanda por ella deducida frente la empresa O.P.C. S.L en la que impugnaba la sanción por falta muy grave que se le había impuesto con el que se le había sancionado al considerar que la acción ejercitada estaba caducada.

El primero de los motivos del recurso, residenciado en el apartado b) del art. 193 de la LRJS, se destina a la revisión fáctica, proponiéndose que, a la vista de los documentos 1y 2 del ramo de prueba en comparecencia de medidas cautelares, 8 y 19 y 20 de la demandada se de una nueva redacción al hecho probado séptimo de forma que quede redactado con arreglo al siguiente tenor:

“La actora inició situación de incapacidad temporal por enfermedad común, con diagnóstico de “trastorno de ansiedad no especificado” el 02/05/13 permaneciendo en dicha situación hasta el 18/10/13 en que fue dada de alta por mejoría que permite realizar su trabajo habitual y durante ese lapso entregó

semanalmente en su centro de trabajo los partes de confirmación de la contingencia.”

Y la revisión se rechaza por las siguientes razones: en primer lugar, no hay razón para eliminar del hecho en cuestión la circunstancia relativa a que en los partes de baja se señalase un domicilio en la calle Zapateros de Valencia, y, en segundo lugar, porque de la documental que se señala no se deduce que fuese la actora quien llevase al centro de trabajo los partes de baja personalmente, sino únicamente el día 13 de agosto de 2.013, fecha en la que fue denunciada por M.L.C.R.

SEGUNDO.- El siguiente motivo del recurso se destina a la censura jurídica con invocación el apartado c) del art. 193 de la LRJS y en él se denuncia que habiéndose imprejuizado el fondo del asunto por entender caducada la acción se han vulnerado los arts., 114.1, 103 y 55 del E.T, así como el “genérico principio de congruencia”, por cuanto que considera que no existió conducta obstructiva alguna por parte de la actora para recibir la notificación de la sanción, siendo la empresa quién habiendo podido hacerlo dejó de notificar a la trabajadora la sanción que se le impuso.

Para resolver el motivo debemos partir de los siguientes datos que obran en el inalterado relato de hechos probados de la sentencia recurrida: la actora, empleada de la demandada, por parte de la Directora de Recursos Humanos de ésta, y a raíz de unas manifestaciones efectuadas por otras trabajadoras de la empresa se le comunica el día 26-4-2.013 por escrito que se iba a proceder a suspenderla de empleo y sueldo hasta el día 14-5-2.013 en tanto en cuanto se tramitase el expediente para la averiguación de los hechos manifestados por sus compañeras con relación al comportamiento que mantenía la actora; el día 2 de mayo de 2013 la actora inicia proceso de IT fijando como domicilio en los partes de baja el del número 5 de la calle Zapateros de Valencia; el día 9-5-2.013 la empresa remite pliego de cargos al referido domicilio a través de burofax que resultó “no entregado por desconocido”; por escrito de fecha 13-5-2.013 la empresa acuerda imponer sanción por falta muy grave a la actora consistente en traslado forzoso por un año al centro de trabajo de Madrid, remitiéndose el mismo al domicilio que la actora señaló en su contrato de trabajo – Avenida Primado Reig nº 19, puerta 8 de Valencia, con el resultado de :”no entregado dejado aviso, no entregado por sobrante (no retirado en oficina)” ; el día 9-5-2.013 la actora interpuso demanda de tutela de los derechos fundamentales contra la demandada en el que fijaba como domicilio el número 19 de la Avenida Primado Reig de Valencia, lugar donde es nuevamente remitido un burofax comunicando la sanción de fecha 13-5-2.013, que nuevamente es devuelto por desconocido; el día 4-7-2.013 el Juzgado de lo Social número 11 de los de Valencia dictó sentencia en la que desestimándose la demanda a la que se acaba de hacer referencia, se hace constar en el quinto de sus hechos probados :” que en fecha 13-5-2.013 la empresa procedió a sancionar a la trabajadora accionante por la comisión de una falta muy grave con la sanción...que se remitió mediante burofax al su domicilio del número 19 de la Avenida Primado del Reig de Valencia, que no fue retirada, declarando el hecho probado sexto el intento de notificación del 30 de mayo”, esta sentencia se confirmó por sentencia de esta Sala de de fecha 21-1-2.014; en fecha 23-8-2.013 la demandada remitió burofax a

la empresa en el que entre otros extremos señalaba que “cualquier envío que tenga que realizar a mi domicilio a partir del 30 de agosto, lo realice por favor, a la calle Zapateros número 5 puerta 3.”; y el día 7-11-2.013 la actora presentó papeleta de conciliación ante el servicio administrativo correspondiente.

Con estos datos, debemos dar por notificada la sanción el día 14 de mayo de 2.013, fecha en la que se deja a la actora aviso de recogida de burofax conteniendo la comunicación de la misma, que no es recogido, pues como señala la jurisprudencia con relación a la acción de despido y a la notificación mediante correo certificado con acuse de recibo, supuesto extrapolable al presente caso la doctrina jurisprudencial tiene sentado que ***el dies a quo de inicio del plazo de caducidad de la acción de despido no depende del arbitrio del trabajador despedido***, sea rehusando el recibo de la carta que lo acuerda, sea como sucede en el caso enjuiciado, no ***recogiendo*** la lista de Correos la carta certificada que por conducto notarial se le había enviado a su domicilio y que, ante su ausencia, se hallaba depositado en la referida oficina; cuyo contenido podía suponer al habersele instruido expediente disciplinario" (STS de 9-4-1990). Por otro lado, las SSTs DE 23 de mayo de 1990 y 9 de noviembre de 1988, declararán la validez de la notificación efectuada por correo certificado con acuse de recibo, que cumple la finalidad de que la carta llegue a conocimiento del trabajador despedido, sin que ello pueda ser enervado por el rehúse de la carta, a lo que se equipara la falta de personación en la oficina de correos para recibirla pese a haber recibido ***el aviso*** de la misma, ya que lo contrario supondría dejar a disposición de la parte los efectos del cumplimiento formal del requisito de comunicación escrita del despido observado por la empresa, siendo la fecha en la que dicha carta se intentó fallidamente entregar al trabajador en su domicilio, por causas imputables al mismo, el «dies a quo» del cómputo de la caducidad de la acción, sin que pueda imputarse a la demandada un retraso en la recepción de la comunicación de despido del que sólo el recurrente es causante, habiendo puesto aquélla todos los medios adecuados a la finalidad perseguida" (SS. de 13- 4-87 y 17-4-85)".

Por otro lado, y dados los hechos probados de la sentencia dictada el día 4-7-2.013 por el Juzgado de lo Social número 11 de los de Valencia resulta que, al menos, desde la fecha del juicio previo a la misma la trabajadora tuvo conocimiento de la sanción impuesta, pues es obvio que si los hechos probados de la sentencia dan cuenta de la misma, su contenido tuvo que ser aportado a las actuaciones.

TERCERO.- En atención a todo lo expuesto, procede desestimar el recurso interpuesto. Sin costas al litigar el recurrente con el beneficio de justicia gratuita (art. 235.1 de la LRJS en relación con el art. 2 d) de la Ley de asistencia jurídica gratuita).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por E.C.D. contra

la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm 12 de los de VALENCIA en sus autos número 1191/2.013 en fecha 18-7-2014 confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

1951

Sentencia núm. 3.015, de 29 de diciembre de 2014

Materia: Extinción relación laboral: Naturaleza de la contratación. Contrato de trabajo por obra o servicio determinado. Carácter temporal de la contratación laboral.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando indefinida la relación laboral que une a las partes. Declara improcedente la extinción del contrato de trabajo. No existe una cesión ilegal de trabajadores entre empresas.

Sala: Estima el recurso de la parte demandada y revoca la sentencia de instancia. Queda constatada la finalización de los servicios prestados, cumplido el objeto del contrato y extinguido el servicio subcontratado por decisión del cliente. Se produce una extinción del contrato que no implica despido sino causa de cese legalmente prevista en el artículo 49.1.c) del ET.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.El recurso que se examina interpuesto por la representación letrada de la empresa codemandada R.T. S.L. plantea un primer motivo de recurso, en el que, con amparo en lo dispuesto en el art. 193 a) de la LRJS, se solicita la reposición de los autos al momento de haberse infringido normas y garantías del procedimiento que han producido indefensión. Se argumenta en el motivo que el contrato de trabajo suscrito entre partes sí que era conforme a derecho al realizar la actora funciones inherentes al objeto de aquel, y por lo tanto, cumpliéndose lo previsto en el art. 2 y 9 del RD 2720/1998 y arts. 8.2 y 15 del ET pues la presunción de fijeza admite prueba en contrario que acredite la temporalidad, por lo que la sentencia le causa indefensión conforme al art. 218 de la LEC al no ser clara, precisa y congruente, al no haber cuestionado la propia parte actora el servicio concertado entre C. y R. sino solo su duración, por lo que rechazada la existencia de cesión ilegal, deberá devolverse los autos al juzgado para que aclare la misma al igual que el nº de los autos en cuanto al año 2012 o 2013 y se dicte nueva sentencia congruente con el petitum de la demanda.

2. El motivo será desestimado al no apreciarse la incongruencia reprochada a la sentencia de instancia, como base de la nulidad interesada pues como el Tribunal Constitucional viene indicando (véase por todas su sentencia de 24 de julio de 2006 que cita muchas otras), “...la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del art. 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (por todas, SSTC 163/2000, de 12 de junio, FJ 3; y 214/2000, de 18 de septiembre). También es doctrina reiterada la de que el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24 de junio, FJ 2; y 87/2000, de 27 de marzo, FJ 6 31). Ello implica, en

primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión (SSTC 58/1997, de 18 de marzo, FJ 2; 25/2000, de 31 de enero, FJ 2); y en segundo lugar, que la motivación esté fundada en Derecho (STC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3), carga que no queda cumplida con la mera emisión de una declaración de voluntad en un sentido u otro, sino que debe ser consecuencia de una exégesis racional del Ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11 de julio; y 5/1986, de 21 de enero, entre otras). Lo anterior conlleva la garantía de que el fundamento de la decisión sea la aplicación no arbitraria de las normas que se consideren adecuadas al caso, pues tanto si la aplicación de la legalidad es fruto de un error patente, como si fuere arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable no podría considerarse fundada en Derecho, dado que la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia (por todas, SSTC 147/1999, de 4 de agosto, FJ 3; y 221/2001, de 31 de octubre, FJ 6). En suma, el art. 24 CE impone a los órganos judiciales no sólo la obligación de ofrecer una respuesta motivada a las pretensiones deducidas, sino que, además, ésta ha tener contenido jurídico y no resultar arbitraria (por todas, SSTC 22/1994, de 27 de enero, FJ 2 ; y 10/2000 de 31 de enero, FJ 2) ... “la validez de un razonamiento desde el plano puramente lógico es independiente de la verdad o falsedad de sus premisas y de su conclusión, pues, en lógica, la noción fundamental es la coherencia y no la verdad del hecho, al no ocuparse esta rama del pensamiento de verdades materiales, sino de las relaciones formales existentes entre ellas. Ahora bien, dado que es imposible construir el Derecho como un sistema lógico puro este Tribunal ha unido a la exigencia de coherencia formal del razonamiento la exigencia de que el mismo, desde la perspectiva jurídica, no pueda ser tachado de irrazonable. A tal efecto, es preciso señalar, como lo ha hecho este Tribunal, que no pueden considerarse razonadas ni motivadas aquellas resoluciones que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueban que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden basarse en ninguna de las razones aducidas” (SSTC 164/2002, de 17 de septiembre, FJ 4; 186/2002, de 14 de octubre, FJ 5; 224/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; y 29/2005, de 14 de febrero).

3. En el caso que examinamos consta que la demanda rectora de las presentes actuaciones contenía un suplico dirigido al Juzgado a fin de que tuviera por ejercitada acción por despido y se declarara la improcedencia del mismo, así como la cesión ilegal de trabajadores, condenándose a las demandadas. La sentencia que se combate desestimó y al efecto razonó extensamente sobre la desestimación de la petición tendente a la declaración de dicha cesión, acogiendo la demanda parcialmente en cuanto a la declaración de despido impugnado como improcedente y señalando en su fundamentación jurídica punto segundo el porqué de dicha conclusión, por lo que frente a una natural discrepancia de la parte recurrente al ser adverso dicho pronunciamiento, entendemos que la misma fue clara, precisa y congruente con la petición de la parte actora, cumpliéndose con el mandato contenido en el art.97 de la LJS sin que sea exigible a dicha parte la determinación y precisión de una concreta normativa jurídica a tenor del principio “iura novit curia” ya que en el proceso laboral tramitado en la instancia basta con que en la demanda se consignen los datos y

circunstancias básicas, preparándose así el ejercicio de la pretensión que es desarrollada y completada en el mismo juicio oral, correspondiendo al órgano jurisdiccional, y no a las partes, la aplicación del derecho respecto a las cuestiones deducidas, a diferencia de lo que sucede con los recursos de naturaleza extraordinaria, como el de suplicación, en donde no rige el indicado principio y las decisiones están limitadas por los motivos propuestos, y en su caso, alegados por el recurrente que limitan también las facultades de conocimiento del Tribunal, impidiendo que esta Sala pueda conocer de temas no suscitados por las partes ni debatidos en la instancia. Señalar para finalizar la total irrelevancia que presenta el error que respecto a los autos pueda contenerse en la sentencia al ser patente que se corresponde con el número de registro 138/2013 y no con el 138/2012 que por equivocación se cita en la sentencia.

SEGUNDO.- 1. El motivo siguiente, debidamente encajado en el art. 193 c) de la LJS denuncia la infracción por aplicación incorrecta de los arts. 2 y 9 del RD 2720/1998 y 15 y 49.1 b) y c) y 49.2 del ET y Jurisprudencia que se cita, así como inaplicación del art.122 LRJS.

2. Indicar que el último precepto citado se refiere a la calificación de la extinción del contrato derivada de causas objetivas y que resulta claramente inaplicable al no encontrarnos ante un despido derivado de dichas causas.

3. Respecto a la censura invocada es cierto que la clave de la decisión no es otra que la determinación sobre la validez o no del contrato temporal por obra o servicio suscrito entre partes, ya que si el mismo es declarado ajustado a derecho, la posterior comunicación de cese basada en la conclusión de aquel, determinaría la procedencia de su extinción al existir causa que fundamente el impugnado cese.

4. Para dar adecuada respuesta al motivo es preciso partir del inalterado relato histórico de la sentencia que refleja en lo que ahora interesa que la demandante suscribió contrato temporal por obra o servicio determinado con la empresa R.T. SL en fecha 17/10/2000 con categoría de auxiliar administrativa, siendo el objeto del contrato la “manipulación y archivo estafeta de C.”. Figura probado que se acordó la resolución del contrato mercantil concertado entre la indicada empresa y C. con fecha 9/12/2012, así como el cese de la trabajadora el mismo día 9/12/2012 aduciéndose la finalización del contrato de prestación de servicios de estafeta central y regionales y valijas SS.CC concertado con C. Asimismo, se da por acreditado que la demandante siempre desempeñó su actividad para el servicio logístico contratado con C. consistiendo sus funciones en la recogida, manipulación y clasificación de documentos y paquetes de las oficinas de C., preparación y distribución en casilleros de los distintos departamentos y oficinas así como la colocación en valija. Consta que entre la empresa C. y R. se suscribieron diferentes contratos sobre el servicio de estafeta encomendado a ésta última por la primera en virtud de sucesivos pactos o acuerdos alcanzados entre empresas, en los términos que aparecen delimitados en el hecho probado octavo de la sentencia, y habiendo asumido el indicado servicio la entidad ahora codemandada Banco X. compradora de C.

5. La sentencia que ahora se combate declaró el cese de la actora como constitutivo de un despido improcedente al señalar que la demandante contratada desde el 17/10/2000 realizó durante 12 años un trabajo genérico, sin que quedara sometido a la vigencia del vínculo mercantil entre empresas por no haberse contemplado en el contrato suscrito con la trabajadora.

6. En lo que ahora interesa, las normas reguladoras del contrato por obra o servicio determinado (artículos 15.1. a) del ET y 2.2 del RD 2.720/1.998) fijan unos requisitos de validez, que son los siguientes:

a) Que la obra o servicio para la que se contrate al trabajador presente autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad productiva habitual de la empresa, esto es, que el objeto del contrato (obra o servicio) debe reunir alguna característica que lo singularice respecto de lo que constituye su ciclo productivo. Así pues, para tener “autonomía y sustantividad propias”, la obra o el servicio deberá ser individualizable y poseer una vida separable de la actividad permanente de la empresa, de modo que se trate de “una tarea mensurable, concreta e identificable en el espacio” o de un servicio que se consuma y concluya en su total realización” (por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1.999).

b) Que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. Para que esté dotada de sustantividad y autonomía se precisa, además de ser específica en relación a la que constituye la actividad permanente de la empresa, que la obra o el servicio sea temporal, es decir, que, a priori, se presente acotada en el tiempo. La temporalidad podrá predicarse del servicio objeto del contrato cuando éste se consuma y concluya con su realización, no cuando sea un servicio de tracto continuado que pueda repetirse indefinidamente en el tiempo sin que haya un momento en que pueda darse por concluido (vid. sentencia del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1.993).

c) Que se especifique e identifique en el contrato de trabajo, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto, no valiendo fórmulas genéricas (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1.999). No se cumplirá con este requisito si en lugar del objeto se mencionan los trabajos o cometidos propios de la categoría profesional designada (sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2.005).

d) Que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquélla o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas. Si el trabajador desarrolla otras tareas distintas a las contratadas, se desnaturaliza el contrato para obra o servicio determinado, lo que conlleva la nulidad y su conversión en contrato indefinido. En definitiva, para la validez de los contratos temporales no solamente es necesario que concurra la causa que los legitima, sino que ha de explicitarse en el propio contrato y, puesto que la temporalidad no se presume, si no se acredita su concurrencia, opera la presunción a favor de la contratación indefinida, pues así se deduce de lo dispuesto en los artículos 15.3 del Estatuto de los Trabajadores y 9.1 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre. Por esa razón los

artículos 2, 3 y 4 del Real Decreto de referencia exigen que en el texto de los contratos escritos se expresen, con claridad y precisión, todos los datos aplicables que justifican la temporalidad, es decir, deben quedar suficientemente identificados la obra o el servicio. Por tanto, si falta alguno de dichos requisitos debe concluirse que la relación laboral tiene carácter indefinido.

7. A su vez, constituye criterio jurisprudencial reiterado el que establece que cuando se gestiona la actividad de un servicio a través de una contrata, la actividad deviene sujeta a la condición previa de que se adjudique la prestación del servicio, y en consecuencia, vencida la contrata por decisión unilateral tomada por la empresa cliente y ajena por completo a la voluntad del contratista, devendría ajustada a derecho la rescisión de la relación laboral que se amparaba en un contrato por obra o servicio condicionado a la subsistencia de la contrata, y la extinción de ésta operaría como una condición resolutoria, pues aparecería justificada la necesidad temporal de un empleo, atendiendo a las demandas de trabajo existentes en la empresa contratista. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 20/11/2000: “La cuestión debatida se centra en determinar si la realización de trabajos durante la vigencia de la contrata puede ser un objeto lícito del contrato de obra o servicio determinado regulado en el artículo 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores y en los artículos 2 del Real Decreto 2104/1984 y del Real Decreto 2546/1994, vigentes en los momentos en que se realizó esta contratación y la respuesta debe ser afirmativa, de conformidad con la doctrina de las sentencias de 15 de enero de 1997, 18 (RJ 1998\307) y 28 de diciembre de 1998 (RJ 1999\387) y 8 de junio de 1999 (RJ 1999\5209). En estas sentencias se establece que, aunque en casos como el presente «no existe propiamente un trabajo dirigido a la ejecución de una obra entendida como elaboración de una cosa determinada dentro de un proceso con principio y fin, y tampoco existe un servicio determinado entendido como una prestación de hacer que concluye con su total realización», se aprecia, sin embargo, la concurrencia de «una necesidad de trabajo temporalmente limitada para la empresa y objetivamente definida y ésta es una limitación conocida por las partes en el momento de contratar y que opera, por tanto, como un límite temporal previsible en la medida en que el servicio se presta por encargo de un tercero y mientras se mantenga éste». Esta conclusión no se altera por el hecho de que el servicio contratado «pueda responder a una exigencia permanente de la empresa comitente, pues lo que interesa aquí es la proyección temporal del servicio sobre el contrato de trabajo y para ello, salvo supuestos de cesión en los que la contrata actúa sólo como un mecanismo de cobertura de un negocio interpositorio, lo decisivo es el carácter temporal de la actividad para quien asume la posición empresarial en ese contrato”.

8. En el caso contemplado en la sentencia de instancia aparece determinado que en el objeto del contrato de trabajo por obra o servicio determinado suscrito con la parte actora se hizo expresa referencia a la realización del servicio consistente en la “manipulación y archivo estafeta de C.” habiendo desempeñado la actora desde el inicio de dicha relación laboral sus servicios profesionales dentro del indicado servicio, y aunque es cierto que no se fijó ni se delimitó espacio temporal alguno derivado del contrato mercantil suscrito entre empresas en relación a la prestación del servicio de estafeta, cartería y distribución de valijas y paquetes suscrito entre las mercantiles C. y

R., sí que aparece de manera nítida y concluyente que la actora siempre desarrolló sus servicios en el marco de aquella contratación, conociendo, pues, desde el principio el acotado marco temporal de su prestación laboral, que se vio concluido ante la decisión de la empresa cliente de rescindir el aludido contrato, procediendo R. a comunicar el fin del contrato de naturaleza temporal a la ahora demandante en base a la conclusión real y efectiva de aquellos servicios de estafeta que han pasado a ser realizados directamente por la actual codemandada Banco S. lo que evidenciaría que la contratación por obra o servicio realizada tenía la sustantividad y autonomía necesarias para configurar una contratación temporal. Tampoco vemos que constituya impedimento legal reprobable la duración de los servicios prestados por la actora por cuenta y orden de la empresa demandada y que se extendieron durante un plazo de 12 años ya que en la fecha de suscripción del contrato -17/10/2000- no se encontraba en vigor la reforma operada en el art. 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores que determinó una duración no superior a tres años en los contratos por obra o servicio determinado y ampliable a doce meses más por convenio colectivo. Razones que nos conducen al acogimiento del motivo de recurso y consiguiente revocación de la sentencia de instancia pues constatada la finalización de los servicios, cumplido el objeto del contrato y extinguido el servicio subcontratado por decisión del cliente operaría una válida extinción del contrato que no implica despido sino causa de cese legalmente prevista en el artículo 49.1.c) del ET., procediendo por lo expuesto acoger el recurso a tal fin postulado por la entidad demandada.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 203.1 de la LJS, se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

Por todo lo expuesto,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por R.T SL frente a la sentencia de 5 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Social 1 de Alicante en autos seguidos a instancia de D^a R.P.L., debemos revocar y revocamos la citada resolución, y con desestimación de la demanda formulada absolvemos a la entidad demandada de las pretensiones en ella contenidas.

Se acuerda que una vez firme la presente sentencia, se proceda a la devolución de la consignación o, en su caso, la cancelación de los aseguramientos prestados, así como del depósito constituido para recurrir.

1952

Sentencia núm. 3.023, de 29 de diciembre de 2014

Materia: Extinción de contrato de trabajo. Trabajador que presta sus servicios con contrato fijo discontinuo y a jornada completa en empresa dedicada a la fabricación de calzado. La empresa extingue el contrato del trabajador alegando imposibilidad de continuar en activo. La empresa ha cerrado sus instalaciones. Determinación salario del trabajador a efectos de cálculo de la indemnización. Nulidad de la extinción de la relación laboral.

Juzgado: Estima en parte la demanda declarando nula la extinción de la relación laboral y ante la imposibilidad de readmisión del trabajador, declara se abone a la parte actora determinada cantidad en concepto de indemnización.

Sala: Desestima el recurso interpuesto por la parte demandante en el que solicita que se fije como salario/día importe distinto al de la instancia, aportando nóminas que no están firmadas por la empresa demandada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el letrado Don J.F.N.R. designado por la parte actora D. L.M.J.M., la sentencia de instancia que, si bien estimó parcialmente la demanda en el sentido de declarar la nulidad del despido y la extinción de la relación laboral que le unía con la empresa C.C. S.L., fijó el salario regulador de las consecuencias del despido en 39,21 euros.

La única cuestión que se plantea en el recurso ya ha sido resuelta por esta Sala al abordar el recurso 2377/2014, donde se plantea una cuestión idéntica y que se refiere a la determinación del salario del Sr. J.M., por lo que razones de igualdad de trato y de seguridad jurídica obligan a dar el mismo tratamiento a la cuestión planteada. A tal fin, se formula un primer motivo redactado al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), en el que se solicita que se fije como salario/día el de 45,90€. En apoyo de esta petición se invocan los documentos que obran a los folios 22 a 31 inclusive de las actuaciones, que son unas nóminas aportadas por el demandante pero que, a excepción de la del mes de enero de 2013 –folio 22–, no están firmadas por la empresa. La petición no puede prosperar pues estos documentos ya han sido valorados por la magistrada de instancia, que entendió que la única nómina susceptible de acreditar el salario de la trabajadora era la que aparecía firmada por la empresa y no así el resto de las aportadas. Y esta conclusión como no es irrazonable o arbitraria, no puede ser corregida por este tribunal en sede del presente recurso de suplicación. En efecto, es sabido que el proceso laboral se construye en nuestra legislación como un proceso de instancia única y doble grado, lo que significa que la valoración de la prueba

corresponde en exclusiva a la magistrada que presidió el acto del juicio, de modo que solo puede ser corregida por esta Sala de lo Social cuando a la vista de un concreto documento o prueba pericial se evidencie un error patente en la fijación de los hechos probados. Pero ese error no es identificable con una discrepancia en la valoración de los medios de prueba, pues ante distintas valoraciones, debe prosperar la realizada por el juez que presidió el acto del juicio, por ser más imparcial que la que puedan realizar las partes en conflicto.

SEGUNDO.- La aplicación de estos criterios al presente supuesto nos lleva a rechazar la revisión de los hechos probados que se propone en el primer motivo del recurso y, consecuentemente, a desestimar también el segundo motivo. En efecto, en éste no se invoca la infracción de normas sustantivas o de la jurisprudencia, que es lo propio de un motivo que se redacta por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la LRJS, sino que se alegan preceptos procesales tanto de la Ley de Enjuiciamiento Civil como de la LRJS que, a juicio de la recurrente, avalarían su tesis sobre la valoración de la prueba. Pero como hemos señalado en el fundamento anterior, ante la discrepancia en la valoración de los medios de prueba debe prevalecer la realizada por la magistrada de instancia, pues el hecho de que la empresa demandada no compareciera al acto del juicio, ni obliga al juez a tenerla por confesa –pues se trata de una mera posibilidad de acuerdo con el art. 91.2 de la LRJS-, ni necesariamente supone que se tengan por válidos los documentos presentados por la demandante que no aparecen firmados o rubricados por la empresa.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON L.M.J.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 3 de los de Alicante, de fecha 4 de abril de 2014; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

1953

Sentencia núm. 3.028, de 30 de diciembre de 2014

Materia: Prestación por desempleo. Trabajador beneficiario de las prestaciones del Programa Renta Activa de Inserción. Falta de renovación demanda de empleo en plazo. Se requiere al trabajador para que formule alegaciones acreditadas relativas a la falta de renovación de su demanda de empleo. Formuladas las mismas, se dicta resolución en la que se le excluye definitivamente del programa de renta activa de inserción. Percepción indebida de prestación por desempleo por no renovación de demanda trimestral. Suspensión por un mes del cobro de la prestación. El actor solicita la no exclusión definitiva del programa al haber formulado alegaciones posteriormente aunque fuera de plazo. Infracción leve.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo al servicio público demandado de las pretensiones que en ella se contienen.

Sala: Estima en parte el recurso reconociendo el derecho del actor a ser admitido al Programa de Renta Activa de Inserción tras la finalización de la sanción impuesta de un mes de suspensión y pérdida de la pensión, con derecho a percibir los efectos económicos dejados de percibir de los meses en que fue excluido del citado programa, salvo el periodo correspondiente a la sanción.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la pretensión actora de ser admitido en el Programa de Rentas Activa de Inserción con fecha 17 de diciembre de 2012, con los efectos económicos dejados de percibir de los meses en que fue excluido del citado programa, interpone recurso de suplicación la parte actora, y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 191 b) de la Ley de Procedimiento Laboral cuando debió efectuarse en base al artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la revisión de los hechos declarados probados y en concreto alude al ordinal cuarto señalando que está incompleto en su redacción partiendo de la prueba documental obrante en el expediente administrativo, pero en lugar de señalar que especifica modificación, adición, o supresión postula para los hechos probados, o de proponer, en su caso una redacción alternativa, se limita a expresar su particular análisis y valoración de la prueba practicada, y a efectuar denuncias sobre determinados aspectos del derecho aplicable, lo que no es propio de este apartado del recurso dedicado a la revisión fáctica, por lo que no puede prosperar este motivo del recurso, según reitera la doctrina del Tribunal Supremo mostrada en reiteradas sentencias que por conocidas excusan de su cita, al no observarse los requisitos formales exigidos por el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 191 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se alegan tras cuestiones, la primera, relativa a que se ha producido infracción de la Ley 5/2000 sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, por no aplicación y estudio del artículo 47 de la citada ley; en la segunda se alega la no aplicación de doctrina y jurisprudencia de los Tribunales Superiores sobre la no competencia del órgano demandado para aplicar sanciones por la no renovación de las demandadas de empleo al ser competencia de la Comunidad Valenciana sancionar tales conductas; y en la tercera se alega infracción del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las reglas de congruencia y motivación de las sentencias, art. 216 y 218 de la LEC, respecto de las reglas de la congruencia considerando que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia omisiva.

En el tercer apartado del segundo motivo del recurso de suplicación se denuncia infracción del artículo 209 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre las reglas de congruencia y motivación de las sentencias, art. 216 y 218 de la citada Ley procesal, reseñando a continuación el texto de tales artículos y toda una extensa relación sobre la doctrina que estimó conveniente, incluida la cita de trapacistas sobre la materia, señalando, en síntesis, que la sentencia de instancia ha incurrido en incongruencia omisiva, pero en modo alguno particulariza en este apartado en que ha consistido la incongruencia o motivación de la sentencia en el caso que nos ocupa, limitándose en este apartado del recurso a alegar criterios generales, por lo que no podría prosperar al no individualizar el problema e indicar de modo concreto en que ha consistido en el presente caso la infracción. Sin olvidar que la congruencia, en cuanto manifestación del principio dispositivo, lo único que veda es que el Juzgador otorgue en su fallo más de lo pedido por el actor, menos de lo resistido por el demandado, cosa distinta a lo solicitado por ambas partes o grave en un recurso más de lo que ya estaba el recurrente en la primera instancia (prohibición de la *reformatio in peius*). La desestimación global de las pretensiones en el fallo implica por definición la congruencia, a tenor de la sentencia del Tribunal Constitucional 171/93, de 21 de junio, lo que ha ocurrido en el presente supuesto.

En la segunda alegación del segundo motivo del recurso se denuncia la no aplicación de doctrina y jurisprudencia de los Tribunales Superiores sobre la no competencia del órgano demandado para aplicar sanciones por la no renovación de las demandadas de empleo al ser competencia de la Comunidad Autónoma Valenciana el sancionar tales conductas transgresoras de la Ley por no aplicación del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, alegando la sentencia del TSJ del País Vasco de 14 de junio de 2011 que en un asunto relativo a sanción por incumplimiento del deber de presentarse a renovar la inscripción considera que la competencia es de la Comunidad Autónoma Vasca, pero esta cuestión no consta fuera alegada en la instancia y por lo tanto se trata de un extremo nuevo planteado de forma extemporánea en este trámite del recurso de suplicación. No obstante, tampoco es posible aplicar el criterio de la sentencia del TSJ del País Vasco a la Comunidad Valenciana por cuanto no consta que por la Administración de ésta Comunidad se haya desarrollado tal competencia. Pero si la consecuencia de tal doctrina es que el SPEE no ostenta potestad sancionadora ello determinaría la nulidad de pleno derecho de la

resolución administrativa y ello debió instarse por la parte recurrente, que se limita a pedir en el suplico que se anule la sentencia de instancia y que se reconozca el derecho a ser admitido en el programa de renta activa de inserción, por lo que la Sala debe estar a lo suplicado y no puede abordar otras consecuencias jurídicas no pedidas en el suplico.

En el apartado a) primera alegación del segundo motivo del recurso se considera que se ha producido infracción de la Ley 5/2000, sobre infracciones y sanciones en el Orden Social, por no aplicación y estudio del artículo 47 de la citada Ley, señalando, en síntesis, que existen dos resoluciones administrativas, una de 20 de noviembre de 2012, anulada por resolución posterior de 21 de enero, con total contradicción, en una se impone la sanción de extinción de la prestación/subsidio, para luego establecer que la infracción es leve y que la suspensión es de un mes. Indicando que el Juzgador de instancia no ha analizado todas las cuestiones técnicas expuestas por las partes, entre ellas la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social, que no es aplicable en la redacción dada al artículo 24.3 a) por el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto que eliminó como infracción leve no renovar la demanda de empleo en la forma y fechas que se determinen en el documento de la renovación de la demanda, salvo causa justificada, señalando que no existe en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, y menos se puede aplicar tal normativa al caso a examen ya que entro en vigor el Real Decreto-Ley el 4 de agosto de 2013, y concluye señalando que cuando la Dirección Provincial del Servicio Público de Empleo Estatal acuerda excluir al actor del programa de renta Activa de Inserción no estaba vigente tal normativa y las leyes no tiene efecto retroactivo, y aplica el art. 47 en su apartado 1 sobre extinción, cuando solo podía aplicar la suspensión de la prestación/subsidio de desempleo por tiempo legal de un mes.

Los inalterados hechos declarados probados de la sentencia de instancia ponen de relieve que al actor por resolución del Servicio Público de Empleo Estatal de 10 de mayo de 2012 se le reconoce beneficiario de prestación de Renta Activa de Inserción por el periodo de 330 días, del 28/04/2012 al 27/03/2013 y en la cuantía diaria de 17,75 euros. Requerido el actor por comunicación de 8 de octubre de 2012 para que en el plazo de quince días formule alegaciones documentalmente relativas a la falta de renovación de su demanda de empleo, se dispone la suspensión cautelar de la prestación y su exclusión del programa con efectos de 17 de septiembre de 2012. El SPEE dictó resolución de 8 de noviembre de 2012 por la que se dispone excluirle definitivamente del programa de Renta Activa de Inserción con efectos de 17 de septiembre de 2012 y la pérdida de los derechos que dicha participación implicaba. Se formuló por el actor reclamación previa que fue desestimada por resolución de fecha 20 de noviembre de 2012. El actor omitió efectuar la renovación de la demanda de empleo para la que tenía asignada la fecha de 17 de septiembre de 2012, personándose en los servicios de ocupación y efectuando la renovación de su demanda de empleo el 1 de octubre de 2012. Por resolución de 14 de marzo de 2013 se acordó declarar la percepción indebida de prestaciones por desempleo en una cuantía de 198,80 euros por no renovación de demanda trimestral. Suspensión de un mes.

En el caso que se analiza resulta que el actor que tenía asignado para la renovación de su demanda de empleo el día 17 de septiembre de 2012, no acudió a cumplir con tal renovación, sin que haya acreditado que dicha omisión tuviera una causa justificada, por lo que esa incomparecencia debe conllevar una consecuencia legal. Y nos encontramos que por el SPEE se han dictado varias resoluciones, así en la de 8 de octubre de 2012 se comunicó la propuesta de exclusión de la participación en el Programa de Renta Activa de Inserción con efectos de 17 de septiembre de 2012, y por resolución de 8 de noviembre de 2012 se acordó excluirle definitivamente en la participación en el Programa de Renta Activa de Inserción desde el 17-9-2012 con la pérdida de todos los derechos que dicha participación implicaba incluidos los efectos económicos, posteriormente por el SPEE en resolución de 20/11/2012 se acuerda desestimar la reclamación previa y confirmar la sanción impuesta, señalándose en la expresada resolución que previamente se había resuelto imponiendo la sanción de extinguir la prestación/subsidio por desempleo y en la fundamentación jurídica de la resolución de 20-11-2012 se indica que los hechos expresados constituyen una infracción leve sancionada con la suspensión del derecho durante un mes. Y posteriormente en la resolución del SPEE de 21-01-2013 se vuelve a señalar que se resolvió imponiendo la sanción de extinción de la prestación/subsidio por desempleo por no haber renovado la demanda de empleo para a continuación en los fundamentos de derecho de la expresada resolución se establece que los hechos expresados constituyen una infracción leve y confirma la sanción impuesta y se indica que esa resolución anula de emitida con fecha 20-11-12. Por último en la resolución de 14 de marzo de 2103 se declara la percepción indebida de prestaciones por desempleo en una cuantía de 198,80 euros correspondientes al periodo de 17/09/2012 a 30/09/2012 y por “no renovación de demanda trimestral. Suspensión 1 mes”.

Este conjunto de resoluciones ponen de manifiesto que si bien inicialmente se establecía por el SPEE que se imponía la sanción de extinguir la prestación/subsidio por desempleo por no renovación de demanda de empleo, también se establecía en los fundamentos de derecho de las últimas resoluciones de 20-11-2012 y 21-1-2013 que los hechos expresados constituyen una infracción leve y se establecía en la de 20-11-2012 la suspensión del derecho durante un mes, para en la última resolución de 14 de marzo de 2013 establecer en el apartado dedicado a “Resuelve” la consecuencia por la no renovación de demanda trimestral, la suspensión de un mes. Todo lo cual revela que aunque inicialmente se propusiera la exclusión definitiva del actor del Programa de Renta Activa de Inserción, lo cierto es como dejan establecido las posteriores resoluciones y aclara definitivamente la última de 14 de marzo de 2013 que expresa el parecer definitivo del Organismo demandado, que la sanción aplicada al demandante lo fue por una infracción leve del artículo 24.3 a) de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, en vigor en la fecha del hecho causante, a cuya conducta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 a) del mencionado R.D.Leg., le corresponde una suspensión y pérdida de la pensión durante un mes, y como consecuencia de todo ello, y habiendo renovado el demandante su demanda de empleo el 1 de octubre de 2012, debe acogerse en parte el recurso de suplicación y revocarse la sentencia de instancia, para reconocer el derecho del actor a ser admitido al Programa de Renta Activa de Inserción tras la

finalización de la sanción impuesta, con los efectos económicos dejados de percibir de los meses en que fue excluido del citado programa, salvo el periodo correspondiente a la sanción, sin que proceda el abono de perjuicios que no consta se hayan acreditado.

FALLO

Que acogiendo en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor Don A.G.B., frente a la sentencia dictada por el Juzgado de los Social número 2 de los de Valencia, de fecha 13 de diciembre de 2013, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y declaramos el derecho del actor a ser admitido al Programa de Renta Activa de Inserción tras la finalización de la sanción impuesta de un mes de suspensión y pérdida de la pensión, con derecho a percibir los efectos económicos dejados de percibir de los meses en que fue excluido del citado programa, salvo el periodo correspondiente a la sanción, desestimando el resto de pretensiones de la parte actora, condenando al Servicio Público de Empleo Estatal a estar y pasar por esta declaración y al cumplimiento de la misma.

1954

Sentencia núm. 67, de 20 de enero de 2015

Materia: Extinción de la relación laboral. Declaración de despido. Improcedencia del despido. Auto aclaratorio de sentencia. Extralimitación del auto. Nulidad. Reposición actuaciones al momento anterior de dictarse el auto.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda declarando improcedente la extinción de la relación laboral, condenando a la parte demandada a la readmisión del trabajador o al abono de determinada cantidad en concepto de indemnización ampliada por auto de aclaración de sentencia, más el abono de los salarios dejados de percibir.

Sala: Estima el recurso y declara la nulidad del auto aclaratorio de la sentencia de instancia. Repone las actuaciones al momento anterior a declararse éste computándose el plazo para interponer el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia a partir de la fecha de notificación de la presente resolución.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De tres motivos consta el recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la empresa demandada contra la sentencia del juzgado y auto de aclaración de la misma, habiendo sido el recurso impugnado de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se formula al amparo del apartado a del artículo 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y en él se solicita la reposición de los autos al momento anterior a dictarse el auto de aclaración por considerar que el mismo es nulo al infringir lo establecido en el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por extralimitarse del ámbito de la aclaración de sentencia al haber modificado los días de prestación de servicios de la demandante en la empresa demandada que pasan de los 1.247 días fijados en la sentencia de instancia a los 2.496 días fijados en el auto de aclaración, lo que repercute en la indemnización devengada por el despido de la demandante que pasa de los 3.108,37 euros establecidos en la meritada sentencia a los 5.999,06 euros establecidos en el indicado auto de aclaración, respondiendo las referidas variaciones sustanciales a la distinta forma de computar los días de prestación de servicios de la demandante como trabajadora fija-discontinua en la empresa demandada.

Para determinar si el auto de aclaración se ha extralimitado del ámbito que le es propio y ha supuesto una variación de la sentencia, en contra del principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales una vez firmadas, interesa tener presente los siguientes datos que se derivan de las presentes actuaciones:

En fecha 29 de abril de 2014 se dicta sentencia por el Juzgado de lo Social núm. Uno de los de Castellón por la que se estima la demanda y se declara improcedente el despido de la demandante condenando a la empresa demandada a que, a opción de la misma, que deberá efectuar, ante el Juzgado, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la notificación de la sentencia, readmita a la actora, con abono de los salarios dejados de percibir desde el 1 de enero de 2014 (día siguiente al alta de la situación de incapacidad temporal que mantenía al tiempo del despido) hasta la notificación de dicha resolución o le satisfaga una indemnización cifrada en 3.108,37 euros. La referida indemnización se estableció, conforme se desprende del último párrafo del tercer fundamento de derecho de la sentencia de instancia, computando los días de prestación de servicios que se recogen en el hecho probado primero de dicha sentencia y que son 1.138 días hasta el 11-2-12 y 109 días a partir del 12-2-12.

Solicitada aclaración de sentencia por el Letrado de la demandante se dicta Auto en fecha 28 de julio de 2014 por el que se aclara la meritada sentencia y se modifica la cuantía de la indemnización devengada por el despido de la demandante que fija en 5.999,06 euros y que obtiene de computar como días de prestación de servicios de la demandante el total de 2.496 (2.060 días hasta el 11-2-12 y 835,31 días desde el 12-2-12 hasta la fecha del despido), pese a no ser estos los días de prestación de servicios que se recogen en la sentencia de instancia y sin darse más explicación sobre la referida modificación que la existencia de un error de cálculo a la hora de determinar la indemnización por despido, no se dice a qué obedeció dicho error, ni de dónde ni cómo obtiene los nuevos parámetros de la prestación de servicios de la demandante para la empresa demandada a efectos del cálculo de la indicada indemnización.

Notificado el referido Auto a la empresa demandada se solicitó por ésta la rectificación de errores materiales y aritméticos cometidos en el referido Auto en cuanto al cálculo de la indemnización del despido de la actora y que cifra en 3.115,32 euros que obtiene de computar 1.082 días trabajados hasta el 11-2-12 y 235 días trabajados desde el 12-2-12, siendo denegada dicha aclaración por Auto de 16 de septiembre de 2014 en el que se dice que no se ha cometido error en la cuantificación de la indemnización que establece el Auto de aclaración de sentencia de fecha 28-7-2014 y que el mismo no ha variado el criterio de cómputo de la indemnización por despido improcedente, sino que se ajustó a los datos de fechas de alta y baja para cada temporada del trabajo de naturaleza fija discontinua que obran en el informe de vida laboral, obrante al folio 8 de los autos.

Los antecedentes expuestos revelan que el Auto de 28 de julio de 2014 excedió el ámbito propio de la aclaración de sentencia a la que se refiere el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ámbito que según la doctrina de nuestro Alto Tribunal plasmada entre otras muchas en sentencia de 23 mayo de 2000, recurso de casación para unificación de doctrina núm. 2658/1999, “se ciñe a la rectificación de errores materiales manifiestos y los aritméticos que puedan ser rectificadas en cualquier momento mas sin que pueda utilizarse este remedio ni para corregir errores de calificación jurídica, ni para sustituir los pronunciamientos de una sentencia firme por otros de signo contrario. Ello atenta contra los principios de tutela judicial efectiva

y de seguridad jurídica que consagran los artículos 24 y 9 de la Constitución Española (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875).” Al haber modificado la Magistrada de instancia su anterior pronunciamiento mediante el Auto de aclaración de sentencia de 28 de julio de 2014 incurrió en estos vicios ya que la aclaración operada por la Juez de instancia entraña una alteración del sentido del fallo que comporta «una nueva apreciación de valoración, interpretación o apreciación en Derecho» vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, la admisión de la aclaración de la sentencia es consecuencia de la valoración de un documento sobre el cual no consta nada en hechos probados, de ahí que en el Auto de aclaración se modifique “de facto” los días de prestación de servicios de la demandante para la empresa demandada que se recogen en la sentencia de instancia, a fin de extraer consecuencias jurídicas distintas, con la consiguiente modificación de la condena de la empresa demandada que ve casi duplicada la cuantía de la indemnización devengada por el despido improcedente de la actora, a cuyo abono se le condena. Las consideraciones jurídicas expuestas conducen a la estimación del recurso, a fin reponer las actuaciones al momento anterior a dictarse el Auto de aclaración y dado el cambio producido en el fallo de la sentencia de instancia tras la anulación del auto de aclaración, procede iniciar de nuevo el cómputo del plazo para interponer (anunciar) el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia a partir de la fecha de notificación de la presente resolución y todo ello a fin de no causar indefensión a ninguna de las partes, sin que proceda entrar a examinar el resto de los motivos del recurso al haberse formulado los mismos con carácter subsidiario respecto al primero que ha sido estimado.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D.Y., S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº Tres de Elche, de fecha 29 de abril de 2014 y aclarada por Auto de 28 de julio de 2014 y declarando la nulidad de dicho Auto, reponemos las actuaciones al momento anterior a dictarse aquél, computándose el plazo para interponer (anunciar) el recurso de suplicación contra la sentencia de instancia a partir de la fecha de notificación de la presente resolución.

1955

Sentencia núm. 74, de 20 de enero de 2015.

Materia: Invalidez-Contingencia. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios como albañil. El actor solicita declaración de incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual tras haber sufrido varias intervenciones. Limitaciones que le incapacitan para el ejercicio de su profesión. Determinación de contingencias: contingencia profesional. Determinación de la entidad responsable del pago de la prestación.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda y declara que el actor se encuentra afecto de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional, condenando a las demandadas a pasar por esta declaración y a que la mutua abone al actor una prestación económica consistente en una pensión vitalicia equivalente al 55% de la base reguladora.

Sala: Estima en parte el recurso señalando que corresponde al INSS el pago de la prestación, al hallarse el trabajador en el momento del reconocimiento médico oficial en situación de desempleo, conforme se desprende del informe de su vida laboral. Confirma la sentencia respecto al resto del pronunciamiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Frente a la sentencia que estima la demanda en materia de incapacidad permanente y declara al actor afecto de una incapacidad permanente total, interpone recurso de suplicación la representación letrada de la Mutua demandada, siendo debidamente impugnado de contrario por la representación letrada de la parte actora. El recurso se estructura en cinco motivos, el primero de ellos dedicado a la revisión de hechos probados y los cuatro restantes, a la revisión del Derecho aplicado. 2.- En el primero de ellos, se insta la revisión de tres hechos probados. En el primero de ellos, se solicita la adición de un nuevo párrafo con el siguiente tenor: “La empresa M.O. S.L., se encuentra al descubierto en el pago de cuotas a la Seguridad Social desde enero del año 2008, y mantiene una deuda con la TGSS de 93.396,38€”. Esta revisión se solicita sobre la base del folio 51 de autos. El recurrente justifica su trascendencia para el caso de que si se declara la contingencia como profesional se determine la responsabilidad directa de la mercantil codemandada, sin perjuicio del anticipo de la prestación por la Mutua.

3.- Sin embargo, no puede accederse a la revisión propuesta pues si bien es cierto que existe un certificado de la TGSS en el que consta que la empresa antedicha se encuentra en descubierto con la Seguridad Social por dicha cantidad, no figura en dicho certificado que el descubierto afecte al actor figurando únicamente el importe de la deuda total de la mercantil con la seguridad social. Ello impide a la Sala acceder a la revisión fáctica ya que dicha deuda se desconoce si tendría relevancia en relación con el actor porque no puede deducirse sin necesidad de conjeturas e hipótesis que el descubierto en el pago de las cuotas corresponda a la cuenta de cotización del trabajador. Ello obviamente no prejuzga el eventual proceso que pudiera iniciar la

entidad que resulte responsable en punto a la declaración de responsabilidad de la empresa demandada, si se declarase ésta, pero ello no puede dilucidarse sin más en el proceso de reclamación de la declaración del actor como afecto de una incapacidad permanente total.

4.- En segundo lugar, se interesa la revisión del hecho probado segundo párrafos primero y segundo con la siguiente redacción: “El actor, don J.M.D.F., prestando servicios de oficial 1º albañil desde 1-4-2001 para la empresa C.R., S.L., asociada a la Mutua demandada, viene siendo atendido en el Servicio Médico de dicha Entidad desde el 22-10-2004, por dolor en ambos codos de más de un año de evolución. Tras las pruebas realizadas se confirma el diagnóstico de epicondilitis derecha con neuropatía cubital y epitrocleitis izquierda, radiculopatía crónica no activa muy leve y síndrome del túnel carpiano bilateral. Fue intervenido en febrero de 2006 por la epicondilitis derecha e izquierda con nueva intervención en abril de 2006 por seroma postquirúrgico. Con posterioridad, prestando servicios de oficial 1º albañil para la empresa M.O. S.L. asociada también a la Mutua demandada, y al descubierto de sus obligaciones, inició proceso de IT en 26-03-2008, por síndrome subacromial bilateral, considerada debida a enfermedad profesional por resolución del INSS de 01-10-2009. Sometido a tratamiento médico, agotadas las posibilidades terapéuticas y recuperadoras y el plazo máximo de la IT, se inicia expediente de invalidez permanente, estableciéndose, por el EVI, el cuadro clínico: síndrome subacromial bilateral, epicondilitis bilateral intervenida en 2006, síndrome ansioso depresivo; y las limitaciones orgánicas y funcionales: refiere cervicalgia y omalgia, síndrome ansioso depresivo, refiere algias varias localizaciones, con propuesta de no calificación del trabajador como incapacitado permanente, confirmada por resolución del INSS de 5-10-09, extinguiendo la IT en 6-10-09. Resolución que no fue impugnada por el actor”. La nueva redacción se basa en los folios 179-180, informe de vida laboral, los folios 127 a 131 y folio 88 consistentes en informes médicos de asistencia y seguimiento de la enfermedad desde el año 2004. El recurrente justifica esta adición para hacer constar que la patología propuesta que presenta el actor en los miembros superiores se manifestó desde el año 2003, durante la prestación de servicios como albañil para distintas empresas, siendo tratado desde el año 2004, y con necesidad de tratamiento quirúrgico en el año 2006.

5.- Sin embargo, no procede acceder a las adiciones fácticas pretendidas por la parte recurrente al hecho segundo. En realidad lo que el recurrente pretende es sustituir la convicción alcanzada por la juzgadora “a quo” sobre la base del conjunto de informes médicos, por una más acorde a los intereses de la Mutua demandada, lo que no resulta admisible, sin que la Sala pueda apreciar error alguno a este respecto. Y es que está unánimemente aceptado que no se puede sustituir el criterio del juzgador, objetivo y ponderado, por el propio del recurrente, parcial e interesado, pues ello supondría olvidar las amplias facultades que el artículo 97.2 de la LRJS otorga al juez en exclusiva para formar su convicción tras la valoración conjunta de la totalidad de las pruebas practicadas. Finalmente, ha de señalarse que tampoco puede prosperar la revisión pretendida por cuanto no se evidencia error de la juzgadora en cuanto a que sí se refiere la situación actual y las intervenciones y procesos de IT que ha desarrollado

el trabajador. No hay pues ignorancia de la situación patológica-funcional real del trabajador ni se evidencia error de la juzgadora con trascendencia para alterar el fallo.

6.- En tercer lugar, se solicita la revisión del hecho probado cuarto a fin de proponer la siguiente redacción alternativa: “Con fecha 30-8-2011, el EVI emite dictamen propuesta proponiendo al INSS la no calificación del trabajador como incapacitado permanente en grado alguno por no presentar reducciones anatómicas o funcionales graves que anulen o disminuyan su capacidad laboral, y haciendo constar que la contingencia es enfermedad común, confirmada por resolución de 9-9-2011, que deniega la prestación de IP por no alcanzar las lesiones que padece un grado suficiente de disminución de su capacidad laboral para ser constitutivas de incapacidad permanente. Contra dicha resolución se interpuso reclamación previa, discutiendo el grado pero no la contingencia, que fue denegada de manera expresa mediante resolución con fecha de registro de salida de 13-07-2011”. El recurrente fundamenta esta modificación en los folios 2 a 5, 13 a 15 y folio 208 de autos. Considera en esencia, que no fue hasta el acto del juicio cuando el actor precisó que reclamaba el carácter de contingencia profesional.

7.- Procede acceder a la revisión fáctica pues se deriva de la documental citada y puede ser trascendente en orden a alterar el fallo en punto a la declaración de la entidad responsable del pago de la prestación.

SEGUNDO.- 1.- Ha de advertirse que para la resolución del recurso se va a alterar la ordenación de estos últimos motivos, dado que la recurrente plantea como quinto motivo, si la limitaciones padecidas por el actor le haría acreedor de una incapacidad permanente total, cuestión ésta que ha de dirimirse previamente al resto de cuestiones jurídicas formuladas en relación con la eventual responsabilidad de la Mutua por la prestación.

La Sala ha de proceder pues a alterar el orden de resolución de los motivos de recurso para la revisión del Derecho aplicado a la sentencia, para determinar en primer lugar, si la resolución de instancia es ajustada a derecho en cuanto a la declaración del actor como afecto a una incapacidad permanente total y, en segundo lugar, el carácter profesional o común de la contingencia y, en tercer lugar, la entidad responsable del pago de la prestación. Principiando pues el análisis por el formulado como quinto y último motivo de recurso, en éste con adecuado amparo procesal, se denuncia la infracción del art. 137.4 del TRLGSS. Considera en esencia, la parte recurrente que el actor fue dado de alta médica del proceso de enfermedad tratado por la Mutua en el 2005, no presentando patología a causa del mismo e incorporándose al trabajo y desarrollándolo con normalidad hasta el año 2008, en el que cursó baja médica hasta la denegación del proceso de incapacidad permanente por resolución del INSS de 5-10-09, no impugnada por el actor. Tras aducir que las secuelas serían debidas a enfermedad común, señala la parte recurrente que dado el cuadro clínico y las limitaciones expuestas en el hecho probado sexto las mismas no le imposibilitarían ni siquiera parcialmente para el desempeño de las tareas propias de su profesión habitual de oficial de primera albañil, por cuanto el cuadro patológico sólo le podría producir molestias o dolores, sin limitación ni restricción de la movilidad, sin apreciarse

atrofias musculares ni otras deficiencias orgánicas o funcionales, máxime cuando por su categoría y especialización no debería realizar las tareas más penosas, sino otras de menor esfuerzo y exigencia física.

2.- De acuerdo con el art. 136 TRLGSS la invalidez permanente configurada en la acción protectora de la Seguridad Social es de tipo profesional y por ello, para su debida calificación hay que partir de las lesiones que presenta el beneficiario y ponerlas en relación con su actividad laboral para comprobar las dificultades que provocan en la ejecución de las tareas específicas de su profesión, y proceder a declarar la invalidez permanente total cuando inhabilitan para desarrollar todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia (TS 26-2-79) y con rendimiento económico aprovechable y sin que se trate de la mera posibilidad del ejercicio esporádico de una determinada tarea, sino de su realización conforme a las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia (STS 16-2-87). En el presente caso del inalterado relato fáctico de la sentencia de instancia se constata que el demandante que nació en el año 1961, fue intervenido en febrero de 2006 por epicondilitis derecha con neuropatía cubital y epicondilitis izquierda, con nueva intervención en abril de 2006 por seroma postquirúrgico. Inició IT el 26-03-2008 por síndrome subacromial bilateral y trastorno ansioso depresivo, permaneciendo en dicha situación hasta extinción de la prórroga de ésta el 6 de octubre de 2009. Se inició proceso para determinación de contingencia de la IT resolviendo el INSS la misma era enfermedad profesional mediante resolución de fecha de salida 1-10-09. Se inició de oficio expediente de incapacidad permanente derivado de dicha incapacidad temporal (folio 32 de la documental de la Mutua), denegando la prestación en fecha 5-10-09. El actor sufre nueva intervención quirúrgica en abril de 2010 por neuropatía cubital y en junio de 2011 para liberación parcial del nervio cubital. En noviembre de 2009 y febrero de 2011 es intervenido por síndrome subacromial bilateral. También viene siendo tratado por síndrome ansioso depresivo por la USM desde 2005 y en tratamiento en la Unidad del Dolor por cervicobraquialgia severa. El demandante sufre el siguiente cuadro clínico residual: “Neuropatía cubital en codo derecho intervenida en varias ocasiones. Epicondilitis izquierda intervenida. Síndrome subacromial bilateral intervenido. Espondilosis cervical. Reacción depresiva prolongada.” Con las siguientes limitaciones orgánicas y funcionales: “Dolor y trastornos sensitivos en MSD. Cervicobraquialgia. Omalgia bilateral con limitación de movilidad activa. Sintomatología afectiva y ansiosa”.

3.- Puestas en relación las secuelas que presenta en la actualidad el demandante con la profesión habitual del mismo que es la de oficial 1ª albañil en la que la sobrecarga biomecánica de las codos es una constante tanto por la continua manipulación de objetos como por la carga de pesos, además de la depresión, lleva a concluir que el actor no tiene la capacidad necesaria para desarrollar las fundamentales tareas de dicha profesión con la eficacia, continuidad y dedicación que son exigibles en el mercado laboral ya que es limitante para actividades que requieran esfuerzos habituales o de movilidad amplia o repetitiva de los miembros superiores, así como de carga mental o estrés de modo que su situación se ha de encuadrar 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, lo que obliga a considerar ajustada a derecho la sentencia

de instancia en cuanto al reconocimiento al actor de la prestación de incapacidad permanente total para su profesión habitual. Resta por analizar si la determinación de la contingencia como profesional y la determinación de la entidad responsable del pago de la prestación es o no ajustada a derecho, cuestión que como quiera que aparece formulada en los motivos de recurso segundo, tercero y cuarto, será objeto de análisis en el resto de fundamentos de derecho.

TERCERO.- 1.- Procede pues analizar el segundo motivo de recurso formulado para la revisión del Derecho, que se plantea con adecuado amparo procesal, denunciando la infracción de los arts. 116 y 117.2 de la LGSS, por considerar que la contingencia determinante de la incapacidad permanente derivaría de enfermedad común, no alcanzando responsabilidad alguna a la mutua. En este sentido, se consideraría que no habría quedado acreditado que las patologías derivaran del proceso de enfermedad profesional tratado en el año 2005, del que fue dado de alta médica y que además las mismas no le impedirían el desarrollo de un oficio, pues se incorporó al trabajo desarrollándolo con normalidad hasta el año 2008.

2.- Debe señalarse que la juzgadora “a quo” determinó que la contingencia era profesional sobre la base de considerar que la incapacidad permanente de la que dimanarían las mencionadas dolencias tendría su origen en una enfermedad profesional, citando la Resolución del INSS 1-10-2009 que en relación con un proceso de incapacidad temporal del actor iniciado el 26-3-2008, por síndrome subacromial bilateral y trastorno ansioso depresivo ya determinó que el origen de la contingencia era enfermedad profesional. Por consiguiente, no cabe estimar infringidos los preceptos denunciados en cuanto al carácter profesional de la incapacidad permanente. Y ello por cuanto, en contra de lo manifestado por el recurrente, la juzgadora “a quo” en uso de sus facultades de valoración de la prueba, sí habría considerado acreditado que la dolencia principal que aquejaría al actor y le incapacitaría para su trabajo tenía origen en enfermedad profesional, pues así se declaró por resolución de 1-10-2009. En cuanto a la segunda alegación de que las lesiones no serían incapacitantes ya que se habría incorporado al trabajo en el 2008, ello ya ha sido resuelto en el fundamento de derecho anterior, amén de poner de manifiesto que en el hecho probado segundo ya se detallan intervenciones quirúrgicas posteriores que pondrían de manifiesto la agravación progresiva de la situación médica del actor.

CUARTO.- 1.- El formulado como tercer motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, denuncia la infracción del art. 166.2 del TRLGSS, en relación con el art. 94.2.b) de la misma norma, así como jurisprudencia dictada en aplicación de tales preceptos, citando en concreto, STS de 1-2-2000. En síntesis, considera el recurrente que habiendo quedado acreditado en el hecho probado primero que la empresa incumplió su obligación de cotizar durante un período prolongado de tiempo, existirá un período de descubierto que no podría considerarse como ocasional o transitorio, sino de total, voluntario o rupturista, por lo que procedería declarar la responsabilidad empresarial en materia de prestaciones de Seguridad Social, sin perjuicio de su anticipo por la Mutua y la declaración de responsabilidad subsidiaria del Fondo de Garantía de Accidentes de Trabajo. Asimismo, alude la parte recurrente al art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996 en cuanto a que en el momento del hecho causante

debía estarse a la fecha del dictamen propuesta del EVI al no encontrarse el actor afecto a una situación de incapacidad permanente, de lo que deduce que debió imputarse la responsabilidad empresarial en el pago de la prestación.

2.- Sin embargo, no pueden estimarse producidas las infracciones denunciadas por cuanto sencillamente no ha prosperado la revisión fáctica en cuanto a la existencia de un descubierto en la cotización que afectara al actor, no procede enjuiciar en el actual proceso la eventual responsabilidad que pudiera tener la empresa demandada, sin perjuicio de que una vez determinada la entidad responsable del pago de la prestación, la misma pudiera iniciar actuaciones en relación con esta cuestión.

QUINTO.- 1.- El formulado como cuarto motivo de recurso, con adecuado amparo procesal, denuncia la infracción del art. 126.1 LRJS en relación con los arts. 68.2.a), 87.1, 200 y 201, al considerar que al haberse causado la enfermedad profesional antes de la entrada en vigor de la competencia atribuida a las Mutuas en las Leyes 51/2007 y 2/2008 debe hacerse cargo de la prestación el INSS. En apoyo de esta argumentación, cita el recurrente diversas sentencias del TS, cuya doctrina vendría a establecer que la cobertura de prestaciones de incapacidad permanente y muerte tenía que establecerse en exclusiva a cargo del Fondo de Compensación de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales del INSS y que la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009 no tendría rango suficiente para regular la atribución de responsabilidades en materia de prestaciones de Seguridad Social. Se considera que de acuerdo con esta doctrina, sería irrelevante que el hecho causante de la prestación se hubiera producido en el 2011 porque lo decisivo sería que cuando el riesgo de enfermedad profesional existía (del 2000 al 2008) la cobertura del riesgo la asumió en exclusiva el mencionado Fondo Compensador, pues no fue sino hasta enero de 2008 que la Mutua asumió este riesgo, lo que en su caso podría determinar un reparto proporcional de responsabilidad.

2.- En segundo lugar, se aduce que de no aceptarse la doctrina del TS y considerarse de aplicación la Resolución de la DGOSS de 27-5-09, tampoco correspondería responsabilidad alguna a la Mutua por cuanto a la fecha del hecho causante, dictamen propuesta del EVI de 30-8-2011, la cobertura de contingencias profesionales no las tenía la Mutua, sino el INSS, al encontrarse el actor en desempleo contributivo, conforme al apartado 1.b) de la instrucción 3ª de la mencionada Resolución de la DGOSS.

3.- Como quiera que la parte recurrente plantea una batería de argumentaciones distintas conviene realizar algunas puntualizaciones. En primer lugar, que el trabajador inició una baja médica el 26-3-2008 que fue calificada en una Resolución del INSS como contingencia profesional, iniciándose de oficio expediente de incapacidad permanente derivado de incapacidad temporal en el que fue denegada la prestación en fecha 5-10-2009 (hecho probado segundo). Dicha denegación no fue impugnada por el actor que se encontraba ya cobrando prestación por desempleo desde el 7-10-2009 (informe de vida laboral, folio 179 de autos) y no fue sino hasta el 27 de julio de 2011 cuando se inició –por el actor, lo que no deja de ser trascendente-

proceso de reclamación de la pensión de incapacidad permanente. En dicho procedimiento el actor solicitó la prestación de incapacidad permanente tachando la casilla de enfermedad profesional (folio 9 de autos), pero la misma se tramitó en el EVI como enfermedad común y de hecho, el trabajador inicialmente únicamente planteó reclamación administrativa previa y demandó al INSS, cuestionando que sus patologías eran efectivamente incapacitantes. Posteriormente, el actor presentó escrito de ampliación de la demanda el 18-10-12, que obra en el folio 21 de autos, demandando a la empresa M.O. SLU y a la Mutua, pero sin aclarar expresamente que solicitaba la incapacidad permanente por carácter profesional y no fue sino hasta la fecha del juicio, donde ante la alegación del INSS aclaró el demandante la contingencia que reclamaba: incapacidad permanente por enfermedad profesional y subsidiariamente por contingencia común (antecedente de hecho segundo).

4.- Hechas estas puntualizaciones ha de manifestarse que la sentencia de instancia imputa la responsabilidad a la mutua sobre la base de dos argumentos. El primero sería que la dolencia principal que incapacitaría al actor tendría su origen en una enfermedad profesional (resolución de 1-10-2009 del INSS), y el segundo, que la Mutua sería la que tenía cubierta la contingencia a la fecha de la propuesta del EVI (agosto de 2011). La Sala ha de manifestar que si bien la primera argumentación resulta compatible, no lo es la segunda ya que encontrándose el actor en desempleo no podía la Mutua ser la que tenía cubierta las contingencias profesionales. A mayor abundamiento, la sentencia recurrida se remite a la Resolución de 27 de mayo de 2009 de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social, empero la aplica erróneamente. Ha de aclararse que en punto a la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones económicas por incapacidad permanente derivadas de enfermedad profesional la Ley 51/2007, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el 2008, incorporó la modificación del art. 68.3.a) de la LGSS donde se incluía la responsabilidad en orden al pago de las prestaciones por incapacidad permanente derivada de enfermedad profesional a las Mutuas. En aras de facilitar la aplicación de esta disposición, se dictó la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009. Dicha Resolución ha sido objeto de cuestionamiento en determinadas sentencias del Tribunal Supremo entendiéndose que tendría un carácter meramente interpretativo al dictarse por un órgano que carecía de potestad reglamentaria sin habilitación legal y la imposibilidad de establecer normas retroactivas de la responsabilidad de las Mutuas (STS 26-3-13, rec. 1207/12 y las allí citadas). Dicha doctrina jurisprudencial citada en parte por el recurrente no sería de aplicación al caso aquí enjuiciado pues se refiere a supuestos fácticos en los que la exposición al riesgo profesional se produjo con anterioridad a la vigencia de la Ley 51/2007, pero el reconocimiento de la prestación se produjo cuando estaba vigente el aseguramiento por las Mutuas de la contingencia de enfermedad profesional y los procesos de incapacidad permanente derivaban de situaciones de incapacidad temporal. Empero, en este caso, el trabajador no habría impugnado la resolución denegatoria de la incapacidad permanente del año 2009 que derivaba de una IT por enfermedad profesional, e iniciaría el proceso de reclamación de incapacidad permanente desde la situación de desempleo. Pero incluso, si se aplicara la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 27 de mayo de 2009, debería estarse a la Instrucción 3.1.B) *“Incapacidad permanente no precedida de una situación de incapacidad temporal: La responsabilidad de las prestaciones*

corresponderá a la entidad gestora o mutua que tuviera la cobertura de las contingencias profesionales del trabajador en la fecha del dictamen-propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades". En este sentido, la solicitud de incapacidad permanente es de 27-7-2011 y el informe del EVI fue emitido el 25-08-2011, por lo que es ésta fecha la que debe tenerse en cuenta.

5.- Por otra parte, deber recordarse que el art. 13.2 de la OM de 18-1-1996 dispone que *"en los supuestos en que la invalidez permanente no esté precedida de una incapacidad temporal o ésta se hubiera extinguido, se considerará producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen propuesta del equipo de valoración de incapacidades"*. Asimismo ha de destacarse que este criterio se refuerza a la vista de la Orden de 15 de abril de 1969 que en su art. 42 establece: como fecha de iniciación de los efectos de las prestaciones de incapacidad permanente: *"Cuando el trabajador no se encuentre al servicio de ninguna Empresa al producirse el reconocimiento médico oficial que se lleve a efecto como consecuencia de haberse instado en la forma procedente, que se le declare en la situación de invalidez permanente, dicha fecha será aquella en que haya tenido lugar el reconocimiento..."*. Igualmente la STS de 18 de marzo de 2002, rcud. 67/2001 establece que cuando la IP no derive de un proceso de IT, se debe considerar producido el hecho causante en la fecha de emisión del dictamen-propuesta del EVI. En estos casos, a los efectos de determinar la entidad responsable del pago ha de estarse a la entidad gestora o mutua que tuviera la cobertura de las contingencias del trabajador en la fecha del dictamen-propuesta emitido por el Equipo de Valoración de Incapacidades, por lo que no siendo posible que la Mutua fuera la dicha entidad en el momento de la fecha del dictamen propuesta, debe revocarse en este punto la sentencia de instancia. Y es que en agosto de 2011, era el INSS y no la Mutua la responsable del pago de la prestación al encontrarse el trabajador en situación de desempleo conforme se desprende del informe de su vida laboral obrante en el folio 179 de autos. Y es que en contra de lo señalado por la juzgadora "a quo" no podía ser la Mutua la que tuviera cubierta la contingencia a la fecha de propuesta del EVI.

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por Mutua A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Núm. 7 de los de Alicante de fecha de 8 de octubre de 2013 y, con revocación parcial de la misma, declaramos la responsabilidad del INSS, absolviendo a A., de abonar la cuantía de la prestación de incapacidad permanente reconocida al trabajador D. J.M.D.F., manteniendo inalterada en cuanto al resto de sus pronunciamientos.

1956

Sentencia núm. 81, de 20 de enero de 2015

Materia: Extinción de contrato. Extinción relación laboral por movilidad geográfica. Trabajadora con relación indefinida, tras sucesivos contratos temporales, con categoría profesional de agente de estaciones. La actora se encuentra afectada por una movilidad geográfica. Reubicación de la trabajadora como consecuencia de un despido colectivo. La actora pasa a ostentar la categoría de Factor de Circulación en otras dependencias. Para la designación de las personas afectadas se ha tenido en cuenta la antigüedad y circunstancias familiares (hijos a cargo). En el caso de que se produjera alguna vacante, la afectada podría volver a su anterior puesto o similar en la localidad donde anteriormente prestaba sus servicios. Diferencia de trato entre categorías o grupo de personas.

Juzgado: Desestimando la excepción de caducidad y desestimando la demanda declara no haber lugar a la misma absolviendo a la parte demandada de la demanda frente a la misma formulada, reconociendo el derecho de la parte actora a extinguir su contrato de trabajo.

Sala: Desestima el recurso de la trabajadora recurrente y declara la incompetencia funcional de la Sala para conocer sobre el recurso de suplicación en nombre del Ente recurrente. No procede la extinción del contrato de la trabajadora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Determinado en el artículo 138.6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS) que contra la sentencia que recaiga en proceso de movilidad geográfica individual no cabrá recurso alguno, es patente que solo en cuanto se ha alegado la vulneración de derechos fundamentales podrán ser examinados los recursos interpuestos. Debiendo por ello declararse la incompetencia funcional de la Sala para conocer del recurso interpuesto en nombre de la entidad demandada en cuanto simplemente invoca, al amparo del artículo 193.c) de la LJS la infracción del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 138.1 de la LJS, pues a su juicio debía haberse estimado la excepción de caducidad invocada.

SEGUNDO.- 1. El recurso interpuesto en nombre de la parte actora, que ha sido impugnado de contrario, se estructura en cuatro motivos. Los tres primeros se formulan al amparo del artículo 193.b) de la LJS, postulando respectivamente la modificación de los hechos probados decimoquinto, noveno y cuarto, con fundamento en los documentos que indica, y que se dan por reproducidos en la resolución de instancia, por lo que la redacción de esos hechos probados permitiría a la Sala examinar en su integridad esos documentos, sin necesidad de mayores especificaciones, por lo que estos motivos deberán desestimarse.

2. El último motivo de este recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS denunciando infracción del “artículo 14 de la Constitución Española, así como la

Directiva Comunitaria 1999/70/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1999 relativa al Acuerdo Marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada, la jurisprudencia establecida por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de octubre de 2012, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional nº 104/2004 de 28 de junio, la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional nº27/2004 de 4 de marzo, la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2011 y la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional nº 152/2013 de 29 de julio”. Argumenta en síntesis que la comisión de seguimiento estableció unos criterios para la movilidad geográfica que afectó a la actora que suponen la discriminación entre trabajadores indefinidos y trabajadores temporales.

3. La sentencia del Tribunal Supremo (Sala IV) de 23 de septiembre de 2014 (R.231/13), invocando e interpretando la doctrina constitucional que menciona, subrayó en lo que aquí interesa que “...el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida ... el principio genérico de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad pero sí exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato. El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo; 1/2001, de 15 de enero). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma...”. Por su parte, la sentencia 27/2004, de 4 de marzo, del Tribunal Constitucional reiteró que “...Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, según criterios o juicios de valor generalmente aceptados. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad, no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad en sede constitucional sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. El juicio de igualdad, por lo demás, es de carácter relacional. Requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas (STC 181/2000, de 29 de junio) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (SSTC 148/1986, de 25 de noviembre; 29/1987, de 6 de marzo 1/2001, de 15 de enero). Sólo una vez verificado uno y otro presupuesto

resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma".

4. Como quiera que la movilidad geográfica acordada consideró para todos los trabajadores el tiempo de servicios que databa desde la adquisición de la fijeza en el empleo, habiendo tenido todos los trabajadores posiblemente afectados períodos previos de trabajo sujetos a contratos temporales (hecho probado decimonoveno), no siendo la fijeza o indefinición el único criterio a considerar para la movilidad sino también las cargas familiares (tener a su cargo hijos menores), entendemos que en el presente caso falta el carácter relacional de la situación a considerar sin que la medida adoptada estimemos introduzca directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, máxime atendiendo a que como se indica en el ordinal decimoprimer del relato histórico la movilidad geográfica aplicada fue consecuencia del acuerdo adoptado en el procedimiento de despido colectivo, donde se indicaba que se procedía a trasladar a 8 personas con habilitación de jefe de circulación con categoría de Agente de Estaciones y factores de circulación, conllevando en el primero de los casos la conversión a la categoría de factor de circulación y que se asignarían a los trabajadores que tuvieran menor antigüedad considerada esta desde su ingreso en la empresa con carácter de personal fijo o indefinido y que a igual antigüedad se considerara el orden que ocupó el agente en el proceso selectivo y como cargas familiares se consideraban la existencia de hijos menores de edad a cargo y en caso de separación la existencia de custodia. La sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional invocada en el motivo, aparte de no constituir jurisprudencia (artículo 1.6 del Código Civil) solo aparentemente tiene algo que ver con el caso traído a nuestra consideración (traslado forzoso) pues en ella se dilucidaba el distinto tratamiento dado a los trabajadores fijos frente a los temporales, lo que aquí no sucede, pues todos los trabajadores afectados eran indefinidos y habían trabajado previamente como temporales, de lo que no puede deducirse indicio alguno de discriminación, dado el proceso selectivo que existió al respecto.

5. Se impone en consecuencia la desestimación del motivo.

TERCERO.- 1. Corolario de todo lo razonado será: A) La desestimación del recurso interpuesto en nombre de DÑA. N.P.F. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de Valencia y su Provincia el día diecisiete de junio de dos mil catorce en el proceso de que estas actuaciones dimanen, sentencia que deberá confirmarse en este aspecto. B) Declarar la incompetencia funcional de la Sala para examinar el recurso interpuesto en nombre de FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA.

2. Sin costas (artículo 235.1 LJS y 2º.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto en nombre de DÑA. N.P.F. contra la

sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 16 de Valencia y su Provincia el día diecisiete de junio de dos mil catorce en el proceso de que estas actuaciones dimanen, sentencia que confirmamos en este aspecto, y declaramos la incompetencia funcional de la Sala para examinar el recurso interpuesto en nombre de FERROCARRILS DE LA GENERALITAT VALENCIANA, y firme la sentencia de instancia en este aspecto.

Sin costas.

1957

Sentencia núm. 88, de 20 de enero de 2015

Materia: Invalidez. Determinación de contingencias. Trabajador que causa baja por incapacidad temporal por accidente de trabajo mientras se hallaba en su puesto de trabajo. Posteriormente, causa nueva baja por incapacidad temporal con grave patología dorsal, declarándose el carácter común de la invalidez. Solicitud declaración de que el proceso de incapacidad deriva de accidente de trabajo. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda, declarando que el proceso de incapacidad temporal iniciado por el actor es de contingencia común, absolviendo al INSS, Mutua y empresa demandados de los pedimentos formulados en su contra.

Sala: Estima el recurso y declara que el proceso de incapacidad temporal iniciado por el actor deriva de accidente de trabajo, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a que la mutua demandada se haga cargo del pago de la prestación correspondiente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por la letrada designada por D. R.M., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnaba la resolución dictada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) el 17 de octubre de 2012, confirmada por la de 19 de diciembre del mismo año, por la que se declaró el carácter común del proceso de incapacidad temporal iniciado el 13 de septiembre de 2011.

2. En los tres primeros motivos del recurso se solicita por el cauce procesal establecido en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS), la revisión de los hechos que la sentencia declara probados en los siguientes términos:

a) Se solicita, en primer lugar, que se añadan al hecho primero tres nuevos párrafos (que se dan por reproducidos) en los que, en esencia, se deje constancia del resultado de la resonancia magnética que se le practicó al actor en el año 2010, en la que ya se constató que tenía una necrosis vascular estadio II de Ficat –párrafo primero-; que se diga que a raíz del accidente fue intervenido el 3-6-2010 por microdiscectomía L5-S1 –párrafo segundo-; y que con anterioridad al accidente laboral no presentaba cuadro de lumbalgia ni patología alguna conocida en el sector L5-S1 ni hernia discal –párrafo tercero-.

Se admiten las modificaciones que se proponen en los dos primeros párrafos pues así resultan de los documentos que se invocan por el recurrente. Por el contrario, no se admite la que se propone en el párrafo tercero pues se trata de un hecho

negativo que resulta innecesario introducir desde el momento en que no consta en el relato de hechos probados de la sentencia lo contrario.

b) En segundo lugar, se interesa que se añada al hecho tercero un párrafo en el que se diga que el 5-6-2013 se le practicó al actor una segunda intervención de secuelas microdiscectomía L5-S1 con alta hospitalaria el 8-6-2013. Efectivamente esta intervención consta en el informe médico que obra al folio 46 del segundo tomo de las actuaciones, por lo que no existe inconveniente en admitir la modificación propuesta, pero incorporando el contenido íntegro del informe en el que se deja constancia que durante la intervención se observó una “calcificación de la hernia extrusa antigua que se encontraba adherida a la cara anterior del saco dural y la existencia de una gran fibrosis adherencial”; lo que, a juicio del facultativo que emite el informe, determina “una más que probable clínica secuelar de radiculopatía crónica sensitiva”.

c) Por último se pretende la adición de un hecho probado nuevo en el que se diga que la base reguladora de la prestación derivada de accidente de trabajo es de 1.122 euros mensuales. Sin embargo esta petición no cuenta con la necesaria base documental para ser admitida (ex.arts.193.2 y 196.3 LRJS). Simplemente se dice que se trata de un hecho no controvertido, pero como tampoco consta tal cosa, se rechaza la petición sin perjuicio que, de estimarse la pretensión, se determine en ejecución de sentencia.

SEGUNDO.- 1. En el último motivo del recurso y con adecuado encaje procesal, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 115.1 y 2 g) y f) y 117 de la texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS), en relación con la doctrina jurisprudencial expresada en la STS de 10 de julio de 2007. Lo que en definitiva se sostiene en este motivo, es que la patología del actor es encuadrable en el artículo 115 de la LGSS “ya que al tratarse de una patología, en principio previa, latente, degenerativa y subyacente, de carácter común, se desencadena, se activa y se empeora con causa del trabajo”.

2. El artículo 115.2 de la LGSS que se cita como infringido, dispone que tendrán la consideración de accidente de trabajo: “f) las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”; y “g) las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinados por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación”.

3. Del relato de hechos probados que contiene la sentencia recurrida, con las modificaciones que han sido admitidas a instancia del recurrente, se pueden extraer los siguientes datos de interés: a) El Sr. M. inició un proceso de incapacidad temporal por accidente de trabajo el 9-4-2010 al sufrir una distensión en el glúteo derecho. Durante tal proceso se pudo observar que presentaba discectomía en L5-S1 y

lumbalgia crónica, lo que determinó que mediante resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) 22-3-2011 se le reconociera una incapacidad permanente en el grado de parcial para su profesión habitual de vigilante de seguridad derivada de accidente de trabajo. B) Antes de transcurrir el plazo de seis meses desde esta última fecha, el 16-9-2011 causó nueva baja por “desplazamiento de disco intervertebral lumbar con mielopatía”, cuya calificación es la controvertida en el presente proceso judicial. C) Consta además, que al actor se le han practicado dos intervenciones quirúrgicas. La primera, durante el primer proceso de incapacidad temporal, el 3-6-2010 por microdissectomía L5-S1; y la segunda, durante el segundo proceso de incapacidad temporal, el 5-6-2013 por secuelas de microdissectomía L5-S1.

4. Pues bien, siendo estos los datos más relevantes, el recurso debe ser estimado de acuerdo con los criterios mantenidos por la más reciente jurisprudencia expresada, entre otras, en la STS de 3-7-2013 (rcud.1899/2012), y las que se citan en ella, que resuelve un supuesto semejante al que se enjuicia en este procedimiento. Así, para el Tribunal Supremo es determinante para la calificación de la contingencia de un segundo proceso de incapacidad temporal, el hecho de que la segunda baja sea por la misma patología que la primera que lo fue por accidente de trabajo, pues esto *“nos muestra que el trabajador no llegó a curar de la patología incapacitante, porque recayó en los mismos síntomas que presentó al principio”*. Continúa la sentencia señalando que *“como nos encontramos ante una recaída en la lesión que provocó la primera baja, procede la calificación de accidente laboral que se dio a la primera, máxime por haberse producido antes de los seis meses, lo que muestra que estamos ante el mismo proceso de incapacidad temporal, según el art. 9 de la Orden de 13 de octubre de 1967”* y que *“Consecuentemente, la recaída en la lesión que agravó el accidente merece el calificativo de accidente laboral, conforme al art. 115-2-f) de la L.G.S.S.”*. El hecho de que las dolencias del actor pudieran tener un origen remoto degenerativo –incluida la necrosis vascular que estaba diagnosticada antes de la primera baja- no excluye la conclusión expuesta, pues es lo cierto que no consta que le ocasionaran ninguna incapacidad laboral hasta que el 9-4-2010 se produjo la primera baja por accidente de trabajo; y es a partir de ese momento cuando son constantes las pruebas e informes médicos que se le practican al demandante relacionadas, todas ellas, con la misma dolencia y que incluyen dos intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo el 3-6-2010 y el 5-6-2013. En definitiva, con estos antecedentes resulta aplicable la previsión contenida en el artículo 115.2 f) que, como hemos indicado, califica de accidente de trabajo a *“las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente”*. Es por ello que procede revocar el pronunciamiento de la sentencia de instancia y estimar la petición contenida en la demanda en los términos que se expresan en la parte dispositiva de esta sentencia.

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

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON R.M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 1 de los de Castellón de fecha 14 de marzo de 2014; y en consecuencia, revocamos la resolución recurrida, estimamos la demanda presentada contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, la Tesorería General de la Seguridad Social, la mutua X. y la empresa H.S.I. S.L. en el sentido de declarar que el proceso de incapacidad temporal iniciado el 13 de septiembre de 2011 por el actor deriva de accidente de trabajo y condenamos a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la mutua X. al pago de la prestación correspondiente.

Sin costas.

1958

Sentencia núm. 106, de 21 de enero de 2015

Materia: Recargo de prestaciones. Trabajador que sufre accidente de trabajo mientras venía prestando sus servicios para la cooperativa demandante. El trabajador sufre un atropello incumpliendo la empresa la planificación de la actividad preventiva. El actor es declarado en situación de gran invalidez teniendo derecho a una pensión vitalicia. Se impone a la cooperativa un recargo del 30% por responsabilidad empresarial. Falta de medidas de seguridad en la empresa. La empresa recurre y alega que cumple con los requisitos de seguridad y que el accidente se produce por actuación imprudente del propio accidentado. Procedencia.

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

Sala: Desestima el recurso interpuesto por la cooperativa y confirma la sentencia de instancia. Existe un nexo causal entre la infracción por el empresario de la medida de seguridad y el resultado dañoso, no habiendo tomado las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente. No se puede considerar como temeraria la conducta del trabajador accidentado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la Cooperativa actora, frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda instada frente a la resolución de recargo impuesto sobre las prestaciones de Seguridad Social por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo.

El recurso, sin cita del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se articula en ocho motivos, en los que alega que el conductor del camión, trabajador de T.A.J. SC, indicó a los trabajadores que iba a efectuar maniobra de marcha atrás, miró por los retrovisores y no vio a nadie, por lo que el trabajador accidentado, empleado de la recurrente, desoyó y omitió las instrucciones del conductor, que la empresa recurrente no incumple la planificación preventiva en caso de visibilidad reducida pues el capataz de la recurrente debe estar presente la recurrente con sus propios vehículos realice maniobras, pues la planificación se refiere a la propia empresa no a terceros; denunciando la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 123 de la LGSS, que cada empresario debe informar a sus respectivos trabajadores de los riesgos derivados de la concurrencia de actividades empresariales en el mismo centro conforme al art. 18 Ley 31/95, con cita de STS de 2-7-2000, que conforme al art. 24.3 de la Ley 31/95 las empresas que contraten o subcontraten deben vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención, y según el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores la empresa principal responde solidariamente, con cita de STS de 16-2-97; que en el accidente concurrió la actuación imprudente del accidentado que se encontraba agachado detrás del camión desoyendo los avisos y la actuación poco diligente del conductor del camión que no avisó debidamente, no encontrándose en el

lugar del accidente el capataz de la actora, por lo que el conductor no debió realizar la maniobra, no siendo exigible que el capataz de la actora esté presente en todas las actuaciones que pueda realizar todo trabajador, como en este caso de otra empresa, no constando que su presencia fuese requerida por el conductor del camión, por lo que estaríamos en presencia de una responsabilidad directa de la empresa transportista o compartida o solidaria; solicitando se declare la inexistencia de responsabilidad de la recurrente o subsidiariamente, la responsabilidad directa y exclusiva de T.A.J. SC o, la responsabilidad solidaria de la actora y de la citada empresa.

2. El Tribunal Supremo en Sentencia de 12-7-07, rec. 938-06, señala, "1) El artículo 123.1 de la Ley General de Seguridad Social preceptúa que procederá la responsabilidad empresarial en el recargo de prestaciones de seguridad social "cuando la lesión se produzca por máquinas, artefactos e instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador". Este mismo concepto de responsabilidad por "el incumplimiento de los empresarios de sus obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales" se reafirma en el artículo 42 de la ley 31/1995, de 8 de noviembre de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), cuyo ordinal 3 se refiere específicamente al recargo de prestaciones. Especifica también la misma ley en su artículo 14.2, que "en cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo...". En el apartado 4 del artículo 15 señala "que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever (incluso) las distracciones o imprudencias no temerarias que pudiera cometer el trabajador"... Semejantes prescripciones en esta materia de seguridad aparecen recogidas en el artículo 16 del Convenio 155 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) de 22 de junio de 1981, que impone a los empleadores, en la medida que sea razonable y factible, la obligación de garantizar que "los lugares de trabajo, la maquinaria, el equipo y las operaciones que estén bajo su control sean seguros y no entrañen riesgo alguno para la salud y seguridad de los trabajadores". Además es de significar, que el mandato constitucional, contenido en el artículo 40.2 de la Constitución, obliga a los poderes públicos a velar por la seguridad e higiene en el trabajo; y que las Directivas europeas relativas a la aplicación de las medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores, entre las que se encuentra, como más significativa la 89/391 CEE, así como los compromisos internacionales del Estado Español, figuran en el preámbulo de la repetida ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales como factores determinantes para la publicación de dicha ley cuyo objeto (art. 5) es "la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo dirigido a elevar el nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo".

A la luz de estos preceptos reiterada doctrina jurisprudencial (por todas STS de 2 de octubre de 2000) viene exigiendo como requisito determinante de la responsabilidad empresarial en el accidente de trabajo los siguientes: a) Que la

empresa haya cometida alguna infracción consistente en el incumplimiento de alguna medida de seguridad general o especial, añadiendo que no siendo posible que el legislador concrete la variadísima gama de los mecanismos ante la imposibilidad de seguir el ritmo de creación de nuevas maquinarias, bastará que se violen las normas genéricas o deudas de seguridad, en el sentido de falta de diligencia de un prudente empleado (STS 26 de marzo de 1999). b) Que se acredite la causación de un daño efectivo en la persona del trabajador. c) Que exista una relación de causalidad entre la infracción y el resultado dañoso; conexión que puede romperse cuando la infracción es imputable al propio interesado (STS 6 de mayo de 1998).”

3. Pues bien, en el presente caso, consta en el relato fáctico de la sentencia que el accidente se produjo cuando un camión de T.A.J. SC había acudido al campo para descargar cajones para recolectar la naranja. El conductor del camión era O.I. trabajador de dicha empresa. El trabajador accidentado Sr. P.S. ayudó a descargar al camión dirigiéndose posteriormente al capataz quien le indicó, como a otros trabajadores, que se pusiera a recolectar. Uno de los recolectores de la empresa, R.M. tenía su vehículo en el camino, delante del camión, por lo que indicó al conductor de este que diese marcha atrás y retrocediese unos metros, de forma que él pudiera aparcar su coche en un lugar donde no molestase la circulación y el camión pudiese pasar. El Sr. I. indicó a los trabajadores que estaban en las inmediaciones que iba a efectuar una maniobra marcha atrás, y tras mirar por los retrovisores y no ver a nadie detrás, inició la maniobra de marcha atrás sin dar ninguna señal acústica. Después de recorrer unos metros marcha atrás atropello al Sr. P. que se encontraba agachado y no vio venir el vehículo. En ese momento otro trabajador, J. M. M. escuchó gritar al Sr. P. por lo que gritó al conductor que parase el camión. El conductor, al escuchar los gritos, detuvo el camión, procediendo después entre todos a sacar al accidentado de debajo del camión.

De lo expuesto se deduce la existencia de nexo causal entre la infracción por el empresario de la medida de seguridad y el resultado dañoso, pues en zona de tránsito simultáneo de personas y camiones, las vías deberán ser seguras mediante señalizaciones, en este caso por el capataz tal como prevé la planificación preventiva, lo que hubiese evitado el accidente, y sin que la conducta del trabajador accidentado pueda considerarse temeraria, por el mero hecho de encontrarse agachado y no oír las indicaciones del conductor, pues no consta que se accionase el claxon del camión, que era la medida acústica indicada, ni que operario alguno procediese a señalar o dirigir al conductor en la realización de la maniobra de marcha atrás con visibilidad reducida, siendo la empresa la obligada a cumplir con las medidas que eviten los accidentes, por lo que fue la conducta omisiva del empresario la causa eficiente del daño producido al trabajador, y aunque, como se indica en la citada STS de 12-7-07, “ en singulares ocasiones, la conducta del trabajador accidentado, puede, determinar no sólo la graduación de la responsabilidad del empleador, sino también, incluso, su exoneración (STS 20 de marzo de 1983, 21 de abril de 1988, 6 de mayo de 1998 , 30 de junio de 2003 y 16 de enero de 2006)”, en el presente caso, la conducta del trabajador no puede calificarse de temeraria, que de concurrir tal carácter afectaría a la misma existencia del accidente de trabajo, configurado en el artículo 115.4.b) LGSS y por lo tanto, al recargo de prestaciones. La imprudencia profesional o exceso de confianza en

la ejecución del trabajo no tiene, en el presente supuesto, entidad suficiente para excluir totalmente o alterar la imputación de la infracción a las empresas, que son las que está obligada a garantizar a sus trabajadores una protección eficaz en materia de seguridad e higiene en el trabajo; siendo de resaltar que incluso la propia LPRL dispone que la efectividad de las medidas preventivas deberá prever la distracción o imprudencia no temerarias que pudiera cometer el trabajador. No apreciándose en el presente caso infracción de medidas de seguridad por la empresa empleadora del conductor del camión. Procediendo, en atención a lo expuesto, desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

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

2. Asimismo y de acuerdo con lo ordenado en el artículo 235 LRJS, procede la imposición de costas a la parte vencida en el recurso.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de COOPERATIVA X. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.8 de los de Valencia, de fecha 9-enero-2014, en virtud de demanda presentada a su instancia; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

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

Se condena a la parte recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 400 euros.

1959

Sentencia núm. 110, de 21 de enero de 2015

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora que presta sus servicios como técnico jurídico para empresa demandada. Las partes suscriben un acuerdo sobre cambio de puesto de trabajo. Modificación de las retribuciones con motivo del nuevo puesto de trabajo. Reclamación de cantidad y vulneración de los derechos fundamentales.

Juzgado: Desestima la demanda de modificación sustancial de las condiciones de trabajo con vulneración de los derechos fundamentales, absolviendo a la empresa demandada de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se produce una decisión unilateral empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino un acuerdo entre las partes, con traslado a otro puesto de trabajo con distinta clasificación retributiva.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación por la representación letrada de la parte actora frente a la sentencia que desestimó su demanda en la que ejercitaba acción de modificación sustancial de condiciones de trabajo con reclamación de cantidad, y acumulada por vulneración de derechos fundamentales.

1. El primer motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-b) de la LRJS, y se articula en cinco motivos, interesando, en el primero, la revisión del hecho probado primero, a fin de que donde dice "...para la empresa demandada Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana...", diga, "...para la entidad de derecho público demandada Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana...", en base al art. 14 de la Ley 2/1992, de 26 de marzo, de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana y art. 1 del decreto 170/1992, de 16 de octubre, que aprueba el estatuto de la Entidad Publica de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana.

La revisión no se admite, pues la demandada lo es en calidad de empleadora de la actora, y su naturaleza jurídica no supone una cuestión fáctica sino jurídica.

2. En el segundo motivo, interesa la revisión del hecho probado segundo, a fin de que donde dice, "...Y en fecha 01 de diciembre de 2008 se le reconoció a la actora en nivel A-20-E38, por acuerdo del gerente de la demandada. (Folios 4 a 10 de la demandada).", diga, "Y en fecha 01 de diciembre de 2008 se le reconoció a la actora en nivel A-20-38, por acuerdo del Consejo de Administración de la Entidad de Saneamiento de Aguas, comunicado por el gerente de la demandada", en base a los folios 10 y 47.

La documental citada por la recurrente consiste en comunicaciones escritas del Gerente dirigidas a la actora, una de fecha 1-12-08 y otra el 20-10-10, por lo que la revisión no se admite.

3. En el tercer motivo interesa la revisión del hecho probado quinto, a fin de que donde dice “resolución”, diga “escrito” en los siguientes supuestos: a) escrito de 29-9-2010 de la Dirección General de Presupuestos y Gastos de la Conselleria de Hacienda de la Generalitat Valenciana, folio 44 de la documental de la demandada, b) escrito del Director General de Presupuestos y Gastos de la Conselleria de Hacienda de la Generalitat Valenciana, c) escrito de 23-12-2011, folios 54 y 55 de la documentación de la demandada. Y, “la incorporación de la fecha de la propuesta de Masa salarial para el ejercicio 2010, con registro de salida núm 10812 de 28 de julio de 2010, que dio lugar al escrito de 29 de septiembre de 2010 de la Dirección General de Presupuestos y Gastos de la Conselleria de Hacienda Generalitat Valenciana, por el que se manifiesta la supuesta nulidad de los puestos 56, 57, 58, 62 y 64”. Folios 37 y 44 de la demandada y, “la corrección de la referencia al escrito de la demandada de 20 de octubre de 2010 que por error aparece referenciado como 2011”. Folios 47 a 49 de la demandada.

En el contenido del hecho impugnado ya se citan expresamente los folios 41 a 54 de la demandada, por lo que los mismos se entienden íntegramente por reproducido, lo que hace innecesaria la revisión postulada.

4. En el cuarto motivo se solicita la revisión del hecho probado sexto, a fin de “fijar que el derecho de reserva sobre los dos puestos de trabajo de técnico jurídico se extinguieron en fecha 27 de junio de 2011 por lo que respecta al titular que ocupaba cargo público” folio 16 de la documentación presentada por la demandada, “y en fecha 17 de noviembre de 2011 por lo que respecta la titular con ocasión del cuidado de hijos” folio 18 de la documentación de la demandada.

El folio 16 consiste en escrito de S.G.S. dirigido al Gerente, el 26-4-13, comunicando que siendo su contratación temporal por sustitución de la Sra. C., y siendo que esta ya cesó en 2011 en el cargo que ocupaba, debe formalizarse contrato indefinido; y el folio 18 consiste en comunicación escrita de 25-4-13 de H.F.N. dirigida a la entidad demandada, manifestando que entró a trabajar con contrato de interinidad el 17-11-09, para sustituir a la Sra. C. en excedencia por cuidado de hijos, y como ya han pasado más de tres años, su contrato deberá transformarse en indefinido; por lo que en estos términos se admite su adicción.

5. En el quinto motivo, interesa la adición de un nuevo hecho probado que diga, “A) En el informe del Director Económico Financiero, folios 1 y 2 de la documentación aportada por la demandada, se establece que: Como ya se ha indicado anteriormente, en el escrito de la Dirección General de Presupuestos y Gastos recibido el 6 de octubre de 2010 se declara la nulidad de sus puestos de trabajo y se exigía que se retrotrajeran las actuaciones (es decir, el despido de los trabajadores); en el escrito recibido el 3 de enero de 2011 la Dirección General insistía en ello y reprochaba que esos puestos continuaran estando ocupados. Posteriormente, en escrito de 29 de

diciembre de 2011, en contestación a la solicitud de masa salarial para ese ejercicio, volvió a pedir cuentas por el hecho de que se siguiera abonando sus retribuciones a los ocupados de esos puestos, y se decía que ello podía “determinar el inicio de expediente de responsabilidades”, folios 1 y 2 de la demandada. “B) El informe de la Directora de Área de Régimen Jurídico y Gestión Administrativa de la Entidad demandada aportado por la demandada y que obra en el expediente sin numerar que debe corresponder al folio 116 y siguientes, en el que se indique: Por otra parte, cabe señalar el hecho de que parte de los contratos suscritos por los trabajadores de la EPSAR contienen entre sus cláusulas la de que “será de aplicación lo dispuesto en el II Convenio Colectivo del Personal Laboral al servicio de la Administración de la Generalitat Valenciana” (o redacción similar), en cuyo caso, formando parte del contrato de trabajo, entiendo que sí sería de aplicación.”, folios sin numerar de la demandada.

La revisión no puede admitirse, pues ya consta al hecho probado quinto los requerimientos habidos, y al hecho probado séptimo el contenido de la cláusula novena del contrato de trabajo de la actora, siendo la determinación de la aplicabilidad de un convenio colectivo una cuestión jurídica.

SEGUNDO.- 1. El segundo motivo del recurso se redacta al amparo del art. 193-c) de la LRJS, y se articula en seis motivos. En el primero denuncia la infracción de la Ley 30/1992, de 26-noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (art. 12, 53, 54, 58, 62,63, 89, 102 a 106), en relación con la STS de 31-10-2000, y Sentencia de esta Sala de 10-7-14, rec. 1417/14. Sostiene la recurrente que la demandada es una entidad de derecho público sometida al derecho administrativo, que el supuesto “acuerdo” entre las partes se basa en una aparente declaración de nulidad del puesto 58.

El motivo se desestima pues tal como se declara probado las partes suscribieron un acuerdo de cambio de puesto de trabajo el 17-6-2013, respecto del que ningún vicio de consentimiento se alega, por lo que la sentencia no incurre en la infracción denunciada.

2. En el segundo motivo, denuncia la infracción de los artículos 1, 8 y 19 del Decreto 170/92 de 16-octubre que aprueba el Estatuto de la Entidad Pública de Saneamiento de Aguas Residuales de la Comunidad Valenciana, alegando que el supuesto “acuerdo” debe declararse nulo por haber sido firmado por el gerente sin conocimiento del Consejo de Administración de la entidad demandada y careciendo de competencia para firmarlo, que el Consejo de administración no ha aprobado la bajada salarial de la actora.

El acuerdo suscrito el 17-6-13 no supone la contratación ni el cese de la actora, ni la creación de un nuevo puesto, sino un cambio pactado entre las partes, por asignación a puesto de trabajo vacante, por lo que la sentencia no incurre en la infracción denunciada.

3. En el tercer motivo, denuncia la infracción de los art. 62, 89, 102 a 106 de la

Ley 30/1992, de 26-noviembre. Sostiene la recurrente que el supuesto “acuerdo” es ilícito porque la causa en la que se fundamenta es falsa, porque el puesto nº 58 no ha sido declarado nulo conforme al procedimiento legalmente establecido, y porque el puesto nº 58 no es el que venía ocupando la actora.

De los hechos probados se desprende que el acuerdo suscrito por ambas partes el 17-6-13, se fundamenta, según consta en el mismo, en que la solicitud de autorización de la masa salarial del puesto nº 58, que se reconoce es el que ocupa la actora, se ha considerado nula, -y ello, tal como consta en el hecho probado quinto, por la inexistencia de informe favorable-; por lo que ningún vicio de nulidad cabe apreciar en la suscripción del acuerdo de cambio del puesto 58, -que expresamente reconocen ocupa la actora-, por asignación a puesto de trabajo vacante.

4. En el cuarto motivo, denuncia la infracción del art. 3.5 y 12.4.e) del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los art. 3, 54, 58, 59 y 62 de la Ley 30/1992, de 26-noviembre, art. 9.2 y 103 de la Constitución, y art. 8 y 19 del Decreto 170/1992 de 16-octubre que aprueba el Estatuto de la entidad demandada: Se alega por la recurrente que el supuesto “acuerdo” se dicta en fraude de ley, no está debidamente motivado, la negativa a su firma hubiese supuesto despido, infringe el salario mínimo interprofesional del II Convenio Colectivo de la Generalitat Valenciana para el personal laboral para la categoría A1, y no puede considerarse una novación contractual.

Consta en los hechos probados que ambas partes firmaron el Acuerdo de 17-6-2013, respecto del que, como se ha dicho, no se aprecia vicio alguno de la voluntad, por lo que no estamos ante una decisión empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino ante un Acuerdo libremente pactado entre las partes, por las razones y en los términos que expresamente constan en el texto suscrito, con traslado a otro puesto de trabajo con distinta clasificación retributiva, cuyo contenido por su claridad no ofrece dudas interpretativas, por lo que el motivo no puede prosperar al no incurrir la sentencia en las infracciones denunciadas.

5. En el quinto motivo, denuncia la infracción del art. 14, 9.3 y 103 de la Constitución. Sostiene la recurrente que la Administración debe tratar igual a iguales, y el mismo día 17-6-13 en que a la actora se le hace firmar el supuesto “acuerdo” la demandada procede a contratar con carácter indefinido a dos técnicos jurídicos con la misma categoría (20E38) que había ostentado hasta ese momento, con transcripción parcial de las STS de 14-2-2013, rec. 4264/11, indicando que “a trabajo de valor equivalente, igual salario”, y STS de 7-12-11, rec. 4574/10, indicando la prohibición de trato desigual injustificado, STS de 14-2-13, rec. 4264/11, sobre el sometimiento a la ley de la Administración Pública empleadora, la interdicción de la arbitrariedad, la igualdad ante la ley, la carga sobre la Administración empleadora de acreditar el carácter justificado de la diferenciación; alegando que si las funciones realizadas por los tres técnicos jurídicos del Departamento de Régimen Jurídico y Gestión Administrativa eran merecedores de igual clasificación hasta el 17-6-13, la asignación a otro número de puesto no puede justificar un trato desigual máxime cuando la actora sigue desempeñando idénticas funciones.

Del relato de hechos probados, con las revisiones admitidas, se deduce que las partes acuerdan el cambio de puesto de la actora, del nº 58 que venía ocupando de técnico jurídico en el Departamento de Régimen Jurídico y Gestión Administrativa, con nivel A-20-E38, al puesto nº 41 clasificado A-13-32, lo que conlleva una merma retributiva de 2.510,09€/mes a 2.162,29€/mes, sin cambio de funciones. Asimismo, el mismo día 17-6-13 la demandada formalizó contratación indefinida con dos técnicos jurídicos, con la clasificación que había ostentado la actora, aduciendo que se trataba de trabajadores interinos en sustitución de personas con reserva del puesto y que dado el tiempo que llevaba en tal situación debían ser declarados fijos, constando las comunicaciones de la Sra. G. y el Sr. F. en abril-13 a la demandada reclamando que sus contrataciones debían transformarse en indefinidas; De lo que debe concluirse que el cambio de puesto de la actora se produce en virtud del acuerdo pactado por ambas partes, por las razones que en el mismo se indican, y sin embargo, los otros dos técnicos interinos pasan a ser indefinidos, dado el tiempo transcurrido en situación de sustitución de trabajadores con reserva de puesto, por lo que dicha situación no es equiparable al acuerdo suscrito por la actora, y en consecuencia al tratarse de circunstancias distintas no cabe entender vulnerado el Derecho Fundamental de igualdad ante la ley, pues además, atendida la irregularidad del puesto de trabajo que venía ocupando la actora expuesta en el acuerdo, debe tenerse en cuenta que no es lícito aplicar el principio de igualdad ante la ley para sancionar la igualdad en la ilegalidad. Procediendo desestimar el motivo.

6. En el sexto motivo, se denuncia la infracción del art. 41.1.d) del Estatuto de los Trabajadores. Alega la recurrente que la modificación sustancial no está fundada en razones técnicas, organizativas, económicas ni de producción, por lo que debe declararse no ajustada a derecho y nula o subsidiariamente injustificada, reponiendo a la actora en sus anteriores condiciones retributivas.

Tal como se ha expuesto, no estamos ante ninguna decisión empresarial de modificación sustancial de las condiciones de trabajo regulada en el art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, sino ante un Acuerdo libremente pactado entre las partes, por las razones y en los términos que expresamente constan en el texto suscrito, con traslado a otro puesto de trabajo con distinta clasificación retributiva, cuyo contenido por su claridad no ofrece dudas interpretativas. Procediendo, en consecuencia, desestimar el recurso y confirmar la sentencia de instancia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de M.R.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 12 de los

de Valencia, de fecha 18 de julio de 2014 y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

1960

Sentencia núm. 156, de 27 de enero de 2015

Materia: Pensión de orfandad. Incremento de porcentaje de la pensión concedida a favor de los hijos. Se deniega a la solicitante la pensión de viudedad. La actora solicita que puesto que no es beneficiaria de una pensión de viudedad, se incremente el porcentaje solicitado de la pensión de orfandad de los hijos menores, debiéndose equiparar la orfandad absoluta de los menores e inexistencia de cónyuge con derecho a pensión de viudedad, mediando la situación de necesidad.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta por la actora en representación de sus hijos, absolviendo al organismo demandado de las peticiones de la demanda.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No puede incrementarse el porcentaje de la pensión al no existir una situación de orfandad absoluta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia de instancia y auto aclaratorio que desestimó la demanda interpuesta por la actora en representación de sus dos hijos contra el INSS, en reclamación de incremento del porcentaje de la pensión de orfandad en 52%, interpone recurso de suplicación la parte actora, siendo impugnado el recurso por la parte demandada INSS y en el único motivo del recurso con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, respecto del derecho, se denuncia infracción del artículo 175 de la Ley General de la Seguridad Social, artículo 17.2 de la Orden de 13/02/1967, Ley 40/2007 que modificó los artículos 174 y 175 de la LGSS, artículo 38 del Decreto 3158/1966, modificado por el Real Decreto 296/09 en relación a los artículos 14 y 39.2 de la C.E. Y por infracción de la jurisprudencia Constitucional que cita, alegando, en síntesis, que si bien la sentencia impugnada considera que no puede hablarse de orfandad absoluta por cuanto sobrevive la madre, estando prevista la norma para el fallecimiento de ambos progenitores o de uno de ellos cuando el otro estuviese desaparecido, la interpretación que realiza la sentencia recurrida contradice lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 3158/1966, modificado por el Real Decreto 296/09 en relación al artículo 174.3 de la Ley General de la Seguridad Social, Ley 40/2007, de 4 de diciembre y art. 14 de la C.E., y la jurisprudencia de la Sala de lo Social del T.S. de 1 de diciembre de 2011 y las demás sentencias que cita, considerando que al constar acreditado que la actora no es beneficiaria de pensión de viudedad debería incrementarse el porcentaje solicitado de la pensión de orfandad de los hijos menores, debiéndose equiparar la orfandad absoluta de los menores e inexistencia de cónyuge con derecho a pensión de viudedad, mediando la situación de necesidad.

Esta Sala en su sentencia de 10 de noviembre de 2011, recurso 1332/2011, ya

indicaba “Como ya adelanta la parte recurrente, el Decreto de 2009 configuró un nuevo artículo 38, para la regulación del incremento de las pensiones de orfandad y de las indemnizaciones especiales a tanto alzado con la finalidad entre otras de adecuar la disposición reglamentaria a los principios constitucionales recogiendo así la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional en la sentencia 154/2006, de 22 de mayo, a la que se refiere expresamente en la exposición de motivos y en la que se cuestionaba la denegación de dicho incremento a los hijos extramatrimoniales. Es precisamente esta sentencia en la que fundamenta su decisión el Magistrado de Instancia.

Sin embargo el citado precepto en su redacción actual dispone que “En los casos de orfandad absoluta las prestaciones correspondientes a los huérfanos podrán incrementarse en los términos y condiciones siguientes: 1 Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52%. 2. Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad, la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el porcentaje de pensión de viudedad que no hubiera sido asignado.”

La norma parte así de la total igualdad entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero condiciona el reconocimiento del derecho a acrecer a que exista una situación de orfandad absoluta, supuesto que no concurre en la presente al ser la solicitante la madre de la menor y no haber perdido ésta a los dos progenitores”.

El criterio antes citado ha sido el aplicado en el recurso 1381/2012 de esta Sala y debe ahora ser tenido en cuenta. Por lo tanto la sentencia de instancia no infringe la normativa vigente en la medida que atribuye un derecho de acrecer reservado únicamente para aquellos casos de orfandad absoluta no siendo este el caso que nos ocupa, dado que la madre de los menores vive.

Procede por lo tanto confirmar la sentencia de instancia y desestimar el recurso que se examina.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D^a M.J.B.M. en representación de sus hijos, D. J.P.B. y D. M.P.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 10 de Valencia, de fecha 16.01.2014 y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

1961

Sentencia núm. 160, de 27 de enero de 2015

Materia: Invalidez: Incapacidad permanente total para el ejercicio de profesión habitual. Trabajador afiliado al RGSS que presta servicios como encargado de obra pública. El actor causa baja por incapacidad temporal derivada de enfermedad común. Solicitud revisión grado de invalidez. Solicitud declaración invalidez permanente total para ejercicio de profesión habitual.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de una incapacidad permanente en grado de total cualificada para el ejercicio de su profesión habitual, con derecho a la percepción de una pensión mensual equivalente al 75% de su base reguladora mensual.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las limitaciones que padece el actor no le incapacitan para el desarrollo de su profesión habitual. No procede la invalidez concedida en primera instancia. Se absuelve al organismo demandado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando la pretensión actora declaró al actor afecto de invalidez permanente en el grado de total para su profesión habitual, interpone recurso de suplicación la parte demandada INSS, siendo impugnado el recurso por la parte actora y en el primer motivo del recurso se postula con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que se suprima del fundamento de derecho segundo, párrafo sexto la afirmación de valor hecho probado, aunque no se recoja dentro de los hechos probados, que es un hecho notorio que las funciones de encargado de obra se caracterizan por la deambulación y bipedestación prolongada, y ello por considerar que no concurre la notoriedad del hecho, y la supresión se acepta por cuanto los contenidos totales de la profesión de encargado de obra no son de conocimiento general, siendo un trabajo de carácter técnico y especializado que presenta matices y funciones que no son conocidos por todos, debiendo ser objeto de concreta prueba.

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 por aplicación indebida de los artículos 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social, y art. 32 del Convenio Colectivo del sector de industrias de construcción, obras públicas e industrias auxiliares de Castellón en relación con lo dispuesto en la Ordenanza Laboral de la Construcción 28-8-1970 y especialmente en el art. 100 y Anexo II de las mismas, alegando, en síntesis, que las dolencias del actor no le incapacitan para su profesión habitual, por lo que con estimación del recurso debe revocarse la sentencia recurrida y absolverse al

Instituto demandado.

Los hechos declarados probados ponen de manifiesto que el actor padece: "Deficiencias más significativas: lumbalgia de larga evolución con irradiación a miembros inferiores, cervicalgia, espondilodiscoartrosis y espondilosis, hiperostosis (enfermedad de forestier), escoliosis dorsolumbar leve, raquialgia, ciatalgia izquierda, gonartrosis izquierda, meniscopatía medial y rotura parcial del ligamento cruzado anterior. Diabetes mellitus tipo 2. Hipertensión arterial. Nefrolitiasis.-Limitaciones orgánicas y funcionales: oseodiscartrósica en raquis vertebral, artrósica en rodilla izquierda, de predominio sintomático, de características mecánicas, de grado moderado y metabólicas. Limitado para tareas de exigencia en esfuerzo físico alto, manejo manual de cargas pesadas, bipedestación y/o deambulación prolongada. Vibraciones, posturas mantenidas de genuflexión izquierda."

Las limitaciones descritas no inciden en el desarrollo de la profesión habitual del actor de encargado de obra pública, por cuanto atendidos los cometidos laborales que se describen en la sentencia impugnada para el encargado de obra de construcción en general no se aprecia que conlleven la realización ni de tareas de exigencia en esfuerzo físico alto, ni manejo manual de cargas pesadas, ni bipedestación y /o deambulación prolongada, y si bien en su trabajo para la realización de tareas de replanteo, alineación y nivelación se precise de deambular por terrenos irregulares o bipedestación o deambulación, no consta que sea prolongada ni que se realice todos los días, por lo que no se considera ajustada a derecho la sentencia de instancia que acogió la pretensión actora, pues las limitaciones funcionales que padece no le impiden realizar las fundamentales tareas de la citada profesión, por lo que no se halla comprendido el supuesto del demandante en el artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social. Razones que llevan a estimar el recurso y a revocar la sentencia de instancia, absolviendo al Instituto demandado.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del INSS frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Uno de los de Castellón, de fecha 31 de mayo de 2.014, dictada en virtud de demanda interpuesta por Don G.J.M., a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con desestimación de la demanda debemos absolver y absolvemos al Instituto demandado.

1962

Sentencia núm. 177, de 29 de enero de 2015

Materia: Incapacidad temporal. Trabajador que sufre accidente laboral por sobreesfuerzo iniciando una incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo con cargo a la Mutua. Es dado de alta cursando nueva baja por enfermedad común. Situación asimilada al alta del trabajador. Determinación de contingencia. El actor tiene reconocida una prestación por desempleo. Reconocimiento importe de la prestación por incapacidad temporal.

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

Sala: Estima el recurso reconociendo al actor el derecho a percibir la prestación por incapacidad temporal y en cuantía igual a la cobrada en concepto por prestación por desempleo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por el letrado designado por D. A.E., la sentencia de instancia que desestimó su demanda por la que se impugnó la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) que le denegó el derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común que se inició con el parte de baja expedido el 4 de noviembre de 2009.

2. Antes de entrar en el examen de los motivos del recurso conviene señalar, que hemos decidido entrar a resolverlo al no ratificarse la parte actora en la petición de suspensión que en su día formuló ante el Juzgado de lo Social número 12 de Valencia. Ni tal petición se reprodujo en el escrito de recurso, ni tampoco se ha realizado ninguna alegación en el plazo que se concedió a las partes por providencia de 7 de enero de 2015.

SEGUNDO.- 1. El recurso cuenta con dos motivos redactados al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS). En el primero de ellos se denuncia la infracción por inaplicación de los artículos 124.1, 125.1, 128, 129, 130 y 222.1 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (en adelante, LGSS), en relación con los artículos 14 y 17 del Real Decreto 625/1985, de 2 de abril, y con determinada doctrina judicial –sentencias de las Salas de Aragón y Galicia- que no constituyen jurisprudencia (art. 1.6 del Código Civil) y que, consiguientemente, no sirven para fundar este recurso (art. 196.2 de la LRJS). Se argumenta por el recurrente que la interpretación conjunta de estos artículos lleva “a considerar el plazo para la solicitud de desempleo como de situación asimilada al alta, y de este modo el actor, tras recibir el alta médica de fecha 3 de noviembre de 2009, como se inició el plazo para solicitar el desempleo, se hallaba en situación asimilada al alta cuando recibió la

baja médica el 4 de noviembre de 2009”. Y en el segundo motivo se insiste en que en esta última fecha el Sr. E. se encontraba percibiendo la prestación por desempleo y que con independencia de que posteriormente el SPEE dictara una resolución revocando la prestación, lo que no podía hacer era cancelar su inscripción como demandante de empleo.

2. A la vista de la propia declaración de hechos probados que contiene la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social el recurso debe prosperar. En efecto, de un lado, consta que cuando el Sr. E. inició la baja por enfermedad común el 4 de noviembre de 2009 se encontraba percibiendo la prestación por desempleo, por lo que estaba en situación asimilada al alta prevista en el artículo 125.1 de la LGSS. Es cierto que con posterioridad, concretamente el 8 de noviembre de 2010, el SPEE dictó una resolución revocando la citada prestación por incompatibilidad con la que venía percibiendo el Sr. E. en concepto de incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo. Pero aun cuando se considerara que esta nueva resolución del SPEE incidía sobre la situación del actor en la fecha en que causó baja por incapacidad temporal por enfermedad común –el 4 de noviembre de 2009–, entraría en juego la previsión contemplada en el párrafo 3º del artículo 222.1 de la LGSS que dispone lo siguiente: “Cuando el trabajador se encuentre en situación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales y durante la misma se extinga su contrato de trabajo, seguirá percibiendo la prestación por incapacidad temporal, en cuantía igual a la que tuviera reconocida, hasta que se extinga dicha situación, pasando entonces, en su caso, a la situación legal de desempleo en el supuesto de que la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el apartado 1 del art. 208, y a percibir, si reúne los requisitos necesarios, la correspondiente prestación por desempleo sin que, en este caso, proceda descontar del período de percepción de la misma el tiempo que hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal tras la extinción del contrato, o el subsidio por desempleo”. Por consiguiente, una vez extinguida la incapacidad temporal por accidente de trabajo que venía disfrutando en Sr. E., lo que ocurrió el 13 de octubre de 2009, debió comenzar a percibir la prestación por desempleo, por lo que cuando el 4 de noviembre de 2009 inició un nuevo periodo de incapacidad temporal por enfermedad común se encontraba en situación asimilada al alta de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 125.1 de la LGSS. Es por ello que procede estimar el recurso y reconocer a D. Á.E. el derecho a percibir la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común correspondiente al periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 2009 y el alta médica cursada el 22 de noviembre de 2011 y en cuantía igual a la prestación por desempleo de conformidad con el artículo 222.3, pfo.2º de la LGSS.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la LRJS, no procede imponer condena en costas.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DON Á.E.N. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 12 de Valencia de fecha 20 de enero de 2014; y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida y con estimación de la demanda, declaramos el derecho del actor a percibir la prestación de incapacidad temporal por enfermedad común dimanante de la baja iniciada el 4 de noviembre de 2009 y hasta el 22 de noviembre de 2011 en cuantía igual a la prestación por desempleo; y condenamos al INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL a estar y pasar por esta declaración y al abono de la prestación correspondiente.

Sin costas.

1963

Sentencia núm. 188, de 30 de enero de 2015

Materia: Despido. Trabajador que estando de baja por depresión en empresa en la que presta sus servicios, se le ve realizando tareas puntuales en un comercio. Conducta desleal. Transgresión de la buena fe contractual. Falta laboral muy grave. Imposición de sanción de despido disciplinario. Aplicación doctrina gradualista. Revisión de la sanción.

Juzgado: Desestima la demanda y declara procedente el despido objeto de enjuiciamiento, convalidando la extinción del contrato de trabajo sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, declarando improcedente el despido. No se observa transgresión de la buena fe contractual por parte del trabajador. La actividad realizada por el actor carece de la gravedad y culpabilidad necesarias para justificar la sanción de despido impuesta.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.1. El recurso interpuesto se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), para que se añadan al relato histórico estos hechos: “PRIMERO bis.- Entre las funciones del trabajador se encuentran la de estar en situación de guardia o de retén los fines de semana y festivos, estar localizable por la empresa y acudir a los avisos que se le encarguen, acudir al rescate de personas que se hayan quedado atrapadas en algún ascensor, así como reparar ascensores”. “TERCERO bis.- En fecha 24 de enero de 2014 la Corporación Mutua X., Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº X., reconoce al actor el derecho a percibir la prestación por IT a abonar de forma directa en su cuenta bancaria el tiempo que permanezca en situación de baja médica”.

2. Ninguna de las revisiones propuestas debe prosperar por estas razones: A) La primera porque se basa en la carta de despido, que al contener meras manifestaciones de la empresa carece de valor documental y por ende de eficacia revisoria (véase la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 1990). B) La segunda porque el hecho de percibir la prestación de IT a cargo de la Mutua allí indicada no consta haya sido contradicho, constituyendo por ende hecho admitido.

SEGUNDO.1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando violación de “los artículos 54.1 y 54.2 d) del Estatuto de los Trabajadores que regula la transgresión de la buena fe contractual, y 16 d) y 17 c) del Acuerdo Estatal del Sector del Metal (BOE 10-05-2013) sobre las faltas muy graves tipificación y sanciones, y de la jurisprudencia sobre la realización de

actividades durante la situación de enfermedad” y “la doctrina gradualista”. Argumenta en síntesis que de acuerdo con la doctrina jurisprudencial que indica no toda actividad desarrollada durante la situación de IT puede apreciarse en general como conducta desleal sancionable con despido, y no constando que la actividad realizada por el trabajador haya prolongado su situación de IT, impedido o dilatado su curación, evidenciado su aptitud para realizar su trabajo habitual en la empresa o realizado actividad contraindicada para su tratamiento, debió darse lugar a la pretensión ejercitada, invocando la fundamentación jurídica de diversas sentencias de Salas de lo Social de TSJ que transcribe y que avalarían su tesis, y que en cualquier caso debió aplicarse la doctrina gradualista, y que estableciendo el artículo 17 c) del Acuerdo Estatal del Sector del Metal que por faltas muy graves procede como sanción: Amonestación por escrito, Suspensión de empleo y sueldo de 21 a 60 días, y despido, no constándole al actor sanciones por hechos similares en aplicación de la doctrina gradualista procedería “otra sanción menos drástica que la del despido”, y que la empresa hubiera podido poner en conocimiento de la Inspección Médica del INSS y de la Corporación Mutua X. los hechos de que tuvo conocimiento a fin de que se verificase si procedía el mantenimiento de la situación de IT del actor y si sus actividades influían negativamente en su curación.

2. Tal y como subrayamos en sentencia de 24 de enero de 2012 (3344/2011), “...Como viene señalando esta Sala de lo Social -por todas sentencia 8-7-09, Rec. 1352/09 -, “en supuestos como el ahora examinado en los que se imputan conductas consistentes en la realización de trabajos o actividades durante el período de baja laboral por enfermedad o accidente, la jurisprudencia y esta propia Sala se ha manifestado de forma reiterada en el sentido de considerarlos contrarios a la buena fe contractual, además de un posible fraude a la Seguridad Social, siempre que dichos trabajos, sean por cuenta propia o ajena, tengan una cierta intensidad y puedan de algún modo afectar a la correcta curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste en perjuicio de la empresa (STS 22 de septiembre de 1.998). Ahora bien, también se ha señalado por la jurisprudencia que la situación de baja por incapacidad laboral, no impide al trabajador hacer vida normal o desarrollar actividades compatibles con el tratamiento médico, que no perjudiquen o retrasen su curación (STS 14 de febrero 1984). Por lo que no toda actividad desarrollada durante la situación de incapacidad temporal, puede calificarse como conducta desleal sancionable con el despido, sino sólo aquella que, dotada de suficiente gravedad e intencionalidad y a la vista de las circunstancias concurrentes, en especial, la índole de la enfermedad y las características de la ocupación, sea susceptible de perturbar la curación del trabajador o evidencie la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa (STS 29 de enero 1987 y 24 de julio de 1990)...Para resolver el caso traído ahora a nuestra consideración, hemos de recordar que no siempre resulta fácil delimitar los supuestos en los que se produce la transgresión de la buena fe contractual que se imputa al trabajador. Esta dificultad es mayor en casos como el presente en los que la baja médica del trabajador no deriva de una dolencia física, sino que trae causa de un trastorno depresivo en el que suele existir una recomendación médica de evitar el aislamiento social. A nuestro juicio, y discrepando de la solución alcanzada en instancia, entendemos que la conducta del actor no puede calificarse de transgresión de la buena fe contractual y que, en

consecuencia, debemos calificar el despido de improcedente. Los datos que nos llevan a esta conclusión son: a) el actor estuvo de baja durante unos seis meses, desde el 20-12-10 hasta el 13-6-11 con diagnóstico de trastorno depresivo. El despido se produjo a los cuatro meses del inicio de la baja, con fecha de efectos de 15-4-11; b) en el período transcurrido entre la baja y el despido, unos cuatros meses, únicamente se ha llevado un control de la actividad del actor durante tres días. Hasta dos meses después del despido no se produjo el alta médica del actor; c) la empresa es propiedad del padre del actor, y éste figura como administrador mancomunado; d) de los tres días controlados se constató que: a') el primero, estuvo en la empresa unas dos horas y media y que en un momento dado salió a la puerta vistiendo ropa de trabajo de la empresa; b') el segundo, estuvo en la empresa poco más de dos horas y media. Al llegar portaba una carpeta y un bolsa con documentos y salió de la misma un cuarto de hora después de la salida de los trabajadores; c') el tercero, salió de su domicilio a primera hora de la mañana en dirección a una empresa de serigrafía y rotulación en la que permaneció unos minutos cargado con una caja que guarda en el maletero de su coche. Sobre las 13 horas del mediodía llegó a ... portando una bolsa; una media hora después salió, descargó unas cajas con papeles y regresó sobre las 15 horas. A las 20:35 salió de ... cargando y descargando cosas del maletero de su coche, abandonando definitivamente el local sobre las 21 horas, tras conectar la alarma y cerrar la empresa. De todos estos datos, como decimos, esta Sala de lo Social no puede concluir que el actor haya llevado a cabo una conducta transgresora de la buena fe contractual, en esencia: a) la enfermedad que causa la baja del actor -trastorno depresivo- no le impide realizar cualquier tipo de actividad; al contrario, como hemos indicado, suele estar indicado evitar el aislamiento social; b) de los días en que se produce el control de la actividad del actor y las circunstancias de la mismas, concluimos que estamos más bien ante una actividad esporádica u ocasional, que no ante el sometimiento a una disciplina laboral que implica el cumplimiento de una jornada completa de trabajo sujeta a ritmos exigentes; c) así las cosas, concluimos que dada la índole de la enfermedad, que la empresa era propiedad del padre del actor y éste figuraba como administrador mancomunado y las características de la ocupación constatada, entendemos que éstas no eran susceptibles de perturbar la curación del trabajador ni evidenciaban la aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa, máxime cuando el alta médica no se obtiene hasta dos meses después del despido...".

3. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) El demandante ha venido prestando sus servicios por orden y cuenta de la demandada A.C. SA, en el centro de trabajo de Castellón, con antigüedad del 16 de octubre de 2006, como oficial de 3ª. A la relación laboral le es de aplicación el Convenio colectivo del Metal de la provincia de Castellón. B) El 18 de diciembre de 2013 la empresa demandada notificó al actor carta de despido de esa fecha, y con efectos del despido desde ese mismo día. C) Los hechos en los que la empresa demandada fundamenta su sanción de expulsión, ocurrieron de la siguiente manera: a) El demandante se encuentra en situación de incapacidad temporal derivada de enfermedad común desde el día 11 de marzo de 2013. El demandante ha presentado a la empresa los partes de confirmación correspondientes. La Dirección Provincial del INSS ha citado al demandante a revisión médica el próximo 18 de julio de 2014 una vez agotados 365

días de incapacidad temporal. b) El demandante se encuentra en tratamiento en la Unidad de Salud Mental Illes Columbretes de Castellón desde el 19 de diciembre de 2013, siendo atendido por la psicóloga Sra. G.T., presentando como diagnóstico el de trastorno adaptativo y trastorno de ansiedad generalizada. En el informe emitido el 10 de enero de 2014 se indica en el apartado de observaciones “...Se *contraíndica la realización de su trabajo habitual por aumento de riesgo laboral, debido al cuadro clínico así como el tratamiento con benzodiazepinas. Se recomienda salidas y actividades gratificantes, con tareas graduadas...*”, y en el apartado de plan de tratamiento “...*Mantenemos tratamiento en USM, con entrenamiento en relajación y psicoterapia...*”.

El trabajador de la empresa demandada, Sr. Alvaro Torres, la mañana del día 5 de diciembre de 2013, cuando se dirigía a la calle Herrero de Castellón, al pasar por la avenida de Valencia a la altura del número 9, se percató de c) que el demandante se encontraba realizando las funciones de dependiente en un establecimiento abierto al público vendiendo naranjas. d) La empresa demandada a raíz de esta información, contrató los servicios de vigilancia de la actividad desarrollada por el demandante, constatándose que el demandante el lunes 9 de diciembre de 2012 abrió el negocio “R.V.” sito en la avenida de X. de Castellón sobre las 10 horas, permaneciendo en el mismo hasta las 13,40 horas, atendiendo a los clientes que acudían, vendiendo naranjas de cosecha propia, e informando de los precios de artículos. Sobre las 17 horas, regresó al establecimiento acompañado de una mujer, y continúa con su actividad de atender a los clientes que se interesan por las naranjas expuestas. El miércoles 11 de diciembre de 2013, el demandante sobre las 9,55 horas acudió al negocio arriba referenciado en compañía de una mujer, y nuevamente montó el mostrador externo para la venta de naranjas. El demandante se ausentó desde las 10,25 hasta las 12,30 horas, reanudando su labor de venta de naranjas atendiendo al público. Sobre las 13,45 horas abandonó el establecimiento en compañía de una mujer. Sobre las 17,15 horas el demandante regresó, y reanudó su labor de venta de naranjas. El jueves 12 de diciembre de 2013, el demandante sobre las 10,10 horas llega solo al establecimiento y apertura el mismo, montando el mostrador exterior para la venta de naranjas. Sobre las 14,10 horas el demandante cierra el establecimiento. Sobre las 17,10 horas, el demandante acompañado de una mujer, monta el mostrador de venta de fruta y retoma su actividad de venta de naranja. e) El negocio “R.V.” sito en la avenida X. de Castellón, es regentado por la esposa del demandante C.B.G.. En el establecimiento de forma eventual se procede a la venta al por menor de naranjas y cítricos que proceden de la pequeña cosecha propiedad del padre del demandante.

4. Como en el caso decidido en la sentencia antes anotada, la baja del actor estaba motivada por trastorno adaptativo y de ansiedad generalizada (en nuestro caso además estaba en tratamiento en la Unidad de Salud Mental correspondiente), y la actividad que realizó los días 5, 9, 11 y 12 de diciembre en el negocio regentado por su esposa, vendiendo naranjas procedentes de la pequeña cosecha propiedad del padre del demandante, no consideramos fuera susceptible de perturbar su curación ni evidenciaban su aptitud laboral de éste, con la consiguiente simulación en perjuicio de la empresa por lo que procede acoger el motivo, aunque no compartamos la totalidad de la censura jurídica denunciada ya que la elección de la sanción entre las establecidas en el Convenio Colectivo para la infracción muy grave de que se trate

corresponde a la empresa, lo que no significa que no pueda enjuiciarse la conformidad a derecho de la sanción impuesta por causas diversas a la elección de la misma y que en definitiva estimemos que la actividad realizada por el actor carecía de la gravedad y culpabilidad necesarias para justificar su despido de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 54.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

TERCERO.1. Corolario de todo lo razonado será la estimación del recurso interpuesto, y con revocación de la sentencia impugnada y estimación de la pretensión ejercitada, declarar la improcedencia de la decisión extintiva enjuiciada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 55.4 del Estatuto de los Trabajadores.

2. Para la fijación de la correspondiente indemnización (artículo 56.1 del T.R. de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con la Disposición Transitoria quinta.2 de la Ley 3/2012, de 6 de julio), deberá tenerse en cuenta el salario de 78,43 € día (hecho probado primero), indemnización que ascenderá a 45 días por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, desde 16 de octubre de 2006 hasta 12-2-12 - 5 años y 4 meses-, y de 33 días por año de servicio con el mismo prorrateo, desde la última fecha indicada hasta la del despido de 18 de diciembre de 2013 -1 año y 11 meses-, y que, salvo error u omisión asciende a 23.783,88 € [(78,43x45= 3529,35) x (5)= 17646,75) + (3529,35:12 x 4= 1176,44) = 18823,19] + [(78,43x33= 2588,19) + 2588,19:12 x 11= 2372,50)] = 23.783,88.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de don A.M.R.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de los de Castellón el día quince de julio de dos mil catorce en proceso de despido seguido a su instancia contra A.C. SA, y con revocación de la expresada sentencia y estimación de la pretensión ejercitada declaramos la improcedencia del despido producido el 18 de diciembre de 2013, condenando a A.C. SA, a que a su opción que deberá ejercitar en el plazo de cinco días desde que la presente le sea notificada readmita al actor en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido o le abone una indemnización de 23.783,88 euros.

1964

Sentencia núm. 192, de 3 de febrero de 2015

Materia: Declaración de minusvalía: Solicitud reconocimiento grado. Revisión de expediente por agravamiento. Vulneración del derecho de defensa e incumplimiento de normativa y jurisprudencia. Estimación.

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. Ramón Gallo Llanos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Se recurre por E.P.E. la sentencia dictada el día 19 de febrero de 2014 por el Juzgado de lo Social número 17 de los de Valencia que desestimó la demanda por ella deducida frente a la Dirección Territorial de Bienestar Social en reclamación de reconocimiento de grado de treinta y tres por ciento de minusvalía. No se ha presentado escrito de impugnación por el Letrado de la Generalitat Valenciana.

2. El primero de los motivos del recurso se formula con invocación del apartado a) del art. 193 de la LRJS, denunciándose que se ha vulnerado su derecho de defensa al no haberse presentado el expediente administrativo hasta el acto del juicio, sin que la parte haya dispuesto de un tiempo razonable para el examen del expediente, lo que ya hizo ver en escrito presentado el día 4-2-2.014. El motivo se rechaza por cuanto que se omite la preceptiva cita del concreto precepto procesal que ha determinado la situación de indefensión a la parte, sin que por otro lado, el expediente aportado tenga una extensión tal – abarca desde el folio 52 al 77 de las actuaciones- que impida su examen en el propio acto de la vista en el periodo de tiempo que se concede a la parte para la vista de la documental presentada de contrario.

3. En este sentido cabe recordar que es doctrina que viene siguiendo esta Sala, expresada en múltiples resoluciones, por ejemplo en la S. de 21-11-2008 (Rec 441-08), aquella que señala que para que prospere la nulidad de las actuaciones que implica el motivo señalada en el apartado a) del art. 191 LPL- actual apartado a) del art. 193 de la LRJS- han de observarse los siguientes requisitos: a) ha de aplicarse con criterio restrictivo evitando inútiles dilaciones, que serían negativas para los principios de celeridad y eficacia, por lo que sólo debe accederse a la misma en supuestos excepcionales. En este sentido, se recuerda en la STS 11-12-2003 (recurso 63/2003 que "la nulidad es un remedio último y de carácter excepcional que opera, únicamente, cuando el Tribunal que conoce el recurso no puede decidir correctamente la controversia planteada"; b) ha de constar, siempre que sea posible, la previa protesta en el juicio oral de la parte perjudicada por la infracción que se denuncia; c) ha de invocarse de modo concreto la norma procesal que se estime violada, sin que sean posibles las simples alusiones genéricas; d) ha de justificarse la infracción denunciada;

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

SEGUNDO.-1. El siguiente motivo se formula con invocación del apartado b) del art. 193 de la LRJS, destinándose la revisión fáctica, a través de el mismo se efectúa una crítica valoración de los hechos que han sido declarados probados, discrepando de las conclusiones obrantes en los mismos, en concreto de lo que expresan lo apartados 17º, 13º y 16º de la resolución de instancia, sin citar una concreta documental o pericia no contradicha que evidencie un patente error del juzgador, y sin proponerse redacción alternativa para aquellos ordinales de los que se discrepa lo que debe llevar al rechazo del motivo.

Al respecto debe indicarse que esta Sala en reiteradas ocasiones, y a modo de ejemplo cabe citar las Ss. de 17 de enero, 2 de marzo, 18 junio 13 de diciembre de 2000, 14 de septiembre de 2004, 31 de mayo de 2006 y 30 de diciembre de 2.008, ha señalado que es doctrina jurisprudencial consolidada contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo y 5 de mayo de 1987, 3 de marzo de 1998 y 11 de diciembre de 2003, la que señala que para que una revisión de hechos pueda prosperar, se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1º) Fijar qué hecho o hechos han de adicionarse, rectificarse o suprimirse. 2º) Precisar los términos en que deben quedar redactados los hechos probados y su influencia en la valoración del signo del pronunciamiento. 3º) Citar concretamente la prueba documental que, por sí sola, demuestre la equivocación del juzgador, de una manera manifiesta, evidente y clara, respetando escrupulosamente las facultades valorativas de los elementos de convicción que competen al juez de instancia por razón del artículo 97.2º LPL- actual art. 97.2 de la LRJS_. 4º) Y que la revisión propuesta sea trascendente para el fallo, de tal manera que pueda tener virtualidad modificativa de aquél-.”.

TERCERO.- Finalmente, el tercero de los motivos se formula con invocación del apartado c) del art. 193 de la LRJS, alegando que al desestimar la demanda, se han incumplido:

- en primer lugar el RD 1971/1999 de 23-12 de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación de grado de discapacidad- sin cita de precepto alguno de su texto articulado o nexos que lo complementan-, refiriendo asimismo el rd 1148/2.011 de 11 de julio para razonar que la Diabetes mellitas tipo I es una enfermedad grave;
- en segundo lugar lo que denomina “las propias normas del expediente” al aplicarse un 20 por ciento a la diabetes mellitus padecida, pese a merecer el tipo 3;
- y finalmente la jurisprudencia, refiriendo la STS de 14-11-2.007, coincidente con las Ss. de esta Sala de 19-7-2.011 y 12-12-2.006 según la cual para que proceda la revisión de un grado de discapacidad reconocido ha de haber tenido lugar una mejoría

o una agravación.

Así las cosas, se debe señalar que las dos primeras supuestas infracciones sustantivas denunciadas no pueden ser valoradas por el tribunal por haber omitido la parte el deber que le impone el art. 196, 2 de la LRJS de citar de forma precisa el precepto o doctrina legal que se considere infringido, pues la Sala no puede construir el recurso de la parte averiguando en la primera de las infracciones cuál de los múltiples artículos o anexos del RD referido considera la parte infringidos o a qué norma se refiere la parte cuando habla de las “normas propias del expediente.” Y dicho lo cual y en lo que se refiere a la infracción de la doctrina jurisprudencial, cabe señalar que la resolución de instancia no se aparta de la misma puesto que en su fundamento de derecho tercero justifica por qué ya la diabetes mellitus ha de valorarse en un 20 por ciento – porque no consta ingreso hospitalario alguno desde 2.011, fecha de la anterior baremación- y porqué ya no se evidencia patología psíquica alguna ni procede valorar factores sociales complementarios.

CUARTO.- Por todo lo razonado procede la desestimación del recurso interpuesto con confirmación de la resolución de instancia sin que proceda efectuar imposición de costas a la recurrente, de conformidad con el art. 235.1 de la LRJS, al litigar el recurrente con el beneficio de la asistencia jurídica gratuita (art. 2 d) de la Ley de asistencia Jurídica Gratuita).

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLO

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por E.P.E. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 17 de VALENCIA en sus autos núm. 1195/12 de fecha 19-2-2.014 procedemos a CONFIRMAR la resolución recurrida.

Sin costas.

1965

Sentencia núm. 211, de 3 de febrero de 2015

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajador al servicio de ente público con contrato por servicio determinado. Contrato de alta dirección. Se pacta con el trabajador una indemnización de 45 días de salario por año trabajado cuando se produzca su cese como jefe de sección.

Juzgado: Estima la demanda, condenando solidariamente a las demandadas al pago de determinada cantidad en concepto de indemnización.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. El trabajador no tiene derecho a la indemnización reconocida en la instancia. Aplicación art. 26 de la Ley 17/2008, de 29 de diciembre, y doctrina jurisprudencial.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. Se recurre por el letrado designado por Radiotelevisión Valenciana, SA (en adelante RTVV) y TVV, S.A., la sentencia de instancia que la condenó a abonar a D. J.M.S.G. la cantidad de 69.720,53 euros en concepto de indemnización pactada con el Director General de RTVV D. J.L.J.

2. El recurso se sustenta en un motivo único redactado al amparo del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) en el que se invoca, siquiera que de forma indirecta, la infracción del artículo 1281 del Código Civil en relación con la sentencia nº.1251/2014 dictada por esta Sala de lo Social el 20 de mayo de 2014 (rs.62/2014) y que resuelve un supuesto semejante referido a otro trabajador de la misma empresa.

3. Como se pone de manifiesto en el escrito de recurso, esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse sobre cuestión similar a la que se plantea en este recurso en diversas sentencias dictadas tanto en procesos de reclamación de cantidad, como son la ya citada de 20-5-2014 (rs.62/2014), 28-9-2014 (rs.1164/2014) y 18-12-2014 (rs.2956/2014), como de despido en sentencia de 4-11-2014 (rs.2046/2014), por lo que elementales razones de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley aconsejan seguir el criterio expuesto en ellas que conduce a la estimación del recurso de la empresa por las siguientes razones:

a) En primer lugar, porque ni siquiera consta que el demandante hubiera sido cesado en el momento de presentar la reclamación, por lo que no queda

acreditada la causa en que se fundamenta la indemnización que se postula. En efecto, nada de ello se dice en los hechos probados de la sentencia recurrida ni consta documentalmente.

b) En segundo lugar, porque de haberse producido su cese entra en juego el razonamiento de la sentencia de 26-9-2014. Se dice en ella que “si su prestación de servicios para la empresa demandada se enmarca en el contrato de trabajo ordinario, las cláusulas pactadas en el contrato de Alta Dirección suscrito con la demandada carecen de causa y por lo tanto, como ya se dijo, no producen efecto, de modo que el devengo de la indemnización reclamada por el actor no puede fundamentarse en la cláusula octava del contrato de Alta Dirección suscrito por las partes (...), tan solo podría fundamentarse en lo establecido en el art. 56 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, pero para ello tendría que haber demandado por despido y no aquietarse respecto a su cese habida cuenta de la controversia existente entre las partes respecto a la indemnización devengada por dicho cese”.

c) Y en tercer lugar, porque como también se argumenta en la mencionada sentencia de 26-9-2014, “si se aceptase que la relación laboral existente entre las partes reúne las características de la Alta Dirección a la misma le sería de aplicación lo establecido en el art. 26 de la Ley 17/2008, de 29 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat para 2009, según el cual “Las personas que desempeñen puestos de altos cargos del Consell y de la administración de la Generalitat y que cesen en el desempeño de sus funciones, siempre que no accedan de forma inmediata a un puesto de trabajo en cualquier sector de actividad pública o privada, tendrán derecho a una indemnización máxima de tres mensualidades, cada una de ellas de igual importe de las que vinieran percibiendo como altos cargos. El derecho a dichas percepciones, que se satisfará mensualmente, decaerá en el momento en que, dentro del período de tres meses, ocupasen otro puesto de trabajo en el sector privado, o en la fecha en que adquiera efectos económicos el reingreso a un puesto de trabajo en el sector público.”

Dicho precepto que es aplicable no solo a los Altos Cargos del Consell sino también a los del sector público valenciano al estar integrado en el Capítulo Único “Delimitación del sector público valenciano y régimen retributivo de aplicación al mismo,” del Título III “De los gastos de personal” de la indicada Ley, impide precisamente el establecimiento de cláusulas como la octava del contrato de Alta Dirección suscrito entre las partes el 23 de septiembre de 2011 y en la que el demandante ampara su reclamación, por lo que aun cuando se considerase como de Alta Dirección la relación laboral del demandante con la entidad demandada, tampoco podría prosperar su reclamación al fundamentarse en una cláusula contraria a la ley y, por lo tanto, nula, de acuerdo con lo establecido en el art. 1255 del Código Civil”.

SEGUNDO.- 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.

FALLO

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de RADIOTELEVISIÓN VALENCIANA, SAU y TVV, S.A. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.7 de los de Valencia de fecha 5 de mayo de 2014 en virtud de demanda presentada a instancia de DON J.M.S.G.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

Sin costas.