

2273

Sentencia núm. 2.007, de 20 de julio de 2017

Materia: Despido. Trabajador que presta sus servicios como vigilante de seguridad en empresa demandada. Extinción de la relación laboral por causas organizativas y productivas en virtud de cambios en la demanda de servicios. Amortización de puesto de trabajo por excedente de personal. Subrogación del personal por nueva adjudicataria del servicio de seguridad. Procedencia.

Juzgado: Absuelve a la mercantil demandada de las pretensiones deducidas en su contra, declara procedente el despido y convalida la extinción del contrato.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes determine la declaración de improcedencia del mismo. Además, los conceptos abonados en nómina como plus de transporte y vestuario son extrasalariales, no debiendo ser computados para determinar el salario a efectos de despido.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en suplicación el actor, la sentencia que ha declarado procedente el despido objetivo que se enjuicia en este procedimiento.

El recurso, se estructura en dos motivos, formulados por los apartado b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Esta Sala en la sentencia núm. 2490/2016, de fecha 22 de noviembre de 2016 (rs. 2824/2016), ya referida en la recurrida, ha conocido de un supuesto idéntico, en relación con otro trabajador de la empresa, decidiendo confirmar la sentencia allí recurrida que también declaraba la procedencia del despido objetivo acordado por la empresa en la misma fecha y por la misma causa, siendo exacto el recurso interpuesto por el mismo letrado, por lo que razones de igualdad en la aplicación de la ley (art. 14 de la CE) imponen seguir aquí el mismo criterio desestimatorio del recurso.

En el primer motivo, dedicado a la modificación de hechos, se propone un idéntico texto alternativo, esta vez para el hecho duodécimo de la sentencia que diga: "Obra en autos relación de trabajadores contratos por P. de 1-1-2015 a 7-7-2015 del que resulta que desde 1-5 a 6-7 dicha empresa contrató a 21 vigilantes de seguridad nuevos, de los que uno de ellos es una conversión a indefinido a tiempo parcial sin bonificación de fecha 1-6-2015, constando sólo en dicha documentación la finalización de solo 5 de dichos contratos; restando 16 trabajadores contratados en dicho periodo. De dichos trabajadores, 9 tienen jornada completa. A su vez consta en autos que la empresa abonó por el periodo de enero 2014 a abril 2015, a la Seguridad Social, en concepto de horas extraordinarias, al CCC28206620094 (Madrid), el importe de 9,754,820,02€, y al CCC 46139397289, (Valencia), el importe de 342,704,43 € (Documentos 56 y ss)". Se remite el recurso a la relación de contratos expedida por el SERVEF y a las certificaciones expedidas por la TGSS, obrantes en autos. Y se rechaza la modificación, pues aparte de no ubicarse los documentos en folio concreto de las actuaciones, como dijimos en la sentencia de esta sala ya

mencionada. "...no puede prosperar la adición solicitada por cuanto que los indicados documentos no reflejan de forma directa y patente el contenido que se pretende adicionar ya que, aun admitiendo que en los referidos documentos se refieran, por una parte, a las horas extraordinarias realizadas por los trabajadores que en aquellos se reseñan durante los años 2014 y 2015, y las nuevas contrataciones suscritas en un determinado periodo, se desconocen los centros de trabajo en los que prestaban servicios los trabajadores que realizaron dichas horas extraordinarias y si fueron realizadas por vigilantes de seguridad, además de referirse a un periodo anterior y posterior al despido, por lo que el indicado dato resulta inocuo a efectos de determinar la procedencia del despido por causas organizativas y productivas del demandante. Respecto a la contratación temporal, tampoco se acredita fuera para el centro de trabajo de RTVV y no podemos desconocer que P. SL es una gran empresa, con una plantilla altamente numerosa, lo que significa una necesidad temporal de mano de obra de modo habitual, para paliar determinadas situaciones laborales (sustitución de enfermedad, vacaciones, permisos, etc...) lo que no tiene conexión con la amortización de puesto producido. Tenemos que estar al concreto ámbito de la contrata prestada a la entidad RTVV. Además, el que el volumen de horas extraordinarias pueda ser alto, es circunstancia que suele ser habitual en empresas del ámbito de la seguridad por la naturaleza, características y horarios del servicio a prestar. Las horas extras no tienen la consideración de vacantes y la habitualidad de las mismas no es factor que enerve el despido objetivo, como tampoco, sin más, la existencia de nuevas contrataciones, como esta Sala ya se ha pronunciado en diversas ocasiones."

SEGUNDO.- En censura jurídica, por la letra c) del art. 193 de la LRJS, denuncia el segundo motivo de recurso la vulneración del art. 52 c) y e) del ET en relación con el art. 51.1, así como la infracción del art. 56 del ET, en sus apartados 1 a 3 y apartado 2 de la Disposición Transitoria quinta de la Ley 3/2012, de 6 de julio, en relación con el art. 53.5 del ET, así como de la jurisprudencia relativa a los despidos colectivos, e interpretación errónea de lo dispuesto en el art. 122.3 de la LRJS, señalando las sentencias del TSJ de Santa Cruz de Tenerife de 26-12-2013, del TSJ de Cataluña de 10 de febrero de 2015, del TSJ de Madrid de 19 de octubre de 2015, o del TSJ de Galicia de 27-3-2014, entre otras, y razonando, en resumen, que la realización de las abundantes horas extraordinarias así como la contratación a varios trabajadores temporales, vigilantes de seguridad nuevos, de forma sucesiva, en el periodo 1-5-2015 a 6-7-2015 demuestra que la decisión de despedir no supera el juicio de razonabilidad y es injustificada. Añade el recurso que el despido debe ser declarado improcedente, además por ser inexcusable el error en la indemnización al no contemplar en el salario a efectos de despido el plus transporte y el plus vestuario.

Nos referiremos aquí para contestar al recurso a lo que ya expusimos al resolver el rs 2824/2016 "Al margen de que la doctrina emanada de las sentencias dictadas por la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia no constituye jurisprudencia a efectos del recurso de suplicación pues solo la es la emanada de las sentencias del Tribunal Supremo al resolver recursos de casación para unificación de doctrina (art. 1.6 del Código Civil), la censura jurídica expuesta no puede prosperar por las razones que se expondrán a continuación.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2015, Recurso: 2769/2014, la doctrina de la Sala IV del Alto Tribunal sobre el alcance y las consecuencias de la pérdida de una contrata como elemento justificativo de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas, ha sido resumida por la STS de 26-4-2013 (R. 2396/12), con cita de las de 7-6-2007, 31-1-2008, 12-12-2008 y 16-5-2011, en los siguientes términos:

" ...la reducción de actividad de servicios a la finalización de la contrata inicial ha generado dificultades que impiden el buen funcionamiento de la empresa; como tal hay que considerar el exceso de personal resultante de tal reducción. A estas dificultades se puede hacer frente mediante amortizaciones de los puestos de trabajo sobrantes, de forma que se restablezca la correspondencia entre la carga de trabajo y la plantilla que la atiende. Y el ámbito de apreciación de la causa productiva sobrevenida puede ser el espacio o sector concreto de la actividad empresarial afectado por el exceso de personal, que es en el caso la contrata finalizada y renovada con menor encargo de servicios y consiguientemente de ocupación " (STS de 16 de septiembre de 2009 -rcud. 2027/2008 -, reiterando doctrina anterior).

Por consiguiente, la pérdida o disminución de encargos de actividad ha de ser considerada por su origen una causa productiva, en cuanto que significa una reducción del volumen de producción contratada, y por el ámbito en que se manifiesta una causa organizativa, en cuanto que afecta a los métodos de trabajo y a la distribución de la carga de trabajo entre los trabajadores (ya se sostuvo así en la STS 14 de junio de 1996 -rcud. 3099/1995 -).

Se ha añadido que el art. 52 c) ET no impone al empresario la obligación de agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador en la empresa; incluso hemos dicho que ésta no está obligada a destinar al trabajador a otro puesto vacante (aspectos ambos reiterados en la STS de 7 de junio de 2007-rcud.191/2006-).

(...) Es cierto que la mera pérdida de la contrata puede no resultar suficiente para concluir que siempre y en todo caso concurre causa justificativa para la extinción del contrato de trabajo.

Recordemos que el texto del art. 51.1 ET -al que se remite el art. 52 c) ET - vigente en la fecha del despido establecía, tras definir que se entendía por causas técnicas, organizativas y de producción e imponer a la empresa la carga de acreditar la concurrencia de la causa, que la empresa debería "justificar que de las mismas se deduce la razonabilidad de la decisión extintiva para contribuir a prevenir la evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda".

De ahí que, en relación con las causas organizativas o de producción, hayamos negado el efecto extintivo en el supuesto enjuiciado en la STS de 29 de noviembre de 2010 (rcud. 3876/200), dictada por el Pleno de esta Sala, porque se daba la circunstancia de que la necesidad de amortizar puesto de trabajo que se presume ínsita en la decisión extintiva se veía desvirtuada por el dato de que la empresa cubría a la vez otros puestos vacantes o de nueva creación, lo que excluía la razonabilidad de la medida.

No concurriendo circunstancias de esa o análoga índole, ni constando siquiera que hubiera vacantes adecuadas, habrá que partir de la afirmación de que la pérdida de uno de los clientes supone un descenso del volumen de actividad".

La proyección de la doctrina jurisprudencial expuesta conduce en el presente caso, como ya se adelantó, a la desestimación del motivo. En primer lugar, porque producido un excedente de personal por la reducción parcial de la contrata, "la selección de los trabajadores afectados corresponde en principio al empresario y su decisión sólo será revisable por los órganos judiciales cuando resulte apreciable

fraude de ley o abuso de derecho o cuando la selección se realice por móviles discriminatorios (art. 14 CE)". (STS de 19 de enero de 1998), lo que no ha acontecido.

En segundo lugar, porque si se acude a lo establecido en el art. 14. C. del Convenio Colectivo de Empresas de Seguridad se constata que al haberse reducido significativamente el objeto de la contrata del servicio de vigilancia y seguridad de Radio Televisión Valenciana, la empresa entrante no tiene obligación de subrogarse respecto de todos los trabajadores de P.E., S.L. que prestaban servicios de vigilancia y seguridad en dicho centro de trabajo, sino solo respecto de aquellos que se requieran para desempeñar el objeto del nuevo contrato de arrendamiento de servicios suscrito entre S.S.E. S.A. y Radio Televisión Valenciana y constando que en el centro de trabajo donde prestaba servicios el demandante se ha reducido el número de horas de vigilancia del indicado centro de trabajo que ha pasado ahora a ser de 28.256 horas anuales de vigilancia, cuando en la contrata de P. era de 47.054 horas anuales, se ha de concluir que al no proceder la subrogación respecto al indicado actor por parte de S.S.E., S.A. y existir un excedente de plantilla en P.E., S.L. al haber finalizado la contrata de vigilancia y seguridad en la que prestaban servicios aquél, concurren las causas productivas y organizativas que se alegan en el despido objetivo del actor y que por tanto se han de declarar procedente, tal y como efectúa la sentencia recurrida que al no haber incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas se ha de confirmar, previa desestimación del recurso.

En definitiva, como señalan las SSTs de 7 de junio de 2007 (Rec. núm. 191/2006) y 8 de julio de 2011 (JUR/336453), el art. 52.c) del ET no impone al empresario la obligación de "agotar todas las posibilidades de acomodo del trabajador" en la empresa, ni viene aquél obligado, antes de hacer efectivo el despido objetivo, a destinar al empleado a "otro puesto vacante de la misma". Así lo han establecido las sentencias de dicho Tribunal de 21 de julio del 2003, rec. 4454/2002; 19 de marzo del 2002, rec. nº 1979/2001; y 13 de febrero del 2002, rec. nº 1496/2001, entre otras. Por consiguiente, de conformidad con la doctrina jurisprudencial que se acaba de citar, lo lógico es deducir que la amortización de plazas por causas ajenas a la voluntad del empleador, constituye causa objetiva justificativa del despido, sin que el hecho de que puedan existir en la empresa otros puestos vacantes, determine normalmente la declaración de improcedencia de tal despido."

Por lo expuesto, no queda más que confirmar la sentencia, por sus amplios y acertados fundamentos, que compartimos y es innecesario reiterar. Solo considerar que tal y como explica la sentencia los conceptos abonados en nómina como plus de transporte y vestuario, son extrasalariales, y no deben ser computados para determinar el salario a efectos de despido, porque aunque se perciban de forma fija (hecho quinto) están destinados a compensar un gasto realizado por el trabajador, y no retribuyen la actividad laboral, por lo que no hay diferencia en la indemnización que pudiera generar error, y menos inexcusable, que permitiera declarar el despido improcedente.

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 en nombre de don E.D.U., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 8 de los de Valencia, de fecha 20 de enero de 2017; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida. Sin costas.

2274

Sentencia núm. 2.026, de 20 de julio de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Conflicto colectivo o conflicto individual. Reconocimiento de determinada cantidad por los servicios previos prestados en la empresa en virtud de contratos en prácticas o en formación.

Juzgado: Estima la demanda condenando a la empresa demandada a abonar a los actores determinada cantidad en concepto de reconocimiento de antigüedad en la empresa, además de determinadas cuantías en concepto de interés por mora.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Nos encontramos ante un conflicto individual cuya causa o razón deriva de otro conflicto. No se aprecia la interrupción de la prescripción. Absuelve a la empresa y al organismo codemandados de los pedimentos formulados en su contra. No procede el abono de las cantidades.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, aclarada por Auto de 16 de mayo de 2016, estima la demanda interpuesta por los actores y condena a la empresa demandada T.E. SAU a abonar a cada uno de los demandantes las cantidades que señala. Frente a ello la parte demandada interpone recurso de suplicación, que es impugnado por la parte actora y el primer motivo del recurso, con amparo procesal en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se denuncia infracción de los artículos 222 de la LEC, en relación con el artículo 160 de la LRJS y el artículo 1973 del Código Civil y art. 59 del Estatuto de los Trabajadores. Alega, en síntesis, la parte recurrente que la reclamación de contratos temporales antes y después de 1993, que ha sido la materia de los anteriores conflictos, no puede interrumpir la prescripción de cantidades reclamadas en concepto de servicios previos por contratos en prácticas o en formación, como es el caso de los actores, pues ya tiene su conflicto específico propio y posterior a los anteriores, por lo que esos conflictos colectivos pueden afectar a las acciones individuales aquí planteadas. Por lo que habiendo pagado la empresa demandada las cantidades por el reconocimiento desde septiembre de 2009, esto es, un año antes de la presentación del conflicto colectivo que les afecta, no procede la condena al pago de cantidades añadidas, por el periodo de mayo de 2007 (fecha del año anterior al primer conflicto colectivo, que no les afectaba) a septiembre de 2009. Y también se opone a los intereses del art. 29.3 del E.T.

Sostiene la parte impugnante del recurso que nos encontramos ante un planteamiento "ex novo" de la recurrente, al alegar que el contenido de las pretensiones que sustentan en los diversos procedimientos de conflicto colectivo suscitados contra la empresa demandada no coincidan como cuestión de fondo, con lo reclamado en la demanda origen de los presentes autos, considerando que todos los conflictos colectivos planteados son declarativos y asimismo versan sobre la fecha a tener en cuenta para el cálculo del complemento de la antigüedad. Pero la alegación no puede ser admitida por cuanto el tema se encuentra planteado en el Juicio oral con mayor o menor precisión, en la sentencia de instancia se han reseñado los conflictos colectivos producidos y se alegó por la parte demandada que no se puede pretender por la parte actora extender los efectos de un conflicto colectivo que no es el suyo a su propia situación.

La sentencia de instancia recurre a una Directiva 1999/170 CEE, del Consejo, de 29 de junio, sobre el trabajo de duración determinada para indicar la similitud de los contratos y establecer los mismos derechos e integrar dentro de los contratos temporales a los formativos, pero no es la similitud lo que se juzga, sino la vinculación para interrumpir la prescripción de cada conflicto colectivo con las acciones individuales que están afectadas expresamente por ese conflicto colectivo. En los hechos declarados probados se relatan los distintos procesos de conflictos colectivos y en el proceso 260/2010 sobre conflicto colectivo se dictó sentencia en fecha 16-1-13 confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5-11-14, desestimando la excepción de cosa juzgada respecto de los objetos de los procesos nº 118/2008 y 106/2009, declarando que los periodos de servicios prestados por los trabajadores con contratos en prácticas o formación debe computarse como antigüedad en la empresa y ello con independencia del periodo de interrupción temporal entre contrato y contrato, siempre y cuando dicha interrupción no fuere imputable al trabajador y en consecuencia se les reconozcan aquellos derechos recogidos en la normativa laboral de Telefónica en función de la antigüedad en la empresa. Es evidente que si las partes hubieran sido las mismas no hubiera habido lugar para los diferentes conflictos colectivos y hubiera existido cosa juzgada desde el primero de ellos, se trata de procedimientos diferentes, por lo que no se puede aplicar a uno la interrupción de la prescripción de los otros. Existen claras diferencias entre los conflictos colectivos que ahora se pretenden identificar y entre estos y las acciones individuales de las que trae causa el recurso que nos ocupa.

SEGUNDO.- Con amparo procesal en el art. 193 c) de la LRJS se postula el examen de las sentencias del Tribunal Supremo que cita y de los Tribunales Superiores de Justicia. Alegando, en síntesis, que no se pueden extender los efectos de la interrupción a conflictos diferentes, en las sentencias precedentes se hace referencia a los periodos prestados por contratos temporales y en el presente litigio la cuestión se plantea en relación con los contratos en práctica o en formación.

Mientras que la sentencia impugnada considera que el conflicto colectivo específico que sería de aplicación a los trabajadores hoy accionantes, el nº 260/2010, no es más que la concreción del pronunciamiento genérico que el anterior conflicto nº 106/2009 ya había hecho para todos los trabajadores temporales del año 1993 y anteriores, derivación éste de la reserva de acciones que se hizo en el anterior conflicto nº 118/2008 que pretendía inicialmente la declaración del derecho para todos los trabajadores, habiéndose promovido el conflicto del año 2009 por esa delimitación subjetiva que hubo que hacerse en el del año 2008 y el del año 2010.

Pero dado que la concreta delimitación subjetiva aunque genérica (contratos temporales antes y después de 1993), en aplicación de la normativa colectiva y consideración a efectos de antigüedad de los servicios previos a la fijeza de los así contratados, pueda interrumpir la prescripción de las cantidades reclamadas en concepto de servicios previos por contratados en prácticas o formación, como los actores, por cuanto nos encontramos con conflicto específico propio, posterior a aquellos, que no le comprende su ámbito objetivo genérico, ya que en el presente se trata de un conflicto individual, cuya causa o razón deriva del último conflicto citado, por lo que la interrupción de la prescripción no se aprecia por la tramitación de los dos conflictos anteriores, que no afectaron a los trabajadores con contratos en prácticas, por lo que procede la estimación del recurso de suplicación y la revocación de la sentencia impugnada y la desestimación de las demandas.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa T.E. SAU frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Seis de los de Alicante, de fecha 28 de abril de 2.016, dictada en virtud de demanda interpuesta por los actores, a que se contrae el presente rollo, la revocamos y dejamos sin efecto y en su lugar con desestimación de las demandas debemos absolver y absolvemos a la empresa demandada y al Fondo de Garantía Salarial.

Se decreta la devolución del depósito y de la consignación efectuada para recurrir.

2275

Sentencia núm. 2.058, de 18 de julio de 2017

Materia: Conflicto colectivo. Empresa adjudicataria para la prestación de servicios de limpieza en centros de enseñanza pública dependientes de la Generalitat. Subrogación de todos los trabajadores afectados. Infracción art. 226 de la Ley de Contratos del Sector Público y art. 31 del convenio colectivo para el sector de la limpieza.

Juzgado: Estima la demanda declarando indebidamente realizada la subrogación de los trabajadores afectados por el mismo, condenando a las mercantiles codemandadas a pasar por esta declaración y a que una de ellas subrogue a dichos trabajadores conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La empresa titular de la adjudicación de la contrata es la que debe asumir la subrogación de los trabajadores en las condiciones laborales de la empresa saliente.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre de la Confederación Sindical demandante, se estructura en cuatro motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LJS), postulando la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, “debido a la infracción del artículo 85.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y del artículo 24 de la Constitución Española. Centra su argumentación en que en el acto del juicio se introdujo que “la empresa había incumplido lo dispuesto en el artículo 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público”, nueva imputación productora de indefensión al no poder contar con las pruebas necesarias con las garantías mínimas que la ley dispone, y sin que en la demanda se hiciera referencia alguna a dicho precepto legal.

2. Tal y como se indica en la razonada sentencia de instancia, y que esta Sala comparte, “la alegación en la vista oral de la infracción del art. 226 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) no constituye un hecho nuevo o variación sustancial de la demanda, a cuya prohibición se refiere el art. 85.1 LRJS, sino fundamento jurídico de la pretensión que se formula con la demanda, toda vez que en su hecho sexto ya se alega que la codemandada O.L. S.L. “no es la adjudicataria del servicio de limpieza””. Como quiera que la pretensión ejercitada en el conflicto colectivo traído ahora a nuestra consideración y estimada en la sentencia de instancia se orientaba a que se declarara indebidamente realizada por O.L. S.L. la subrogación de los trabajadores afectados por el mismo, condenando a las mercantiles codemandadas E.S.,S.L. y O.L.,S.L. a estar y pasar por los efectos de dicha declaración y a E.S. S.L. a que subrogue a dichos trabajadores conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo de aplicación, atendiendo a que el artículo 157.1.c) de la LJS solo exige en este aspecto: “c) Una referencia sucinta a los fundamentos jurídicos de la pretensión ejercitada”, se explica que la parte demandante en el acto del juicio alegara también como fundamento jurídico de la pretensión el precepto indicado de la Ley de Contratos del Sector Público, alegación que no estimamos constituya por ello una modificación sustancial de la demanda, y que no trascendió en aspecto alguno de la petición efectuada en el conflicto colectivo, teniendo en

cuenta a mayor abundamiento que la indefensión, como recordó la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2009 (R.728/2009), de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional sólo se produce cuando "se sitúa a una parte en el proceso en una situación de desigualdad" o cuando "se le impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado debate procesal sobre sus pretensiones", lo que no estimamos se haya producido en nuestro caso.

SEGUNDO.- 1. El siguiente motivo de recurso, bajo el mismo amparo procesal que el anterior, postula de nuevo la reposición de los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión, y todo ello debido a la infracción del artículo 2 y 6 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, del artículo 24 de la Constitución Española y del artículo 21.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector público". Centra su argumentación en que de acuerdo con las normas invocadas, "la única jurisdicción competente para valorar un posible incumplimiento en la ejecución de un contrato administrativo, y más concretamente si la actuación empresarial conculca lo establecido en el artículo 226 de la Ley de Contratos del Sector Público, es y debe ser de la jurisdicción contencioso administrativa".

2. Tampoco este motivo debe prosperar. En primer lugar porque no se trata de examinar la conformidad o no a derecho del contrato celebrado, para en su caso expulsarlo del ordenamiento jurídico, lo que desde luego no sería competencia de este orden jurisdiccional, y en segundo lugar porque tampoco nos encontramos ante una disceptación derivada de la preparación, adjudicación, efectos, cumplimiento y extinción de un contrato administrativo (artículo 21.1 del T.R. de la Ley de Contratos del Sector Público), sino que producida la subrogación de los trabajadores discapacitados por la empresa O.L., S.L. (hecho probado cuarto) que no era la nueva adjudicataria del servicio según se declara en el hecho probado primero, el Magistrado de instancia en el fundamento de derecho quinto de su razonada sentencia simplemente analiza los requisitos exigidos por dicho precepto legal para una eventual cesión de derechos y obligaciones a terceros, por parte de los adjudicatarios, cuestión que desde luego debía conocer este orden jurisdiccional a efectos prejudiciales, tal y como previene el artículo 4.1 de la LJS.

TERCERO.- 1. El siguiente y correlativo motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.b) de la LJS, con el fin de que se añada al relato histórico un nuevo ordinal que diga: "SEXTO.- El centro especial de empleo, O.L., S.L. y la mercantil E.S., S.L. forman parte del grupo mercantil a efectos laborales denominado grupo O."

2. La adición propuesta no debe prosperar no solo porque de los documentos en que se funda (5 y 15 de la demandada, ahora recurrente) no se deduce directa e inmediatamente la redacción que propone, sino también porque la misma implica cuestiones jurídicas extrañas al relato histórico y que podrían predeterminar el fallo, sin perjuicio de lo que se dirá al examinar el siguiente motivo de recurso, del que como veremos podría deducirse también la irrelevancia de la adición propugnada.

CUARTO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS solicitando "el examen de la normativa aplicada por incorrecta aplicación de lo dispuesto en el artículo 31 del Convenio Colectivo para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Valencia (BOP de 7.12.2013) y del Acuerdo Marco Estatal del Sector de Limpieza de Edificios y Locales (BOE de 14 de septiembre de 2005) y del artículo 226 de la Ley de Contratos del Sector Público". Argumenta en síntesis que el hecho de haber subrogado a los trabajadores a través de dos empresas del mismo grupo mercantil, y mediando el expreso consentimiento de los trabajadores afectados no ha supuesto ninguna minoración de sus derechos "ya que se les ha respetado el Convenio Colectivo de

aplicación, su salario, su jornada de trabajo...Además, la posibilidad de que trabajadores presten servicios en las mismas instalaciones, cuando sus empleadores forman parte de un grupo mercantil a efectos laborales, está sobradamente aceptado por nuestros tribunales, no siendo ni una infracción normativa ni mucho menos constitutivo de una cesión ilegal”.

2. Del inalterado relato histórico de la sentencia de instancia destacamos: A) .- La empresa E.S. , S.L. resultó adjudicataria con efectos del 1-9-2016 de los lotes 16 (VL-04) y 19 (VL-07) para prestar el servicio de limpieza en los centros de enseñanza pública dependientes de la Generalitat Valenciana identificados en cada uno de dichos lotes. B) La anterior adjudicataria del servicio fue la mercantil C., S.A., que notificó a la nueva adjudicataria la documentación precisa para que llevara a efecto la subrogación de los trabajadores afectados, conforme a lo dispuesto en el Convenio Colectivo para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Valencia. C) La mercantil E.S., S.L. procedió a subrogar a los trabajadores procedentes de C., S.A. conforme a lo dispuesto en el art. 31 del Convenio Colectivo para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Valencia (BOP de 7-12-2013) y el art. 10 del Acuerdo marco estatal del sector de limpieza de edificios y locales (BOE de 14-9-2005), salvo a aquellos que tenían acreditado algún grado de discapacidad y en número aproximado de veinte trabajadores. D) La empresa O.L., S.L., centro especial de empleo, procedió a subrogar a los trabajadores provenientes de C., S.A. que acreditan algún grado de discapacidad, a cuyo efecto suscribió con cada uno de los afectados un documento, cuyo contenido aquí se tiene por reproducido, en el que se hacen constar los términos de su respectiva subrogación, y entre los que se comprenden el reconocimiento de la antigüedad y jornada acreditada, así como las restantes condiciones de trabajo que disfrutaban en la anterior empresa hasta el momento de la subrogación.

3. Con tales antecedentes se impone la desestimación del motivo por cuanto no siendo la nueva adjudicataria la codemandada O.L., S.L. sino E.S., S.L. era a ésta a la que correspondía la subrogación de todos los trabajadores de la saliente C., S.A. de acuerdo precisamente con los preceptos legales y convencionales invocados como infringidos, tal y como se señala en la fundamentación jurídica de la razonada sentencia de instancia que esta Sala asume, en especial en su fundamento jurídico quinto donde también con valor fáctico además de jurídico se hace constar que la prueba practicada no ha permitido determinar que haya concurrido ninguno de los tres requisitos exigidos por el artículo 226.2 de la Ley de Contratos del Sector Público para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, pues no consta autorización de la administración contratante, no ha llegado a ejecutarse en porcentaje alguno el contrato de servicio cuando la pretendida cesión a O.L., S.L. ha tenido lugar, pues se ha producido con efectos del 1-9-2016; es decir los de la misma fecha que la adjudicación, y en fin, no se ha acreditado que O.L., S.L. haya obtenido la calificación de solvencia requerida, pues la que se pretende acreditar con la resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central obrante a los folios 4 a 12 del T-II de los autos, viene referida a la mercantil E.S., S.L. por su vinculación con la denominada “matriz del grupo-Servicios O., S.L., pero ninguna prueba de las practicadas, más allá de la mera afinidad en la denominación de la entidad, permite deducir que O.L., S.L. tenga alguna vinculación con aquella entidad matriz, ni consta aceptada ante la administración contratante la responsabilidad solidaria de dicho grupo frente a las obligaciones nacidas de la subcontratación o cesión pretendida, y desde luego tampoco se ha acreditado que la cesión de los trabajadores afectados por este proceso se haya formalizado en escritura pública. Por su parte, el art. 31 del Convenio Colectivo para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Valencia (BOP de 7-12-2013) y el art. 10 del Acuerdo marco estatal del sector de limpieza de edificios y locales (BOE de 14-9-2005), establecen la obligación de la empresa titular de la adjudicación del servicio de limpieza y edificios, de subrogar a los trabajadores que precedentemente realizaban ese

servicio para la anterior adjudicataria del mismo. Conforme a estos preceptos, es la titular de la adjudicación, y ninguna otra, la empresa obligada a efectuar la subrogación, obligación que solo sería susceptible de ser cedida a terceros cuando la misma tuviera lugar dando cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 226.2 LCSP. De este modo la subrogación operada por O.L., S.L. respecto de los trabajadores afectados por este conflicto colectivo no se atiene a lo dispuesto en los preceptos señalados, de modo que la misma se ha realizado desconociendo la naturaleza de mínimo de derecho necesario relativo que cabe reconocer al mecanismo de la subrogación convencional establecido en las disposiciones convencionales referidas, en orden a preservar la estabilidad en el empleo de los trabajadores afectados por el mismo. Efectivamente, sin perjuicio de que, a través de otros mecanismos jurídicos, pudiere entenderse que la subrogación realizada por O.L., S.L. no ocasionaría ningún perjuicio a los trabajadores afectados por la misma, en particular atendiendo al principio “de la confianza legítima” acuñado por la doctrina judicial de lo contencioso-administrativo (sentencia TSJ-Cast.-La Mancha de 11-12-2014, rec 1179/2014), lo cierto es que dado que el art. 31 del Convenio de aplicación obliga a la empresa adjudicataria “titular de la contrata” a subrogarse en las condiciones laborales de los trabajadores de la empresa saliente, la circunstancia de que en este caso no sea la empresa titular de la adjudicación la que asume a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, y que no conste la autorización de la administración adjudicante, plantea un supuesto de inseguridad jurídica para dichos trabajadores, en tanto que su posterior subrogación por quien pudiera resultar nueva adjudicataria del servicio en un momento posterior, quedaría convencionalmente cuestionada, al no proceder éstos de la empresa titular de la misma. De este modo, las condiciones de la subrogación llevada a efecto por O.L., S.L. ni se adecúan a lo establecido en el art. 226 LCSP, ni a lo dispuesto en el art. 31 del Convenio Colectivo para el sector de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia de Valencia (BOP de 7-12-2013) y el art. 10 del Acuerdo marco estatal del sector de limpieza de edificios y locales (BOE de 14-9-2005), y por ello los acuerdos individualmente pactados con los trabajadores afectados no pueden contravenir, en su perjuicio, los derechos que les son reconocidos, con ocasión del cambio de empresa adjudicataria del servicio, en los preceptos señalados, pues constituye una renuncia de derechos prohibida por el art. 3.5 ET...”. A mayor abundamiento, de la doctrina jurisprudencial contenida por ejemplo en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2013 (R.748/2012) y 10 de octubre de 2012 (R. 3803/2011), que admiten que los centros especiales de empleo puedan tener la condición de empresa saliente o entrante, en la subrogación de empresas de limpieza, claramente está aludiendo a que los mismos sean adjudicatarios de la contrata de limpieza de que se trate, lo que aquí no sucede como se ha visto, de ahí que indicáramos en el fundamento de derecho tercero de la presente que la adición al relato histórico propugnada podría también ser irrelevante a los efectos de la presente resolución, pues aunque estuviéramos ante un grupo de empresas, la nueva adjudicataria no era ese grupo sino la codemandada E.S., S.L.

QUINTO. Corolario de todo lo razonado será la desestimación del recurso interpuesto e íntegra confirmación de la sentencia de instancia. Sin costas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 235.2 de la LJS.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de E.S., S.L., y O.L. S.L., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social Número Dos de los de Valencia, el día veinte de diciembre de dos mil dieciséis, en proceso de conflicto colectivo seguido contra dichas recurrentes y la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana a instancia de la CONFEDERACIÓN SINDICAL DE COMISIONES OBRERAS DEL PAÍS VALENCIANO, y confirmamos la aludida sentencia. Sin costas.

2276

Sentencia núm. 2.074, de 1 de septiembre de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Incapacidad permanente absoluta o total. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios como albañil. Limitaciones orgánicas y funcionales con patología progresiva e incurable: Demencia fronto-temporal y afectación cerebrosa y empeoramiento clínico progresivo de los trastornos cognitivos.

Juzgado: Desestima la demanda de incapacidad permanente absoluta y subsidiariamente parcial, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. El actor no tiene derecho a la prestación solicitada

Sala: Estima el recurso declarando al actor en situación de en situación de incapacidad permanente absoluta para todo trabajo derivada de enfermedad común, con derecho a una pensión vitalicia en porcentaje del 100% de una base reguladora y con efectos económicos de 5-2-2013, más los incrementos y revalorizaciones que procedan.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ascensión Olmeda Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el demandante D. A.C.C., al que en vía administrativa se le había denegado Incapacidad Permanente “por no ser las lesiones que padece susceptibles de determinación objetiva o previsiblemente definitivas, debiendo continuar tratamiento médico en la situación jurídica que corresponda por el tiempo que sea necesario hasta la valoración definitiva de las lesiones”, la sentencia del Juzgado de procedencia que desestimó su demanda (presentada el 6-5-13) de Incapacidad Permanente Absoluta, denegación que se apoya básicamente en considerar que si bien al tiempo de celebrarse el juicio en 2015 era merecedor de la IP Absoluta, no ocurría así al tiempo de la solicitud (15-1-13), dictamen-propuesta del EVI (5-2-13) y de las Resoluciones impugnadas de 2013, en que las lesiones no tenían entidad suficiente, habiéndose producido el agravamiento importante en los dos últimos años.

Articula el recurso, que no ha sido impugnado, a través de tres motivo, los dos primeros al amparo del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante LJS), para revisión de hechos probados y el último, al amparo del c), en el que alega infracción por la sentencia de los artículos 136.1 y 137.5 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) y termina suplicando sentencia por la que se le declare en situación de IPA con derecho a la correspondiente pensión.

SEGUNDO.- En los motivos dedicados a la revisión de hechos probados, solicita la adición de dos nuevos hechos probados con los tenores que indica. Uno referido a la falta de Incapacidad Temporal previa a que alude la sentencia, que no puede admitirse porque en realidad la sentencia no desestima por eso la pretensión del actor sino por entender que al tiempo de las resoluciones impugnadas (22-2-13 y 21-3-13 la desestimatoria de la reclamación previa contra la anterior) no tenían la entidad suficiente, tal como se ha indicado al comienzo del anterior Fundamento Primero de esta Sentencia, siendo sólo un dato mencionado por la sentencia recurrida el de no encontrarse en IT al tiempo de la solicitud y, en consecuencia se estima irrelevante. El otro con el siguiente tenor: “ En los primeros meses de 2013 el actor se encontraba afectado de un déficit severo de memoria secundario a

esclerosis mesial temporal bilateral, como consecuencia del cual no era capaz de recordar adecuadamente y con garantías las cosas que debía realizar, siendo, por tanto, sus dolencias invalidantes e irreversibles". Se acepta porque, frente al Dictamen Propuesta del EVI que transcribe la sentencia recurrida en el Hecho Probado Segundo, que se limita a transcribirlo, de los informes de la Sanidad Pública en que se basa el recurrente (el de alta hospitalaria de 12-8-12, los del Servicio de Neurología del Hospital General Universitario de Elda de 15-11-12 y 23-5-13 y los del Servicio de Neurología del Hospital de San Vicente del Raspeig de 21-2-13 y 5-3-13) y, en especial del último, el de 23-5-13 (obrante al folio 41 de los autos) resulta de manera clara, patente y directa y sin necesidad de interpretaciones ni conjeturas, lo que se propone y, si bien, los dos últimos términos ("invalidantes" e "irreversibles") pueden parecer jurídicos o predeterminantes, en realidad en este caso no lo son porque no se utilizan los de incapacitantes permanentes o definitivos y absolutos, además de que de alguna manera, distinta de la utilizada por la Ley, ha de describirse el carácter y duración de las dolencias y limitaciones y, aunque se prescinda del "invalidante" teniéndolo por no puesto por jurídico o predeterminante, es bastante el que se haya recogido la dolencia, patología y limitación. Por otro lado, ese texto no entra en contradicción alguna con la pericial de la parte actora en que la Juzgadora se basa para su hecho probado Quinto, ni con el texto del mismo ni siquiera con las precisiones que añade la sentencia en el Fundamento Sexto sobre lo que manifestó el perito en juicio de estar al tiempo de las resoluciones en estudio y en tratamiento oral la patología de deterioro cognitivo más leve y de haberse producido agravamiento importante en los dos últimos años, como luego veremos.

En consecuencia, se acepta la adición de un nuevo hecho probado, que sería SEXTO con el tenor transcrito y propuesto en el motivo segundo del recurso.

TERCERO.- Entrando en el examen del derecho, la infracción imputada del artículo 136 de la LGSS, en realidad no se ha producido porque la sentencia no se apoya en lo que dijeron las resoluciones administrativas del INSS, sino en la falta de entidad suficiente. Por lo demás, cabe señalar que no hay duda, a la vista del nuevo hecho probado, de que se daban los requisitos generales que establece dicho precepto para la Incapacidad Permanente, porque, como pone de relieve la representación Letrada del recurrente, lo que el mismo exige es que las lesiones y limitaciones sean graves, se puedan determinar objetivamente y sean previsiblemente definitivas, todo lo cual efectivamente se daba y para lo que es indiferente que se sigan estudiando o que estén estabilizadas o en progresión y no es necesario en modo alguno que la enfermedad no haya llegado a su plenitud o a su total agravamiento. Esto es, se daban, estaban determinadas objetivamente, eran graves y no era previsible o era incierta su recuperación, habiendo confirmado la posterior evolución precisamente la imposibilidad de la misma.

Por el contrario, sí debe apreciarse la infracción, por no aplicación, del artículo 137.5 de la LGSS, ya que éste (en su redacción anterior a la Ley 24/97, que pervive por lo señalado en la Disposición Transitoria Quinta bis de la LGSS, hasta que se proceda al desarrollo reglamentario) define el grado de absoluta diciendo que "se entenderá por incapacidad permanente absoluta la que inhabilite por completo al trabajador para toda profesión u oficio". Por tanto, ha de valorarse la entidad del cuadro de dolencias o padecimientos y, sobre todo, las limitaciones orgánicas y funcionales para determinar si efectivamente excluye toda capacidad laboral o no, teniendo en cuenta que la capacidad laboral entraña profesionalidad y poder cumplir las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia que todo trabajo comporta y que, como dice el Tribunal Supremo en su sentencia de 27-2-90, "la prestación de un trabajo, por liviano que sea, incluso sedentario, sólo puede realizarse mediante la asistencia al lugar de empleo, permanencia en él durante la jornada, estar en condiciones de consumir una tarea, siquiera leve, que ha de demandar un cierto grado de atención y una moderada actividad física".

Si partimos del Hecho Probado Quinto de la sentencia, es claro, como considera la Juzgadora, que procede la Absoluta, ya que el mismo dice: "En la actualidad el actor aqueja el cuadro de dolencias que vienen reflejadas en el informe médico emitido por D. A.C.LL. de fecha 29.06.15, el cual se da íntegramente por reproducido, cuyas conclusiones son del siguiente tenor:

1ª.- Don A.C.C. presenta actualmente un cuadro clínico residual tras agravamiento progresivo, de Demencia fronto-temporal y afectación cerebelosa de años de evolución, con empeoramiento clínico progresivo de los trastornos cognitivos (afectación muy severa de la memoria episódica, déficit de funciones atencionales, desorientación en tiempo y espacio, lenguaje espontáneo escaso y repetitivo, aparición de para-respuestas y fabulaciones y dificultad en la organización, planificación y secuenciación) y sobre todo conductuales (agresividad si se le contradice, conducta motora aberrante en riesgo para sí mismo o para terceras personas, apatía, conducta obsesiva y trastorno de la conducta alimentaria, delirios de perjuicio, síntomas ansioso-depresivos, verbalización reiterada de ideas de autolisis y pérdida del sentido de su vida) y la persistencia de los episodios comiciales a pesar del tratamiento.

2ª.- Que dicha patología es progresiva e incurable (en la actualidad no se dispone de tratamiento curativo de estos procesos).

3ª.- Que presenta unas secuelas que comprometen notablemente las actividades de la vida diaria de auto-mantenimiento (es de destacar la falta de iniciativa en el mantenimiento de la salud, la alimentación adecuada, el manejo de dinero y la elección de ropa o la administración de los tratamientos) y productivas (tareas del hogar y relación con la comunidad) y de forma severa la actividad laboral, al interferir en cualquier área del comportamiento e imposibilitaría funcionalmente para asumir cualquier tarea en condiciones de eficacia, rendimiento y dedicación que pudieran ser mínimamente valorables en el mercado del trabajo".

En principio, la situación del demandante que puede utilizarse para resolver va hasta la que presente en la fecha del juicio (que es la recogida en el transcrito HP Quinto), si bien es cierto que ello es discutible en casos, como el presente, de transcurso de más de dos años desde la resolución impugnada y la celebración del juicio, en particular por la retroacción de los efectos económicos, que la propia sentencia indica en el Fundamento Cuarto sería la de 5-2-13 (ésta es la del Dictamen Propuesta del EVI). Sin embargo, aunque nos atuviéramos a aquella fecha y a las inmediatas posteriores de las Resoluciones del INSS y próximas posteriores, hemos de partir del nuevo Hecho Probado Sexto y de él resulta que por el déficit severo de memoria, que ya se daba entonces, no era capaz de recordar adecuadamente y con garantías las cosas que debía realizar, de donde resulta que ni podría acudir al trabajo ni realizar una tarea por sencilla que fuera precisamente por las consecuencias que le producía ya entonces ese déficit severo de memoria, lo que revela que no podía hacer trabajo alguno en las condiciones de profesionalidad, aprovechamiento y poder cumplir las exigencias mínimas de continuidad, dedicación y eficacia que todo trabajo comporta .

En consecuencia, el recurso debe ser estimado y con revocación de la sentencia, estimar la demanda.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por D. A.C.C. contra la sentencia de fecha 8 de julio de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Alicante, en autos 464/13 sobre (INCAPACIDAD PERMANTE), siendo parte recurrida el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, revocamos la referida Sentencia; declaramos que el demandante se encuentra en situación de Incapacidad Permanente Absoluta para todo trabajo por Enfermedad Común y con derecho a la correspondiente pensión vitalicia en porcentaje del 100% de una base reguladora de 798,87 euros mensuales y con efectos económicos de 5-2-2013, con más los incrementos y revalorizaciones que en su caso procedan y condenamos al INSS a que se la abone.

2277

Sentencia núm. 2.093, de 12 de septiembre de 2017

Materia: Tutela de los derechos fundamentales y de libertad sindical. El trabajador afectado es secretario de organización de sindicato. El actor solicita liberación sindical por campaña de elecciones sindicales. Crédito horario sindical. Ampliación del crédito horario sindical de las organizaciones sindicales. Afectación a todo el territorio nacional. Competencia funcional.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra. Desestima la vulneración de derechos recogidos en la instancia.

Sala: Declara la falta de competencia funcional del juzgado de lo social de Alicante para conocer de la demanda y sin entrar en el fondo del asunto declara la nulidad de las actuaciones. Corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional conocer de la pretensión ejercitada.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Seis de los de Alicante que desestima la demanda en materia de tutela de libertad sindical y no discriminación frente a la empresa Sociedad Estatal de Correos y Telégrafos, S.A. interponen recurso de suplicación los demandantes, D. P.C.C., Secretario de Organización del Sindicato S.P. y el propio Sindicato (SPP).

El indicado recurso consta de nueve motivos, los siete primeros se introducen por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), mientras que los dos últimos se incardinan en el apartado c del referido precepto y contienen la censura jurídica de la resolución recurrida. Ahora bien, antes de entrar a resolver, en su caso, dicho recurso, procede examinar de oficio la competencia del juzgado de lo social para conocer de la pretensión planteada por cuanto que dicha competencia condiciona a su vez la competencia de la Sala para resolver el recurso, siendo esta una materia de orden público procesal y, por lo tanto, sustraída a la disponibilidad de las partes.

Si acudimos al suplico de la demanda en el mismo se contienen hasta cuatro peticiones que se concretan en "que se dicte sentencia para que:

1. Se declare que la concesión de crédito horario correspondiente a las elecciones sindicales del año 2015 por el que se liberó totalmente o/y parcialmente miembros de sindicatos con representación en Correos en la provincia de Alicante constituye una vulneración del derecho de libertad sindical consagrado en el artículo 28.1 de la Constitución Española y una discriminación para el sindicato S.P., prohibida por el artículo 14 de la Constitución.

2. Se declare la nulidad radical de la liberalidad de la empresa Correos por el que se establezcan diferencias de trato en el ejercicio del crédito horario sindical en función de criterios distintos a los fijados normativamente, así como el cese inmediato de esa conducta y el restablecimiento de la situación inmediatamente precedente.

3. Se condene a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones.

4. Y, condene a la empresa Correos en concepto de daños morales a abonar al SINDICATO S.P. una indemnización en la cuantía de 50.000 euros.”

Dicho suplico hay que ponerlo en relación con el certificado del Subdirector de Relaciones Laborales de la Dirección de Recursos Humanos de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A. de fecha 3-5-2016 en el que se recoge: “Que con el fin de facilitar y fomentar la participación en el proceso electoral sindical celebrado en 2015, como ya sucediera en las Elecciones Sindicales de 2011, la empresa, en un acto unilateral realizado en el ámbito de liberalidad de la misma, decidió para el buen desarrollo del proceso electoral ampliar el crédito horario para todos los sindicatos con representación en la empresa de forma estrictamente proporcional a la representación, en esos momentos, de cada organización sindical en el ámbito funcional como laboral, distribuyendo con esos criterios de proporcionalidad un total de 12.756 horas entre los sindicatos con representación en la empresa durante las fechas de la campaña electoral sindical.”

Como es fácil de constatar la ampliación del crédito horario de las organizaciones sindicales acordado unilateralmente por la empresa demandada para el proceso electoral sindical de 2015 y que se combate por los actores en el presente proceso al considerar que incide en vulneración de la tutela de libertad sindical de los demandantes así como en conculcación del principio de no discriminación, afecta no solo a los centros de trabajo de la demandada en la provincia de Alicante, sino prácticamente a todos los existentes en el territorio nacional a los que se extendió sus efectos la indicada medida por lo que este es el ámbito en el que despliega sus efectos la acción ejercitada y a los que habrá que atender para fijar la competencia funcional. Es cierto que en el primer apartado del suplico los actores parece que ciñen su impugnación a la ampliación del crédito horario de los miembros de sindicatos con representación en Correos en la provincia de Alicante, pero dicha ampliación es inescindible de la que se llevó a cabo en el resto del territorio nacional. De hecho así lo corrobora el segundo apartado del suplico en el que se insta que se declare la nulidad radical de la liberalidad de la empresa Correos en cuanto a la ampliación del crédito horario sindical en las elecciones sindicales del año 2015, sin precisar ya que dicha nulidad se refiere solo a la ampliación del crédito horario sindical que se llevó a cabo en la provincia de Alicante, lo que por lo demás sería una delimitación artificial del ámbito del proceso porque es una sola decisión empresarial la que se está impugnando como vulneradora del derecho de libertad sindical y del principio de no discriminación y dicha decisión empresarial afectó a todos los centros de trabajo de la demandada con representación sindical. Y, por lo tanto, a todo el territorio nacional, de modo que la nulidad pretendida no ciñe sus efectos a la provincia de Alicante sino a todas las comunidades autónomas, lo que determina que la competencia para el conocimiento de la demanda origen de autos corresponda a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y no a los Juzgados de lo Social de Alicante y ello en aplicación de lo establecido en el art. 8.1, párrafo primero de la LJS en relación con el art. 2.f del mismo texto legal.

Al no ser competente el juzgado de lo social para conocer de la pretensión ejercitada procede, sin entrar a resolver el recurso, declarar la nulidad de actuaciones desde la admisión a trámite de la demanda, con remisión a la parte actora a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional por ser la competente para conocer de aquella.

FALLO

Declaramos de oficio la falta de competencia funcional del Juzgado de lo Social nº Seis de los de Alicante para conocer de la demanda origen de autos y sin entrar a resolver el recurso de suplicación entablado por D. Pere Canto Casanova y el Sindicato Solidaridad Postal, se declara la nulidad de actuaciones desde el momento inmediatamente anterior a la admisión a trámite de la demanda al no ser competente dicho Juzgado para conocer de la misma, con la advertencia a los demandantes de que la competencia para conocer de la indicada demanda corresponde a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional.

Sin costas.

2278

Sentencia núm. 2.135, de 12 de septiembre de 2017

Materia: Sanción. Trabajador que presta sus servicios como oficial de primera en empresa demandada. A la relación laboral le resulta de aplicación el convenio colectivo del sector de la industria del metal de la provincia de Valencia. El actor es representante de los trabajadores. Comisión de falta muy grave por parte del trabajador imponiéndole la sanción de amonestación por escrito. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Estimación.

Juzgado: Desestima la demanda confirmando la sanción impuesta por la empresa. El actor ha incurrido en una falta muy grave ajustándose a derecho la sanción impuesta. No existe una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La conducta imputada al trabajador consistente en fraude, deslealtad o abuso de confianza es merecedora de la sanción, sin que pueda atenderse a la invocación de indefensión del recurrente.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ana Sancho Aranzasti.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Dictada sentencia el 17 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Social número 11 de Valencia por la que se desestimaba la demanda interpuesta por D. L.O.A., confirmando la sanción impuesta al trabajador por su empleadora, R.I. S.L, recurre en suplicación el demandante, impugnando el recurso la empresa demandada.

SEGUNDO.- En un primer motivo de recurso, redactado al amparo del apartado b) del art. 193 LRJS, se pide la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia, y en concreto que se elimine en su totalidad la redacción del ordinal quinto de la recurrida.

Dicha eliminación la sustenta el recurrente en su desacuerdo con la reproducción de los documentos obrantes en autos que recogen el expediente instruido al trabajador por la empresa y en el que se practicaron dos pruebas testificales de dos trabajadores que la Juez de instancia recoge en el hecho probado que se pretende eliminar.

Sostiene el Sr. O. que dichos testigos no comparecieron al acto de juicio, de manera que se ha otorgado validez a dicha testifical como si de un atestado policial se tratara, lo que ha producido indefensión al recurrente. Al margen de todo ello, sostiene que la demandada no ha especificado las máquinas dañadas o destruidas, tampoco las horas de trabajo empeñadas para la reparación de las mismas ni el gasto de 1.373,84 euros para la adquisición de nuevo material, insistiendo en la falta de prueba de los hechos que acrediten la conducta del trabajador merecedora de sanción.

La petición articulada por el recurrente debe ser desestimada. Conforme a reiterada doctrina, "la mera alegación de prueba negativa -inexistencia de prueba que avale la afirmación judicial- no puede fundar la denuncia de un error de hecho (así, SSTS 23/11/93 -rco 1780/91; 21/06/94 -rcud 3210/93, 11/11/09 -rco 38/08, 26/05/09 -rco 108/08 y 06/03/12 -rco 11/11)" (SSTS/IV 23-abril-2012 -rco 52/2011, 26-julio-2013 -rco

4/2013, 9-diciembre-2013 -rcó 71/2013, 19-diciembre-2013 -rcó 8/2010), pues “el amparo negativo de prueba constituye inaceptable técnica revisoria (STS 23/11/93 -rcó 1780/91- ... 20/09/05 -rec. 163/04-; 11/11/09 -rcó 38/08-; 26/05/09 -rcó 108/08-; y 06/03/12 -rcó 11/11-).

Por lo demás, lo que en realidad muestra el recurrente a través de la argumentación expresada en el motivo revisorio es su disconformidad con la valoración de la prueba practicada por la Juez a quo, pretendiendo que esta Sala llegue a una conclusión contraria a la alcanzada en la instancia, coincidiendo con la tesis expresada de inexistencia de prueba que avale una sanción por infracción muy grave.

Y en palabras de la Sala Cuarta, “debe descartarse la revisión cuando implica una premisa jurídica que es contraria a la mantenida por la Sala de instancia. Es inadmisibles la nueva valoración de la prueba, porque con esta forma de articular la pretensión revisoria la parte actúa como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación, y olvidando también que en el proceso laboral la valoración de la prueba en toda su amplitud únicamente viene atribuida por la Ley al juzgador de instancia [en este caso a la Sala “a quo”], por ser quien ha tenido plena intermediación en su práctica (SSTS 21/10/10 -rcó 198/09-; 14/04/11 -rcó 164/10-; 07/10/11 -rcud 190/10 -; 25/01/12 -rcó 30/11-; y 06/03/12 -rcó 11/11-) >>.

TERCERO.- Por el cauce procesal del art. 193 c) LRJS, se denuncia la infracción del art. 217 LEC en relación con el art. 114.3 LRJS, dado que en base a dichos preceptos correspondía a la demandada probar los hechos imputados en la carta de sanción. Infracción que la demandada no ha acreditado, dado que no se ha valido de los medios probatorios oportunos que la LRJS le facultaba para practicar en el acto de juicio.

Y así, reitera que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente, dado que aceptada por el Juzgador la “prueba testifical” practicada en el expediente contradictorio, dicha aceptación no es conforme a derecho, quebrantándose las garantías de prueba testifical en el acto de juicio.

Insiste en que la empresa no ha conseguido acreditar ni el supuesto daño producido, ni el gasto de material desembolsado, ni la necesaria dedicación de ocho horas de trabajo para reparar aquéllos. Y muestra su disconformidad con que la empresa pueda practicar una prueba testifical en sus dependencias y sin control judicial que luego pueda servir de base para justificar la imposición de una sanción.

Por todo ello concluye que la conducta imputada al actor consistente en fraude, deslealtad o abuso de confianza en las gestiones es arbitraria y desproporcionada, no siendo conforme a derecho.

Son varias las razones que conducen a la Sala a confirmar la resolución de instancia. En primer lugar, el recurrente sustenta la infracción jurídica cometida por la Juez de instancia en normas puramente procesales, obviando que el art. 193 c) LRJS, exige la invocación de normas sustantivas o materiales.

En segundo lugar, porque no alcanzamos a entender la invocación de indefensión que postula el recurrente. El Tribunal Constitucional ha reiterado, en relación con el derecho fundamental a no padecer indefensión (art. 24.1 CE), por un lado, “que la indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales; y, por otro, que para que la indefensión alcance la

dimensión constitucional que le atribuye el art. 24.1 CE, se requiere que los órganos judiciales hayan impedido u obstaculizado en el proceso el derecho de las partes a ejercitar su facultad de alegar y justificar sus pretensiones, esto es, que la indefensión sea causada por la incorrecta actuación del órgano jurisdiccional (por todas, STC 12/2011, de 28 de febrero, FJ 3, reiterando doctrina de SSTC 109/1985, de 8 de octubre, FJ 3;116/1995, de 17 de julio, FJ 3;107/1999, de 14 de junio, FJ 5;114/2000, de 5 de mayo, FJ 2;237/2001, de 18 de diciembre, FJ 5, STC 62/2009, FJ 4”).

Ninguna de ambas premisas se da en el caso que examinamos. El actor conocía de antemano el expediente contradictorio que se había practicado en la empresa, y tuvo en todo caso la posibilidad de aportar y practicar cuantas pruebas le fueran precisas para desvirtuar el contenido del mismo, incluido el de las testificales practicadas a dos trabajadores de la empresa, frente a las que especialmente reitera su disconformidad.

En tercer lugar, respecto a la imposibilidad de practicar prueba testifical en sede del expediente disciplinario iniciado por la empresa, nada impide que a instancias del instructor puedan llevarse a cabo cuantas averiguaciones resulten tendentes a determinar los hechos que finalmente serán o no sancionados. Ello no quiere decir, como parece desprenderse de las afirmaciones del recurrente, que dicha práctica sustituya la prueba testifical que pueda llevarse a cabo en el plenario, pues no es así, insistiendo en que ambas partes pueden llevar a término cuantos medios de prueba de los admitidos en derecho puedan acreditar sus pretensiones.

Cuestión distinta es que el recurrente no se muestre conforme con la credibilidad otorgada por la juez al testimonio de los trabajadores que depusieron en el seno del citado expediente, testimonio documentado que junto con el resto de material probatorio, ha sido examinado por la Juez de instancia.

Y por último, respecto a la insistencia en la falta de prueba de los hechos sancionados se ha de recordar que “el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala “a quo”) por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. Y como consecuencia de ello se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes” (SSTS 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010) y otras muchas).

Ha resultado acreditado que el actor procedió a destruir y tirar útiles de la empresa sin que hubiera recibido órdenes de su empleadora en tal sentido, llegando a reconocer a un trabajador de la empresa D. F.F. que así había sido. Tal conducta, fue reiterada igualmente por dos trabajadores más.

Constatados tales hechos, no cabe sino confirmar la resolución de instancia, pues la conducta descrita encaja plenamente en la falta consistente en el fraude, deslealtad, o abuso de confianza en las gestiones encomendadas, confirmándose la sanción de amonestación por escrito que le fue impuesta al Sr. O.

CUARTO.- No procede la imposición de costas, al gozar el recurrente del beneficio de justicia gratuita.

En virtud de lo expuesto,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de D. L.O.A. frente a la sentencia dictada el 17 de enero de 2017 por el Juzgado de lo Social número 11 de Valencia, en autos número 769/2015 seguidos a instancia del precitado recurrente frente a R.I. S.L; y en consecuencia, confirmamos íntegramente la resolución recurrida. Sin imposición de costas.

2279

Sentencia núm. 2.148, de 19 de septiembre de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Trabajadora que presta sus servicios como docente en colegio concertado al servicio de la Generalitat. La parte actora reclama determinada cantidad en concepto de paga extraordinaria de antigüedad más recargo de intereses. Aplicación art. 29.3 del ET. Procedencia del recargo por mora. Doctrina jurisprudencial.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda condenando al organismo demandado a abonar al actor determinada cantidad. Desestima el recargo por mora.

Sala: Estima el recurso reconociendo el derecho de intereses por mora por inaplicación del art. 29.3 del E.T. en relación con los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil. Declara el derecho del actor a percibir el 10% de interés anual por mora.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De un solo motivo se compone el recurso de suplicación interpuesto por la representación técnica del demandante contra la sentencia del juzgado que estima parcialmente la demanda y condena a la Administración autonómica a abonar al actor la paga de antigüedad en la cuantía no controvertida de 12.224,45 €, denegando el devengo de intereses.

Dicho motivo que se introduce por el apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS), no ha sido impugnado de contrario, como se expuso en los antecedentes de hecho y en él se impugna la desestimación de los intereses por mora que lleva a cabo la resolución recurrida a la que se imputa la infracción, por inaplicación del artículo 29.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en relación con los artículos 1.100, 1.101 y 1.108 del Código Civil, así como del art. 62 del Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos.

Aduce la representación técnica del demandante que de las adendas al documento sobre implantación educativa de los centros concertados de la Comunidad Valenciana no se desprende ningún calendario de pago o plazo establecido para el cumplimiento del pago de la paga por antigüedad, sino una intención de pago del derecho previsto en el Convenio y que según una reiterada doctrina jurisprudencial el recargo por mora es procedente cuando la realidad y cuantía de los salarios dejados de percibir consten de un modo pacífico e incontrovertido, es decir, cuando se trate de una cantidad exigible, vencida y líquida y en el presente caso la deuda no solo no fue discutida sino reconocida expresamente por la demandada.

El motivo ahora examinado ha de merecer favorable acogida de acuerdo con la última jurisprudencia de nuestro Alto Tribunal y que ya ha sido aplicada por esta Sala en sentencias precedentes recaídas en supuestos similares, por no decir idénticos, al ahora examinado, así son de destacar, entre otras, las sentencias de esta Sala recaídas en los recursos de suplicación nº 2277/2014, 1791/2015 y 863/2016 y que se hacen eco de la doctrina establecida por la sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2014 (ROJ: STS 2785/2014), Recurso: 1315/2013, al hablar del tema del recargo por mora y que manifiesta en sus fundamentos de derecho, lo siguiente: *“TERCERO.- La doctrina tradicional de la Sala en torno al art. 29.2 ET.-*

El criterio que tradicionalmente ha mantenido la Sala IV, conjugando lo que disponen los arts. 1100 , 1101 y 1108 CC , siempre ha sido -efectivamente- que el recargo por mora al que se refiere el art. 29.3 ET únicamente cabe imponerlo cuando la realidad e importe de la retribución no satisfecha fuesen pacíficamente admitidos por las partes, esto es, cuando se trate de cantidades exigibles, vencidas y líquidas, sin que la procedencia o improcedencia de un abono se discuta por los litigantes, pues «cuando lo reclamado como principal es problemático y controvertido, queda excluida la mora en que podrían encontrar causa dichos intereses» [así, entre las que más recientemente habían tratado el tema, las SSTS 07/05/04 Ar. 4506; 27/09/04 Ar. 6329; 15/03/05 -rec. 4460/03; y 17/11/05 -rec. 290/05 -], por lo que ha de reconocerse sólo si la sentencia estima totalmente la reclamación salarial, pero no cuando -contrariamente- la estimación de la demanda es tan sólo parcial (así, STS 01/04/96 Ar. 2974; y ATS 10/06/02 Ar. 7801).

CUARTO.- Moderna postura en torno a los intereses de mora.-

1.- Pero esta doctrina, expresamente basada en criterios igualmente tradicionales de la Sala Primera en interpretación de los referidos preceptos del Código Civil, muy recientemente ha sido influenciada por planteamientos innovadores de la misma jurisprudencia civil, expresiva de que si «se pretende conceder al acreedor a quien se debe una cantidad una protección judicial completa de sus derechos, no basta con entregar aquello que, en su día, se le adeudaba, sino también lo que, en el momento en que se le entrega ..., porque si las cosas, incluso fungibles y dinerarias, son susceptibles de producir frutos -léase frutos civiles o intereses- no parece justo que los produzcan en favor de quien debió entregarlas ya con anterioridad a su verdadero dueño, es decir, al acreedor», y ésta es una conclusión apoyada por la «existencia de diversidad de grados de indeterminación de las deudas» y «la comprobación empírica de que los ... criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada», pero sobre todo por la consideración [STS I 19/02/04 -rec. 941/98 -] de que «la sentencia no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que, con anterioridad a la resolución judicial, ya pertenecía y debía haberle sido atribuida al acreedor, y así, la completa satisfacción de los derechos del acreedor exige que se le abonen los intereses de tal suma, aún cuando fuese menor de la por él reclamada, desde el momento en que se procedió a su exigencia judicial» (así, la STS I 09/02/07 -rec. 4820/99-, en línea con sus precedentes de 31/05/06 Ar. 3323, 20/12/05 Ar. 286 , 30/11/05 Ar. 2006\79, 03/06/05 - rec. 4719/98-, 15/04/05 Ar. 3242 y 05/04/05 -rec. 4206/98-, que rechazan todo automatismo en la aplicación del brocardo «in illiquidis non fit mora ».

2.- Tal moderno planteamiento de la Sala Primera ha sido también acogido por esta Sala IV, en diversas resoluciones. Así, en materia de daños y perjuicios derivados de AT, y refiriéndose al art. 1108 CC [STS 30/01/08 -rcud 414/07 - FJ 7.1]; también en el caso de mejora voluntaria de IT y con idéntica aplicación del interés previsto en el art. 1108 CC [STS 10/11/10 -rcud 3693/09 - FJ 4.2]; e igualmente en el supuesto de indemnización por despido, con idéntica limitación a los intereses del art. 1108 CC [STS 23/01/13 -rcud 1119/12 - FJ 2]. Y en justificación ello afirmábamos en estas últimas decisiones que «... esta flexibilidad aplicativa de la máxima tradicional, todavía con mayor rotundidad ha de tenerse en cuenta en el campo del Derecho del Trabajo, terreno en el que los principios sociales han de imperar todavía con más fuerza que en el Derecho Civil [lo que justificaría interpretaciones «matizadas» respecto de las que hubiera llevado a cabo la propia jurisdicción civil, aun a pesar de ser ésta la genuina intérprete de las disposiciones del Código], sino que los intereses en juego -afectantes a valores de singular trascendencia-

imponen una interpretación pro operario, contraria al tradicional favor debitoris que informa la práctica civil. Y estas singularidades de nuestro Ordenamiento laboral justifican plenamente que en el ámbito de esta jurisdicción social, la interpretación de los arts. 1101 y 1108 CC atienda -incluso- a un mayor automatismo que el orden civil, de manera que la regla general en la materia ha de ser -supuestos exorbitantes aparte- la de que las deudas en favor del trabajador generan intereses a favor de éstos desde la interpelación judicial». Y con mayor motivo cuando con el interés de demora «no trata de conservar el valor nominal consignado en la resolución judicial [STC 114/1992, de 14/septiembre], sino de indemnizar al acreedor impagado el lucro cesante, dándole lo que hubiera podido obtener en circunstancias normales de la cantidad líquida que se le adeuda» [STC 206/1993, de 22/junio]" (citada STS SG 30/01/08 -rcud 414/07 - FJ 7.1).

3.- También hemos de señalar que en un concreto supuesto ya se extendió la doctrina -aplicación objetiva- de los intereses previstos en art. 1108 CC a los de demora contemplados en el art. 29.3 ET , tratándose -como es lógico- de estricta deuda salarial [STS 29/06/12 -rcud 3739/11 - FJ 3.2]; y que con posterioridad, también en materia retributiva, se recordó nuevamente la moderna y flexible orientación ofrecida por la Sala Primera sobre la regla «in illiquidis», siquiera en el caso se justificó finalmente el abono del interés estatutario por considerar que no había sido razonable de la oposición del empresario, admitiendo la deuda pero alegando la prescripción -judicialmente rechazada- (STS 08/02/10 -rcud 4353/08 -). Pero a la par hemos de reconocer que se excluyen los intereses estatutarios por la vía -más bien tradicional- de argumentar el «tortuoso» camino -conflicto colectivo- que llevó al reconocimiento del plus [STS 29/04/13 -rcud 2554/12 -, FJ 3]; y a la misma solución se llegó igualmente en materia de horas extraordinarias en el sector de seguridad, por la «enorme litigiosidad» producida en cuestión tan «esencialmente controvertida» y determinante de dos sucesivos Conflictos Colectivos (STS 18/06/13 -rcud 2741/12 -).

QUINTO.-Clarificación de la actual posición de la Sala.-

A la vista de todo ello, singularmente las divergencias -más aparentes que reales- entre las sentencias que se han citado más arriba-, parece imprescindible aclarar la no tan rectilínea doctrina de la Sala. En el sentido de que:

a).- No cabe duda que el interés referido por el art. 1108 CC tiene una naturaleza claramente indemnizatoria, lo que se pone de manifiesto en el hecho de que su importe se limite al legal del dinero, garantizando así la cuando menos legal -ya que no real- «actualización» del débito que haya de satisfacerse, fuese o no discutible su posible devengo.

Por el contrario, aparentemente, en el contexto económico actual - escasamente inflacionario y próximo a la deflación-, el interés fijado por el art. 29.3 ET [diez por ciento de lo adeudado] parece que apunta más directamente -o de forma complementaria- a una finalidad sancionadora para el empresario incumplidor. Pero lo cierto es que a la fecha en que el primitivo Estatuto de los Trabajadores fue promulgado, con el mismo texto que el vigente a fecha de hoy, los datos oficiales proclamaron una inflación considerablemente más alta [15,592 para 1979; y 15,213 % para 1980], aunque el interés legal del dinero fuese en las mismas fechas bastante menor [4%], lo que excluye que en el ánimo del legislador pudiera haber influido aquella intención «sancionadora», sino más bien ofrecer una cierta seguridad jurídica y una compensación por demora que superase la civil.

Es más, a esta interpretación llevan los trabajos parlamentarios, pues si bien el Proyecto de Ley era una simple remisión al régimen del Código Civil [«El interés por mora en el pago del salario será el exigible en las obligaciones civiles»], el texto

ofrecido por el dictamen de la Comisión -con mejora de los derechos de los trabajadores, al decir de la enmienda 21 de CD- ya hacía referencia a que en caso de mora en el pago del salario «el empresario deberá indemnizar al trabajador» en la cantidad que se fijase en convenio colectivo o en su caso la jurisdicción competente, «que tendrá en cuenta el importe de la remuneración, cargas familiares y causas que hubieran motivado el retraso». Pero lo cierto es que el texto definitivamente aprobado -tras la enmienda 509 del PCE- fue la de establecer la cantidad fija del diez por ciento de lo adeudado, que es la consecuencia que en la actualidad sigue vigente.

b).- Por ello, de igual modo nuestra más reciente doctrina se inclina por la aplicación flexible del interés «indemnizatorio» del Código Civil como regla general en toda clase de deudas laborales, de manera tal que el mismo se devengue siempre desde la reclamación del débito, cualquiera que éste sea y siempre que haya prosperado [bien en todo o bien en parte], en la misma forma la convicción actual de la Sala es que tratándose de concretas deudas salariales la solución ofrecida por el legislador -ex art. 29.3 ET - ha de operar también de forma objetiva, sin tener en cuenta ni la posible razonabilidad de la oposición empresarial a su pago, ni que en los concretos periodos económicos esa cifra -diez por ciento- sea superior o inferior a la inflación. Y ello es así -consideramos-, tanto porque el mandato legal se expresa de forma imperativa y sin condicionamiento alguno [«El interés por mora en el pago del salario será el diez por ciento de lo adeudado»]; cuanto por el importante elemento interpretativo -ya aludido- que significan los trabajos parlamentarios previos «para desentrañar el alcance y sentido de las normas» [SSTC 108/1986, de 29/Julio, FJ 13 ; 109/1998, de 29/Mayo, FJ 2 ; 15/2000, de 20/Enero, FJ 7 ; y 90/2009, de 20/Abril , FJ 6], en los que claramente se pone de manifiesto -en este sentido, la Enmienda 21, de CD- la intención de mejorar para los trabajadores el régimen civil común de la mora en el incumplimiento de las obligaciones, que contemplaba un interés legal más bajo que la inflación y que además se aplicaba con todas las limitaciones que ofrecía la interpretación tradicional de la regla «in illiquidis»; y muy probablemente se hizo así por atender a los valores en juego -la relevancia vital que el salario tiene para el trabajador- y por considerar que no sólo era aconsejable ofrecer seguridad jurídica, sino de alguna manera limitar controversias que pudieran comprometer el sustento del empleado.”

La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta conlleva, como ya se adelantó, la estimación del motivo examinado y la revocación de la sentencia de instancia en cuanto a la desestimación del recargo por mora, por lo que dado el carácter salarial de la paga extraordinaria por antigüedad devengada por el actor, la misma generará el 10% de interés anual por mora previsto en el art. 29.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. M.R.B., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n. Cinco de los de Alicante y su provincia, de fecha 15 de septiembre de 2016, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente contra la Conselleria de Educación y Cultura de la Generalitat Valenciana y, en consecuencia, revocamos la resolución recurrida en el sentido de declarar el derecho del actor a percibir el 10% de interés anual por mora respecto a la cantidad devengada en concepto de paga extraordinaria por antigüedad, condenando a la Conselleria de Educación de la Generalitat Valenciana al abono de dicho interés, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la resolución recurrida.

2280

Sentencia núm. 2.192, de 19 de septiembre de 2017

Materia: Pensión de jubilación. Trabajador afiliado al RGSS que ha prestado sus servicios como arquitecto en ayuntamiento codemandado con contratos administrativos de servicios. Por sentencia, se declara la relación laboral del actor. Falta de abono cuotas empresariales. El actor solicita el reconocimiento de pensión de jubilación el cual le es denegado por no reunir a la fecha del hecho causante los días necesarios.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda reconociendo al actor el derecho a percibir la pensión de jubilación con determinada base reguladora y declarando la responsabilidad del ayuntamiento codemandado por determinado porcentaje con los límites reglamentarios correspondientes, pudiendo el organismo codemandado, dado su obligación de anticipo de la prestación, repercutir su importe frente a éste.

Sala: Desestima el recurso del ayuntamiento codemandado y estima en parte el recurso del INSS, declarando al ayuntamiento responsable de la diferencia entre la base reguladora y del porcentaje, sin perjuicio del anticipo del INSS. Mantiene en el resto el fallo de la sentencia. Condena en costas al ayuntamiento.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de suplicación tanto por la representación letrada del Ayuntamiento de C., así como por la Letrada de la Administración de la Seguridad Social en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social, contra la sentencia que estimando en parte la demanda interpuesta por D. F.J.A.V., reconoce el derecho del actor a percibir la pensión de jubilación con una base reguladora de 2.005,06€, porcentaje 80,78%, condenando a los demandados a estar y pasar por tal pronunciamiento y al INSS a su abono en forma legal, con efectos al 21-12-13, declarando la responsabilidad del AYUNTAMIENTO DE C. por el porcentaje del 20,51%, con los límites reglamentarios correspondientes, pudiendo el INSS, dado su obligación de anticipo de la prestación, repercutir su importe frente a este.

1. El primer motivo del recurso de ambos recurrentes se redacta al amparo del art. 193-b) de la Ley General de la Seguridad Social. El Ayuntamiento recurrente interesa que se adicione el siguiente hecho probado, "D. F.A.V., prestó servicios para el Ayuntamiento de C., como Arquitecto, mediante Contratos Administrativos de Servicios, desde el año 2006, cuyas cláusulas Décimo Octava, 3, establecían como obligaciones del contratista el cumplimiento de las disposiciones vigentes en materia laboral, seguridad social y demás disposiciones normativas aplicables", en base al documento nº1-folio 10 y documento nº 2-folio 21 de su ramo de prueba.

La adición postulada carece de trascendencia una vez consta en el hecho probado segundo que por Sentencia firme de esta Sala de 3-7-13, rec. 1208/13, que se entiende íntegramente por reproducida, se declara la existencia de relación laboral entre el actor y el Ayuntamiento recurrente, y la improcedencia de su despido de 2-5-12.

2. El INSS interesa la revisión del hecho probado sexto, a fin de que en su párrafo primero donde dice que la base reguladora sería de 779,21, debe decir de "779,51", y en el párrafo tercero, donde dice "(que incluye el 6%, por la demora en la

edad de jubilación)", diga, "(+ 6% de demora, por el periodo no cotizado después de cumplir 65 años)", en base a los folios 1 2 del expediente.

Se accede a la revisión por así constar en el expediente administrativo, y en el hecho probado quinto.

SEGUNDO.- 1. Los motivos segundo y tercero del recurso del Ayuntamiento de C. se redactan al amparo del art. 193-c) de la LRJS. En el segundo motivo, denuncia la infracción del art. 126 de la Ley General de la Seguridad Social, en relación con los artículos 94, 95 y 96 de la Ley de Seguridad Social de 21-4-66. Sostiene el recurrente, con cita de STS de 1-6-92 y de 29-5-97, que el desplazamiento de la responsabilidad no debe producirse cuando los descubiertos son ocasionales o esporádicos y de corta duración, y que la voluntad del incumplimiento empresarial debe ser nítida y persistente y no provenga de un error jurídico excusable, que el actor tenían suscrito contrato administrativo correspondiendo al actor la obligación de cotizar, posteriormente fue declarado laboral en sentencia de 3-7-2013, por lo que la falta de cotización provenía de error jurídico excusable.

El motivo debe desestimarse pues el hecho de que la relación entre el actor y el Ayuntamiento recurrente se formalizase mediante la suscripción de contratos administrativos de servicios, hasta que por sentencia de 3-7-13 se declara que dicha relación es laboral, no supone error jurídico excusable de la responsabilidad empresarial por la falta de cotización al Régimen General durante la prestación de tales servicios por cuenta ajena.

3. En el tercer motivo, alega el recurrente que como era el actor quien como autónomo tenía obligación de cotizar, no existió voluntad incumplidora por parte del Ayuntamiento en la falta de afiliación ni cotización, con transcripción de sentencias de TSJ que no conforman jurisprudencia (art. 1.6 Código Civil), por lo que, dada la regularización habida una vez se declaró la existencia de relación laboral tras el dictado de la sentencia, debe exonerarse al recurrente de responsabilidad en el pago de la pensión de jubilación.

El motivo no puede prosperar, pues como se ha dicho estamos ante un supuesto en el que, tal como se estableció en la sentencia firme de esta Sala de 3-7-13, pese a la formalización de contratos administrativos de servicios, la relación entre las partes era laboral por concurrir las notas de dependencia y ajeneidad, lo que no puede conllevar que la falta de cotización por la empresa, ante la irregularidad de la contratación, se considere excusable, siendo que en el relato de hechos probados consta que: el 20-12-13 se dictó auto, aclarado el 23-1-14, de extinción de la relación laboral, el Ayuntamiento curso el alta del actor el 26-8-14 con efectos de 2-5-12, y la baja en la misma fecha y con efectos de 20-12-13, así como en el periodo 1-8-10 al 30-4-12. El Ayuntamiento el 29-8, 23 y 31-12, procedió a hacer efectivas las cotizaciones del periodo 1-8-10 al 20-12-13. El 29-1-15 se dictó Resolución por el Ayuntamiento en el que se acordaba proceder al abono de las cuotas empresariales de la SS por el concepto de salarios de tramitación. Lo que evidencia que las cuotas no abonadas influyeron en el periodo de carencia de la pensión solicitada el 30-1-2014.

TERCERO.- El segundo motivo del recurso del INSS se redacta al amparo de la letra c) del art. 193 de la LRJS, denunciando la infracción por la sentencia de lo dispuesto en el art. 126 de la LGSS de 1994, y art. 94, 95 y 96 de la LGSS de 1966, así como la jurisprudencia STS 22-7-02 (rec. 4499/01), 19-3-04 (rec. 2287/03), 19-11-05 (rec. 5352/04), 9-4-07 (rec. 143/06). Sostiene el recurrente que la falta de ingreso de las cuotas ha afectado a la carencia, a la base reguladora y al porcentaje, por lo que el Ayuntamiento debe responder de todas las diferencias, que el INSS solo responde subsidiariamente si el Ayuntamiento es condenado, pues no hay norma que le obligue a responder directa y principalmente, y el anticipo exige la previa

responsabilidad de una empresa (STS 17-3-06, rec. 832/05), que el hecho de que el Ayuntamiento haya abonado parte de las cotizaciones no le exime de responsabilidad pues lo ha hecho después del hecho causante (STS 25-6-03, rec. 3478/02). Por lo que, estando de acuerdo en la base reguladora de 2005,06 y en el porcentaje de 80,78%, solicita se condena al Ayuntamiento como responsable: a) petición principal: de la diferencia entre la base reguladora de 2005,06 y la de 779,51€ (1225,55€) y del porcentaje del 51,8% del 74,78% + un 6% integro por demora edad, o subsidiariamente, teniendo en cuenta lo cotizado por el Ayuntamiento de 1-8-10 a 20-12-13 con posterioridad al hecho causante: b) responsabilidad por la diferencia entre la base reguladora de 2005,06 y la de 1137,22€ (867,84€) y del porcentaje del 38,1% del 80,78%, sin perjuicio del anticipo del INSS.

Del relato fáctico se desprende que el Ayuntamiento, tras la sentencia que declara la relación laboral, ha cotizado las cuotas no prescritas, lo que no le exime de responsabilidad, constando en el hecho probado sexto que el porcentaje, en su caso, por el que debería de responder el Ayuntamiento, teniendo en cuenta el periodo cotizado 1-8-10 al 20-12-13, sería de 38,1% del 80,78%. Por lo que procede acceder a la petición subsidiaria.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto 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 del AYUNTAMIENTO DE C., y estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.11 de los de Valencia, de fecha 2-febrero-2016, en virtud de demanda presentada a instancia de F.J.A.V.; declaramos que el Ayuntamiento de C. es responsable de la diferencia entre la base reguladora de 2005,06 y la de 1137,22€ (867,84€) y del porcentaje del 38,1% del 80,78%, sin perjuicio del anticipo del INSS, manteniendo en el resto el fallo de la sentencia.

Se condena a la parte recurrente Ayuntamiento de C. a que abone a cada Letrado impugnante la cantidad de 400 euros.

2281

Sentencia núm. 2.223, de 25 de septiembre de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Incapacidad permanente total y subsidiariamente parcial para el ejercicio de profesión habitual. Trabajadora limpiadora afiliada al RGSS. La actora sufrió un accidente laboral mientras prestaba sus servicios para la empresa codemandada. La mencionada empresa tiene concertada la cobertura de riesgos profesionales con la mutua codemandada en la instancia.

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

Sala: Estima parcialmente el recurso declarando a la actora en situación de incapacidad permanente parcial para el ejercicio de su profesión habitual, condenando a todas las partes a pasar por esta declaración. Si bien sus lesiones no le incapacitan totalmente para el ejercicio de sus tareas habituales, las lesiones en su dedo producen una disminución en su rendimiento en el porcentaje exigido y una penosidad por el dolor probado. Se reconoce a la actora determinada indemnización a cargo a la mutua.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ascensión Olmeda Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante, D^a R.A.M.V., a la que, tras agotar la duración máxima de la IT y su prórroga, el INSS le reconoce Lesiones Permanentes No Invalidantes, la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda en solicitud de Incapacidad Permanente Total y, subsidiariamente, Parcial para su profesión habitual de Limpiadora por Accidente de Trabajo.

Articula el recurso a través de dos motivos: el primero, al amparo del apartado b) del artículo 193 de la LJS, para revisión de hechos probados y, el otro, al amparo del c), para el examen de las infracciones de normas sustantivas y doctrina jurisprudencial que indica y termina suplicando Sentencia por la que, con revocación de la recurrida, se le declare en situación de Incapacidad Permanente Total y, subsidiariamente, Parcial para su profesión habitual de Limpiadora por Accidente de Trabajo, con la correspondiente prestación.

Ha sido impugnado por la Mutua X., que tiene la cobertura, oponiéndose a todos los motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En revisión de hechos probados solicita:

1) Una adición al final de Hecho Probado Primero que diga “Entre sus tareas se incluyen: barrer, fregar suelos, limpiar puertas, ventanas, muebles, objetos de interior, lavar y encerar suelos, profesión que tiene requerimientos de carga física Grado 3 y en concreto de carga biomecánica en manos de grado 3, conforme a la guía de Valoración Profesional del INSS”. Se acepta por así resultar de forma directa, patente y clara de la referida Guía aportada como documento 55 (folios 238 a 244), en el que se apoya y es relevante en el sentido de permitir la variación del sentido del fallo, como luego se verá, sin que pueda acogerse la oposición de la Mutua a la adición bajo la alegación de innecesariedad por ser de conocimiento común y general las funciones de la profesión de limpiadora y venir también señaladas en el Convenio.

2) Una sustitución en el Hecho Probado Sexto de lo que ahora sigue a “8 cm” hasta el final, por el siguiente texto: “pérdida de movilidad del 3º dedo, dolor y fuerza en la mano izquierda con pinza ineficaz e imposibilidad de cerrar puño. Estas limitaciones funcionales limitan de manera importante para actividades que exijan manipulación, agarre y fuerza de objetos con la mano izquierda. Además, las tareas que impliquen sobrecarga biomecánica de la mano izquierda están contraindicadas por riesgo de agravamiento”. No se acepta porque se basa en los diferentes documentos que contienen informes médicos que indica y en su pericial y todos ellos, como se dice en el Fundamento Primero de la sentencia, ya han sido valorados por la Juzgadora en su conjunto con el resto de pruebas y con arreglo a la sana crítica, por lo que no resulta de los exclusivos apoyos de la revisión pretendida el error patente judicial preciso.

3) La adición de un nuevo Hecho Probado, como SEXTO BIS que diga “La actora fue despedida de la empresa S.I.L.N., SL en fecha 31.7.2014 -folios 225 a 227, encontrándose desde entonces desempleada -folio 228-. “Aun cuando efectivamente así resulta de los documentos invocados, no se acepta por irrelevante ya que el sólo dato del despido, sin precisar causa ni procedencia, no permite variar el sentido del fallo y el dato del desempleo es también irrelevante a tales efectos y dado que no se solicita ni procede, por razón de edad, el incremento del 20% o total cualificada.

TERCERO.- En el motivo relativo al examen del derecho aplicado, alega infracción de los artículos 136 y 137 de la LGSS, por no haberle reconocido la IPT ni la IPP.

El artículo 136 de la Ley General de la Seguridad Social dice que “es incapacidad permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral. No obstará a tal calificación la posibilidad de recuperación de la capacidad laboral del inválido, si dicha posibilidad se estima médicamente como incierta o a largo plazo..... no será necesaria el alta médica para la valoración de la incapacidad permanente en los casos en que concurran secuelas definitivas...” y el artículo 137 en su nº 1 establece los grados de la incapacidad permanente contemplando en el apartado a) el de parcial y en el b) el de total y el mismo precepto, pero en su redacción anterior a la Ley 24/97, que pervive por lo señalado en la Disposición Transitoria Quinta bis de la LGSS, hasta que se proceda al desarrollo reglamentario, los define, diciendo, en cuanto al grado de total en el nº 4, que “se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta” y diciendo, en cuanto al grado de parcial en el nº 3, que “ se entenderá por incapacidad permanente parcial para la profesión habitual la que, sin alcanzar el grado de total, ocasione al trabajador una disminución no inferior al 33 por 100 en su rendimiento normal para dicha profesión, sin impedirle la realización de las tareas fundamentales de la misma”.

Por tanto, han de concurrir los requisitos generales de la incapacidad permanente exigidos por el artículo 136 y después ha de partirse del cuadro de padecimientos y, en especial, de las limitaciones orgánicas y funcionales probadas y ponerlo en relación con la profesión habitual probada para valorar si aquel tiene la incidencia en ésta exigida por el artículo 137 para que se dé el grado de total, teniendo en cuenta que ha de ser valorada aquella inhabilitación atendiendo, no exclusivamente a la imposibilidad física, sino también a la aptitud para realizar aquellas funciones de la profesión habitual con un mínimo de capacidad o eficacia y

con su rendimiento económico aprovechable y teniendo igualmente en cuenta que el examen ha de ser individualizado; esto es, atendiendo a las circunstancias particulares de limitaciones y profesión de la persona de que se trate y, para la parcial, es preciso, como ocurre con el grado de total, poner en relación el cuadro de padecimientos acreditados como secuelas y, en especial, las limitaciones orgánicas y funcionales, con la profesión habitual, pero también la disminución en el rendimiento laboral para dicha profesión que ha de ser no inferior al 33% y que puede obtenerse teniendo en cuenta no sólo lo que objetivamente pueda rendir sino también la mayor peligrosidad o penosidad que el desempeño de su trabajo le suponga, siendo preciso igualmente el examen individualizado, ya que cuando se trata de determinar la existencia de un grado de incapacidad permanente no cabe generalizar la decisión y debe atenderse siempre a las particularidades del caso que ha de resolverse, respecto del que la cita de otros no pasa de ser meramente orientativa (STS de 19-1-89) y que su graduación requiere siempre la decisión sobre supuestos específicos e individualizados, a la que no puede llegarse si no es mediante la ponderación singularizada de padecimientos y las limitaciones que éstos generen en cuanto impedimentos reales con proyección sobre la capacidad de trabajo (STS de 30-1-89).

Pues bien, partiendo de los hechos probados con la adición aceptada, tenemos:

- Por un lado, que la demandante, nacida el 27-10-63 y zurda, como consecuencia de un Accidente de trabajo que sufrió el 6-3-13 con traumatismo directo del tercer dedo de la mano izquierda, inició al día siguiente Incapacidad Temporal, durante la cual fue tratada primero con inmovilización, tratamiento médico y rehabilitación y luego, diagnosticada de tendinitis tercer flexor mano izquierda, tras rehabilitación e infiltraciones y fallo del tratamiento conservador, fue intervenida quirúrgicamente el 16-6-14 con liberación de polea A2 del tercer dedo mano izquierda y sinovectomía local de flexores, a lo que siguieron treinta sesiones de rehabilitación, tras las que se consideró el proceso estabilizado y agotadas las posibilidades recuperatorias, procediendo a valorar las secuelas y durante todo ese tiempo permaneció en IT agotando la duración máxima, prórroga y demora de la calificación. Las secuelas que le han quedado son: presenta en el tercer dedo de mano izquierda MCF 60°, IFD 10°, IFP 30°, distancia dígito palmar 8cm, llega a hacer pinza, pero no es efectiva por dolor y pérdida de fuerza, fuerza de presión 3/5, resto de dedos con movilidad completa pero dolorosa. Secuelas de limitación para tareas de manipulación, fuerza y presión de objetos de mediano o pequeño tamaño en mano izquierda.

- Y, por otro lado, que su profesión es la de limpiadora, entre cuyas tareas se incluyen: barrer, fregar suelos, limpiar puertas, ventanas, muebles, objetos de interior, lavar y encerar suelos, profesión que tiene requerimientos de carga física Grado 3 y en concreto de carga biomecánica en manos de grado 3, conforme a la guía de Valoración Profesional del INSS.

Al ponerlas en relación, se estima con la sentencia recurrida que no tienen entidad suficiente para privarle de todas o de las fundamentales tareas, pero se discrepa de ella en cuanto que se considera que si le producen una disminución del rendimiento de al menos el 33% o penosidad o peligrosidad equivalente.

En efecto, la sentencia argumenta en el Fundamento Tercero que, aunque las mismas pueden incidir negativamente en el desarrollo del trabajo habitual de la actora y aunque la actora sea zurda, y se objetive limitación para tareas de manipulación, fuerza, presión de objetos de mediano o pequeño tamaño en mano izquierda, ello no le incapacita para el desempeño de todas o las fundamentales tareas de su profesión habitual, ni supone una disminución de rendimiento superior al 33%, sino tan sólo unas lesiones permanentes no invalidantes, como le ha sido reconocido en la resolución impugnada, puesto que las limitaciones referidas

afectan tan solo al tercer dedo de la mano izquierda, pudiendo en consecuencia suplir tales limitaciones con el resto de dedos, conservando fuerza y función de presa global sin limitación, así como pinza efectiva con el resto de dedos, y movilidad tanto en ambas muñecas, como en ambos brazos y en las extremidades inferiores, razón por la cual las citadas dolencias no constituyen en opinión de esta juzgadora una incapacidad permanente total ni parcial para el desarrollo de la profesión habitual de limpiadora, profesión que puede ser considerada como bimanual, resultando además que la mano derecha es perfectamente funcional.

Sin embargo, creemos no se ha tenido en cuenta en la argumentación que, conforme se ha declarado probado, en el tercer dedo de la mano izquierda presenta lo que ya se ha señalado (lo cual incluye que la pinza con ese dedo no sea efectiva por dolor y pérdida de fuerza, pero también que la movilidad del resto de dedos, aunque es completa, es dolorosa) y que las secuelas ya señaladas le suponen limitación para tareas de manipulación, fuerza y presión de objetos de mediano o pequeño tamaño en mano izquierda, circunstancias que se dan en algunas de las tareas de su trabajo de limpiadora, máxime cuando la actora es zurda, de donde consideramos se extrae una disminución del rendimiento en el porcentaje exigido y especialmente una penosidad equivalente por el dolor si objetivado y declarado probado (pese a su cuestionamiento en el escrito de impugnación de la Mutua).

En consecuencia, se estimará parcialmente el recurso, para reconocer la incapacidad parcial a la demandante, con la correspondiente indemnización a tanto alzado de 24 mensualidades, cuyo importe ya se fija en el hecho probado 7.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, no procede la expresa condena en costas a la parte recurrente por estimarse parcialmente su recurso.

FALLAMOS

Estimando en su petición subsidiaria el recurso de suplicación formulado por la demandante D^a R.A.M.V. contra la Sentencia de fecha 29 DE ENERO DE 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de ELCHE, en autos 192/15 sobre INCAPACIDAD PERMANENTE, siendo parte recurrida los demandados INSS, TGSS, la Mutua X. y la empresa S.I.L.N., SL, revocamos parcialmente la referida Sentencia en el sentido de declarar a la demandante afecta de Incapacidad Permanente Parcial para su profesión habitual de limpiadora por contingencia de Accidente de Trabajo y con derecho a percibir por ella la cantidad de 18.000 euros a cargo de la Mutua X., condenando a las demandadas a estar y pasar por la anterior declaración y a la Mutua al abono a la actora de la referida cantidad, sin perjuicio de poder descontar, de haberlo pagado, el importe de 1.290 euros de la indemnización por LPNI que se le reconoció en vía administrativa; sin costas.

2282

Sentencia núm. 2.352, de 3 de octubre de 2017

Materia: Tutela de los derechos de huelga. La empresa demandada y la sección sindical del sindicato demandante celebran una serie de reuniones para la posible negociación de un convenio colectivo de empresa. La mercantil manifiesta la posibilidad de plantear un convenio sectorial de ámbito provincial, entendiendo que no tiene la obligación de contar con un convenio de empresa. La empresa no reconoce a la sección sindical como representante legal de los trabajadores. Convocatoria de huelga. Cese total actividad. Esquirolaje interno. Reclamación de daños y perjuicios: recuperación salarios de los trabajadores dejados de percibir por acudir a la huelga. Procedencia.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando que la empresa demandada vulneró el derecho fundamental de huelga de la sección sindical de esta empresa, mediante una práctica de esquirolaje interno, condenando a la empresa a una indemnización a favor de la sección sindical.

Sala: Desestima el recurso de la empresa demandada y estima en parte el recurso de la parte actora, revocando en parte la sentencia de instancia al condenar a la empresa al abono de determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios. No procede establecer la indemnización en la cuantía total de los salarios dejados de percibir por los huelguistas, como criterio de referencia, sino tan solo en la mitad de su cuantía.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estimando parcialmente la demanda declaró que la empresa E.L. S.L., vulneró el derecho fundamental de huelga de la Sección Sindical CNT en la empresa demandada, mediante una práctica de esquirolaje interno con ocasión de la huelga convocada los días 12 a 15 de diciembre de 2014, y condenó a la empresa demandada a reintegrar a la Sección Sindical demandante el abono de una indemnización de 2.188,00 euros, interponen recurso de suplicación tanto la parte actora como la empresa demandada, siendo recíprocamente impugnados ambos recursos por las partes contrarias.

En el primer motivo del recurso de suplicación de la parte actora formulado con amparo procesal en el artículo 193, b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se interesa la modificación de los hechos declarados probados, y en concreto pretende que al hecho probado sexto se le suprima el texto relativo a "llegando a salir un mecánico y dos compañeros del personal administrativo de oficina", y esta supresión la postula porque el texto no tiene apoyo en prueba alguna. Pero la supresión interesada no puede alcanzar éxito, por cuanto en el ordinal que se pretende modificar se indica en que pruebas se ampara, grabaciones, interrogatorio, testifical, y es reiterada la doctrina que sostiene no puede fundamentarse la revisión bajo la simple alegación de inexistencia de pruebas demostrativas del hecho declarado probado, siempre, claro está, que exista un mínimo de actividad probatoria, como acontece en el presente supuesto.

SEGUNDO.- La parte actora en el segundo motivo de su recurso, respecto del derecho, con amparo procesal en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia infracción por aplicación indebida o en todo caso

inaplicación del art. 28.1 de la Constitución Española, así como del artículo 181.2 de la LRJS, alegando que el Comité de huelga tiene derecho a acceder al centro de trabajo durante los días de la huelga, para informar a los trabajadores no huelguistas, lo que le ha sido negado por la empresa, y que esta prohibición de entrada no se justifica por el deseo de que no se entorpeciera en el trabajo al personal administrativo que había decidido no adherirse a la huelga, no siendo suficiente para entender plenamente satisfecho el interés y labor del Comité de huelga que por la Sra. Á. se ofreciera la posibilidad de que los trabajadores abandonasen su puesto de trabajo y saliesen fuera determinados trabajadores, porque ello no consta probado y aunque se admitiese que tal extremo resulta acreditado por el hecho de salir algunos trabajadores, el Comité de Huelga tenía derecho a informar al resto de los trabajadores no huelguistas, ya que el derecho a informar corresponde a los integrantes del Comité de Huelga; que además de no poder informar a los trabajadores no huelguistas se le impidió al Comité de Huelga comprobar la regularidad de la actuación empresarial durante la huelga. Junto a lo anterior se denuncia que la negativa a reunirse con el Comité de Huelga atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que perdura durante la huelga, y la negativa a la negociación con el citado Comité por parte de la empresa lesiona el derecho de huelga de la parte actora. Por lo que estima que la conducta de impedir la entrada al Comité de Huelga vulnera el derecho fundamental a la huelga y se debe condenar al cese inmediato de tal conducta y al pago de una indemnización por daños morales de seis mil euros.

Partiendo que el derecho a la huelga implica el derecho a requerir a otros la adhesión a la huelga y a participar, el derecho a la difusión e información sobre la misma y a un requerimiento pacífico a seguir la huelga, el derecho del Comité de Huelga a acceder al centro de trabajo durante los días de la huelga, tanto para informar a los no huelguistas como para comprobar si la empresa cumple con la normativa, y sin perder de vista la trascendencia de tales derechos debemos estar a los hechos declarados probados, tanto los debidamente asentados en la premisa histórica como los impropiamente establecidos en la fundamentación jurídica de la sentencia con valor fáctico y efectuar una ponderada valoración e interpretación de los mismos. Respecto de la alegación de que resulta vulnerado el derecho de huelga en base a la alegación de que se le ha impedido al Comité de Huelga el acceso al centro de trabajo, y la negociación con el Comité, debe tenerse en cuenta que en el video "impiden acceso al comité de huelga" el Comité de Huelga se encuentra ya dentro del centro de trabajo cuando tiene lugar la conversación con la Sra. Á. que les invita a salir en función de que no se entorpeciera el trabajo del personal administrativo que había decidido no adherirse a la huelga, dadas las reducidas dimensiones de las oficinas, lo que no puede considerarse como impedir la entrada al Comité, además la puerta del almacén está abierta y permitía una visión completa del interior del mismo, sin que se observen trabajadores en su interior, lo que hace ocioso el derecho de información al no existir trabajadores receptores de la información en el almacén. Además, el Comité de Huelga se encuentra situado fuera del centro de trabajo a escaso metros de la entrada. Y si bien es lógico que el Comité de Huelga estime que le corresponde el derecho a informar a los trabajadores, concretamente a los ubicados en las oficinas de la empresa y aunque se hubiera podido arbitrar algún medio para a pesar de las reducidas dimensiones de las oficinas se hubiera llevado a cabo tal información por el Comité, atendidas las circunstancias concurrentes y acreditadas de que después de que el Comité de huelga abandonara el centro de trabajo la propia Sra. Á. ofreció la posibilidad de que los trabajadores abandonasen su puesto de trabajo y saliesen fuera, llegando a salir un mecánico y dos compañeros del personal administrativo de oficina, debe entenderse básicamente cumplido el interés y labor de información del Comité de Huelga, sin que conste que se haya obstaculizado esta labor en ningún momento por la empresa demandada, la cual ofreció una posibilidad alternativa para salvar el obstáculo que podía suponer la reducida dimensión de la zona de oficinas,

coadyuvando al derecho de información. Además, no debe olvidarse que este incidente no consta que se reiterase a lo largo de la huelga, ni tampoco que en el tiempo que duró la misma se negase la empresa a negociar con el Comité de huelga, dado que la grabación aportada como prueba muestra únicamente un minuto de toda la jornada de huelga y no permite apreciar el desarrollo posterior.

También se denuncia en este motivo del recurso la infracción del artículo 28.2 CE, del art. 10.2 del RD Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, así como del art. 183.1 de la LRJS, en relación a la jurisprudencia citada, alegando que la parte recurrente no solicita el abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores huelguistas por el hecho de que los mismos ejercieran su derecho a la huelga, sino que se trata de una solicitud de condena por los “daños y perjuicios adicionales derivados” de la vulneración del derecho fundamental a la huelga de tales trabajadores como consecuencia de las prácticas de “esquirolaje interno” a las que recurrió la empresa durante la huelga sustituyendo a los trabajadores huelguistas con otros trabajadores. Por lo que interesa una indemnización de 2.429,40 euros, para restablecer el equilibrio roto.

El derecho de huelga consiste en la posibilidad de que el trabajador suspenda la prestación de sus servicios con la correspondiente disminución de sus retribuciones salariales por los días no trabajados, por lo que no procede la condena a la empresa al abono de los salarios dejados de percibir por los trabajadores que participaron en la huelga. En el presente supuesto no se está interesando el abono de los salarios dejados de percibir por haber participado en la huelga, sino que se utiliza el valor de los salarios no percibidos para realizar el cálculo de los daños y perjuicios adicionales derivados que establece el artículo 183.1 de la LRJS, y en ese sentido debe tenerse en cuenta que la empresa mediante la sustitución de trabajadores en huelga por empleados que ocupan otros cargos operativos en la empresa, realizó parte de su actividad productiva, por lo que es evidente que durante las fechas en que se produjo esta actividad empresarial de esquirolaje interno, se produjo realmente un resultado lesivo, susceptible de ser indemnizado. Si se considera que los trabajadores deben ser privados del salario por su ejercicio del derecho de huelga, si este ejercicio ha sido dejado sin contenido real por la conducta ilícita de la empresa, no es que cuantifique el perjuicio por la pérdida del salario, sino que restablece el equilibrio roto por subsistir el sacrificio pedido desde la Ley a los huelguistas –pérdida del salario- y la realidad de haber sido vaciado su derecho a la huelga, por la conducta ilícita de la empresa. Por lo que en el presente caso habiendo quedado probado que, durante los días 12 y 13 de diciembre de 2014, se desarrolló actividad productiva en la empresa (la mitad de un día normal), mediante la sustitución de los trabajadores huelguistas por otros, en condiciones de esquirolaje interno, debe concluirse que durante esas fechas si se produjo realmente un resultado lesivo, susceptible de ser indemnizado con una cantidad equivalente al salario dejado de percibir en esas fechas, ya que de esa manera se restablece el equilibrio roto por subsistir el sacrificio pedido desde la ley a los huelguistas –pérdida del salario- y la realidad de haber sido limitado su derecho a la huelga por la conducta ilícita empresarial. Pero en el presente caso, para que la solución discorra dentro de unos parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, dado que la actividad productiva de la empresa se produjo durante los mencionados días en la mitad de un día normal, no procede establecer la indemnización en la cuantía total de los salarios dejados de percibir por los trabajadores huelguistas, como criterio de referencia, sino tan solo en la mitad de su cuantía, que se sitúa en 1214,7 euros. Y en este sentido y de forma parcial debe prosperar el recurso de suplicación formulado por la parte actora.

TERCERO.- Con amparo procesal en el art. 193 c) de la LRJS la empresa demandada en su escrito de formalización del recurso de suplicación, denuncia infracción por interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 28, 15 y 33 de la

Constitución Española, en relación con el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y el artículo 6 apartados 4 y 5 del RDL 17/1977 sobre relaciones de trabajo y la jurisprudencia que cita, entendiéndose que la empresa no ha vulnerado el derecho de huelga procediendo a la sustitución excepcional de los huelguistas por personal propio no habitual en el desempeño de los trabajos habituales de los huelguistas, también denominado esquirolaje interno, por cuanto es legítimo que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante la utilización de aquellos medios de los que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas, entendiéndose como tales, el uso de los medios tanto materiales como humanos que habitualmente a disposición de la empresa. Concluyendo que no se ha producido el denominado “esquirolaje interno”, por utilizar la movilidad funcional dentro de la empresa para cercenar la eficacia de la huelga, si se tiene en cuenta que dos de sus empleados que ocupan otros cargos operativos en la empresa en varias ocasiones a lo largo de los últimos años han prestado servicios como conductor u oficiales de la empresa, no siendo una actuación esporádica y lo lleva más al indicio de la habitualidad. Añadiendo que uno de los empleados era encargado y por lo tanto puede realizar las funciones del personal a su cargo, y el otro tenía la categoría de conductor, aunque compaginaba esta categoría con las funciones de administrativo, lo que determinaría que no se ha producido un uso indebido del *ius variandi* por parte del empresario.

Partiendo de los hechos declarados probados se aprecia que dos trabajadores salen con el camión nº 11 de la empresa demandada, habiendo realizado servicios los días 12 y 15 de diciembre de 2014, y si bien, es cierto, que ambos trabajadores realizaron servicios como conductores los días 8, 10 y 17 de enero de 2015, y también los días 13 y 28 de septiembre de 2014, así como los días 6 y 7 de diciembre de 2014, habiendo realizado en total el Sr. D. 10 servicios y el Sr. C. otros 8 servicios en las fechas indicadas, ello en modo alguno puede considerarse como pretende la empresa de una actividad dotada de habitualidad, por cuanto se trata de servicios esporádicos y puntuales, atendido su escaso número y fechas en que se llevaron a cabo. Por otro lado, respecto a la afirmación empresarial de que los dos empleados en cuestión atendidas sus categorías como encargado y conductor – aunque desempeñaba funciones de administrativo-, debe tenerse en cuenta que el trabajador con la categoría de conductor venía habitualmente ejerciendo como administrativo y el encargado no puede sustituir de forma omnicomprendiva a un empleado para todo supuesto. Pero respecto de ambos casos debe tenerse en cuenta que, si bien la movilidad funcional es en principio libre dentro de las fronteras del grupo profesional, no debe olvidarse que la movilidad puede realizarse de forma arbitraria, contraria a la buena fe o vulnerando derechos fundamentales. Y si bien el empresario dispone del “*ius variandi*” dentro de su poder de dirección, se convierte en un ejercicio abusivo de un derecho desde el momento en que su poder de dirección se maneja, en una situación conflictiva, con fines distintos a los previstos en el ordenamiento jurídico, no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar o disminuir la presión producida por el paro en el trabajo como consecuencia de una huelga, para cuyo supuesto no se encuentra concebida y con ello se atenta al recíproco deber de lealtad y buena fe que ha de perdurar durante la huelga. Y no puede aceptarse que la afirmación de la parte empresarial de que “usar los medios técnicos de los que habitualmente dispone en la empresa, para atenuar las consecuencias de la huelga”, comprenda la sustitución por la empresa de los huelguistas por otros trabajadores de su propia plantilla. Sin que, por otro lado, y con relación a la imposición de sanción a la empresa que interesa la parte impugnante del recurso, se aprecie en la actuación realizada al interponer el presente recurso de suplicación temeridad o mala fe, sino una interpretación dispar de la sostenida por la sentencia de instancia. Razones por las que procede desestimar el recurso de suplicación de la empresa demandada

FALLO

Que desestimando el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de la empresa demandada E.L., S.L., y estimando en parte el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del actor Don C.M.C., delegado de la Sección Sindical de CNT en la empresa E.L. S.L., y Doña A.M.T., Secretaria General de la CONFEDERACIÓN NACIONAL DEL TRABAJO DE VALENCIA (CNT), frente a la sentencia del Juzgado de lo Social número Catorce de los de Valencia, de fecha 18 de marzo de 2.016, a que se contrae el presente rollo, la revocamos en parte y en su lugar con estimación parcial de la demanda debemos condenar y condenamos a la empresa demandada a que abone a la parte actora una indemnización por daños y perjuicios adicionales derivados a la cantidad de 1.214,7 euros. Se mantiene lo establecido en la sentencia de instancia en lo que no se oponga a la presente resolución.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir al que se dará el destino legal. Manténgase el aseguramiento prestado hasta que en ejecución de sentencia se resuelva sobre dicho aseguramiento. La empresa recurrente abonara en concepto de honorarios de letrado a la parte actora impugnante de su recurso de suplicación la cantidad de 300 euros.

2283

Sentencia núm. 2.390, de 3 de octubre de 2017

Materia: Declaración de invalidez: Incapacidad permanente total. Limitaciones orgánicas y funcionales: Retinosis pigmentaria y limitación de campo visual. El trabajador se encuentra afiliado al RETA y en situación de alta o asimilada al alta. El demandante ejerce en la empresa funciones de administrador/gerente de fontanería. Incapacidad para llevar a cabo sus funciones en la empresa.

Juzgado: Estima la demanda declarando al actor afecto de una incapacidad permanente absoluta, con derecho a percibir la prestación económica correspondiente de acuerdo a una base reguladora y con fecha de efectos económicos desde el día siguiente a aquel en el que se produzca el cese en el trabajo.

Sala: Estima en parte el recurso declarando al actor en situación de incapacidad permanente total para el ejercicio de su profesión habitual, con origen en enfermedad común. Sin embargo, las lesiones de su dolencia no le impiden el desempeño de aquellas profesiones u oficios que no precisasen una agudeza visual tal que resulte incompatible con el estado actual del actor.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que estima la demanda y declara al actor afecto de incapacidad permanente absoluta, interpone recurso de suplicación el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

El recurso se formula en un único motivo redactado al amparo del art. 193-c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante, LRJS–, denunciando la infracción por la sentencia del art. 137-5 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS–. Se sostiene en síntesis por el recurrente que las dolencias que padece la parte actora y las limitaciones que de ellas derivan no le incapacitan para el ejercicio de toda profesión u oficio ni para el desempeño de su profesión habitual.

Dispone el artículo 136 de la LGSS en la redacción dada por Real Decreto-Legislativo 1/1.994, de 20 de junio, que “es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral”. Por su parte el artículo 137.4 del mismo texto legal señala que, “se entenderá por incapacidad permanente total para la profesión habitual la que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta”.

De la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, se desprende que en la parte actora si concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente total para su profesión habitual. Y ello es así, porque el demandante, cuya profesión habitual es la de trabajador autónomo-administrador/gerente empresa fontanería,

padece, tal como consta en el relato fáctico de la sentencia: limitación de los campos visuales menos de 20° en ambos, aptitud tan sólo para algunas actividades específicas. Retinosis pigmentaria con nictalopía. Agudeza visual de 0,50 en el ojo derecho y de 0,50 en el ojo izquierdo, según escala de Wecker, campo visual menor de 10° en el ojo derecho y menor de 10° en el ojo izquierdo. De lo que debe concluirse que, puestas en relación las limitaciones que sus dolencias le producen, con el desempeño de su profesión en empresa de fontanería, resulta evidente la incompatibilidad de su dolencia con el desempeño de su profesión pues el hecho de ser autónomo no implica que sus tareas se limiten a la gerencia, ya que no constando que tenga empleados a su cargo debe entenderse que realiza asimismo las labores propias de fontanería, cuya ejecución resulta incompatible con la merma de agudeza visual del demandante, por lo que procede la estimación parcial del recurso y la declaración del actor en situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual, ya que las limitaciones de su dolencia no le impiden el desempeño de aquellas profesiones u oficios que no preciasen una agudeza visual tal que resulte incompatible con el estado actual del actor.

FALLO

Estimamos en parte el recurso de suplicación interpuesto en nombre del INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº.3 de los de Castellón, de fecha 30-marzo-2016, y con revocación de la sentencia de instancia, estimamos en parte la demanda formulada por F.L.H. y declaramos que el actor se encuentra afecto de incapacidad permanente en grado de total para su profesión habitual, con origen en enfermedad común; y en consecuencia, condenamos a la Entidad Gestora a estar y pasar por la citada declaración y a abonar a la parte actora una pensión vitalicia y mensual en la cuantía del 55% de la base reguladora de 1.724,38 euros mensuales, más los incrementos legales correspondientes, con efectos económicos desde el día siguiente a aquel en que se produzca el cese en el trabajo.

2284

Sentencia núm. 2.496, de 24 de octubre de 2017

Materia: Modificación sustancial de las condiciones de trabajo. Trabajadora que presta sus servicios como limpiadora en centro escolar en empresa adjudicataria de servicio de limpieza y con contrato de trabajo indefinido fijo discontinuo. Nueva adjudicataria de los servicios de limpieza: Subrogación empresarial. Se obliga a la trabajadora a firmar nuevo contrato calificando su relación laboral como indefinida ordinaria a tiempo parcial. Concepto de contrato fijo discontinuo. Forma de cotización y abono salarios.

Juzgado: Estima íntegramente la demanda y declara injustificada la decisión empresarial de modificar el contrato de trabajo indefinido fijo de la trabajadora a contrato a tiempo parcial.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Condena en costas a la parte empresarial. La alteración de la forma de cotización y abono del salario llevada a cabo por la empresa conforme a tal cotización prorrateado en doce meses, en atención al cambio de la calificación jurídica del contrato, carece de justificación legal alguna y constituye una injustificada modificación sustancial de sus condiciones de trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declaró injustificada la decisión empresarial de modificar el contrato de trabajo indefinido fijo discontinuo de la actora a contrato a tiempo parcial, decisión recurrida en suplicación por la empresa F.F.S., S.L., al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS.

Por el primero de ellos la recurrente quiere completar el hecho probado 2º para que se recoja que la fecha de efectos de la decisión empresarial (tras la referencia a "relación laboral") sería la de 16 de septiembre de 2016 (es decir con preaviso de 15 días desde la comunicación), lo que se admite a efectos de una mayor claridad y precisión. No aceptamos el resto del texto ya que se trata de una transcripción de la propia comunicación de la empresa de 1-9-2016, que en sí no ha sido discutida y que, aportada como documento nº 3, ha sido valorada por la juzgadora de instancia.

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del art. 193 de la LRJS la parte recurrente denuncia la infracción por la sentencia de instancia de los arts. 16.1 y 12.3 del ET y apartado 3 del art. 65 del RD 2064/1995 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Cotización y Liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en relación con el art. 41 del ET. Para la recurrente la actuación llevada a cabo por la empresa no es una modificación sustancial de las condiciones de trabajo sino una adecuación o acomodación de los contratos existentes y reputados fijos-discontinuos, a su realidad jurídica de contratos indefinidos ordinarios a tiempo parcial, viéndose la empresa en la obligación, previa subrogación de la trabajadora, de cumplir con la legalidad vigente, pues, dado que nos encontramos con un trabajo concentrado en un periodo de 10 meses, se le debe aplicar la regulación del contrato a tiempo parcial por tiempo indefinido y no la del fijo-discontinuo. También combate la recurrente lo que la sentencia considera una supuesta vulneración del art. 44.1 del ET alegando que nos encontramos ante una

sucesión de contratos de limpieza donde no existe la “sucesión de empresas”, por lo que el citado precepto no resulta de aplicación al caso de autos.

Pues bien, expuesto lo anterior debemos indicar que esta Sala, en la sentencia dictada al resolver su Recurso de Suplicación nº 1773/17, ha resuelto el mismo debate que el ahora planteado y en relación con otra trabajadora de F.F.S. SL, (cuya reclamación en la instancia solo fue parcialmente estimada) por lo que razones de igualdad en la aplicación de la ley, uniformidad y coherencia determinan que estemos a lo en dicha sentencia resuelto y que transcribimos a continuación:

“A) En primer término denuncia la vulneración de lo dispuesto en el artículo 12-3 E.T. en relación con el artículo 16-1 E.T. así como del artículo 6-3 CC. A tal efecto la parte recurrente analiza la naturaleza del contrato de trabajo suscrito por la actora entendiendo que estamos ante un contrato de trabajo fijo discontinuo periódico pues el ciclo se reitera en periodos regulares y en fechas ciertas, al que se ha de aplicar por ello la regulación del contrato a tiempo parcial indefinido, pero sin que ello implique la modificación del contrato de la trabajadora que sigue siendo de fijo discontinuo.

El artículo 12.1 del ET vigente define el contrato de trabajo a tiempo parcial como aquel en que se acuerda la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable, precisando el apartado tercero que dicho contrato se entenderá celebrado por tiempo indefinido cuando se concierte para realizar trabajos fijos y periódicos dentro del volumen normal de actividad de la empresa. Por su parte el artículo 16-1 establece que el contrato por tiempo indefinido de fijos-discontinuos se concertará para realizar trabajos que tengan el carácter de fijos-discontinuos y no se repitan en fechas ciertas, dentro del volumen normal de actividad de la empresa, añadiendo que a los supuestos de trabajos discontinuos que se repitan en fechas ciertas les será de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido y que los trabajadores fijos discontinuos serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos, pudiendo el trabajador, en caso de incumplimiento, reclamar en procedimiento de despido ante la jurisdicción competente, iniciándose el plazo para ello desde el momento en que tuviese conocimiento de la falta de convocatoria. Siguiendo a la STS de 30 de mayo de 2007 (RJ 2007, 6113) (rec. 5315/2005), la condición de trabajador fijo discontinuo responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, reiterándose esa necesidad en el tiempo aunque lo sea por períodos limitados. El trabajo fijo discontinuo es aquél que se da por razón de la discontinuidad de su actividad, que no exige la prestación de servicios todos los días u horas, dentro del carácter normal y permanente de la actividad empresarial. Lo que sucede tanto en empresas de ciclo continuo que tengan exceso de trabajo en puntos estacionales, cuando éstos se repiten, o en empresas que no funcionen permanentemente, cuya actividad productiva sea discontinua, cíclica o intermitente, sea o no estacional (campaña, temporada, curso escolar). Hay dos formas de trabajo fijo discontinuo: el fijo y periódico que se repite en fechas ciertas indicadas en el contrato (que se rige por el contrato a tiempo parcial común), y el que no se repite en fechas ciertas y está sujeto a llamamiento (art. 16 ET). Esta distinción entre trabajo fijo discontinuo periódico y el que no se repite en fechas ciertas, pero encontrándonos en ambos casos ante trabajadores fijos discontinuos es la que se desprende de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-7-2016 (RCUD 3254/2015) que aunque analiza la normativa de Seguridad Social en relación a tal contratación, realiza precisiones sobre la naturaleza de tales contratos que nos llevan a compartir las conclusiones de la parte recurrente considerando que la actora pese a que preste servicios en periodos similares que vienen a coincidir en las fechas de inicio y fin cada año y realice por ello trabajos periódicos que se repiten

en fechas ciertas, no por ello deja de ser un trabajador fijo discontinuo al que a diferencia de aquellos cuya actividad no se repite en fechas ciertas y que se rigen por los criterios del artículo 16 E.T., se les aplican las reglas del contrato de trabajo indefinido a tiempo parcial (artículo 12-3 E.T). Señala así dicha Sentencia: “A los efectos que aquí interesan relativos a la aplicación de la normativa sobre Seguridad Social, no cabe duda de que el contrato de trabajo fijo discontinuo regulado en el artículo 15.8 ET (en la actualidad en el artículo 16 del vigente texto refundido del Estatuto de los Trabajadores) es contemplado normativamente como una modalidad del genérico contrato a tiempo parcial, a pesar de que, laboralmente, se trata de una modalidad autónoma. Junto al contrato a tiempo parcial común u ordinario en el que el trabajo se realiza de forma constante y continuada ciertas horas al día o días a la semana o al mes e, incluso, al año, y al contrato de tiempo parcial del relevista en una jubilación, la normativa de Seguridad Social en algunos aspectos generales (artículo 245 del vigente texto refundido LGSS) o concretos (desempleo) incluye entre este tipo de contratos a tiempo parcial, aquellos cuyo tiempo de trabajo se realiza de modo intermitente a lo largo del año, bien en fechas ciertas, bien en fechas inciertas cual es el supuesto que nos ocupa. Por ello, la solución al supuesto que se plantea en este recurso debe hacerse teniendo en cuenta las normas que regulan los aspectos de afiliación, altas y bajas y cotización a la Seguridad Social de los contratos a tiempo parcial.

Los contratos de trabajo fijos-discontinuos son contratos de duración indefinida. Existe un solo contrato y sucesivos llamamientos, de suerte que la ejecución del contrato se interrumpe a la conclusión de cada período de actividad, no trabajando y no cobrando salario alguno. Por ello, el hecho de que la relación laboral simplemente se interrumpa supone, no obstante, que durante el período de inactividad dicha relación subsiste, sin extinguirse ni suspenderse. De esta forma, como pone de relieve la doctrina científica, el derecho de llamamiento instituye a favor de los trabajadores un derecho pleno, actual y no condicional para ser ocupados cada vez que los trabajos fijos y que forman parte del volumen normal de actividad de la empresa se lleven a cabo, aunque siguiendo un orden preestablecido para el caso de que no fuera posible el llamamiento simultáneo, porque la actividad requiera una inicial fase de puesta en marcha. Por la misma razón, del lado empresarial, el deber de llamamiento consiste en una obligación de hacer que materializa el deber de proporcionar ocupación efectiva a los trabajadores.

Fruto directo de esa obligación empresarial es la necesidad de incorporar al trabajador llamado cuando eso sea posible y, en todo caso, el deber de realizar los trámites oportunos en orden a su registro a los efectos de alta y cotización a la Seguridad Social. En efecto, aunque el trabajador se encontrara enfermo, ello no exime de la obligación de llamamiento a la empresa quien de realizarlo, deberá proceder a dar de alta al trabajador sin perjuicio de cursar seguidamente la baja por Incapacidad Temporal, pudiendo de esta manera proceder a contratar interinamente a otra persona para que desempeñe el puesto de trabajo del enfermo si por conveniente lo tuviere a través del oportuno contrato de interinidad. En definitiva, deben ser llamados los trabajadores en situación de incapacidad temporal, momento a partir del cual la empresa debe asumir la obligación de colaboración con la Seguridad Social, si bien la reincorporación efectiva al trabajo se producirá a partir del alta médica.

Desde la expresada unidad del contrato, no pueden aplicarse mecánicamente los efectos de los arts. 100.1 y 106.1 de la Ley General de la Seguridad Social, que supeditan la obligación de cursar el alta y la cotización al comienzo de la prestación del trabajo, pues en rigor la prestación del trabajador en este tipo de contrato se inicia con la incorporación a la primera temporada, momento en que ya se debe entender cumplido aquel requisito; se suspende en los períodos de inactividad y renace al inicio de la nueva campaña, momento en el que

inexorablemente y por expreso mandato legal el empresario ha de llamar a unos determinados trabajadores (los que ocupan el primer lugar en la lista o los que procede según convenio), inexorabilidad que, otra vez, sugiere que el contrato no era inexistente pues en tal caso ninguna obligación vincularía al empresario. Parece claro, por tanto, que en el momento en que el contrato recobra todos sus efectos, que es el momento del llamamiento para iniciar la campaña, el empresario debe asumir todas las obligaciones de él derivadas, entre ellas, la de comunicar el alta y cotizar por sus trabajadores”.

En el presente caso, del propio relato fáctico contenido en la Sentencia y que se ha mantenido inalterado se desprende que la demandante, de categoría limpiadora, venía prestando servicios en el centro de trabajo IES S.M de A., como fija discontinua a tiempo parcial con jornada de 29,16 horas semanales, en horario de lunes a viernes y salario de 30,76 euros diarios con inclusión de la parte proporcional de las pagas extras, haciéndolo durante el periodo coincidente con el curso escolar, y en concreto desde el 2-9-2002. Tras ser adjudicada la contrata a la empresa demandada, la misma comunica a la actora que por imperativo legal al prestar servicios siempre 10 meses al año durante los mismos periodos, su relación debe ser calificada como indefinida ordinaria a tiempo parcial, siendo su jornada de 23,08 horas semanales durante 12 meses y distribución de la jornada como hasta la fecha, trabajando 29,16 horas semanales durante 10 meses y sin actividad durante dos meses (julio y agosto). Se le pasa a abonar además un salario mensual de 717,76 euros al mes con parte proporcional de las pagas extras frente al salario anual que en diez meses venía percibiendo de 9.155,73 euros y que prorrateado en doce meses supondría un total mensual de 762,98 euros. Con tales datos y a la vista de la Jurisprudencia expuesta, podemos concluir que tal y como afirma la parte recurrente, la trabajadora al igual que ha venido sucediendo en las distintas contratas de limpieza anteriores a la adjudicada a la empresa ahora demandada, es fija discontinua de carácter periódico, de manera que trabaja en periodos coincidentes con el curso escolar y así en fechas ciertas cada año, por lo que conforme al artículo 12-3 E.T. le es de aplicación la regulación del contrato a tiempo parcial celebrado por tiempo indefinido, sin que por ello le sea factible a la empresa entrante alterando las condiciones en las que la trabajadora venía prestando servicios desde el inicio de su relación laboral y bajo el pretexto de una supuesta legalidad que afecta como se analizara en los otros dos apartados del escrito de recurso, a la distribución de la jornada, salario y cotización, convertir tal vínculo jurídico considerando ahora a la trabajadora como un trabajador ordinario indefinido a tiempo parcial pero con la Jornada concentrada en unos determinados meses del año, pues pese a que la actividad en la que presta servicios se repite en fechas ciertas cada año tratándose así de trabajos periódicos, y pese a la regulación a la que remite por ello el artículo 16-1 E.T., sigue siendo una trabajadora fija discontinua. Tal alteración del vínculo jurídico que se advierte no sólo por el simple cambio de la denominación del contrato de fijo discontinuo a indefinido a tiempo parcial, sino por las consecuencias anudadas a dicho cambio y que se vienen a expresar en el relato fáctico de la Sentencia, estimamos sí supone una modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la demandante que además al no venir justificada ni amparada legalmente pese a lo argumentado por la empresa y admitido por la Sentencia de instancia, consideramos es injustificada y debe dejarse sin efecto reponiendo en consecuencia a la trabajadora en las mismas condiciones que venía disfrutando en la empresa saliente y que con motivo de la subrogación de la trabajadora viene obligada la empresa entrante a respetar con arreglo al artículo 44 E.T. y tal y como así lo expresa precisamente la Sentencia recurrida.

CUARTO.- A la misma conclusión llegamos al analizar el apartado B) del escrito de recurso en el que se denuncia la vulneración por aplicación indebida del artículo 65-3 del RD 2064/1995 de 22 de diciembre en relación con lo dispuesto en la DA 3ª del RDL 1131/2002 de 31 de Octubre por el que se regula la Seguridad Social de

los trabajadores contratados a tiempo parcial, así como la jubilación parcial. Se argumenta así por el recurrente que no cabe aplicar tal previsión legal para así amparar la novación contractual realizada, y en concreto el cambio en la cotización y el prorrateo del salario, una vez que la Sentencia recurrida sí declara modificación injustificada la reducción salarial que ha provocado tal alteración del vínculo contractual.

Como se recoge en la Sentencia de instancia, el citado artículo 65-3 RD 2064/1995 en su redacción dada por el RDL 1131/2002 señala: "3. Respecto de los trabajadores con contrato a tiempo parcial, que hayan acordado con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que anualmente deben realizar se presten en determinados períodos de cada año, percibiendo todas las remuneraciones anuales o las correspondientes al período inferior de que se trate, en esos períodos de trabajo concentrado, existiendo períodos de inactividad superiores al mensual, además de permanecer en alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad y mientras no se extinga su relación laboral, subsistirá la obligación de cotizar conforme a las siguientes reglas:

1.^a La base de cotización se determinará al celebrarse el contrato de trabajo y al inicio de cada año en que el trabajador se encuentre en dicha situación, computando el importe total de las remuneraciones que tenga derecho a percibir el trabajador a tiempo parcial en ese año, con exclusión en todo caso de los importes correspondientes a los conceptos no computables en la base de cotización a la Seguridad Social de acuerdo con lo establecido en el artículo 23 de este Reglamento General y demás disposiciones complementarias.

2.^a El importe así obtenido se prorrateará entre los doce meses del año o del período inferior de que se trate, determinándose de ese modo la cuantía de la base de cotización correspondiente a cada uno de los mismos y con independencia de que las remuneraciones se perciban íntegramente en los períodos de trabajo concentrado o de forma prorrateada a lo largo del año o período inferior respectivo.

3.^a La base mensual de cotización, calculada conforme a las reglas anteriores, no podrá ser inferior al importe de la base mínima de cotización vigente en cada momento para los contratos de trabajo a tiempo parcial fijado en el apartado 2 de este artículo.

4.^a Si al final del ejercicio o período inferior de que se trate, el trabajador con contrato a tiempo parcial, subsistiendo su relación laboral, hubiere percibido remuneraciones por importe distinto al inicialmente considerado en ese año o período para determinar la base mensual de cotización durante el mismo, conforme a las reglas 1.^a a 3.^a anteriores, se procederá a realizar la correspondiente regularización. A tal efecto, el empresario deberá o bien practicar la correspondiente liquidación complementaria de cuotas por las diferencias en más y efectuar el pago dentro del mes de enero del año siguiente o del mes siguiente a aquel en que se extinga la relación laboral o bien solicitar, en su caso, la devolución de las cuotas que resulten indebidamente ingresadas.

5.^a Asimismo, la Administración de la Seguridad Social podrá efectuar de oficio las liquidaciones de cuotas y acordar las devoluciones solicitadas que sean procedentes, en especial, en los supuestos de extinción de la relación laboral de estos trabajadores con contrato a tiempo parcial por jubilación ordinaria o anticipada, por reconocimiento de la pensión por incapacidad permanente, por fallecimiento o por cualquier otra causa, con la consiguiente baja en el Régimen correspondiente de la Seguridad Social y cese en la obligación de cotizar.

4. Durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural, la base diaria de cotización será la base reguladora diaria de la correspondiente prestación. En las situaciones de incapacidad temporal y de maternidad en las que no se haya causado derecho al respectivo subsidio, la base diaria de cotización se calculará, asimismo, en función de la base reguladora diaria de la prestación que hubiera correspondido, de haberse causado derecho a la misma.

Esta base de cotización se aplicará durante todos los días naturales en que el trabajador permanezca en alguna de las situaciones antes indicadas.

5. Será de aplicación a estos contratos lo dispuesto en el artículo 24 del presente Reglamento sobre cotización adicional por horas extraordinarias, que se realicen en el supuesto a que se refiere el apartado 3 del artículo 35 del Estatuto de los Trabajadores.

6. Lo dispuesto en los apartados 1, 2 y 3 anteriores será de aplicación a los socios trabajadores a tiempo parcial, asimilados a trabajadores por cuenta ajena, así como a los socios de trabajo a tiempo parcial de las sociedades cooperativas, determinándose la base de cotización en función de la remuneración que perciban por las horas de actividad cooperativizada.

Asimismo, lo dispuesto en los apartados 1 a 5 anteriores será aplicable al personal estatutario de las instituciones sanitarias del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria y de los servicios de salud de las comunidades autónomas, a que se refiere el artículo 9.3.b) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los servicios de salud, que haya sido nombrado para la prestación de servicios de atención continuada fuera de la jornada establecida con carácter general conforme a lo establecido en el artículo 60 de dicha ley y en las condiciones previstas en la disposición adicional séptima del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Si el período de inactividad continuada de este personal, que no haya acordado con su empresa la prestación de servicios en períodos concentrados, fuera superior a un mes natural, las instituciones sanitarias deberán notificar dicha situación a la Tesorería General de la Seguridad Social y no tendrán la obligación de cotizar en tal mes o, en su caso, meses, aunque continúen durante éstos en la situación de alta.

7. No se aplicará lo dispuesto en los apartados anteriores en aquellos regímenes en que la cotización no se determina en función de la remuneración percibida”.

Visto el contenido de tal precepto y teniendo presente la Sentencia del Tribunal Supremo antes citada, no podemos estimar que el mismo sea de aplicación a la relación laboral de la actora con la demandada que como ya hemos señalado es fija discontinua aun cuando lo sea para la realización de trabajos fijos periódicos que se repiten en fechas ciertas. El precepto alegado por la empresa como además se desprende de las propias Instrucciones dadas por la TGSS en relación a tal precepto en el Boletín de Noticias Red 2003/2, no obstante el carácter orientativo de las mismas, no resulta de aplicación a los trabajadores fijos discontinuos cuyos periodos de inactividad/actividad deben tratarse como bajas y altas sucesivas, desprendiéndose de tal precepto y de la exposición de motivos del RDL 1131/2002 que se aplica a los contratos a tiempo parcial con periodo de trabajo concentrado, no teniendo tal consideración los contratos fijos y periódicos previstos en el artículo 12-3 E.T. Así se desprende de la propia exposición de motivos del RDL 1131/2002 y en concreto del siguiente redactado literal que es al que debe estarse y no a la interpretación subjetiva de la empresa, conforme al cual la introducción de dicho apartado 3 del artículo 65 RD 2064/1995 se produce para contemplar el supuesto de

los trabajadores a tiempo parcial con periodo de trabajo concentrado: “Por último, la regulación actual del contrato a tiempo parcial puede originar en la práctica que el trabajador acuerde con su empresa que la totalidad de las horas de trabajo que debe realizar anualmente, por razón de su contrato a tiempo parcial, se presten de forma concentrada en determinados períodos de cada año, con percibo de las correspondientes remuneraciones totales dentro de los mismos o bien de forma prorrateada a lo largo del año, permaneciendo inactivo el tiempo restante.

En tales supuestos, si bien resulta claro que, de acuerdo con la normativa de carácter general vigente al respecto, el trabajador debe permanecer en alta en el Régimen de la Seguridad Social que corresponda por razón de la actividad mientras no se produzca la extinción de su relación laboral, aunque el tiempo de trabajo lo concentre exclusivamente en ciertos períodos del año, sin embargo se vienen suscitando dudas en lo que se refiere al alcance de la obligación de cotizar en los supuestos indicados.

En tal sentido, y conforme a las reglas generales de la cotización en la Seguridad Social, se aplica a los supuestos señalados el criterio de considerar que las remuneraciones que debe percibir el trabajador parcial por los períodos del año en que concentre la prestación de trabajo, derivada de su contrato a tiempo parcial, lo son en función del mantenimiento de su relación laboral durante todo el ejercicio y, en consecuencia, se establece la subsistencia de la obligación de cotizar a lo largo del mismo y mientras no se extinga dicha relación laboral, a cuyo efecto aquellas remuneraciones habrán de prorratearse entre los doce meses del año o, en su caso, del inferior número de meses de que se trate, tanto si se perciben sólo en los períodos concentrados de trabajo, como de forma prorrateada a lo largo del año. Por ello estimamos que la alteración de la forma de cotización y abono del salario llevada a cabo por la empresa conforme a tal cotización prorrateado en doce meses, que la misma argumenta en atención al cambio de la calificación jurídica del contrato, carece de justificación legal alguna y constituye una modificación sustancial de sus condiciones de trabajo de carácter injustificada, lo que conlleva la condena a la empresa a reponer a la trabajadora en la integridad de sus anteriores condiciones de trabajo incluida la forma de cotización, distribución de la jornada y porcentaje, salario y forma de abono del mismo, y en consecuencia a la estimación del recurso formulado pues frente a lo argumentado en la Sentencia de instancia que sólo considera injustificada la modificación sustancial de las condiciones de trabajo de la actora referidas a la reducción mensual del salario, estimamos también injustificada la modificación de la naturaleza del vínculo contractual de la trabajadora. La propia referencia realizada por la empresa al impugnar el recurso al artículo 267-1 d) LGSS viene a confirmar la condición de la trabajadora de fija discontinua pese a realizar trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, no siéndole por ello de aplicación el artículo 65-3 RD mencionado, pues dicho precepto considera que se encuentran en situación legal de desempleo durante los periodos de inactividad productiva, los trabajadores fijos discontinuos incluidos los que realicen trabajos fijos y periódicos que se repitan en fechas ciertas, considerando a unos y otros con la misma naturaleza de fijos discontinuos pese a la distinción a efectos laborales que se recoge en el artículo 16 y 12-3 E.T. Todo ello sin que sea ya necesario entrar a analizar el apartado C del escrito de recurso una vez que se considera no es aplicable el artículo 65-3 RD 2064/1995 que no obstante ciertamente como señala la parte recurrente no obliga en ningún caso a prorratear el salario en doce meses. En cuanto a las diferencias salariales a las que condena la Sentencia recurrida por el concepto de daños y perjuicios producidos desde el 16-9-16 por importe de 168,84 euros, como no se discute tal importe por la parte recurrente mantenemos tal pronunciamiento contenido en la Sentencia.”

Por lo expuesto, el recurso planteado debe quedar desestimado.

TERCERO.- 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.

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

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de F.F.S. SL contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 1 de los de Alicante, de fecha 16 de enero de 2017; 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 empresarial recurrente a que abone al Letrado impugnante la cantidad de 250 euros.

2285

Sentencia núm. 2.676, de 2 de noviembre de 2017

Materia: Procedimiento de oficio. Existencia de relación laboral entre la empresa demandada y las trabajadoras que prestan sus servicios como teleoperadoras. Empresa dedicada al comercio al por mayor y al por menor, que recibe una visita programada de la Inspección de Trabajo. Las trabajadoras ejercen funciones de teleoperadoras habiendo pactado una retribución y firmando contratos de carácter eventual y a tiempo parcial. Las trabajadoras son instadas a firmar solicitudes de formación por parte de la empresa. Se levantan actas de infracción y liquidación al entender que la relación que unía a las trabajadoras con la empresa es de carácter laboral. La empresa presenta escrito de alegaciones negando relación laboral. La TGSS inicia procedimiento de oficio.

Juzgado: Estima la demanda interpuesta por la TGSS declarando la existencia de relación laboral entre la empresa demandada y las trabajadoras afectadas.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia, declarando la relación de laboralidad entre la empresa y las trabajadoras. Condena en costas a la recurrente.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ascensión Olmeda Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandada A.B., SL la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que, estimando la demanda de oficio de la TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, declaró la existencia de relación laboral entre A.B., SL y las 17 personas que se indican en el fallo de la misma ya transcrito.

Articula el recurso a través de dos motivos: el primero, según dice, al amparo del apartado a) del artículo 193 de la LJS, para reponer los autos al estado en que se encontraban en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión y el segundo, también según dice, al amparo del apartado c), con el fin de examinar las infracciones de normas sustantivas o de la jurisprudencia cometidas por la sentencia. Dentro del denominado primero no desarrolla nada y dentro del denominado segundo desarrolla el tema de la nulidad, que predica del juicio “al haber permitido la actuación de la Administración contra sus propios actos, debiendo ser revocada la sentencia en este sentido y reponiendo los Autos al momento procesal en que se produjo dicha vulneración, estableciendo que el objeto del litigio deber ser la capacidad de la mercantil demandada de prestar formación no reglada a las trabajadoras objeto del presente procedimiento” y termina suplicando Sentencia “mediante la cual revocando la de instancia, se repongan los autos al momento procesal en que se produjo la infracción de normas sustantivas y de la jurisprudencia con la que se inadmitió la prueba documental ya referenciada en este recurso”.

Ha sido impugnado por la TESORERIA, oponiéndose a todos los motivos e interesando la confirmación de la sentencia recurrida, con imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO.- La nulidad de actuaciones o de la sentencia solicitada en un motivo de Suplicación al amparo del artículo 193, a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para que pueda prosperar, requiere, en síntesis, cuatro

exigencias:

1) Realizar la parte recurrente la indicación, precisa y expresa, de que precepto procesal ordinario (de la LEC o de la LOPJ), o específicamente social (de la LRJS), es el que se considera infringido en el procedimiento o por parte de la resolución judicial de la que se pretende su anulación (y razonando adecuadamente sobre ello). Así resulta del propio artículo 193, a) de la LJS y del 196.2 de la misma que dice “En todo momento se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos”.

2) Detallar, de modo claro, cual haya sido la indefensión, que además ha de ser material y no meramente formal, que dicha infracción procesal le ha causado a quien realiza la solicitud de nulidad, razonando suficientemente sobre la existencia de esa presunta indefensión. Así resulta de los mismos preceptos citados antes.

3) Asimismo, es también preciso que no exista otro remedio que sea procesalmente menos traumático que la nulidad, en aras del principio de conservación de los actos procesales, siempre que ello no comporte indefensión a ninguna parte, igualmente proscrita constitucionalmente (artículo 24,1 CE).

4) Finalmente, que debe de haberse realizado la pertinente denuncia de la infracción, desde el momento en que la misma se produce o desde que se haya tenido conocimiento de ello con la correspondiente protesta de no ser acogida y en su caso, con constancia de tal denuncia y protesta en el acta del juicio, pues en otro caso, se estaría convalidando con la actitud omisiva o permisiva de la parte, esa infracción, que no puede luego ser denunciada con posterioridad, una vez que el resultado judicial le ha sido adverso, ya que la posible indefensión se la habría causado a sí misma. La necesidad de esa denuncia y protesta resulta de lo dispuesto en el artículo 193, a) en relación con el artículo 191.3, d), ambos de la LJS.

Pues bien, dentro de la falta de claridad del recurso podemos extraer que la parte se queja de que en el curso de la investigación por la inspección ella aportó una documental en la que “los trabajadores” afectados reconocían por escrito haber suscrito con ella un curso de formación en telemarketing por el que abonaba cada uno la suma de 150 euros; que, en su opinión, la realización de dicho curso implicaba la inexistencia de relación laboral con ella durante el periodo en el que se consideró existía dicha relación laboral y que la Inspección de Trabajo en su acta de liquidación definitiva consideró que la mercantil no estaba acreditada para impartir formación no reglada a vendedores de telemarketing, de donde, también en su opinión, considera resulta que el objeto del litigio quedaba determinado en si la mercantil estaba o no autorizada para impartir formación no reglada y que, por ello, acudió al juicio con la certeza de que la documental aportada por ella al procedimiento administrativo de inspección referente a la realización de los cursos no era discutible, ya que -según dice- había quedado validada por la Inspección, quien también la había aportado al procedimiento judicial junto con su demanda y que sólo iba a discutirse la capacidad de la mercantil para impartir formación reglada. A continuación, dice que la sentencia recurrida deduce la existencia de unos trabajadores sin dar de alta y realizando funciones comerciales, cuando la realidad claramente acreditada es que se trataba de personas realizando un curso de formación en ventas a distancia y telemarketing y que era un hecho aceptado por la Inspección de Trabajo que los trabajadores habían reconocido por escrito la realización de dicho curso.

A partir de lo anteriormente expuesto denuncia infracción de la doctrina de los actos propios (vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que

fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos objetivos; doctrina de los actos propios que juegan en doble sentido, para el particular y para la Administración) y del principio de confianza legítima, con cita de STC, SSTS de la Sala 3ª y del artículo 3 de la Ley 30/92 en cuanto que “Igualmente, deberán (las Administraciones Públicas) respetar en su actuación los principios de buena fe y confianza legítima” y de lo expresado en la Exposición de Motivos diciendo que “En el título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones Públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el título preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones Públicas no puede ser alterada arbitrariamente”.

Viene a concluir el recurrente su exposición diciendo que, “a efectos clarificatorios, importa dejar claro que la discrepancia de esta parte con la sentencia que se recurre se limita, exclusivamente, a la parte del fallo que declara la existencia de relación laboral con mi representada de las trabajadoras referenciadas en la sentencia ya que vulnera la buena fe del procedimiento administrativo el hecho de que en el juicio no se dio validez a la documental que la Inspección de trabajo había validado al no impugnarla expresamente”.

TERCERO.- Creemos, a partir de lo expuesto y del examen de la actuación de la Inspección, que no se cumplen las exigencias que para la nulidad de actuaciones son precisas y ya se señalaron, por las siguientes razones:

1ª) Aun aceptando cierto carácter procesal de las doctrinas de los actos propios y de la confianza legítima y pese a que se entremezcla la actividad administrativa previa con la procesal posterior, no se encuentra en la actuación de la Inspección declaración de voluntad tácita ni omisiva que justifique la alegada creencia de la recurrente de que el objeto del litigio quedaba determinado en si la mercantil estaba o no autorizada para impartir formación no reglada, ni que, por ello, acudiera al juicio con la certeza de que la documental aportada por ella al procedimiento administrativo de inspección referente a la realización de los cursos no era discutible, porque hubiera quedado validada por la Inspección, quien también la había aportado al procedimiento judicial junto con su demanda y que sólo iba a discutirse la capacidad de la mercantil para impartir formación reglada. En efecto, el que la subinspectora la uniera al procedimiento y aportara con su demanda sólo supone que aportó la totalidad del material presentado por la demandada y hoy recurrente, pero no entraña ninguna aceptación del contenido de la misma ni expreso ni tácito, máxime cuando precisamente el resto de sus manifestaciones lo contradice al referirse a la existencia de relación laboral pese a ella y, no exclusivamente, porque la demandada no estuviera facultada o autorizada para impartir formación, sino por sostener que lo realmente realizado era una prestación de servicios laboral y no formación, a pesar de esa documentación.

2ª) La falta de justificación o la alegada creencia o confianza en realidad infundada – o no legítima- en modo alguno supone indefensión, y menos material, causada por la subinspección a la demandada, ni posteriormente por la Juzgadora en el juicio por admitir prueba sobre el carácter laboral o no de la relación y la realidad o no de lo reflejado en los documentos aportados al procedimiento, sino que cualquier indefensión al respecto se la habría causado la propia entidad demandada. No se identifica la prueba inadmitida, aunque en sus confusas y genéricas alegaciones y en particular en el suplico se alude a inadmisión de prueba

documental y, si bien podría entenderse referida a la relativa a los escritos de solicitudes de formación, lo cierto es que no hay ningún rechazo a la admisión o ninguna inadmisión de la misma.

3ª) No se alega siquiera ni consta que por parte de la demandada se hiciera en juicio alguna protesta por la actuación de la Juzgadora en juicio que dice haberle causado indefensión, al admitir prueba sobre extremos distintos al de su capacidad o no para impartir formación no reglada o rechazarle alguna prueba, por lo que, igualmente, habría quedado convalidada por ella.

Lo anterior determina la no apreciación o rechazo de causa de nulidad y, creemos que con ello también la desestimación del recurso, sin perjuicio de lo cual y “ad cautelam”, dado que invoca a la vez el apartado c) del 193 de la Ley de la Jurisdicción Social, cabe señalar que, aunque también califica de normas sustantivas y de la jurisprudencia las únicas señaladas en relación con la doctrina de los propios actos y del principio de la buena fe y la confianza legítima, tampoco en ese alegado aspecto sustantivo se estiman vulneradas, por no darse los presupuestos de esos principios, como ya antes se ha visto.

Además, la sentencia si resolvió sobre el tema que la parte consideraba era el de fondo, indicando que consta en los propios poderes presentados por la empresa que su objeto social no es la formación, sino la intermediación en comercio (esto es, valoró todos los documentos -incluidos los de carácter público- y no sólo el que pretende la parte), por lo que no puede ampararse en un subterfugio de una pretendida “formación” lo que en realidad es una relación laboral. No se trata que estemos ante una enseñanza reglada o no, sino que la empresa no está autorizada para impartir cursos de formación laboral, siendo además falaz que las actoras se hubieren adscrito a curso alguno. La Subinspectora observa como las trabajadoras realizan sus trabajos en compartimentos separados, que según las manifestaciones de las trabajadoras teleoperadoras, los clientes con los que contactaban eran reales, en definitiva, la conclusión del Instituto demandante, calificando la relación de laboral, es acorde a derecho, tanto por las pruebas que constan en las actas de infracción y liquidación por constatación directa de la subinspectora, como por la declaración de las actoras en el acto de juicio a lo que hay que añadir la presunción de laboralidad del art. 8-1 del ET. Todo ello, tras recoger en hechos probados, no combatidos, que “En dicha visita la subinspectora pudo constatar que: “En fecha, lugar y hora indicados, prestaban trabajo, por cuenta de la mercantil A.B., S.L., 17 trabajadores, relacionados a continuación, quienes realizaban tareas de teleoperadores. En la sala se disponía el mobiliario característico de atención telefónica, esto es, filas de mesas separadas cada una de ellas por un tablero, de tal manera, que todos los trabajadores atendían el teléfono, sentados en su compartimento” (hecho probado primero) y que “Las trabajadoras afectadas prestaban sus servicios de teleoperadoras en las instalaciones de la empresa demandada, habiendo pactado una retribución y firmando contratos de carácter eventual y a tiempo parcial” (hecho probado tercero).

En consecuencia, con confirmación de la sentencia, procede la desestimación del recurso.

CUARTO.- De conformidad con lo establecido en los artículos 235.1 y 204.4 de la Ley de la Jurisdicción Social, procede la imposición de las costas a la parte recurrente vencida en el recurso, así como igualmente procede la condena a la pérdida del depósito constituido para poder recurrir, al que se dará el destino pertinente.

FALLO

Desestimando el recurso de suplicación formulado por la demandada A.B, SL contra la Sentencia de fecha 2 de noviembre de 2015, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 1 de Elche, en autos 308/15 sobre PROCEDIMIENTO DE OFICIO, siendo parte recurrida la demandante TESORERIA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL y los codemandados, DOÑA S.M. M. y otros DIECISEIS confirmamos la referida Sentencia; condenamos a la parte recurrente a que abone al Letrado de la Administración de la Seguridad Social que ha impugnado el recurso la cantidad de 600 euros y condenamos igualmente a la parte recurrente a la pérdida del depósito constituido para recurrir al que se dará el destino que proceda legalmente, una vez sea firme esta sentencia.

2286

Sentencia núm. 2.709, de 7 de noviembre de 2017

Materia: Tutela de los derechos fundamentales. Trabajador que presta sus servicios como cocinero para empresa demandada y dedicada a la actividad de la hostelería. La demandada se subrogó en la relación de trabajo que el actor mantuvo con otra mercantil. El actor ostenta el cargo de presidente de comité de empresa. Disconformidad con los turnos de trabajo, sistemas de rotación en las cocinas del centro donde presta sus servicios y con las funciones atribuidas. Comportamiento hostigador por parte de la persona codemandada. Acoso laboral y sibilino acoso sindical. El actor presenta demanda de conflicto colectivo por vulneración de los derechos fundamentales, alegando actitud antisindical, discriminatoria y de acoso por parte de la empresa ante su persona y respecto a los representantes de los trabajadores elegidos por el sindicato. Se solicita el restablecimiento de estos en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental. Procedencia del recurso.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. No se observa vulneración de los derechos fundamentales.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se aprecia por parte de la persona codemandada en la instancia y subsidiariamente por parte de la mercantil vulneración de los derechos fundamentales del trabajador. Tampoco se ha acreditado la existencia de acoso moral ni hostigamiento por parte de la dirección de la empresa sin que se haya hecho mención a hechos concretos que revelen esas conductas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El recurso interpuesto, que ha sido impugnado en nombre de C., S.A. y D. A.C.G., así como por el MINISTERIO FISCAL, se estructura en dos motivos. El primero se formula al amparo del artículo 193.a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, postulando la reposición de los autos al estado en el que se encontraban “en el momento de cometerse una infracción de normas o garantías del procedimiento que haya producido indefensión”, y en dos apartados denuncia: A) “Indefensión de esta parte, por denegación de la prueba documental consistente en la reproducción de una conversación entre el co-demandado A.C., y el demandante, que a juicio de esta parte, vulnera lo establecido en el artículo 94 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, que regula el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva”. Aduce en síntesis que es incongruente y contrario a derecho, que se inadmita una prueba de estas características por el mero hecho de haber transcurrido cuatro años, cuando lo que se está demandando no es sino el incesante hostigamiento por parte de la dirección de la mercantil demandada contra el trabajador demandante y en su condición de miembro de la representación legal de los trabajadores; máxime cuando al principio de la vista sí que se iba a admitir la prueba, luego se restringe en el tiempo, y finalmente se desestima su práctica por su irrelevancia, según se indica en el último párrafo de los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia, cuando en realidad el único motivo para su desestimación fue el espacio temporal transcurrido desde su grabación, incidiendo en que no había prescripción cuando se presentó la demanda, invocando lo indicado por la sentencia

del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2005 (R.2564/2004). B) “Indefensión de esta parte, por denegación de la prueba testifical consistente en la declaración como testigo de J.G.H., asesor sindical del sindicato STICS, que a juicio de esta parte vulnera lo establecido en el artículo 92 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, que regula el derecho fundamental a la “tutela judicial efectiva”, aduce en síntesis que no existió motivación para rechazar la práctica de la prueba testifical solicitada, por lo que difícilmente podía argumentar contra la decisión de inadmisión de dicha prueba, con la que pretendía acreditar todos y cada uno de los extremos de la demanda, habiéndose “cerenado su derecho a poder acreditar los pedimentos de su demanda”, imposibilitando la exposición detallada “de los hechos reclamados en nuestra demanda”. En concreto, nos habría permitido acreditar la existencia de las denuncias antes la Inspección de Trabajo y las recomendaciones emitidas por ésta; nos habría permitido acreditar que el demandante jamás cobró retribuciones variables, los continuos silencios de la empresa demandada, ante las denuncias del demandante, el acoso que sufre el demandante respecto de su puesto de trabajo y desempeño de las funciones de su categoría profesional, la sobrecarga de trabajo efectivo a la que viene siendo sometido por parte de la codemandada, al incumplimiento sistemático por parte de la empresa de lo establecido en el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores y del 35 del Convenio Colectivo de hostelería de la provincia de Valencia”.

2. La sentencia desestima la demanda orientada a que “se disponga el restablecimiento del trabajador en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, así como la reparación de las consecuencias derivadas de la decisión empresarial mediante el abono de una indemnización de “25.000 euros”, habiéndose concretado en escrito de subsanación de 24 de octubre de 2016 que se trataba de la “vulneración del derecho fundamental a la igualdad de trato y vulneración del derecho fundamental a la no discriminación por el desempeño de la representación legal de los trabajadores” con fundamento (que esta Sala acepta por su exactitud y rigurosidad) en que “- La demanda origen de los presentes autos se formula por la modalidad procesal regulada en los arts. 177 y siguientes de la LRJS (De la tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas), precepto en el que se establece, en lo que ahora interesa, que cualquier trabajador que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios. Añadiendo en el apartado 4 que la víctima del acoso o de la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas con motivo u ocasión de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, podrá dirigir pretensiones, tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, con independencia del tipo de vínculo que le una al empresario. Y que corresponderá a la víctima, que será la única legitimada en esta modalidad procesal, elegir la clase de tutela que pretende dentro de las previstas en la Ley, sin que deba ser demandado necesariamente con el empresario el posible causante directo de la lesión, salvo cuando la víctima pretenda la condena de este último o pudiera resultar directamente afectado por la resolución que se dictare. Pues bien, en este caso el trabajador demandante considera que el autor del acoso y/o lesión de otros derechos fundamentales (después se volverá a razonar al respecto) es A.C.G., trabajador de la empresa que ostentaba hasta marzo de 2016 (la demanda se presenta en octubre de 2016) el cargo de gerente o responsable de los centros de la

empresa en Valencia, frente a quien se formula la demanda haciendo uso de las previsiones legales citadas; cuya demanda se interpone asimismo contra la empresa, alegándose en el hecho segundo de la misma que se la demanda “por ser colaboradora necesaria y responsable civil subsidiaria (sic) de los hechos que provocan la presentación de esta demanda por vulneración de derechos fundamentales”. Pues bien, lo primero que el juzgador quiere destacar es que las menciones que al citado Sr. C. se hacen en la demanda a partir de ese apartado segundo de la misma son escasas y remotas en el tiempo; y, desde luego, si algo relevan las propias menciones de la demanda son discrepancias entre el actor y su superior con las decisiones respecto a las condiciones de trabajo del actor que aquel adoptó en el ejercicio de sus funciones directivas y organizativas, sin que de los propios hechos de la demanda se atisbe siquiera una situación de acoso laboral sufrida por el actor y proveniente del trabajador demandado. A quien ha de excluirse, por tanto, de cualquier responsabilidad que pueda declararse en esta sentencia. Por otro lado, de la interpretación conjunta de las disposiciones de los arts. 179 y 182 de la LRJS, debe entenderse que la demanda de tutela de derechos fundamentales debe expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración y el derecho o libertad infringidos y solicitar, además de que se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y la nulidad radical de la actuación del empleador o cualquier otra persona que sea autor de la conducta lesiva de derechos fundamentales, que se ordene el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, que se disponga el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental y que se acuerde la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera. Pues bien, en este caso, ni en la demanda ni en la subsanación a la que fue requerido el actor por la Letrada de la Administración de Justicia se cumplen los requisitos citados. En efecto, en el suplico de la demanda la única petición que queda clara es la referida al pago de una indemnización de 25.000€, puesto que, en lo demás, la parte actora formula la pretensión en los términos genéricos de la norma, pidiendo que se disponga el restablecimiento del trabajador en la integridad de su derecho (de cuál, se pregunta el juzgador) y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental (qué situación era esa, se pregunta el juzgador y qué tienen que hacer los demandados para que se produzca esa reposición). Ya se ha dicho que la Letrada de la Administración de Justicia requirió al actor la subsanación de la demanda para que concretara la “tutela repositiva” que solicita en el suplico de la demanda, presentándose un pretendido escrito de subsanación en el que el actor hace constar que solicita el “cese inmediato por parte de los codemandados en el trato discriminatorio y vejatorio en las relaciones laborales con los codemandados como consecuencia de su pertenencia a la representación legal de los trabajadores”(sic). Con lo cual el actor sigue sin concretar cuál era la situación que tenía antes de que se produjera la conducta empresarial lesiva de derechos fundamentales y resulta imposible, en consecuencia, acordar el restablecimiento o reposición del trabajador en esa situación anterior. Como se ha visto, el art. 179.1 de la LRJS exige que en la demanda se exprese el derecho o libertad infringidos y, en este punto, la confusión en la que incurre el demandante es también notable. En efecto, en el encabezamiento de la demanda se alude al acoso laboral, al derecho fundamental a la igualdad de trato y al derecho fundamental a la no discriminación por el desempeño de la representación legal de los trabajadores y en el hecho séptimo de la misma se indican que los hechos relatados en los apartados anteriores del escrito vulneran el art. 14 de la CE, que establece que todos los españoles son iguales ante la ley, sin posibilidad de discriminación, el art. 17 del ET, que prohíbe la discriminación en las relaciones laborales, y el art. 12 de la Ley Orgánica. Confundiendo principios constitucionales distintos, como son el derecho a la igualdad y el derecho a la no discriminación y, sobre todo, sin mencionar cuál es, en

qué consiste, el diferente trato que el actor recibe en relación con otros trabajadores... Los razonamientos expresados en el fundamento anterior deberían determinar, bien la desestimación, sin más, de la demanda, o bien que se requiriera de nuevo la subsanación de la misma. Posibilidad esta última que el juzgador descarta en este caso por considerar que los propios hechos que el actor describe en su demanda y, desde luego, los que de ellos han quedado acreditados en el proceso en ningún caso son reveladores de una conducta empresarial lesiva de derechos fundamentales. Es sabido que tanto el Tribunal Constitucional (desde la STC 38/1981) como el Tribunal Supremo han sentado desde antiguo el criterio de que, cuando se alegue que una determinada medida encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al autor de la medida la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental; para ello se necesita que, previamente, el actor acredite la existencia de indicios razonables de que la alegada lesión se ha producido, esto es, un principio de prueba dirigido a poner de manifiesto, en su caso, el motivo oculto de aquel acto para, una vez alcanzado el anterior resultado probatorio por el demandante, hacer recaer sobre la parte demandada la carga de probar la existencia de causas suficientes, reales, y serias, para calificar de razonable su decisión (por todas, SS TC 87/1998, 140/199, 29/2000 y 308/2000 y SS TS de 21 diciembre 1990, 9 febrero, 15 abril, 23 septiembre y 1 octubre, todas de 1996 y 25 marzo 1998). Criterio de la doctrina constitucional y de la jurisprudencia laboral que recoge actualmente el art. 181.2 de la LRJS, conforme al cual, en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Sin embargo, a criterio del juzgador, existe aún un paso previo a la declaración de lesión de derechos fundamentales a los dos que se acaban de mencionar, pues es preciso que los hechos que el trabajador alega como indicios de la conducta empresarial lesiva de derechos fundamentales -y que tiene que acreditar, como se ha dicho- constituyan efectivamente, en el caso de que sean ciertos, lesión de derechos fundamentales. Y esta situación no concurre en el presente caso y se desprende de las propias alegaciones de hecho de la demanda. Ya se ha dicho antes que el actor "denuncia" una situación de acoso laboral, tanto en el encabezamiento de la demanda como en distintos pasajes del cuerpo de la misma, en la que se alude a un comportamiento hostigador, a actitudes hostiles y comportamientos acosatorios, a un ataque psicológico, ético y moral, a que el demandado Sr. C. se dedica a amedrentar y coaccionar a los trabajadores y a difamar al actor y a hacerle el vacío e ignorarle. Actitud que también se imputa en la demanda a otro trabajador, C.S., quien, como otros mandos intermedios, aleccionados por la empresa, se dice, ejecutan los atropellos y tropelías y acciones de desprestigio contra su persona. Da la impresión, sin embargo, que el actor lo que hace es "trasponer" a la demanda las conductas que la doctrina científica y judicial utiliza para definir, en general, el acoso laboral o acoso moral en el trabajo, que, ciertamente, constituye conducta lesiva del art. 15 de la norma fundamental, que reconoce el derecho a la vida e integridad física "y moral". Y, en su caso, del art. 14, si en el origen de la conducta de "acoso" se halla alguno de los factores de discriminación prohibida que se mencionan en este precepto; y del art. 28.1 si, en concreto, el factor de discriminación es la afiliación o la actividad sindical del trabajador. Lo que ocurre es que, se insiste, el actor se limita a imputar a la empresa, al codemandado y a otros trabajadores a quienes no se demanda conductas de acoso laboral sin hacer mención a hechos concretos reveladores de esa conducta. Y los pocos hechos que se mencionan, o bien se trata de simples problemas laborales (o "fiscales", como el problema surgido con las retenciones del IRPF al que el actor le da una importancia evidentemente desproporcionada) o bien se trata de hechos anecdóticos, muy alejados de conductas de acoso, como los que el actor describe en el hecho tercero, los que describe (y no ha acreditado) referidos a que el Sr. C. cerró un grifo de agua del fregadero sin preguntar o consultar al cocinero, que era él, o la

discusión que el actor tuvo con C.S. el día 16 de junio de 2016 de la que se da noticia en el hecho probado 14. El actor alude en su demanda a que, a consecuencia de todo este acoso laboral, viene sufriendo desde agosto de 2013 episodios más o menos graves de ansiedad, dolor, pinchazos torácicos y malestar general por los que está en tratamiento en la USM. Menciones de las que debe deducirse que la baja médica de más de un año que el actor ha mantenido y en la que permanecía en la fecha en que presentó la demanda origen de los presentes autos no tiene ninguna relación con esa patología (si así fuera es obvio que lo hubiera alegado en la demanda y hubiera acreditado en el proceso el diagnóstico de la baja médica); y que, en cualquier caso, son irrelevantes para poner de manifiesto una situación de acoso laboral, que no se define por su resultado en la salud del actor, sino por la conducta del autor sobre la víctima. La conclusión de todo ello es que los propios hechos que el actor alega en la demanda, la mayor parte de los cuales son situaciones de conflicto laboral frente a las que el actor ha presentado denuncias ante la Inspección de Trabajo y demandas laborales, no son, aunque fueran ciertos, constitutivos de una situación de acoso laboral, con lo que difícilmente pueden constituir indicios de lesión del derecho fundamental del art. 15 de la CE o de cualquier otro derecho fundamental o libertad pública del trabajador.....

Respecto de las alegaciones en torno a la lesión del derecho fundamental a la igualdad de trato y a la no discriminación y a la vulneración de los arts. 14 de la CE, 17 del ET y 12 de la LOLS que el actor denuncia en su demanda, debe decirse en primer lugar que el demandante confunde dos derechos distintos. En efecto, como ha puesto de manifiesto reiterada -y conocida- doctrina del Tribunal Constitucional y de los Tribunales laborales ordinarios, el artículo 14 de la Constitución Española comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado” y “esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación”. Doctrina que, ya de entrada, conduce a descartar que la empresa haya podido incurrir en vulneración del derecho fundamental a la igualdad del art. 14, que no rige en las relaciones privadas. Sí rige, desde luego, el principio de no discriminación y aunque, directamente, la pertenencia al comité de empresa, órgano de representación unitaria, no es un factor que contemple el art. 14 CE, ni el art. 17 del ET, ni está amparada por el derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE (en nuestro sistema de relaciones laborales existen dos tipos de representantes de los trabajadores en las empresas: de un lado, los representantes sindicales y, de otro, los representantes unitarios o electivos (miembros de comités de empresa y delegados de personal), que es el caso del trabajador demandante y sólo aquellos están amparados, en principio, por el derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE), en el presente caso parece clara la conexión entre la actividad desarrollada por el actor (y por el resto de los miembros del Comité de Empresa de la candidatura del STICS-IV) y la actividad del Sindicato en la empresa y así se desprende sin dificultad de los hechos que se declaran probados, de los que se desprende que los representantes del citado Sindicato se han distinguido sobre el resto de los representantes unitarios en las reclamaciones ante la Inspección de Trabajo, ante el TAL y ante los órganos judiciales laborales. Por lo que sería posible, en efecto, la existencia de una discriminación por razón de la afiliación y/o actividad sindical del actor, que resultaría lesiva del art. 14 y del art. 28.1 de la CE, que incluye, entre su contenido esencial, la denominada garantía de “indemnidad sindical”, que, con el fin de preservar de cualquier injerencia u obstáculo el ejercicio de la libertad sindical, consiste, en palabras del TC, en el

derecho del trabajador a no sufrir menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa; menoscabo que se produce si el desempeño legítimo de la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza (entre otras muchas SS TC 17/2005, 168/2006, 183/2007, 200/2007, 257/2007, 137/2008 y 2/2009). Garantía de indemnidad que, por lo demás, se recoge, en el art. 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical que cita el demandante y conforme al cual “serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales”. Lo que ocurre es que el actor ni menciona en su demanda ningún trato peyorativo en relación con otros trabajadores -que tampoco se deduce de los hechos que han quedado acreditados en el proceso, en particular el hecho de que el actor cobre un complemento salarial que no perciben otros trabajadores de su misma categoría y el hecho de que sea el único cocinero que no trabaja en la plancha ni hace bocadillos- ni los hechos que menciona relativos a sus discrepancias con la empresa referidos a cambios de puesto de trabajo, funciones, retenciones fiscales, vacaciones, etc. puede estimarse que traigan origen en la actividad sindical del actor, quien ha llegado a acuerdos con la empresa en conciliación judicial sobre las citadas condiciones de trabajo y ha desistido de anteriores demandas de tutela de tutela de derechos fundamentales. La conclusión a que llega el juzgador de cuanto se ha razonado en los fundamentos anteriores es que los propios hechos (no las valoraciones de los mismos) que el actor hace en la demanda no constituirían, ni aun siendo ciertos (algunos de ellos han quedado acreditados y otros no), lesión de los derechos fundamentales del trabajador que éste alega en su demanda, presentada, y ello tampoco puede ser irrelevante, cuando el actor llevaba 10 meses de baja médica. Y todo ello determina que la demanda deba ser desestimada”.

3. Tal y como el Tribunal Constitucional viene indicando (véase por ejemplo su sentencia de 76/2010, de 19 de octubre) “...el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE), ...queda condicionado por su carácter de derecho constitucional de naturaleza procedimental, lo que exige que, para apreciar su vulneración, quede acreditada la existencia de una indefensión constitucionalmente relevante, resultando necesario demostrar que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada era decisiva en términos de defensa; esto es, que hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, por ser potencialmente trascendente para el sentido de la resolución. Igualmente, hemos sostenido que tal situación de indefensión debe ser justificada por el propio recurrente en amparo en su demanda, pues la tarea de verificar si la prueba es decisiva en términos de defensa y, por tanto, constitucionalmente trascendente, no puede ser emprendida por este Tribunal Constitucional mediante un examen de oficio de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, sino que exige que el solicitante de amparo haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en la demanda, habida cuenta de que, como es notorio, la argumentación recae sobre el recurrente en amparo. Esta carga de la argumentación se traduce en la doble exigencia de que el demandante de amparo acredite, tanto la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas, como el hecho de que la resolución judicial final podría haberle sido favorable de haberse admitido y practicado dichas pruebas, quedando obligado a probar la trascendencia que la inadmisión o la ausencia de la práctica de la prueba pudo tener en la decisión final del proceso. De no constatarse la circunstancia de que la prueba inadmitida o no practicada era decisiva en términos de defensa, resultará ya evidente ab initio, sin necesidad de ulterior análisis, que no habría existido la lesión denunciada, puesto que, como hemos señalado, el ámbito material protegido por el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes no abarca las meras infracciones de la legalidad

procesal que no hayan generado una real y efectiva indefensión (entre las últimas, SSTC 185/2007, de 10 de septiembre, FJ 2; y 258/2007, de 18 de diciembre, FJ 3).

4. Por su parte, el Tribunal Supremo en sentencia de 9 de diciembre de 2014 (R. 222/2013) recordó la doctrina constitucional acerca de que «... el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes constituye un derecho fundamental, inseparable del derecho de defensa, que el art. 24.2 CE reconoce y garantiza a todos los que son parte en un proceso judicial, y cuyo contenido esencial se integra por el poder jurídico que se reconoce a quien interviene como litigante en un proceso de provocar la actividad procesal necesaria para lograr la convicción del órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos relevantes para la decisión del conflicto que es objeto del proceso» (SSTC 37/2000, de 14/Febrero, FJ 3; 246/2000, de 16/Octubre, FJ 3; 19/2001, de 29/Enero, FJ 4; y 30/2007, de 12/Febrero, FJ 2)”, indicando como síntesis de la doctrina constitucional en orden al ejercicio de tal derecho... a) Este derecho fundamental, que no comprende un hipotético derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sí que atribuye el derecho a la recepción y práctica de las que sean pertinentes, entendida la pertinencia como la relación entre los hechos probados y el «thema decidendi». b) Puesto que se trata de un derecho de configuración legal, es preciso que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos y c) Es necesario asimismo que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea «decisiva en términos de defensa». Este derecho a la utilización de los medios de prueba constituye un derecho de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, por lo que su ejercicio ha de acomodarse a las exigencias y condicionantes impuestos por la normativa procesal, de tal modo que es «conditio sine qua non» para apreciar su pretendida lesión que la prueba se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, de manera que en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho que nos ocupa cuando la inadmisión de una prueba se ha producido debidamente en aplicación estricta de las normas legales cuya legitimidad constitucional no puede ponerse en duda, de modo que cuando la inadmisión o el rechazo de los medios de prueba sea debido al incumplimiento por parte del interesado de dichas exigencias legales, la resolución que así lo acuerde no podrá reputarse lesiva del art. 24.2”.

5. Como quiera que ni siquiera en este trámite de recurso se indica el objeto concreto de la prueba propuesta, sino por referencia a “el incesante hostigamiento por parte de la dirección de la mercantil demandada contra el trabajador demandante y en su condición de miembro de la representación legal de los trabajadores” y que pretendía acreditar “todos y cada uno de los extremos de la demanda, habiéndose “cercenado su derecho a poder acreditar los pedimentos de su demanda”, imposibilitando la exposición detallada “de los hechos reclamados en nuestra demanda. En concreto, nos habría permitido acreditar la existencia de las denuncias antes la Inspección de Trabajo, y las recomendaciones emitidas por ésta; nos habría permitido acreditar que el demandante jamás cobró retribuciones variables, los continuos silencios de la empresa demandada, ante las denuncias del demandante, el acoso que sufre el demandante respecto de su puesto de trabajo y desempeño de las funciones de su categoría profesional, la sobrecarga de trabajo efectivo a la que viene siendo sometido por parte de la codemandada”, parece ignorar que lo que se debe probar en su caso son los hechos en que se exteriorice el hostigamiento o la vulneración de los derechos fundamentales cuya infracción denuncia, por cuanto, como ya quedó dicho, “el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” es un derecho de configuración legal, y el artículo 294.1 in fine de la subsidiaria Ley de Enjuiciamiento Civil exige que en la proposición de pruebas anticipadas se “expongan las razones en que se apoye la petición”, lo que no sucedió adquiriendo todo su sentido lo indicado por el

Magistrado de instancia al respecto subrayando que la demanda de tutela de derechos fundamentales debe expresar con claridad los hechos constitutivos de la vulneración y el derecho o libertad infringidos y solicitar, además de que se declare la existencia de vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas y la nulidad radical de la actuación del empleador o cualquier otra persona que sea autor de la conducta lesiva de derechos fundamentales, que se ordene el cese inmediato de la actuación contraria a derechos fundamentales o a libertades públicas, que se dispondrá el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental y que se acuerde la reparación de las consecuencias derivadas de la acción u omisión del sujeto responsable, incluida la indemnización que procediera, sin que ni en la demanda ni en la subsanación se cumplieran los requisitos citados, al no concretarse el derecho en que debe ser repuesto ni la situación anterior en que se encontraba, y es que, como ya quedó dicho, el actor ni menciona en su demanda ningún trato peyorativo en relación con otros trabajadores -que tampoco se deduce de los hechos que han quedado acreditados en el proceso, en particular el hecho de que el actor cobre un complemento salarial que no perciben otros trabajadores de su misma categoría y el hecho de que sea el único cocinero que no trabaja en la plancha ni hace bocadillos- ni los hechos que menciona relativos a sus discrepancias con la empresa referidos a cambios de puesto de trabajo, funciones, retenciones fiscales, vacaciones, etc. puede estimarse que traigan origen en la actividad sindical del actor, quien ha llegado a acuerdos con la empresa en conciliación judicial sobre las citadas condiciones de trabajo y ha desistido de anteriores demandas de tutela de tutela de derechos fundamentales. Por lo que, sin perjuicio de lo que se dirá luego, los propios hechos (no las valoraciones de los mismos) que el actor hace en la demanda no constituirían, ni aun siendo ciertos (algunos de ellos han quedado acreditados y otros no), lesión de los derechos fundamentales del trabajador que éste alega en su demanda, presentada, y ello tampoco puede ser irrelevante, cuando el actor llevaba 10 meses de baja médica.

6. Se impone en consecuencia la desestimación de este motivo.

SEGUNDO.- 1. El siguiente y último motivo de recurso se formula al amparo del artículo 193.c) de la LJS, denunciando en tres apartados: A) "Infracción de los artículos 10 y 15 de la Constitución Española, y 4.2.e y 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, en consonancia con el criterio técnico sobre "mobbing" del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, así como el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el lugar de trabajo y los criterios jurisprudenciales que allí cita". Aduce en síntesis que el demandante estaba siendo cargado con unas tareas imposibles de desarrollar en el tiempo establecido en la jornada de trabajo, que en cuatro años se habían producido más de catorce denuncias a la Inspección de Trabajo, y en la única resuelta (documento 2 de los presentados con la demanda) indicaba la existencia de indicios de situación de acoso laboral; y a "modo de relación" (sic) señalaba "el hecho de aplicarle un IRPF superior al legalmente establecido, donde no se aporta ni una sola nómina del trabajador donde cobre retribuciones variables, el incidente de agresión verbal, con otro mando de la empresa co-demandada, y que el Juzgador no quiso que nuestro testigo continuara relatando, la constante difamación del demandante ante los compañeros de trabajo, ridiculizando sus ideas o propuestas". B) "Infracción de los artículos 14 y 17 de la Constitución Española, y del artículo 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical", porque es su pertenencia a la representación legal de los trabajadores, siendo desde el año 2015 presidente y portavoz del Comité de empresa, habiendo presentado múltiples escritos y comunicaciones a la dirección de la empresa denunciando todas las actitudes hostiles y acusatorias, el origen del acoso laboral sufrido, incidiendo en que la empresa no contestó en ningún sentido a prácticamente todas sus comunicaciones, volviendo a reiterar lo indicado en el motivo anterior respecto a la testifical solicitada y no practicada. C)

“Infracción de los artículos 14, 15, 16, 18, 22 y 25, todos ellos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el criterio técnico sobre “mobbing” del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, así como el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el lugar de Trabajo y los criterios jurisprudenciales que allí cita”. Aduce en síntesis “que nos encontramos ante una empresa, que en primero lugar no tiene identificados los riesgos psicosociales, que ante las denuncias de supuestos actos de acoso, no sólo no toma ninguna iniciativa, es que ni siquiera contesta a esas denuncias, no cabe sino, dilucidar que la empresa de alguna manera es la que está provocando estas situaciones; por más que el Juzgador a quo, interprete finalmente que los hechos denunciados, los cuales considera que no todos son ciertos, sin manifestar cuales considera ciertos y porqué, y cuáles no considera ciertos y porqué, no lesionan la vulneración de derechos fundamentales, reclamados por esta parte; todo ello pese a toda la documentación y prueba aportados por esta parte, incluso, sin las pruebas solicitadas y denegadas de forma contraria a derecho.

2. Tampoco este motivo debe prosperar por las razones respectivas siguientes: A) Como recordó la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2014 (R. 197/2013) no basta “la simple referencia al precepto que se afirma infringido, pues aunque en supuestos de cierta sencillez normativa se haya admitido un criterio flexible en la aplicación de la exigencia, tal doctrina resulta inaplicable cuando la norma o situación de hecho ofrecen una cierta complejidad, casos en los que muy contrariamente se aplica como doctrina que el requisito impone -también- razonar de forma clara sobre la fundamentación de la infracción”, o como indica el artículo 196.2 in fine da la LJS: “En todo caso se razonará la pertinencia y fundamentación de los motivos”. Por otra parte, como subrayó el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de mayo de 2001 en doctrina perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, no cabe en este tipo de recursos entrar en el examen de denuncias tan indeterminadas de normas, como las que aquí se hacen (criterio técnico sobre “mobbing” del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, así como el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el lugar de Trabajo). Es más, como ya indicamos en la sentencia resolutoria del recurso 1207/06, y reiteramos en la recaída en el recurso 3279/10, trayendo a colación la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Murcia de 23 de junio de 2003, cuyo criterio asumíamos, “el mobbing es un concepto importado, por lo que, en su integración en el ordenamiento jurídico español, a falta de una previsión legal específica, debe responder o subsumirse en categorías o prescripciones o tipos jurídicos reconocibles o identificables en nuestro sistema legal, in extenso, y ello ocurrirá normalmente, por su naturaleza, en un ámbito de protección de los derechos fundamentales, a través de artículos tales como el 10, 14, 15 y 18 de la C.E. con las consecuencias derivadas del ordenamiento jurídico “en su más amplia expresión”. La situación de mobbing implica dirigirse contra el trabajador con ánimo de “victimizarlo” como sublimación de la perversión, mezquindad y bajeza del sujeto activo en su tendencia a afrentar la dignidad del sujeto pasivo, cuya “victimización”, de una manera u otra, con una amplia posibilidad de manifestación, se busca, hasta producir la sensación de que es inútil o indeseable, intentando degradarle, en su expresión más antijurídica, ruin, mezquina y baja, a una supuesta dimensión de cosa, abiertamente incompatible con lo más elemental de lo que es derecho y en caso alguno compatible con él, que nace, en su expresión esencial, de la dignidad humana (artículo 10 de la Constitución Española) aunque fuese posible, a la luz de un conjunto de criterios (lingüísticos, psicológicos, sociológicos, jurídicos, etc.), configurar una diversidad de graduaciones o formas de mobbing, desde el genuino, probablemente radicado en o surgido de un sujeto activo colectivo o plural-téngase en cuenta que “mob”, del inglés, es traducible, en determinados contextos, como banda; y “mobbing”, como ataque ejecutado por un grupo desordenado y/o descontrolado (o banda, cuadrilla, turba, etc.), cerco o acoso-; hasta otras manifestaciones, posiblemente menos características, entre las que estaría el “bullying” o intimidación y el “bossing” o dominación por el jefe (hasta anular la personalidad), lo trascendente es la finalidad

perseguida, de “victimización” cabría concluir que el mobbing, en su pluralidad de manifestaciones y grados podría caracterizarse como acoso, cerco, linchamiento, intimidación o dominación, referido con enfática preferencia a un plano moral o psicológico y, en su expresión más genuina, ejecutado en grupo el acoso moral - mobbing-, es más bien, o consiste en la creación de un ambiente hostil, hasta hacerlo insoportable para el trabajador, lo que se manifestará de forma nociva para él, y caracterizado (el ambiente o entorno de bajeza) por la transferencia de diversas proyecciones negativas tendentes al menosprecio o desprecio, al que el sujeto activo (singular, plural o colectivo) desearía enlazar la pérdida de la autoestima, el derrumbamiento psicológico, la flojedad o debilitamiento espiritual, la humillación o cualquier otra consecuencia negativa, en una extensa manifestación, como sufrimiento o castigo caprichoso y arbitrario para la víctima”, habiéndose señalado también por la Sala en sentencia de 17-09-2003 (número 3367/2003), que la conducta constitutiva de acoso tiene que ser sistemática y producirse sobre un periodo de tiempo prolongado, de manera que llegue a ocasionar una perturbación grave en el trabajador. Sin que el concepto de acoso pueda ser objeto de una interpretación amplia y sin que pueda ser confundido con una situación de conflicto en las relaciones entre empresario y trabajador. En el caso traído a nuestra consideración simplemente observamos unas actuaciones empresariales que se pueden encuadrar dentro de las facultades directivas que se reconocen a la empresa por los artículos 5 y 20 del Estatuto de los Trabajadores. En definitiva, no se ha acreditado la existencia de indicio alguno de acoso moral de acuerdo con lo antes indicado, compartiendo la Sala los razonamientos de la sentencia de instancia, que reiteramos ahora acerca de que “el actor se limita a imputar a la empresa, al codemandado y a otros trabajadores a quienes no se demanda conductas de acoso laboral sin hacer mención a hechos concretos reveladores de esa conducta. Y los pocos hechos que se mencionan, o bien se trata de simples problemas laborales (o “fiscales”, como el problema surgido con las retenciones del IRPF al que el actor la da una importancia evidentemente desproporcionada) o bien se trata de hechos anecdóticos, muy alejados de conductas de acoso, como los que el actor describe en el hecho tercero, los que describe (y no ha acreditado) referidos a que el Sr. C. cerró un grifo de agua del fregadero sin preguntar o consultar al cocinero, que era él, o la discusión que el actor tuvo con C.S. el día 16 de junio de 2016 de la que se da noticia en el hecho probado 14. El actor alude en su demanda a que, a consecuencia de todo este acoso laboral, viene sufriendo desde agosto de 2013 episodios más o menos graves de ansiedad, dolor, pinchazos torácicos y malestar general por los que está en tratamiento en la USM. Menciones de las que debe deducirse que la baja médica de más de un año que el actor ha mantenido y en la que permanecía en la fecha en que presentó la demanda origen de los presentes autos no tiene ninguna relación con esa patología (si así fuera es obvio que lo hubiera alegado en la demanda y hubiera acreditado en el proceso el diagnóstico de la baja médica); y que, en cualquier caso, son irrelevantes para poner de manifiesto una situación de acoso laboral, que no se define por su resultado en la salud del actor, sino por la conducta del autor sobre la víctima. La conclusión de todo ello es que los propios hechos que el actor alega en la demanda, la mayor parte de los cuales son situaciones de conflicto laboral frente a las que el actor ha presentado denuncias ante la Inspección de Trabajo y demandas laborales, no son, aunque fueran ciertos, constitutivos de una situación de acoso laboral, con lo que difícilmente pueden constituir indicios de lesión del derecho fundamental del art. 15 de la CE o de cualquier otro derecho fundamental o libertad pública del trabajador. B) Respecto de las alegaciones en torno a la lesión del derecho fundamental a la igualdad de trato y a la no discriminación y a la vulneración de los arts. 14 de la CE, 17 del ET y. 12 de la LOLS que el actor denuncia en su demanda, compartimos íntegramente lo argumentado en la muy razonada sentencia de instancia, acerca de que el demandante, ahora recurrente, confunde dos derechos distintos. En efecto, como ha puesto de manifiesto reiterada -y conocida- doctrina del Tribunal Constitucional y de los Tribunales laborales ordinarios, el artículo 14 de la Constitución Española

comprende dos prescripciones que han de ser diferenciadas: la primera, contenida en el inciso inicial de ese artículo, se refiere al principio de igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley por los poderes públicos; la segunda se concreta en la prohibición de discriminaciones y tiende a la eliminación de éstas en cuanto implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado” y “esta distinción tiene, según la jurisprudencia constitucional, especial relevancia cuando se trata de diferencias de trato que se producen en el ámbito de las relaciones privadas, pues en éstas, como señala la sentencia 34/1984, la igualdad de trato ha de derivar de un principio jurídico que imponga su aplicación”. Doctrina que, ya de entrada, conduce a descartar que la empresa haya podido incurrir en vulneración del derecho fundamental a la igualdad del art. 14, que no rige en las relaciones privadas. Sí rige, desde luego, el principio de no discriminación y aunque, directamente, la pertenencia al comité de empresa, órgano de representación unitaria, no es un factor que contemple el art. 14 CE, ni el art. 17 del ET, ni está amparada por el derecho de libertad sindical reconocido en el art. 28.1 CE (en nuestro sistema de relaciones laborales existen dos tipos de representantes de los trabajadores en las empresas: de un lado, los representantes sindicales y, de otro, los representantes unitarios o electivos (miembros de comités de empresa y delegados de personal), que es el caso del trabajador demandante y sólo aquellos están amparados, en principio, por el derecho de libertad sindical del art. 28.1 CE), en el presente caso parece clara la conexión entre la actividad desarrollada por el actor (y por el resto de los miembros del Comité de Empresa de la candidatura del STICS-IV) y la actividad del Sindicato en la empresa y así se desprende sin dificultad de los hechos que se declaran probados, de los que se desprende que los representantes del citado Sindicato se han distinguido sobre el resto de los representantes unitarios en las reclamaciones ante la Inspección de Trabajo, ante el TAL y ante los órganos judiciales laborales. Por lo que sería posible, en efecto, la existencia de una discriminación por razón de la afiliación y/o actividad sindical del actor, que resultaría lesiva del art. 14 y del art. 28.1 de la CE, que incluye, entre su contenido esencial, la denominada garantía de “indemnidad sindical”, que, con el fin de preservar de cualquier injerencia u obstáculo el ejercicio de la libertad sindical, consiste, en palabras del TC, en el derecho del trabajador a no sufrir menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa; menoscabo que se produce si el desempeño legítimo de la actividad sindical tiene consecuencias negativas para quien la realiza (entre otras muchas SS TC 17/2005, 168/2006, 183/2007, 200/2007, 257/2007, 137/2008 y 2/2009). Garantía de indemnidad que, por lo demás, se recoge, en el art. 12 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical que cita el demandante y conforme al cual “serán nulos y sin efecto los preceptos reglamentarios, las cláusulas de los convenios colectivos, los pactos individuales y las decisiones unilaterales del empresario que contengan o supongan cualquier tipo de discriminación en el empleo o en las condiciones de trabajo, sean favorables o adversas, por razón de la adhesión o no a un sindicato, a sus acuerdos o al ejercicio, en general, de actividades sindicales”. Lo que ocurre es que el actor ni menciona en su demanda ningún trato peyorativo en relación con otros trabajadores -que tampoco se deduce de los hechos que han quedado acreditados en el proceso, en particular el hecho de que el actor cobre un complemento salarial que no perciben otros trabajadores de su misma categoría y el hecho de que sea el único cocinero que no trabaja en la plancha ni hace bocadillos- ni los hechos que menciona relativos a sus discrepancias con la empresa referidos a cambios de puesto de trabajo, funciones, retenciones fiscales, vacaciones, etc. puede estimarse que traigan origen en la actividad sindical del actor, quien ha llegado a acuerdos con la empresa en conciliación judicial sobre las citadas condiciones de trabajo y ha desistido de anteriores demandas de tutela de tutela de derechos fundamentales. En definitiva, los propios hechos alegados por el actor “no constituirían, ni aun siendo ciertos (algunos de ellos han quedado acreditados y otros no), lesión de los derechos fundamentales del trabajador que éste alega en su demanda, presentada, y ello tampoco puede ser irrelevante, cuando el actor llevaba

10 meses de baja médica”. C) Respecto a la última de las infracciones jurídicas denunciadas (la de los artículos 14, 15, 16, 18, 22 y 25, todos ellos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en relación con el criterio técnico sobre “mobbing” del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, así como el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el lugar de Trabajo y los criterios jurisprudenciales que allí cita) basta considerar que constituye una cuestión nueva no planteada en la instancia, tal y como se indica en el escrito de impugnación del recurso, y que –dicho sea obiter dictum- se incurre también aquí en falta de razonamiento de la infracción de los preceptos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (artículo 196.2 in fine de la LJS) así como en cita indeterminada de normas (criterio técnico sobre “mobbing” del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, así como el Acuerdo Marco Europeo sobre Acoso y Violencia en el lugar de Trabajo, cuya infracción tampoco se razona).

TERCERO.- Corolario de todo lo razonado será la confirmación de la sentencia de instancia, previa desestimación del recurso. Sin costas al gozar el recurrente del derecho a la asistencia jurídica gratuita de conformidad con lo dispuesto en los artículos 235.1 de la LJS y 2.d) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. A.J.V.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 16 de los de Valencia, el día diez de abril de dos mil diecisiete, en proceso sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES seguido a su instancia contra C. S.A., y contra don A.C.G., y confirmamos la aludida sentencia.

Sin costas.

2287

Sentencia núm. 2.729, de 7 de noviembre de 2017

Materia: Minusvalía. Solicitud valoración grado de discapacidad. El actor se halla afecto de patologías de carácter psíquico y trastorno depresivo, conviviendo en una unidad familiar compuesta por padres, hermana y un tío. El actor se halla desempleado y figura como demandante de empleo. Solicitud revisión de grado (factores sociales).

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando al actor afecto de un grado de minusvalía del 64%, de los cuales el 55% corresponden a limitaciones en la actividad y 9 puntos por factores sociales. Absuelve a la parte demanda del resto de las pretensiones deducidas en su contra.

Sala: Estima el recurso declarando al demandante afecto de un grado de discapacidad por limitaciones en la actividad del 55%, más 10 puntos por factores sociales complementarios, lo que determina un grado de minusvalía total del 65%.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación letrada de la parte actora se interpone recurso de suplicación frente a la sentencia que estimó parcialmente la demanda declaró que el grado de minusvalía del demandante es del 64%. Ahora en el recurso, se insta la declaración del 65% en base a considerar que por factores sociales complementarios, y en concreto por el factor económico, le corresponden al demandante 2 puntos y no 1, como ha estimado la juzgadora de instancia.

El recurso se estructura en dos motivos, al amparo de los apartados b) y c) del art. 193 de la LRJS. En base al primero de ellos la parte recurrente solicita una adición al hecho probado 12º para que se haga constar la situación de la unidad económica a fecha 2012, por ser la fecha de efectos de la prestación. El texto es el siguiente: "La situación económica de la familia en la anualidad de 2012 (fecha de efecto legal de la prestación) es de 1.154€ en concepto de ingresos totales de la familia, lo que genera una RPC de 288,5€ por miembro. Datos que se extraen de la Valoración ad-hoc de la trabajadora social del EVO del Centro de Valoración de Discapacitados (Folio 112). Constando además que la Unidad Familiar se compone de 5 miembros de conformidad con el empadronamiento que obra al Folio 60, así como el resto de documentos aportados DNI, Renda, Darde, etc. (Folios 52 a 68)".

Estimamos lo interesado por tener apoyo documental suficiente (expediente administrativo) y ser importante y trascendente el nivel de rendimientos en 2012.

SEGUNDO.- Respecto de la censura del derecho bajo el apartado c) del art. 193 de la LRJS, la parte recurrente denuncia la errónea interpretación del Anexo 1.B del RD 1971/1999 de 23 de diciembre que recoge los factores sociales complementarios, concretamente el factor económico. Alega la citada parte que el juzgador se ha basado estrictamente en los ingresos actuales de 2015 y también del 2014 siendo así que el efecto económico es del 2012 por lo que deberán valorarse los ingresos de la Unidad Familiar de la anualidad de 2012.

Pues bien, del propio relato de hechos probados tal y como ha quedado configurado y de lo dispuesto en el Anexo I del RD 1971/1999, entendemos que resulta estimable la petición de la hoy recurrente dado que debemos estar a los ingresos del año 2012, pues tanto la solicitud como el examen médico se produjeron

en el mismo como los efectos económicos de la prestación se refieren a dicho año. De este modo, dado que la renta mensual resultante es de 288,50€ por miembro de la Unidad Familiar (1.154 € ingresos totales), ello supone una situación inferior al 49% del salario mínimo interprofesional (que en dicha anualidad era de 641,40 € y su 49% de 314,28 €) que recoge la tabla del factor económico.

Lo anteriormente expuesto determina que acojamos la petición de 2 puntos interesada por la parte actora-recurrente y no la de 1 punto otorgada por la entidad gestora y por el juzgado de instancia, lo que arroja un total de 10 puntos por factores sociales complementarios y un grado de minusvalía del 65% (55% de discapacidad + 10), procediendo en consecuencia la estimación del recurso.

FALLO

Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por D. A.S.P. contra la sentencia de 11-12-2015 del Juzgado de lo Social nº 17 de Valencia, y con parcial revocación de la misma, declaramos que el citado demandante se encuentra afecto de un grado de discapacidad por limitaciones en la actividad del 55%, más 10 puntos por factores sociales complementarios, lo que determina un grado de minusvalía del 65%, con efectos legales desde 22 de noviembre de 2012, por lo que condenamos a la GENERALITAT VALENCIANA –CONSELLERIA DE BIENESTAR SOCIAL- a estar y pasar por esta declaración y las consecuencias de este reconocimiento.

Sin costas.

2288

Sentencia núm. 2.772, de 23 de noviembre de 2017

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador que presta servicio por cuenta de entidad de derecho público extinguida e integrada en otro organismo. Extinción de la relación laboral por causas objetivas. Amortización de puesto de naturaleza laboral para adecuarse al nuevo organigrama previsto en el Decreto 152/2015

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la parte demandada d las peticiones contenidas en el suplico dela demanda, no apreciando vulneración de los derechos fundamentales y siendo ajustado a derecho o procedente el despido del actor.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. La amortización del puesto de trabajo es real y adoptada por el órgano competente conforme al procedimiento legalmente establecido. Ello no obsta la posterior creación del puesto de funcionario de Subdirector del organismo en cuestión y que se ha de ocupar por personal funcionario, condición que no posee el actor. No hay vulneración de la doctrina jurisprudencial en cuanto a indemnizaciones. Aplicación Ley 8/2014, de 26 de diciembre.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De cinco motivos consta el recurso de suplicación entablado por la representación letrada del demandante frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda sobre despido, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hechos.

Los dos primeros motivos tienen por objeto la revisión de los hechos declarados probados y se articulan por el apartado b del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS). Antes de entrar en su examen conviene hacer mención a la doctrina establecida por nuestro Alto Tribunal en sentencia de 20 de junio de 2006, recurso nº 189/2004 y que es perfectamente extrapolable al recurso de suplicación, dada su naturaleza extraordinaria, subrayada incluso por el Tribunal Constitucional (véase su sentencia 71/02, de 8 de abril), y según dicha doctrina “para que la denuncia del error pueda ser apreciada en este recurso excepcional de casación, es precisa la concurrencia de los siguientes requisitos: a) Que se concrete con claridad y precisión el hecho que haya sido negado u omitido en el relato fáctico. b) Que tal hecho resulte de forma clara, patente y directa de la prueba documental o pericial obrante en autos, sin necesidad de argumentaciones o conjeturas y sin recurrir a la alegación de prueba negativa, consistente en invocar la inexistencia de prueba que respalde las afirmaciones del juzgador. c) Que se ofrezca el texto concreto a figurar en la narración que se tilda de equivocada, bien sustituyendo o suprimiendo alguno de sus puntos, bien complementándolos. Y d) Que tal hecho tenga trascendencia para modificar el fallo de instancia (SSTS 02/06/92 -rec. 1959/91-; 31/03/93 -rec. 2178/91-; 26/09/95 -rec. 372/95-; 04/10/95 -rec. 45/95-; 04/11/95 -rec. 680/95-; 21/12/98 -rec. 1133/98-; 24/05/00 -rec. 3223/99-; 03/05/01 -rec. 2080/00-; 19/02/02 -rec. 881/01-; 12/03/02 -rec. 379/01-; 07/03/03 -rec. 96/02-; 15/07/03 -rec. 7/03-; 27/01/04 -rec. 65/02-; 06/07/04 -rec. 169/03-; 12/07/04 -rec. 166/03-; 17/09/04 -rec. 108/2003-; 29/12/04 -rec. 54/04-; 18/04/05 -rec. 3/04-; 18/05/05 -rec. 140/02-; 15/06/05 -rec. 191/04-; 27/07/05 -rec. 13/04-; 22/09/05 -rec. 193/04-; 10/10/05 -rec. 180/04 -).”

De acuerdo con los criterios expuestos se resolverá sobre las revisiones solicitadas.

En el primer motivo se solicita la modificación del hecho probado tercero para el que se ofrece el siguiente tenor: “La amortización de la plaza que ocupaba el actor, la número 504, la realizó el Consejo de Dirección del IVAS el 23 de noviembre de 2015 y no el conseller de Función Pública como establece el art. 34.1 de la Ley 0/10 (sic) de la Función Pública Valenciana.)”

El nuevo contenido se sustenta en el documento nº 1 folio 3.4 del ramo de prueba de la parte actora y en el art. 34 de la Ley 10/2010, de Ordenación de la Función Pública, y no puede ser acogida por cuanto que el contenido original del hecho controvertido es el que se recoge textualmente en el referido documento que sirve al demandante para postular su modificación, además de contener la nueva redacción valoraciones jurídicas impropias del relato fáctico y predeterminantes del fallo, lo que también conduce a su rechazo, no siendo la Ley 10/2010 un documento en el que pueda fundamentarse la revisión de hechos probados, sino una norma jurídica que, en su caso, se habrá de hacer valer a través del cauce establecido en el apartado c del art. 193 de la LJS.

En el segundo motivo se postula la revisión del hecho probado cuarto para el que se insta este contenido: “Que el IVAS sustituyó al actor, Sr. D.C.G. por un funcionario de carrera nombrado en comisión de servicio, don L.G.G., no tratándose la plaza de subdirector de una plaza nueva sino de un cambio de la persona que lo ocupa.”

El nuevo tenor se extrae “tras la valoración de “toda la prueba practicada”,” haciendo especial mención al documento nº 2 de la parte actora y a la declaración de la testigo D.ª I.V., sin que pueda prosperar por cuanto que al margen de no ser hábil la prueba testifical a efectos de modificar la declaración de hechos probados en este extraordinario recurso, la nueva redacción contiene de nuevo valoraciones jurídicas predeterminantes del fallo y como tales resultan inviables.

SEGUNDO.- Los tres siguientes motivos se introducen por el apartado c del art. 193 de la LJS y tienen por objeto el examen de las infracciones jurídicas y de la jurisprudencia.

En el primero de ellos se dice que en la carta de despido no se alega causa organizativa o económica alguna, si bien se fundamenta la extinción de la relación laboral del actor por parte de la Administración en el art. 52.c del Estatuto de los Trabajadores y en la Disposición Adicional 15 del mismo texto legal, pese a que esta última está derogada por la Ley 14/2006, de 29 de diciembre. Luego aduce que la Disposición Adicional 20 del Estatuto sí que está vigente pero que en el presente caso no se alega cambio organizativo alguno, salvo que el Consejo de Administración del IVAS –órgano incompetente para amortizar un puesto de trabajo- modifica el organigrama para adecuarlo al Decreto 152/2015, que aprueba el ROF de 18 de septiembre y amortiza la plaza 504 de la RPT, equivalente a la de Subdirector, pero dicho Decreto del Consell que solo dedica un apartado al IVAS, su Disposición Adicional Primera, no amortiza plaza alguna y en su punto segundo dice que “previa autorización de la Directora General competente en materia de presupuestos, se modificará de forma gradual la relación de puestos de trabajo del IVAS para crear plazas de naturaleza funcional cuando tengan encomendadas funciones que supongan el ejercicio de potestades públicas.” Luego el despido del actor debió declararse nulo al haber sido adoptada por un órgano incompetente la amortización de la plaza que venía ocupando.

La censura jurídica expuesta no puede prosperar porque como se refleja en la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia en la Disposición Adicional Primera del Decreto 152/2015, de 18 de noviembre, del Consell, por el que se aprueba el Reglamento orgánico y funcional de la Vicepresidencia y Conselleria de Igualdad y Políticas Inclusivas se establece la “Estructura del Instituto Valenciano de Acción Social (IVAS)” y en el nº 1 se refleja que “Primera. Estructura del Instituto Valenciano de Acción Social (IVAS).

1. De la Dirección General del Instituto Valenciano de Acción Social depende directamente la Subdirección General del IVAS, puesto de trabajo de naturaleza funcional, cuya creación, gestión y provisión se regirá por la normativa en materia de función pública.

La Subdirección tiene encomendadas las funciones siguientes:

a) Planificar, coordinar y supervisar administrativa y técnicamente a todos los servicios, programas y unidades del Instituto.

b) Hacer el seguimiento y la supervisión de los centros y servicios especializados gestionados por el Instituto, así como los programas y las actuaciones de inserción social y laboral y de acción social encomendados al Instituto.

c) Evaluar las actuaciones técnicas, profesionales y administrativas que sean necesarias para la tramitación de las prestaciones sociosanitarias encomendadas en el Instituto, y hacer el seguimiento de todo ello.

d) Coordinar las acciones y programas que tiene encomendado el IVAS para favorecer la ocupación de las personas con discapacidad, así como impulsar el diseño de los criterios y protocolos de atención a las personas atendidas por los servicios gestionados por el Instituto, y hacer el seguimiento y la evaluación de todo ello.

e) Planificar y evaluar la gestión económico-presupuestaria y de contratación.

f) Hacer la gestión del personal adscrito al IVAS: la selección, la provisión de las plazas, la gestión de las nóminas y de la Seguridad Social, así como la gestión de la formación, la calificación profesional y el control del absentismo, sin perjuicio de las competencias de gestión del personal funcionario que correspondan al departamento competente en materia de función pública.

g) Planificar y dirigir la gestión y el mantenimiento de infraestructuras, instalaciones e inmuebles adscritos en el Instituto.

h) Cualquier otra tarea análoga que se le encomiende.

2. Previa autorización de la dirección general competente en materia de presupuestos, y de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria del Instituto, se modificará de forma gradual la relación de puestos de trabajo del IVAS para crear plazas de naturaleza funcional cuando tengan encomendadas funciones que supongan el ejercicio de potestades públicas.”

Luego en el indicado Decreto del Consell se prevé la nueva estructura que ha de tener el IVAS, siendo de acuerdo con dicha estructura que se amortiza la plaza de trabajo de carácter laboral que venía ocupando el demandante, tal y como se expone en la comunicación sobre extinción de la relación laboral del mismo. Pero es que además si se acude al artículo 6 del Decreto 7/2013 por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del IVAS, en el que se recogen las competencias del Consejo

de Dirección, en el apartado e) se recoge como una de sus competencias: “Aprobar, a propuesta de la Dirección General, la organización funcional y las directrices básicas en materia de recursos humanos de la entidad, incluyendo la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo y el régimen de retribución del personal propio de la entidad, dentro de las limitaciones legales y presupuestarias, en particular de las previstas en los artículos 18 a 20 del Decreto Ley 1/2011, de 30 de septiembre, del Consell, de Medidas Urgentes de Régimen Económico-Financiero del Sector Público Empresarial y Fundacional y sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos de la Generalitat.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que la amortización del puesto de trabajo laboral nº 504 que venía ocupando el actor y la creación del puesto de Subdirector del IVAS nº de puesto de trabajo funcional 29040 resulta de la relación de puestos de trabajo de la Generalidad Valenciana aprobada por Resolución de 18-5-16, DOGV 25-5-16, lo que evidencia la previa autorización de la dirección general competente en materia de presupuesto para llevar a cabo dicha amortización, todo lo cual lleva a concluir que la amortización del puesto de trabajo del demandante que se aduce como causa organizativa para la extinción del contrato de trabajo del actor es real y está adoptada por el órgano competente y conforme al procedimiento legalmente establecido, sin que obste a dicha conclusión la posterior creación del puesto de funcionario de Subdirector del IVAS ya que ello, en contra de lo aducido por la defensa del recurrente, no se traduce en un simple cambio de personas en el mismo puesto de trabajo sino que evidencia la amortización del puesto de trabajo laboral que ocupaba el actor con funciones de Subdirector del IVAS y la creación de un nuevo puesto de trabajo de naturaleza funcional de Subdirector del IVAS que obviamente se ha de ocupar por personal funcionario, condición que no ostenta el actor.

Al ajustarse la amortización del puesto de trabajo del demandante al procedimiento legalmente establecido, tal y como ha apreciado la sentencia de instancia, no cabe apreciar las infracciones jurídicas que se imputan a la misma.

TERCERO.- En el segundo motivo destinado al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia se denuncia de nuevo la vulneración de los artículos 52 y 51 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en relación con la Disposición Adicional Vigésima. Afirma la defensa del recurrente que en el presente caso no existen causas objetivas que justifiquen el despido del actor por cuanto que lo que se ha producido es el cambio de un trabajador por otro, en este caso, un funcionario de carrera adscrito mediante comisión de servicio, sin tan siquiera ofertarse en concurso el puesto de trabajo, lo que califica de acto discrecional contrario al derecho laboral al que está sometida la Administración demandada.

Tampoco esta censura jurídica puede prosperar conforme se dijo en el anterior fundamento de derecho, corresponde al Consejo de Dirección del IVAS “Aprobar, a propuesta de la Dirección General, la organización funcional y las directrices básicas en materia de recursos humanos de la entidad, incluyendo la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo y el régimen de retribución del personal propio de la entidad, dentro de las limitaciones legales y presupuestarias...” De modo que el acuerdo por el que dicho Consejo de Dirección del IVAS acuerda modificar el organigrama del IVAS para su adecuación a lo establecido en el Decreto 152/2015, del Consell, que establece la existencia de una única Subdirección General de Políticas Inclusivas con las funciones que en su Disposición Adicional Primera se detallan y, en consecuencia, deja sin efecto la estructura de dos subdirecciones, acordada por el Consejo de Dirección, en su sesión del 18 de junio de 2013, con la subsiguiente amortización de los puestos de naturaleza laboral y con nivel de retribuciones equivalentes a subdirector y, en particular, la plaza 504, de la Relación de Puestos de Trabajo del IVAS que venía ocupando el actor, se ha de entender

ajustado a derecho por haberse adoptado por el órgano competente y con los requisitos formales necesarios, sin que corresponda a esta Sala examinar la bondad de la nueva relación de puestos de trabajo, por ser una cuestión que excede de su competencia, la cual se ha de limitar a enjuiciar si el cese del demandante obedece a una amortización real de su puesto de trabajo y si dicha amortización se ha adoptado por el órgano competente y siguiendo el procedimiento legalmente establecido, cuestiones que tras haber sido analizadas se han resuelto en sentido afirmativo, tal y como ha concluido la sentencia de instancia, lo que determina la desestimación del motivo ahora examinado.

CUARTO.- En el último motivo se denuncia la vulneración de la doctrina jurisprudencial y las normas reguladoras relativas a la cláusula de blindaje.

Razona la defensa del demandante que éste había pactado con su empleadora que “en el supuesto de ser despedido por cobertura reglamentaria de la plaza o amortización del puesto, el trabajador tendrá derecho a percibir una indemnización acorde con lo establecido para el despido improcedente en el art. 56.1 a) del Estatuto de los Trabajadores”, no estando unido el actor a la demandada por un contrato de alta dirección sino por un contrato ordinario por lo que se tiene que estar a los términos de lo pactado, de acuerdo con las reglas de interpretación establecidas en el art. 3.1 del Código Civil, así como en el art. 1281 del mismo texto legal.

Para resolver la cuestión ahora planteada se ha de tener en cuenta que la empleadora del demandante es una entidad de derecho público adscrita a la Conselleria competente en materia de asistencia y servicios sociales, encargada de la protección y tutela de los discapacitados psíquicos y de los afectados por otras discapacidades, así como de la prestación y ejecución de actuaciones en materia de servicios sociales y acción social, por lo que al personal laboral de la misma le es de aplicación lo establecido en la Ley de Presupuestos de la Generalitat Valenciana, Ley 8/2014, de 26 de diciembre, en cuya disposición adicional vigésimo tercera, que se titula “Indemnizaciones por extinción de contratos mercantiles y de alta dirección y por despido del personal laboral del sector público de la Generalitat”, en su apartado 2 se dice “Las indemnizaciones por despido, cese o extinción del personal laboral del sector público de la Generalitat que no sea personal directivo, no podrán ser superiores a las establecidas por disposición legal de derecho necesario. Serán nulos de pleno derecho los pactos, acuerdos o convenios que reconozcan indemnizaciones o compensaciones económicas superiores a las mencionadas. Excepcionalmente, mediante resolución motivada, la Conselleria que tenga competencias en materia de Hacienda podrá autorizar importes superiores a los indicados.” El carácter imperativo de la indicada norma impide aplicar al actor la indemnización superior pactada para el caso de amortización de su plaza, lo que lleva a desechar las infracciones jurídicas que se imputan a la sentencia de instancia por no acceder a la pretensión de una indemnización superior a la establecida legalmente y, por consiguiente, a desestimar íntegramente el recurso con la consiguiente confirmación de la resolución impugnada.

QUINTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 LJS, 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 la recurrente del beneficio de justicia gratuita.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto en nombre de D. D.C.G., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Uno de los de Valencia y su provincia, de fecha 23 de noviembre de 2016, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el Instituto Valenciano de Acción Social y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2289

Sentencia núm. 2.797, de 14 de noviembre de 2017

Materia: Extinción de la relación laboral. Despido improcedente. Trabajador que presta sus servicios como camarero en empresa dedicada a la actividad de hostelería y con contratos eventuales a tiempo parcial. El actor causó baja por incapacidad temporal dándosele posteriormente de alta. El actor no ha ostentado representación unitaria de los trabajadores o sindical. Salario a efectos indemnizatorios, salarios de tramitación y otros.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando improcedente la extinción del contrato de trabajo del actor con las consecuencias legales inherentes al mismo.

Sala: Estima parcialmente el recurso, reconociendo al actor demandante mayor cuantía indemnizatoria por despido improcedente y mayor cuantía diaria en concepto de salarios de tramitación, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son siete los motivos que se articulan en el recurso de suplicación entablado por la representación letrada del demandante frente a la sentencia del juzgado de lo Social nº Uno de los de Castellón de la Plana que declara despido improcedente la extinción del contrato de trabajo del demandante, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se refirió en los antecedentes de hecho.

El primero de los motivos se fundamenta en el apartado a del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) y en él se imputa a la resolución recurrida la infracción del artículo 216 de la LEC y el principio de aportación de parte en él contenido, así como del art. 281.3 LEC y del art. 24 de la Constitución. Aduce la defensa del recurrente que el Tribunal está vinculado a los hechos admitidos por las partes y a la actividad probatoria desarrollada por las mismas, por lo que no puede resolver cuestión distinta de la planteada por las partes, ni cambiar el enfoque jurídico de la cuestión y que en el presente caso en el escrito de demanda se fijaba como salario mensual del trabajador sin inclusión de pagas extraordinarias, el importe de 1.051,29 €, hecho que fue admitido por la empresa, igual que la categoría profesional del trabajador, por lo que la sentencia no puede fijar el importe del salario del demandante en el fijado para el salario mínimo interprofesional, apartándose de un hecho admitido, lo que debe determinar que la Sala entre a conocer de la cuestión en los términos en los que se ha planteado el debate y si hubiera insuficiencia de hechos probados y no pudieran ser completados deberá acordar la nulidad de la sentencia y de las posteriores actuaciones.

Las infracciones jurídicas denunciadas se han de rechazar por cuanto que conforme se desprende de los antecedentes de hecho de la resolución recurrida la demandada se opuso a las pretensiones ejercitadas lo que sin duda abarca el mayor salario solicitado por la recurrente, pero es que además, según se recoge con valor fáctico en el fundamento de derecho primero de la sentencia de instancia la demandada se opuso a la jornada laboral que decía realizar el demandante de la cual depende la cuantificación del salario devengado por el mismo, de ahí que no quepa apreciar como hecho conforme la determinación de dicho salario, pero es que además el salario que tiene en cuenta el actor para el cálculo de la indemnización por despido tampoco asciende a 1.051,29 €, como es fácil de ver en la

exposición de los motivos cuarto, quinto y sexto, por lo que difícilmente puede considerarse que existe conformidad de las partes respecto a la cuantificación del salario del demandante a efectos del cálculo de la indemnización por su despido, lo que conduce a desestimar el primero de los motivos del recurso.

SEGUNDO.- Por el cauce del apartado b del art. 193 de la LJS se introduce el correlativo motivo del recurso que se destina a la revisión de los hechos declarados probados en la sentencia de instancia. En concreto, se pretende la revisión de dos hechos probados: el primero y el tercero.

Respecto al primer hecho probado se solicita su modificación en el sentido de que se haga constar como período de prestación de servicios del demandante para M.M., desde el 26-9-11 hasta el 31-1-2016, que son las fechas de alta y de baja, respectivamente en la citada empresa y como fecha de alta del demandante para K.L.U. S.L. la de 3-2-2016 y de baja el 29-7-2016 y nuevamente de alta el 29-7-16. El nuevo tenor propuesto es el siguiente: "PRIMERO: El demandante A.M. ha venido prestando servicios por cuenta y orden de M.M., dedicado a la actividad de hostelería, desde el 26-9-11 hasta el 31-01-16 (fechas de alta y de baja respectivamente en la citada empresa según consta en la Vida Laboral del actor, doc. nº 23 del ramo de prueba de la actora, f. 71 y 72 de autos), habiéndose aportado a los presentes únicamente los siguientes contratos, suscritos por las partes, de trabajo para el puesto de trabajo con categoría profesional de camarero: contrato eventual a tiempo parcial (10 horas a la semana) con duración desde el 26-9-2011 al 31-12-2011, contrato eventual a tiempo parcial (10 horas a la semana) con duración desde el 11-2-2012 al 11-5-2015 (sic), contrato eventual a tiempo parcial (20 horas a la semana) con duración desde el 12-5-2014 al 26-7-2014, contrato eventual a tiempo parcial (10 horas a la semana) desde el 27-7-2014 al 5-3-2015 (10 horas a la semana), contrato eventual a tiempo parcial (20 horas a la semana) desde el 6-3-2015 al 10-6-2015, contrato temporal para obra o servicio determinado del 11-6-2015 al 31-12-2016, contrato eventual el 3-2-2016 al 10-4-2016 (no se aporta contrato de trabajo, solo certificado de empresa). En todos estos contratos de trabajo consta el sello de la empresa K.L.U. S.L., de la que M.M. es titular. Con la empresa K.L.U. S.L. el demandante figura de alta en la referida empresa el 3-2-2016 y de baja el 29-7-2016 y nuevamente de alta el 29-7-2016 (según consta en la vida laboral del actor, doc. nº 23 del ramo de prueba de la actora, f. 71 y 72 de autos) y ha suscrito los siguientes contratos de trabajo: contrato eventual a tiempo parcial (20 horas a la semana) del 11-4-2016 al 1-7-2016, del 28-7-2016 al 28-10-2016 (no consta contrato de trabajo, solo certificado de empresa). En el caso de los contratos de trabajo eventuales, el objeto de la contratación era de la "exceso de trabajo", (folios 25 y siguientes)".

La nueva redacción se sustenta en los folios 71 y 72 que es el informe de vida laboral del actor y no puede ser acogido por cuanto que el indicado informe se refiere a la relación de afiliación del trabajador en la Seguridad Social y no propiamente a la relación laboral, pero es que además se ve contradicho por los contratos de trabajo suscritos por las partes y que son los que tiene en cuenta la Magistrada de instancia, junto con los certificados de empresa para determinar el período de prestación de servicios del demandante para la empresa demandada, no pudiendo prosperar la revisión fáctica solicitada cuando los documentos que se cita en amparo de la misma están contradichos por otros elementos probatorios (véase por ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1994).

Como se dijo, la recurrente también insta la modificación del hecho probado tercero para que se haga constar en el mismo que la prestación de servicios del demandante se prolongaba hasta las 00:00 horas, siendo la redacción solicitada la siguiente: "TERCERO: El demandante realizaba el siguiente horario de forma habitual: turnos de dos semanas, la primera de 11:30 a 16:00 horas y de 19:00 horas al

cierre (según la afluencia de clientes) y no antes de las 00:00, y la siguiente de 16:00 horas al cierre (prueba testifical de S.I.R., trabajadora de la empresa) y no antes de las 00:00 horas. El trabajador realizaba de forma habitual en las semanas en las que prestaba servicios y cuya jornada lo era desde las 16:00 al cierre y no antes de las 00:00 horas, 1 hora y 30 minutos como horas extraordinarias, habiendo permanecido en situación de incapacidad temporal todo el mes de marzo de 2016 y 24 días en el mes de octubre de 2016". La nueva redacción la sustenta en el folio 79 que, al parecer, es un pantallazo de la página web de KEBAB LA UNIÓN y no puede prosperar por cuanto que al margen de que no tiene dicho medio de prueba la consideración de documento del mismo no se desprende sin necesidad de conjeturas, hipótesis o razonamientos más o menos lógicos la redacción solicitada por la parte recurrente, habida cuenta que el hecho de que se fije un horario máximo de apertura del establecimiento no implica que el mismo siempre se cumpliera en su totalidad, habiendo obtenido la Magistrada de instancia su convencimiento sobre la jornada laboral realizada por el demandante en los términos en que se recoge en el hecho controvertido de la testifical de la trabajadora S.I.R., prueba que no es susceptible de revisión en este extraordinario recurso. En este sentido conviene recordar la doctrina jurisprudencial recogida entre otras muchas, en la sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (ROJ: STS 3433/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3433), Recurso: 130/2014, y según la cual "En SSTs 13 julio 2010 (Rec. 17/2009), 21 octubre 2010 (Rec. 198/2009), 5 de junio de 2011 (Rec 158/2010), 23 septiembre 2014 (rec. 66/2014) y otras muchas, hemos advertido que "el proceso laboral está concebido como un proceso de instancia única (que no grado), lo que significa que la valoración de la prueba se atribuye en toda su amplitud (art. 97.2 LRJS) únicamente al juzgador de instancia (en este caso a la Sala "a quo") por ser quien ha tenido plena inmediación en su práctica y la revisión de sus conclusiones únicamente puede ser realizada cuando un posible error aparezca de manera evidente y sin lugar a dudas de documentos idóneos para ese fin que obren en autos, por lo que se rechaza que el Tribunal pueda realizar una nueva valoración de la prueba, como si el presente recurso no fuera el extraordinario de casación sino el ordinario de apelación. En concordancia, se rechaza la existencia de error si ello implica negar las facultades de valoración que corresponden primordialmente al Tribunal de Instancia, siempre que las mismas se hayan ejercido conforme a las reglas de la sana crítica, pues lo contrario comportaría la sustitución del criterio objetivo de aquél por el subjetivo de las partes".

TERCERO.- Los cuatro últimos motivos se destinan al examen del derecho aplicado en la sentencia de instancia por lo que se incardinan en el apartado c del art. 193 de la LJS.

Así en el tercer motivo se imputa a la resolución recurrida la infracción por interpretación errónea del art. 56.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET) y de la jurisprudencia que lo desarrolla, en cuanto el cálculo de la indemnización por no haber tenido en cuenta la sentencia de instancia como antigüedad del demandante en la prestación de servicios para la mercantil demandada la fecha de inicio del primero de los contratos de trabajo suscrito por las partes, pese a estar ante un único vínculo laboral.

Para determinar la antigüedad de la prestación de servicios del demandante para la mercantil demandada se ha de tener en cuenta lo manifestado por el Tribunal Supremo, Sala de lo Social, en la sentencia de 8 de noviembre de 2016, Recurso: 310/2015, según la cual: "Desde muy tempranamente, la doctrina de la Sala sostuvo que «[e]n el ámbito del Derecho del Trabajo es regla y principio general [...] que si en un contrato temporal concluye el plazo de vigencia que le es propio o se produce la causa extintiva del mismo, y a continuación, sin interrupción temporal alguna, es seguido por un contrato indefinido entre las mismas partes, bien porque el trabajador continúe la prestación de sus servicios, bien concertándose en forma

escrita el nuevo contrato, se entiende que la antigüedad del empleado en la empresa se remonta al momento en que se inició el trabajo en virtud del primer contrato temporal. La novación extintiva sólo se admite si está objetivamente fundada en la modificación del contenido de la obligación y por ello en los supuestos en que la relación sigue siendo la misma, la diversidad de contratos no provoca la existencia de relaciones [sucesivas] diferentes» (STS 12/11/93 -rcv 2812/92-).

Planteamiento que si bien inicialmente fue establecido a efectos retributivos del complemento de antigüedad y en los supuestos de ausencia de solución de continuidad, posteriormente también fue aplicado a la hora de determinar los servicios computables para calcular la indemnización propia del despido improcedente y se amplió a todos los supuestos en que pudiera apreciarse la unidad esencial del vínculo, de forma que -como recuerda la STS 08/03/07 rcd 175/04, dictada en Sala General- *«[e]l tiempo de servicio al que se refiere el art. 56.1.a. del Estatuto de los Trabajadores sobre la indemnización de despido improcedente debe computar todo el transcurso de la relación contractual de trabajo, siempre que no haya habido una solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma»*.

“2.- Toda la cuestión de autos se reduce, pues, a determinar lo que haya de entenderse por la interrupción «significativa» que lleve a excluir la «unidad esencial» del vínculo, cuya frontera -la de aquella- si bien inicialmente fue situada en los veinte días del plazo de caducidad para accionar por despido, en los últimos tiempos se ha ampliado a periodos que carezcan de relevancia en relación con la duración total de los servicios prestados, como evidencia la casuística jurisprudencial reciente (así, 69 días naturales en la STS 23/02/16 -rcud 1423/14 -).

A los referidos efectos ha de indicarse que si bien es claro que no necesariamente la unidad del vínculo está ligada a la existencia de fraude de ley, pues parece innegable que pudiera apreciarse aquella en la sucesión de contratos temporales perfectamente ajustados a derecho, no lo es menos cierto que la concurrencia de fraude parece que haya de comportar -razonablemente- que sigamos un criterio más relajado -con mayor amplitud temporal- en la valoración del plazo que la posición contraria facilitaría precisamente el éxito de la conducta defraudadora. Máxime cuando -como ya observamos en la precitada STS 08/03/07 rcd 175/04- en interpretación del Anexo a la Directiva 99/70/CE y en la lucha contra la precariedad en el empleo, la doctrina comunitaria ha entendido que aquella disposición de la Unión Europea «debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que considera que únicamente deben calificarse de sucesivos los contratos o relaciones laborales de duración determinada que no estén separados entre sí por un intervalo superior a 20 días laborales» (STJCE 04/Julio/2006, asunto «Adeneler»); doctrina que ciertamente ha de tenerse en cuenta, en tanto que resulta obligada la interpretación de la normativa nacional en términos de conformidad con el derecho y jurisprudencia de la Unión Europea (SSTS -por ejemplo- de 27/09/11 -rcud 4146/10-; SG 08/06/16 -rcv 207/15-; y SG 17/10/16 -rcv 36/16-).”

La aplicación de la anterior doctrina al presente caso lleva a apreciar la unidad esencial del vínculo laboral desde el inicio de la segunda contratación, tal y como ha efectuado la sentencia de instancia, habida cuenta que el lapso de nueve meses transcurrido entre la finalización del primer contrato de trabajo suscrito entre las partes y el segundo es lo suficientemente significativo para apreciar una ruptura de la relación laboral existente entre las partes, a diferencia de las otras interrupciones que se producen a partir del segundo contrato de trabajo del actor y que evidencian que no existe a partir de dicha fecha solución de continuidad en la referida prestación de servicios, lo que conlleva la desestimación de la denuncia jurídica planteada en este motivo.

CUARTO.- En el correlativo motivo se denuncia la infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo establecida en unificación de doctrina en las sentencias de 22-12-2014 (rec. 264/2014), 8-5-16 (rec.100/2015) y 20-12-16 (rec. 217/2015), por inaplicación del Convenio Colectivo de Hostelería de Castellón, en especial sus arts. 8 y 9 y la Tabla Salarial del mismo y acumuladamente la infracción por inaplicación del art. 3.1.b y 5. Del art. 4. 2-f), del art. 82.3 y del 56.1 todos ellos del ET, así como la jurisprudencia que los desarrolla.

Razona la defensa de la parte recurrente que al estar vigente el indicado Convenio Colectivo cuando se inicia la relación laboral entre las partes y la última actualización del salario establecido por la citada Tabla Salarial, y prolongarse dicha relación más allá de la fecha en que el Convenio Colectivo de Hostelería de Castellón perdió su vigencia (3-10-13), sigue siendo de aplicación a la relación laboral del demandante lo establecido en el indicado Convenio al contractualizarse el contenido del mismo, por lo que el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de la indemnización por despido se ha de fijar en el importe anual que resulta de multiplicar el salario mínimo mensual de 1.051,29 € (el salario mínimo correspondiente a la categoría profesional del actor según el Convenio Colectivo aplicable) por 15 meses (12 meses de salario ordinario más tres pagas extraordinarias), lo que arroja un salario anual de 15.769,20 euros tal y como se concreta en el motivo siguiente, aunque la defensa del recurrente lo concrete en el motivo ahora examinado en el importe anual de 14.718,06 €, lo que seguramente obedece a un error aritmético que se ha de entender subsanado en el sentido expuesto.

La censura jurídica referida ha de prosperar ya que nuestro Alto Tribunal en la sentencia 22 de diciembre de 2014, Recurso: 264/2014, al interpretar el artículo 86.3 del ET en redacción dada por Ley 3/2012, en relación con DT 4ª de la Ley 3/2012 de 6 de julio (en vigor desde el siguiente día 8 de julio), afirma el mantenimiento de las condiciones salariales convencionales tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo, por cuanto que “cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque -como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.”

Luego al estar vigente el Convenio Colectivo de Hostelería de la provincia de Castellón en la fecha en que se suscribe por el actor el contrato de trabajo el 1-10-2012, manteniéndose la relación laboral del mismo tras la pérdida de vigencia del indicado Convenio, se ha de mantener la condición salarial del actor derivada de aquel Convenio y al no haberlo apreciado así la sentencia de instancia ha incurrido en las infracciones jurídicas denunciadas, debiendo calcularse la indemnización devengada por el despido del demandante de acuerdo con el salario anual de 15.769,20 €, al no haberse negado por la empresa demandada que dicho importe es el que resulta de la aplicación del referido Convenio.

QUINTO.- En el quinto motivo se denuncia la infracción por interpretación errónea de los arts. 4-2 f, art. 26, art. 34.1 y art. 35 del ET y de forma subsidiaria la infracción de los arts. 9 y 20 del Convenio Colectivo de Hostelería de la Provincia de Castellón y del art. 56.1 ET y de la jurisprudencia que los desarrolla.

Alega la defensa de la recurrente que como la jornada laboral del demandante finalizaba a las 00,00 h. que era la hora de cierre del centro de trabajo, se ha acreditado que el mismo realizaba habitualmente horas extraordinarias y las

mismas deben ser tenidas en cuenta al fijar el salario regulador de la indemnización por despido.

El motivo no puede ser acogido por cuanto que al no haber prosperado la revisión postulada por la recurrente respecto al hecho probado tercero no ha quedado acreditada la realización de la jornada laboral que aduce el demandante y, por lo tanto, no consta la realización habitual de las horas extraordinarias por parte del mismo y en la que se sustenta la censura jurídica ahora examinada.

SEXTO.- En el penúltimo motivo del recurso no se concreta cuál es el precepto o la jurisprudencia cuya infracción se atribuye a la resolución recurrida, sino que la defensa de la recurrente se limita a señalar las indemnizaciones devengadas por el despido improcedente del demandante y que cifra en 8.499,473 € si se toma en consideración el salario regulador de 49,85€ que incluye el importe de 3.457,78€ en concepto de horas extraordinarias y la antigüedad de 26-9-2011, o en 7.652,04€ si se tiene en cuenta el salario regulador de 44,88€ que incluye el importe de 1.662,60€ en concepto de horas extraordinarias y la antigüedad de 26-9-2011. Al margen de que la falta de concreción del precepto o de la jurisprudencia infringidas por la sentencia de instancia impide por sí sola el éxito del motivo, también lo aboca al fracaso el que no hayan prosperado las modificaciones fácticas postuladas en el segundo motivo del recurso a cuyo éxito se condiciona el de éste.

SÉPTIMO.- El último motivo que se formula con carácter subsidiario, denuncia la infracción del art. 56.1 ET por existir un error en el cálculo de la indemnización por el despido improcedente del demandante que establece la sentencia de instancia, habida cuenta que dicha indemnización se ha de cifrar en 3.455,38€, a partir de los parámetros de antigüedad y salario que establece la meritada sentencia.

Al haber prosperado el cuarto motivo del recurso y haberse fijado como salario anual del demandante el de 15.759,20€, la indemnización por despido que resulta de dicho salario y que asciende a 5.805,74€ (43,09€ sueldo diario x 49 meses x 2,75), es superior a la postulada ahora con carácter subsidiario, por lo que no es necesario entrar a conocer sobre el error aritmético que se denuncia en este motivo y que podía haber hecho valer, en todo caso, a través del cauce de aclaración de sentencia previsto en el art. 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Estimamos parcialmente el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de D. A.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. Uno de los de Castellón de la Plana y su provincia, de fecha 25 de mayo de 2017, en virtud de demanda presentada a instancia del recurrente D. A.M. y revocamos la sentencia de instancia en el sentido de fijar la indemnización devengada por el despido improcedente del demandante en la cantidad de 5.805,74€ y la cuantía diaria del salario de tramitación en la cantidad de 43,09€, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la indicada sentencia.

2290

Sentencia núm. 2.843, de 20 de noviembre de 2017

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajadora con contrato de trabajo de duración determinada a tiempo parcial, eventual por circunstancias de la producción. La empresa extingue la relación laboral amparándose en una disminución continuada y voluntaria de la trabajadora en el rendimiento de trabajo normal o pactado. Despido disciplinario: Improcedencia del despido. La actora firmó la carta como no conforme habiendo solicitado reducción de jornada por guarda legal de hijo menor, con la consiguiente disminución proporcional de su salario.

Juzgado: Estima parcialmente la demanda declarando la improcedencia del despido, condenando a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones anteriores al despido o al abono de determinada indemnización más, en ambos casos, los correspondientes salarios de tramitación.

Sala: Estima el recurso declarando la nulidad del despido por vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, condenando a la demandada a que readmita a la trabajadora y con el consiguiente abono de los salarios dejados de percibir.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ascensión Olmeda Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por la demandante D^a M.M.B.G. la sentencia del Juzgado de lo Social 6 de Valencia de 20-1-17, aclarada por Auto de 27-1-17 (que dejó la opción a la empresa y el abono de salarios de tramitación sólo en caso de readmisión), en los que se declaró la improcedencia del despido disciplinario de que había sido objeto el 29-1-16 por parte de la empresa demandada D.E.C. SL, con las consecuencias legales inherentes, habiendo estimado parcialmente la demanda porque en ella se solicitaba en primer lugar la nulidad del despido aduciendo que fue debido a que pidió reducción de jornada por guarda legal de hijo de 10 años.

Articula el recurso a través de un único motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, para el examen de las infracciones de normas sustantivas y SSTs que indica y termina suplicando Sentencia por la que, con revocación de la recurrida, se declare la nulidad del despido con las consecuencias de ésta.

Ha sido impugnado por la empresa demanda, oponiéndose e interesando la confirmación de la sentencia recurrida.

SEGUNDO.- En el motivo único se alega infracción por la sentencia, por no aplicación, del artículo 55.5, b) del Estatuto de los Trabajadores en relación con el 37.5 del mismo texto legal al entender la recurrente que su caso es subsumible en los mismos y el 14 de la Constitución en cuanto considera de aplicación el derecho a no discriminación por razón de sexo, así como la doctrina de la STS de 20-1-15 (Recurso 2415/13), que reitera la de otras anteriores de 25-1-13 y 17-10-08, según la cual su supuesto estaría incluido en el artículo 55.5, b) del ET que protege la conciliación de la vida familiar y laboral.

Partiendo de los hechos probados no combatidos, el supuesto es el siguiente: La demandante, que venía prestando servicios para la demandada desde el 4-9-06, a tiempo parcial de 21 horas semanales (Hecho Probado Primero) y tiene un hijo menor de edad nacido el 4-1-2006 (Hecho Probado Cuarto), envió el 28-1-16 a las 18'04 burofax a la empresa solicitando acogerse al sistema de reducción de jornada por guarda legal desde el 15-2-16 hasta el 4-1-18, en base al derecho reconocido en el artículo 37.5 del ET, con una reducción del 12'5% y demás condiciones que expone y fue entregado a la empresa el 29-1-16 a las 12'18 (Hecho Probado Tercero). El despido disciplinario alegando "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado" se le comunicó por carta entregada el 29-1-16 y la trabajadora la firmó poniendo "No conforme; solicitada reducción de jornada por guarda legal con fecha 28-1-16" (Hecho Probado Segundo).

La sentencia apreció la improcedencia del despido por la generalidad de la causa invocada, además de no haber probado nada al respecto la demandada y rechazó la nulidad que, se basó en alegar vulneración del artículo 14 de la Constitución, por entender que se le había despedido por haber solicitado reducción de jornada por guarda legal, siendo la desestimación, en síntesis, por no apreciar indicios de la vulneración al no haberse probado que la recepción del burofax de la actora fuera anterior al despido.

Pues bien, de concurrir lo que alega la parte demandante, el supuesto tendría encaje en el artículo 14 de la CE en cuanto a discriminación por razón de sexo (como se alega en el recurso), atendida la realidad social de ser las mujeres las que mayoritariamente se ocupan del cuidado de hijos menores. Hemos de acudir a las reglas del artículo 181.2 de la LJS, conforme a las cuales a la parte que alega la vulneración corresponde acreditar la existencia de indicios serios o razonables de la misma y, superado esto, es la otra parte la que debe destruirlos en el sentido de acreditar que su acto -en este caso, de despido- ha sido totalmente ajeno a esa vulneración aportando una justificación objetiva y razonable. Y, en el presente caso, la demandante acreditó que efectuó la solicitud de reducción de jornada por guarda legal para cuidado de hijo de 10 años mediante burofax remitido el 28-1-16 a las 18'04 a la empresa, así como que fue entregado el 29-1-16 a las 12'18 y que ese mismo día 29 se le entregó la carta de despido, lo cual entendemos constituye indicios suficientes o la sería sospecha de que la vulneración ha podido producirse y, frente a ello, la empresa no acredita que la carta de despido la entregara antes de la recepción del burofax, ni siquiera, habiendo puesto la trabajadora la nota de "No conforme; solicitada reducción de jornada por guarda legal con fecha 28-1-16", añadió ella otra de no recibida esa solicitud, además de que la propia nota de la actora supone comunicación o puesta en conocimiento de tal solicitud y tampoco ha aportado pruebas sobre justificación del despido ajenas a la reiterada solicitud, siendo que, por el contrario, lo que efectúa es un despido manifiestamente improcedente, ya que se limita a hacer una alegación de causa genérica "la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado", que es la mera transcripción del 54.2,e) del ET y tampoco la concreta ni justifica después. En consecuencia, se da así la vulneración del derecho a la no discriminación por razón de sexo, al que al principio hemos aludido.

Además, el artículo 55.5, párrafo segundo, apartado b) del ET dice que "Será también nulo el despido en los siguientes supuestos:... b) El de las trabajadoras embarazadas..., el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos...." y el 37.6 (que no el 5 como, seguramente por error, se dice en la solicitud y en el recurso) dice que "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de doce años o.... tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, al menos, un octavo y un máximo de la

mitad de la duración de aquella...”, siendo éste el supuesto que se alegaba por la actora en su solicitud.

El artículo 55.5, en el párrafo segundo lo que hace es establecer supuestos de despido nulo por disposición legal, para los que basta con que se dé cada supuesto y el del apartado b), además de comprender el disfrute, con el “hayan solicitado” está refiriéndose a que también es suficiente con la solicitud y, por lo demás, la que efectuó la demandante es de las referidas en el artículo 37.6 del ET.

En consecuencia, si procedía la declaración de nulidad del despido, por lo que el recurso debe estimarse y la sentencia revocarse para estimar la pretensión principal de la demanda.

TERCERO.- De conformidad con lo establecido en el artículo 235.1 de la Ley de la Jurisdicción Social, no procede condena en costas dado el sentido estimatorio del recurso y no apreciarse en la demandada temeridad o mala fe.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por la demandante D^a M.M.B.G. contra la Sentencia de fecha 20 de enero de 2017 y aclarada por Auto del 27 del mismo mes y año, ambos dictados por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia, en autos 192/16 sobre DESPIDO NULO O IMPROCEDENTE, siendo parte recurrida la demandada D.E.C. SL y el FOGASA, revocamos la referida Sentencia y Auto y, estimando la pretensión principal de la demanda, declaramos la nulidad del despido de 29-1-16 y condenamos a la demandada a que readmita a la demandante con abono de los salarios dejados de percibir.

Sin costas.

2291

Sentencia núm. 2.863, de 21 de noviembre de 2017

Materia: Pensión de viudedad, muerte y supervivencia. El causante de la prestación, de nacionalidad boliviana, fallece como consecuencia de accidente de trabajo. El actor, casado en primeras nupcias, ha contraído nuevo matrimonio sin haberse divorciado de la primera esposa, ambas de nacionalidad boliviana. Concurrencia de matrimonios en el tiempo. La primera esposa no consta que sea acreedora de pensión compensatoria. Se reconoce a los hijos de la segunda relación el derecho a pensión de orfandad. No procede pensión de orfandad a la hija de la primera relación por superar el límite de edad. Determinación qué demandante tiene derecho a percibir la pensión de viudedad.

Juzgado: Estima la demanda promovida por la segunda esposa, declarando el derecho de ésta a percibir la prestación vitalicia de viudedad, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a la mutua a abonar la pensión correspondiente. Desestima la demanda acumulada de la otra demandante contra los mismos demandados, a quienes absuelve de la reclamación de que han sido objeto.

Sala: Desestima el recurso de la recurrente y primera esposa en el tiempo y confirma la sentencia de instancia. Corresponde la pensión de viudedad a la actual viuda del trabajador, ya que la primera ha contraído nuevas nupcias e iría en contra de lo previsto en el art. 174.2 de la LGSS, y de producirse un abuso de derecho art. 7.1 CC.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. Constituye el objeto del este procedimiento judicial resolver cuál de las dos demandantes tiene derecho a percibir la pensión de viudedad por el fallecimiento de don R.C.G. ocurrido el 6 de noviembre de 2009, como consecuencia de un accidente de trabajo sufrido mientras prestaba servicios para la empresa A., S.A.

A tal fin se acordó por el Juzgado de lo Social la acumulación de las dos demandas presentadas por doña P.O.A. y doña por doña F.S.T.U., y tras una serie de vicisitudes se dictó sentencia en la que se estimó la demanda presentada por doña P.O.A. a la que se le reconoció el derecho a percibir la prestación vitalicia de viudedad, y se desestimó la presentada por doña F.T.

2. Frente a este pronunciamiento judicial solo se ha interpuesto recurso de suplicación por la letrada designada por la Sra. T. Se fundamenta el recurso 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 denuncia la infracción del artículo 174.2 Ley General de la Seguridad Social (LGSS) –texto refundido de 1994 que era el vigente al tiempo de presentarse la demanda- en relación con la disposición transitoria decimooctava de esa misma ley y con los artículos 9.1, 12.1 y 42.2 del Código Civil.

Se argumenta por la recurrente que estamos ante “un caso claro de concurrencia de matrimonios en el tiempo”, y que “la sentencia infringe diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico al conferirle valor al matrimonio celebrado entre el Sr. T. –sic- y P. –la otra demandante- celebrado preexistente y con

vigencia el celebrado en el año 1983 entre mi mandante y el Sr. T. –sic-; de modo que para la recurrente “el único matrimonio que puede desplegar efectos es el concertado en el año 1983 entre el fallecido y mi mandante F., por cuanto los matrimonios concertados durante la vigencia de dicho vínculo son nulos y no pueden generar ningún efecto”.

SEGUNDO.- 1. Planteada la cuestión en los términos indicados conviene recordar, siquiera de forma sintética, los hechos más relevantes que se declaran probados por la sentencia recurrida, cuya modificación no se ha solicitado por ninguna de las partes. Así, resulta lo siguiente: (i) El causante de la prestación de viudedad que es objeto de este procedimiento, don R.C., contrajo matrimonio en 1983 con doña F.T.. Por sentencia de 25 de febrero de 2005 se declaró el divorcio. (ii) En 1994 doña F.T. contrajo matrimonio con don W.V. (iii) En 1996 don R.C. y doña P.O. contrajeron matrimonio. (iv) Todos estos matrimonios se registraron en el momento en que se celebraron en el Registro Cívico Colectivo de la ciudad de Riberalta (Bolivia). (v) Por último, se declara igualmente probado que por los oficiales del Registro equivalente al Registro Civil español se certifica que no existía en la región en los años en que se celebraron dichos enlaces matrimoniales un sistema informático adecuado para poder verificar el estado civil de los contrayentes y que estos matrimonios se realizaban creyendo en la buena fe de los mismos, el Estado de Bolivia, valorando, además, que las personas asumían que pasado dos años de estar separados podían contraer nuevas nupcias sin ningún impedimento; y que, por ignorancia y principalmente por el factor económico, dejaban pasar el tiempo hasta que con gran esfuerzo podían poner en regla su documentación personal, por lo que se considera:

a) Que el matrimonio de R.C.G. con F.T.U., realizado en fecha 27 de diciembre de 1983, se encuentra disuelto por Divorcio, mediante Sentencia Ejecutoriada de fecha 25 de febrero de 2005.

b) Que el matrimonio de W.V.S. con F.T.U., con fecha de celebración 26 de noviembre de 1994, es el matrimonio que actualmente goza de toda la legalidad que la ley reconoce, otorga y el Estado garantiza, respecto al primero.

c) Que el matrimonio de R.C.G. con P.O.A., con fecha de celebración 04 de marzo de 1996, el mismo consta de toda la legalidad y prerrogativas que la ley y el Estado le otorga en beneficio de los mismos.

2. Siendo estos los hechos más relevantes y ponderando todas las especialísimas circunstancias que concurren, el magistrado de instancia decidió, como ya se ha expuesto, reconocer el derecho a percibir la prestación de viudedad a doña P.O., que estaba casada con el causante al tiempo de ocurrir su fallecimiento. Y esta conclusión debe ser confirmada sin que pueda prosperar la tesis que se sustenta en el recurso por doña F.T., no solo por las razones que se exponen en la sentencia recurrida, que este tribunal comparte en su integridad y que resulta ocioso reproducir, sino también porque la pretensión de la Sra. T. constituiría, de prosperar, un abuso de derecho.

3. Dispone el artículo 174.2 LGSS lo siguiente: “2. En los casos de separación o divorcio, el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiere contraído nuevas nupcias o hubiere constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente”.

La recurrente no se encuentra en la situación protegida que se describe en este precepto, pues si bien es cierto que contrajo matrimonio con el causante en el año

1983, también lo es que se divorció en 2005 y que, mucho antes, en el año 1994 manifestó su consentimiento para contraer matrimonio con don W.V., situación que no consta que haya variado al menos cuando se produjo el fallecimiento de don R.C.

Dice el artículo 7.1 del Código Civil que la ley no ampara el abuso de derecho; y esta situación se podría producir en caso de que se estimara la pretensión de la Sra. T., pues cuando aconteció el hecho causante de la prestación que se reclama, no solo había inscrito en el Registro Cívico Colectivo de una población de Bolivia un matrimonio con una tercera persona –el Sr. V.- con los efectos que ello produce frente a terceros mientras no se proceda a su anulación o rectificación, sino que con sus propios actos manifestaba, tanto externa como internamente, su estado de casada con don W.V. Por tanto, defender ahora que “el único matrimonio que puede desplegar efectos es el concertado en el año 1983” con el Sr. C., es ir en contra de los actos propios y pretender mediante la invocación de las normas que prohíben la bigamia el reconocimiento de un derecho que no le corresponde. Es por todo ello que procede desestimar el recurso y confirmar el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235.1 de la 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 la recurrente del beneficio de justicia gratuita y no apreciarse mala fe en su actuación dadas las especiales circunstancias que concurren en el supuesto.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada de DOÑA F.S.T.U. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 16 de Valencia de fecha 5 de julio de 2016; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Sin costas.

2292

Sentencia núm. 2.911, de 21 de noviembre de 2017

Materia: Despido con vulneración de los derechos fundamentales. Trabajador al servicio de sociedad estatal de correos que presta sus servicios como profesional operativo de reparto. Trabajador con sucesivos contratos temporales interinos y eventuales al que le es de aplicación el convenio colectivo del personal laboral de correos y telégrafos. El actor se declara en huelga presentando demanda de conciliación ante el SMAC por reconocimiento de derechos. Finalizado el último contrato eventual no ha sido llamado nuevamente para cubrir ningún puesto de trabajo. Solicitud de nulidad del despido por vulneración del derecho de huelga y la garantía de indemnidad.

Juzgado: Estima en parte la demanda declarando nulo el despido del trabajador, condenando a la parte demandada a readmitir al trabajador y a abonarle los salarios de tramitación devengados desde la fecha del despido hasta la fecha efectiva de la readmisión.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. No puede apreciarse vulneración del derecho a la huelga por parte del trabajador ni a la garantía de su indemnidad. El trabajador utiliza este derecho fundamental ante el intento fallido de ser declarado en situación de incapacidad temporal. Tampoco puede declararse el despido como nulo o improcedente ya que las contrataciones se llevan a cabo mediante bolsas de empleo, que provocan una rotación en los llamamientos de todos los inscritos en ellas.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia, que declara la nulidad del despido del trabajador, considerando como tal su no llamamiento a partir del fin del último contrato, en fecha 29 de febrero del 2016, entiende que Correos ha vulnerado su derecho a la huelga y la garantía de indemnidad.

Contra tal pronunciamiento recurre la entidad demandada en suplicación, en base a diversos motivos y con el amparo procesal de los apartados b) y c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS).

Con cita del apartado b), solicita la revisión de dos de los hechos declarados probados en la instancia, el tercero y el cuarto, de la forma que se señala a continuación:

1.- En el hecho tercero, se pretende su ampliación, completándolo de la forma siguiente: "En fecha 16 de febrero del 2016, a las 8.41 a.m. el trabajador acudió a los servicios sanitarios de la GV que no prescribieron baja del trabajador sino reposo. Que el trabajador realiza un escrito ese mismo día declarándose en huelga indicando que: "Yo, R.J.S.T. con DNI xxx trabajando actualmente en la unidad de reparto 3 de Elche, en la sección 2/7 con contrato desde 1 de febrero hasta el 2 de marzo de 2016, expongo que me declaro en huelga a partir del día 16 de febrero de 2016" Este escrito es recibido y sellado por la Sociedad Estatal de Correos y telégrafos el día 17 de febrero del 2016. En fecha 18 de febrero a las 12:09 se envía correo electrónico que establece que el actor esta mañana ha llamado indicando que el médico de cabecera no le da la baja, indicando que, se ha puesto en contacto con su sindicato quienes le han aconsejado que prepare un escrito declarándose en huelga y que lo presente". En folios 463 vuelta y 462.

2.- Igualmente se pretende modificar el hecho cuarto, también por incompleto, y en base al documento obrante al folio 190, para que diga: "En fecha 17 de febrero de 2016 se presenta demanda de conciliación. El día 17 de marzo en el que tiene lugar el acto de conciliación no comparece R.J.S. sino P.C.C., señalando expresamente el acta: "actuando en nombre del solicitante, exhibiendo certificado de afiliación, pero no autorización para entablar acciones judiciales en el ámbito laboral". En fecha 6.4.16 presento demanda ante el Juzgado decano de Alicante, siguiéndose ante el Juzgado de lo Social nº7 de Alicante los autos sobre reconocimiento de derechos, hallándose prevista la celebración de la correspondiente vista el próximo día 14.2.2018.

Pues bien, a la vista de los documentos aportados como base de la citada revisión se admite completar tales hechos, que no contradicen los señalados en la sentencia de instancia, pero complementan los allí declarados probados, aportando más elementos de juicio para poder resolver la cuestión suscitada con éste recurso de duplicación

SEGUNDO.- Al amparo del apartado c) del ya citado art 193 de la LRJS se alega, en un motivo numerado como tercero, que la sentencia comete la infracción del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, pues no solo no se ha producido un despido, dado que el contrato temporal termino por llegar a su término, sino que de ninguna forma puede hablarse de infracción de derechos como el de Huelga o de la garantía de Indemnidad. Expone la entidad demandada que Correos no puede contratar libremente sino que la contratación temporal se lleva a cabo a través de las Bolsas de Empleo, que provoca una rotación en el llamamiento de todos los inscritos en ellas, cosa que también se hizo con el actor que fue contratado de nuevo el siguiente 24 de octubre del mismo 2016, documento que se aporta al amparo del art 233 de la LRJS por ser posterior a las actuaciones.

Dentro del mismo apartado c) se señala como infringidos el Acuerdo firmado el 19 de junio del 2006 por la Sociedad Estatal y los Sindicatos CCOO, y CSI_CSIF, el Acuerdo firmado el 27.2.2017, entre los mismos. Los arts. 41 y siguientes del vigente Convenio Colectivo de Correos, le de Presupuestos Generales del Estado del año 2012, art 15.3 del ET y jurisprudencia que concreta en diversas sentencias de TSJs, entre las que cita la de este mismo Tribunal de 16 de febrero del 2001, así como la más actual de 21 de mayo del 2013, rec. 778/2013, y la del TS de 23 de mayo de 1994.

De forma subsidiaria se solicita se tenga en cuenta como fecha de antigüedad del actor la de 4 de noviembre del 2015 , pues el contrato anteriormente firmado por el mismo finalizó el 31 de agosto de 2015, es decir, que existió una interrupción de más de dos meses, por lo que no puede hablarse de unidad esencial del vínculo.

Analizando las cuestiones planteadas de forma ordenada, debe la Sala señalar que los indicios aportados por la supuesta vulneración por la entidad demandada de derechos fundamentales, carecen de toda solidez.

Respecto a la alegada infracción del ejercicio del Derecho de Huelga, porque, en primer lugar, consta que tal manifestación del trabajador viene precedida por un inicial intento de ser declarado en situación de Incapacidad temporal, y ante la negativa médica a ello, presentó el escrito en el que manifestaba ejercer a partir de ese mismo día el derecho de huelga: pero, además, en segundo lugar, porque alegar que se está ejerciendo un derecho fundamental como el señalado, exigiría no solo mayor concreción sobre las razones objetivas que lo amparan, sino enmarcarse en una previa situación de conflicto, que permitiera entender que se trata de una reacción a una conducta empresarial que, por su gravedad, merece o posibilita

acudir a la huelga. Tal derecho fundamental, que ha tenido una gran relevancia en la defensa de los intereses de la clase obrera en nuestro país, desde los albores de la Revolución Industrial, y legal en España desde inicios del siglo XIX no puede utilizarse, y mucho menos alegarse con la simplificación de formas y fines con que se ha utilizado en el presente supuesto, además de tratarse de una acción colectiva. Por tanto, debe la Sala rechazar que la empresa haya puesto fin al contrato del actor por hallarse este ejerciendo el citado derecho fundamental. En cuanto a la garantía de indemnidad, se señala que la no contratación del trabajador supone un efecto respuesta al ejercicio por el mismo de sus derechos mediante la presentación de una demanda. Ello nos lleva a analizar, dado que efectivamente tal demanda contra la empleadora supone un indicio de la vulneración de tal garantía, si se acreditan razones objetivas y alejadas de tal finalidad, en aplicación de lo dispuesto en el art. 181.2 de la LRJS, el cual establece que en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se han producido violación del derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. Es decir, que para obviar la dificultad que existe en ocasiones de acreditar de forma plena la existencia de un hecho el legislador, en supuestos en los que el bien jurídico protegido es de especial relevancia establece unas reglas probatorias especiales a fin de facilitar la labor de la parte que ostenta la carga de la prueba. Una de estas reglas especiales es construida por la doctrina del Tribunal Constitucional (y recogida en el art 96 y en el 181.2 LRJS antedicho), conforme a la cual a la parte que alegue la vulneración de cualquier derecho fundamental ha de acreditar la existencia de un indicio razonable de la vulneración alegada, debiendo entonces la otra parte aportar una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad. STC de 5-6-2006 rec. 3458/2003, entre otras.

Estima la Sala, que el hecho de haber sido contratado de nuevo el actor, para el mismo puesto, dentro del sistema reglado de la Bolsa de trabajo, cuyo funcionamiento en cuanto a la atribución al actor de dicho empleo, no ha sido puesto en duda ni impugnado, ya invalida en gran medida el indicio alegado.

TERCERO.- También se alega fraude en la contratación, lo que nos lleva a valorar si se ha producido un despido a calificarse como improcedente. Para ello hay que entrar, necesariamente, en la forma de contratación temporal de la entidad demandada, Correos y Telégrafos, a través de las Bolsas de Empleo, desde la perspectiva de la naturaleza de Sociedad Estatal de la misma, contratos que se regulan en el III Convenio Estatal en los arts. siguientes: *“Artículo 47. Contrato eventual por circunstancias de la producción. Este contrato es el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado, depósitos masivos o acumulación de tareas, aun tratándose de la actividad normal de la empresa y siempre que se derive de circunstancias que respondan a necesidades no permanentes. Se considerarán como necesidades no permanentes, a título ilustrativo, las relativas a volumen de trabajo no previsto en campañas de elecciones, censos, catastros, notificaciones, campañas institucionales y trabajos por aumentos puntuales de la producción, y en general el exceso de trabajo que se produzca cuando la carga de trabajo supere la disponibilidad de los recursos del personal fijo y fijo-discontinuo”* y en su *“Artículo 48. Contrato de interinidad. Se utilizará cuando se considere necesaria la sustitución de personal durante las situaciones de ausencia por cualquier causa que comporte la reserva del puesto de trabajo. El contrato se extinguirá por la reincorporación del trabajador/a sustituido/a, el vencimiento del plazo legal o convencionalmente establecido para la incorporación o por la extinción de la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo. Igualmente se podrá formalizar contrato de interinidad, cuando se considere necesario, para la cobertura temporal de puestos de trabajo. El contrato se extinguirá por la cobertura del puesto por cualquiera de los sistemas de*

selección o promoción establecidos, o en su caso, por su supresión, en los términos previstos legalmente”

Tales preceptos se incorporaron al texto del II Convenio Colectivo de la entidad tras el Acuerdo entre empresa y la gran mayoría de los Sindicatos de fecha 5 de Abril del 2011, en el que se crea la Comisión de Empleo Central que establece los criterios a seguir en las Bolsas de Empleo temporal. Tales Bolsas se encuentran reguladas de manera clara y determinada, por lo que con independencia de poder producirse errores materiales en la denominación de los contratos llamando eventual a un contrato que debería haber revestido, por ejemplo, la forma del de interinidad, se dirigen a repartir el empleo a través de los solicitantes encuadrados en la Bolsa, como es el caso del actor.

Pero además, tal regulación no contraviene lo establecido para dicha forma contractual en el artículo 3 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, que desarrolla el artículo 15 del ET en materia de contratación temporal. Se dispone en él que el contrato eventual es el que se concierta para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa; y su régimen jurídico exige que se identifique con precisión y claridad la causa o la circunstancia que lo justifique y determinar la duración del mismo. Ahora bien, esta contratación presenta caracteres propios cuando la empleadora es una Administración pública. En estos supuestos el Tribunal Supremo ha señalado que cuando existe un déficit estructural de la plantilla del centro, es decir si el número total de funcionarios y trabajadores fijos que integran tal plantilla, estando la misma al completo, no es suficiente para despachar adecuadamente el trabajo que pesa sobre ese centro, concurre un hecho justificante de este tipo de contratación, pues es indiscutible, de un lado, la existencia de un exceso de trabajo y en consecuencia de una acumulación de tareas, situación ésta que constituye la base esencial de la eventualidad; y, de otro, que tal situación no puede ser remediada de forma rápida e inmediata, habida cuenta que el aumento legal de la plantilla de funcionarios y trabajadores fijos exige para poder ser realizado el cumplimiento de unos trámites y diligencias que requieren el transcurso de un período de tiempo que normalmente será más largo que el que es preciso para la simple cobertura de vacantes. Así, en la STS de 16 de mayo de 2005 se razona que "en el caso de las Administraciones públicas la insuficiencia de plantilla puede actuar como un supuesto de acumulación de tareas pues en un ámbito en el que no puede recurrirse a la interinidad por vacante si el puesto de trabajo no se ha creado como tal y no se ha incluido en la relación de puestos de trabajo, se produce esa desproporción existente entre el trabajo que se ha de realizar y el personal de que se dispone, de forma que el volumen de aquél excede manifiestamente de las capacidades y posibilidades de éste".

La aplicación de esta doctrina al supuesto enjuiciado nos lleva a desestimar la alegación de que la contratación eventual del trabajador en los años anteriores al citado por la sentencia, el contrato de 1 de febrero del 2016, tengan carácter fraudulento, pues los mismos responden a situaciones de necesidad temporal de empleo, que se reparte entre las personas adscritas a las Bolsas de trabajo de la entidad demandada, las cuales no consta hayan sido utilizadas de forma fraudulenta, ni consta tampoco se hayan antepuesto al ahora demandante otras personas situadas con posterioridad al mismo en la citada Bolsa. Por ello, y aunque se trate de contratos temporales sucesivos, dado que la empresa no es una entidad privada, sino una sociedad estatal con un procedimiento concreto para alcanzar la condición de fijo/indefinido, y para la cobertura de los puestos de trabajo hasta que se producen las convocatorias para su acceso, no puede considerarse que la terminación de uno de dichos contratos temporales pueda considerarse un despido improcedente.

Por tanto, debemos revocar la sentencia de instancia en su integridad.

CUARTO.- 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 SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELEGRAFOS, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. DOS de los de ALICANTE, de fecha 13 de octubre del 2016, en virtud de demanda presentada a instancia de DON R.J.S.T.; y, en consecuencia, revocamos la sentencia recurrida y con desestimación de la demanda iniciadora de las presentes actuaciones absolvemos a la empresa demandada de la reclamación deducida frente a ella.

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

2293

Sentencia núm. 2.944, de 28 de noviembre de 2017

Materia: Reconocimiento de derecho y cantidad. Trabajadora que ha prestado sus servicios en sociedad estatal demandada en virtud de diversos contratos temporales fijos discontinuos, con categoría de profesional de operativo. Bolsas de trabajo. Procedimiento de contratación. Motivos para decaer en las bolsas de empleo: evaluación negativa en el desempeño de sus funciones. La actora recibe una evaluación negativa por sucesivos errores en el cumplimiento de sus funciones. Decaimiento en la bolsa. La actora solicita la impugnación del decaimiento por incumplimiento por parte de la demandada del documento en los que se contienen los criterios de evaluación del desempeño de sus funciones en las bolsas de empleo. Procedencia.

Juzgado: Desestima la demanda absolviendo a la sociedad demandada de las pretensiones deducidas en su contra. Considera ajustado a derecho el decaimiento.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Se reconoce a la actora el derecho a estar integrada en las bolsas de empleo y a contratarla cuando por turno le corresponda en función del puesto que ocupe en ellas. La parte demandada no ha cumplido con los requisitos que se establecen en el documento que contiene los criterios de evaluación.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ascensión Olmeda Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre por el demandante D^a M.P.P. la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que desestimó su demanda en impugnación de su decaimiento en bolsas acordado por la demandada SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELEGRAFOS SA.

Articula el recurso, que ha sido extensamente impugnado por la demandada, a través de un motivo único, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, en el alega infracción por la sentencia del artículo 9.3 de la CE, de la Normativa de Bolsas de la demandada y de lo señalado en anteriores sentencias de este TSJCV que cita y termina suplicando Sentencia que con revocación de la recurrida estime su demanda.

Aunque en el escrito de impugnación se aducen defectos formales en el recurso por no ser las SS de este TSJ jurisprudencia y, según se dice, por alegación insuficiente del artículo de la CE y sin argumentación, lo cierto es que se cita también la Normativa de Bolsas de la demandada y si hay argumentación, denotando la extensa impugnación completo conocimiento de lo alegado y planteado así como de la Normativa de bolsas que la propia impugnante detalla y dice haber cumplido.

La argumentación del recurso sobre las infracciones imputadas consiste, en síntesis, en no haberse producido una comunicación motivada de la causa o causas del decaimiento al ser una comunicación en la que se dice que la Dirección de Zona ha decidido evaluarla negativamente en la prestación de sus servicios en base a informes en plural como soporte de su decisión, cuando a autos sólo se aporta uno de la Directora de la Oficina de C., no consta la existencia de resolución sobre evaluación de la Dirección de Zona y la comunicación es de carácter general sin

alusión a acto concreto alguno, entendiendo, además, que esas acusaciones genéricas deben ser revisadas de forma individualizada y a través del sistema disciplinario, no acreditándose ni justificando el decaimiento.

SEGUNDO.- El supuesto fáctico sobre el que resolver es el que resulta de los hechos probados de la sentencia ya transcritos. Muy resumidamente, cabe destacar lo siguiente: La demandante venía trabajando para Correos, en virtud de diversos contratos temporales y de fijo-discontinuo, desde le 15-3-03, estando inscrita desde la convocatoria del 2011, en las Bolsas de C. Atención al cliente: con el nº 3 de orden y A. Atención al cliente: con el nº 3 de orden y, mediante escrito de 4-7-13 la demandada le comunicó su decaimiento en las dos Bolsas citadas con efectos del mismo día 4-7-13 diciendo “teniendo en cuenta los informes emitidos por los responsables de las distintas unidades y centros de trabajo en los que Vd. ha prestado servicios, por falta de aptitud y dificultad de aprendizaje lo que ocasiona infinidad de errores, quejas en los clientes e incidencias a nivel interno” lo que ha supuesto su evaluación negativa. El 3.7.13 la Dirección de Zona evaluó negativamente la prestación de servicios de la actora, basándose en la comunicación de fecha 31.5.13 de la Directora de la oficina de C., donde mayormente ha prestado servicios la actora y que decía “tras asignarle tareas y objetivos y recibir cursillos de formación sobre entrega y control de notificaciones y PBC, informarle de los procesos de entrega e indicarle la ruta en Conecta, para estar continuamente actualizada, y tras corregirla en repetidas ocasiones, sigue cometiendo los mismos errores una y otra vez”. Relata diversas actuaciones de DOÑA M.P.P. en el período de junio/12 (sobre hechos de mayo/12) a mayo/13:

- recoge dos reembolsos iguales el mismo día y se marcha dejando uno de ellos en la oficina y en lugar de preguntarse qué hace ese reembolso en su ventanilla lo guardó en el almacén;
- pese a recibir expresas indicaciones sobre el plan de ahorro energético en el trabajo, deja varios días la canceladora encendida;
- no rellena correctamente los acuses de recibo;
- pagó un giro a un cliente con el NIE caducado;
- a 22 de noviembre había vendido sólo dos boletos de lotería, pese a que ese mes era una partida prioritaria;
- no liquida correctamente los envíos, dando por sobrantes 5 envíos que habían sido entregados;
- no da salida a las cartas que los carteros traen en las sacas de los buzones;
- incidencias en el cuadro de su caja: intenta liquidar 2 boletos de lotería en un día para cuadrar la caja cuando los tenía pendientes de liquidar desde hacía 3 días, hace en una cuenta de empresa un ingreso en lugar de un reintegro para cobrar el franqueo de su correspondencia, hace un reintegro en una cuenta d empresa cuando la correcta es otra cuenta;
- no cumple con la normativa de entrega de envíos registrados a persona distinta del destinatario, entregándolos sin autorización.”

Pues bien, al igual que ocurría en el supuesto que resolvimos en el Recurso 2156/16, en ningún momento se acepta por la demandante la realidad ni de lo genéricamente indicado ni de lo finalmente concretado en la comunicación de 31-5-13 de la Directora de la oficina de C. y, si acudimos a la sentencia aquí recurrida, observamos como en la sentencia aquí recurrida, también del Juzgado nº 6 de Alicante, no figura ni en hechos probados (ya transcritos en antecedentes de esta resolución) ni en fundamentos jurídicos con tal valor afirmación fáctica alguna de la realidad de la comisión o realización por la demandante y recurrente de lo finalmente concretado ni de lo genéricamente imputado, habiéndose limitado a dar por reproducido (que no equivale a dar por probado) y recoger lo imputado genérica y concretamente mediante reproducción literal de lo que decía aquella comunicación de la Directora de la oficina y afirmando sólo como probado que en

esa oficina era “donde mayormente ha prestado servicios la actora” (también hecho probado séptimo) y lo único declarado probado en modo alguno puede servir de causa para el decaimiento acordado y aplicado, con lo que necesariamente la sentencia debe ser revocada, sin necesidad de entrar en el examen de los restantes defectos que con respecto al procedimiento seguido por la demandada en el acuerdo y aplicación del decaimiento aduce también la recurrente.

No obstante, cabe señalar que la demandada incumple el documento de 26-7-12 confeccionado por Correos según se quedó en la Reunión del previo día 16 de ese mes entre los representantes de la empresa y de los trabajadores y que contiene los Criterios Evaluación del Desempeño en las Bolsas de Empleo, entre los que figuran los siguientes: “Se procurará que las evaluaciones negativas al desempeño incorporen informes de más de un superior, salvo en los supuestos de los que se reflejen hechos o comportamientos graves suficientemente justificados o documentados. -El Responsable de Recursos Humanos comunicará la evaluación negativa al desempeño y el decaimiento, de forma motivada, al empleado y a la Comisión de Empleo Provincial con carácter previo a su efectividad indicando las bolsas a las que afecta y la fecha de efectos. - Como criterio general, el decaimiento por evaluación negativa de acuerdo con la naturaleza del hecho causante podrá afectar a una o a las dos bolsas de empleo en la que esté inscrito. No obstante, cuando los informes reflejen hechos o comportamientos graves, la evaluación negativa afectará a todas las bolsas en la que esté inscrito el candidato. -Por último, en atención a la trascendencia que conlleva para ambas partes dicha evaluación, se tendrá en cuenta en todo caso, trayectoria y experiencia profesional del empleado en su prestación de servicios durante su vinculación a Correos”. De igual modo, la Circular (que aunque no sea norma jurídica es de observar por los destinatarios y que tiene su base en criterios previos reflejados en numerosas sentencias) que el mismo día 26 el Subdirector de Gestión de Personal remitió a los Directores de Zona, Jefes de RRHH de Zona, junto con el documento anteriormente señalado, indicando que “A partir de esta fecha, los Responsables de Recursos Humanos podrán gestionar los decaimientos producidos por esta causa, teniendo en cuenta... las siguientes premisas:

-Que la notificación de exclusión debe realizarse por escrito, debiendo contener el mismo las razones motivadoras de la exclusión a los efectos de garantizar el conocimiento por parte de los interesados los términos de la decisión y de sus razones, y

-Que dicha comunicación, tanto a la Comisión de Empleo Provincial como al interesado debe hacerse con carácter previo a la efectividad de la medida”.

En consecuencia y por todo lo expuesto, procede la estimación del recurso, revocación de la sentencia y estimación de la demanda, sin costas, dada la estimación del recurso.

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por la demandante D^a. M.P.P. contra la Sentencia de fecha 9 de febrero de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 6 de Alicante, en autos 920/13 sobre DERECHO (DECAIMIENTO BOLSAS), siendo parte recurrida la demandada SOCIEDAD ESTATAL DE CORREOS Y TELEGRAFOS, SA, revocamos la referida Sentencia, declaramos el derecho de la demandante a estar integrada en las bolsas de empleo de CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A. y su derecho a ser repuesta en el lugar que le correspondía, en las Bolsas de Trabajo de C. Atención al cliente¹ y A. Atención al cliente, y condenamos a SOCIEDAD ESTATAL CORREOS Y TELÉGRAFOS S.A., a estar y pasar por estas declaraciones dejando sin efecto la decisión de excluirla o su decaimiento de dichas bolsas, reponiéndola en el lugar que le correspondía y a contratarla cuando por turno corresponda en función del puesto que venía ocupando en ellas. Sin costas.

2294

Sentencia núm. 2.957, de 28 de noviembre de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Trabajadora afiliada al RETA. Solicitud declaración de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común.

Juzgado: Desestima la demanda, absolviendo al organismo demandado de las pretensiones deducidas en su contra. No procede la declaración de invalidez solicitada.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia. Las lesiones que padece la actora le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual. Declara a la actora en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la demandante una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador más los incrementos legales correspondientes, y con efectos de la fecha en que cese en el trabajo.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Al amparo del apartado c del art. 193 de la Ley de la Jurisdicción Social (LJS) se formula el único motivo del recurso de suplicación entablado por la representación letrada de la demandante frente a la sentencia del Juzgado de lo Social nº Tres de los de Alicante que desestima la reclamación sobre incapacidad permanente total para la profesión habitual de la actora, habiendo sido impugnado el recurso de contrario, conforme se expuso en los antecedentes de hecho.

En dicho motivo se denuncia la infracción del artículo 137.4 de la Ley General de la Seguridad Social (art. 194,4 en la redacción dada por la disposición transitoria 26ª de la LGSS RD Legislativo, 8/2015 de 30 de octubre). Aduce la defensa de la demandante que aun cuando en el informe médico de fecha 14-12-2015 se recoge que el episodio depresivo actual se encuentra en fase de remisión, lo cierto es que en el informe del EVI se refleja el informe de psiquiatría de 22-09-2014, según el cual la paciente no se encuentra en la actualidad en condiciones de reincorporarse a su actividad laboral, siendo lo relevante para valorar la situación real de la actora el momento en el que se solicita la incapacidad, además de que la remisión parcial no significa que la demandante se encuentre curada del resto de patologías que presenta y, hace hincapié en las dificultades de control de su patología cardíaca de base que le limita para trabajos de esfuerzos moderados o ligeros, tareas de riesgo o responsabilidad con sintomatología sincopal. La actora es administradora de una empresa de construcción con las responsabilidades y problemas derivados de la dirección de una empresa y sus trabajadores, todo lo cual es incompatible con las limitaciones orgánicas y funcionales derivadas de sus patologías.

En el presente caso del inalterado relato de hechos probados de la sentencia de instancia interesa destacar que la demandante que nació en el año 1953 padece fibrilación auricular persistente, miocardiopatía dilatada por probable taquimiocardiopatía, hipertiroidismo secundario a tratamiento con Amiodarona resuelto, síndrome depresivo, gonartrosis derecha y como limitaciones AcxFA persistente en tto con sintrom y miocardiopatía dilatada con FS ligeramente deprimida, gonalgia derecha secundaria a gonartrosis evolucionada, decaimiento afectivo. Situación actual condicionante de limitación para trabajos de esfuerzos

moderados o ligeros, tareas de riesgo o responsabilidad con sintomatología sincopal y tareas de peligro de corte (sangrado) al estar en tratamiento con anticoagulantes. Se desaconseja la sobrecarga biomecánica articular de la rodilla derecha. Puestas en relación las indicadas limitaciones orgánicas y funcionales con la profesión habitual de la demandante de encargada de empresa de construcción que conlleva una relevante responsabilidad por cuanto que sobre la misma descansa la administración y gestión de la empresa, con el consiguiente estrés y tensión, se ha de concluir, tal y como postula la defensa de la recurrente, que la situación de la demandante se incardina en el apartado 4 del art. 137 de la Ley General de la Seguridad Social en su redacción original vigente por mor de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Quinta bis del mismo texto legal y habida cuenta de la remisión contenida al Régimen General en el artículo 36.2 del Decreto 2350/1970, de 20 de agosto, por cuanto que procede declarar la invalidez permanente total cuando las limitaciones orgánicas y funcionales que se derivan de las dolencias del trabajador le inhabilitan para desarrollar todas o las más importantes tareas de su profesión habitual, con un mínimo de capacidad o eficacia (TS 26-2-79 [RJ 1979\652]) y con rendimiento económico aprovechable (TCT 26-1-82), tal y como sucede en el presente caso, 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 [RJ 1987\869], 6-11-87 [RJ 1987\7831]); teniendo que subrayar que dada la gravedad de las consecuencias que se pueden derivar para la actora de realizar las actividades que tiene desaconsejadas, se ha de entender que está imposibilitada para llevar a cabo las mismas a no ser que se quiera comprometer su integridad física o incluso su supervivencia.

La estimación del recurso conlleva la revocación de la sentencia de instancia a fin de estimar la demanda y declarar a la demandante en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual de encargada derivada de enfermedad común, con derecho a percibir una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador no controvertido de 442,80 euros al ser dicha cuantía la que se refleja en el expediente administrativo, aunque por error material se haya hecho constar en el hecho probado quinto la de 448,80 euros, además se añadirán los incrementos legales correspondientes, y con efectos económicos desde que la actora cese en el trabajo.

FALLO

Estimamos el Recurso de Suplicación interpuesto en nombre de la demandante D.^a M.T.T.M., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social n.º Tres de los de Alicante y su provincia, de fecha 27 de enero de 2016, y revocando la misma, estimamos la demanda interpuesta por la recurrente contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social y la Tesorería General de la Seguridad Social, declarando a la actora en situación de incapacidad permanente total para la profesión habitual, derivada de enfermedad común, y condenando a la Entidad Gestora a estar y pasar por dicha declaración y a abonar a la demandante una pensión vitalicia y mensual en cuantía del 55 por ciento de su salario base regulador de 442,80 euros, con más los incrementos legales correspondientes, y con efectos de la fecha en que cese en el trabajo.

Sin costas.

2295

Sentencia núm. 2.999, de 28 de noviembre de 2017

Materia: Declaración de invalidez. Trabajador afiliado al RGSS que presta sus servicios como albañil. Incapacidad permanente total para ejercicio de su profesión habitual. Revisión por grado por mejoría. Sustitución de la valoración global y objetiva de la sentencia de instancia por la particular y subjetiva del Informe de parte.

Juzgado: Desestima la demanda interpuesta absolviendo al ente gestor demandado de todos los pedimentos accionados en su contra. Confirma la revisión de grado por mejoría del trabajador. Mejoras que le permiten el ejercicio de su profesión habitual.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. No se aprecian secuelas de importancia que incapaciten al actor para el desarrollo de su actividad profesional.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia de instancia que desestimó la demanda presentada en materia de incapacidad permanente Total, que después de concedida fue revisada por mejoría, tras serle practicada al actor una intervención quirúrgica, interpone la parte actora recurso de suplicación. En un primer motivo redactado al amparo de la letra b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social –en adelante, LRJS-, solicita la revisión del hecho probado quinto de la sentencia de instancia, para hacer constar como alternativa lo que sigue: *“El actor presenta rotura cuerno posterior menisco medial, condropatía femorrotulillar moderada-severa con afectación interlineal medial rodilla izquierda y rotura completa del supraespinoso reciente intervenidas, junto a sinovitis crónica fibrosa, con limitación funcional de rodillas, fundamentalmente la izquierda, pese al balance articular y muscular de rodilla conservado consiguiendo movimiento de cuclillas. Persiste omalgia derecha de predominio nocturno con balance articular conservado limitado en los últimos grados de rotación interna con Jobe positivo y balance muscular conservado, con importante limitación funcional; no atrofia muscular, el actor ha sido intervenido por rotura de supraespinoso en abril/2014 con sutura de anclajes y posterior programa de RHB finalizado, con RMN hombro izquierdo dentro de la normalidad y exploración física con déficit de potencia en MSD y BA completo salvo últimos grados de RI, manteniendo severa limitación para realizar esfuerzos que requieran integridad de ambos MMSS, e igualmente para bipedestación/deambulación prolongadas, posturas forzadas y movilización de cargas, sobre todo por terrenos irregulares”* ello en base a los informes médicos que obran en el expediente administrativo a los folios 17, 18, 26 a 28, el informe del EVI, así como el pericial de parte emitido por el Dr L. y que consta al folio 22. Señala la parte recurrente que la sentencia de instancia comete el error de tener en cuenta el Informe del médico inspector que se basa en la prueba objetiva practicada el 8.11.2015 que se refiere al hombro izquierdo y no al derecho.

Pero, con independencia de que la mención del informe que se señala, de fecha 10 de diciembre del 2015 mencione que la RMN efectuada al hombro izquierdo se encuentre dentro de la normalidad, lo cierto es que el informe se refiere a las limitaciones del hombro derecho, por lo que, en su caso, se trataría de un error inocuo y no afectante al fondo de la cuestión. Por tanto, lo que pretende la parte recurrente es sustituir la valoración global y objetiva de la sentencia de instancia por

la particular y subjetiva del Informe de parte, el cual señala como parte de sus conclusiones premisas en base a informes que no constan en el expediente y que, por tanto, no han podido analizarse y valorarse el juzgado de instancia. En definitiva, no procede la revisión pretendida.

SEGUNDO.- En el segundo motivo del recurso y al amparo de la letra c) del artículo 191 LPL, se denuncia la infracción por la sentencia recurrida de lo dispuesto en los artículos 136 y 137 de la Ley General de la Seguridad Social, texto refundido de 1.994 –en adelante, LGSS-. Se sostiene en síntesis por el recurrente que las dolencias que padece la parte actora y las secuelas que de ellas derivan le incapacitan para el ejercicio de su profesión habitual de albañil, y que no debió revisarse tal situación.

Debemos comenzar señalando que, según el art.143.2 de la LGSS, son requisitos necesarios para que proceda la revisión por mejoría de incapacidad previamente reconocida en primer lugar que se haya producido una variación en el cuadro patológico que afecta al beneficiario; y en segundo lugar, que tal variación implique una recuperación de la capacidad laboral que implique bien la recuperación total de dicha capacidad, o bien la determinación de un nuevo grado de incapacidad. Dicha revisión por mejoría del grado de incapacidad permanente, prevista en el actual artículo 143.2 de la LGSS, presupone necesariamente un juicio o análisis comparativo entre dos situaciones fácticas, por un lado, la que motivó, como consecuencia de alteraciones orgánicas o funcionales, la anterior declaración de invalidez permanente, y la existente con posterioridad al solicitar aquélla, para del mismo concluir: A) Si las dolencias primitivas han mejorado o si permanecen sustancialmente igual. B) Si dicha mejoría tiene la entidad suficiente o repercute de tal forma en la capacidad laboral residual de quien lo padece que permita incardinar su nueva situación en un grado de incapacidad permanente inferior y, en el presente caso, que no pueda desempeñar las funciones propias de su profesión habitual " albañil". También hay que señalar que "es invalidez permanente la situación del trabajador que, después de haber estado sometido al tratamiento prescrito y de haber sido dado de alta médicamente, presenta reducciones anatómicas o funcionales graves, susceptibles de determinación objetiva y presumiblemente definitivas, que disminuyan o anulen su capacidad laboral". Y en cuanto a la Incapacidad Total para la profesión habitual, es aquella que inhabilite al trabajador para la realización de todas o de las fundamentales tareas de dicha profesión, siempre que pueda dedicarse a otra distinta".

Pues bien, de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia de instancia, a los que la Sala queda vinculada necesariamente, se desprende que en el recurrente no concurrían las condiciones exigidas por los mencionados preceptos para ser acreedor de una incapacidad permanente total para su profesión habitual, tras haber pasado unos meses en dicha situación, a consecuencia de una previa baja por IT y una intervención quirúrgica. Y ello porque los Informes emitidos con carácter objetivo dan cuenta de una realidad distinta a la señalada por el recurrente, es decir, que se ha producido un cambio sensible que ha mejorado la movilidad del hombro derecho, sin atrofia muscular, presentando únicamente un ligero déficit de potencia en MSD con balance articular completo, y sin que su dolencia radicada en el menisco de la rodilla izquierda presente limitación alguna, ya que le permite realizar cuclillas sin dificultad, así como balance articular y muscular.

Siendo esta su situación física, estimamos que la sentencia de instancia no ha infringido ninguno de los preceptos citados por el recurrente, pues en el relato de hechos no se aprecian secuelas de importancia que le impidan realizar las tareas propias de su profesión habitual, lo que nos conduce a la desestimación del recurso.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 235 de la citada 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 en nombre de DON R.C.S., contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. SEIS de los de VALENCIA, de fecha 11 de octubre del 2016, en virtud de demanda presentada a su instancia contra el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL; y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida.

Sin costas.

2296

Sentencia núm. 3.096, de 30 de noviembre de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Mercantil demandante a la que se le autoriza a extinguir siete contratos de trabajo con la correspondiente indemnización a cada uno de los trabajadores. Responsabilidad subsidiaria FOGASA. Reintegro de la indemnización previamente abonada por la empresa. Reclamación del 40% de la indemnización al FOGASA. Diferencias en el cálculo de la indemnización por extinción posterior de la relación laboral de un trabajador que ha tenido que permanecer en la empresa.

Juzgado: Estima la demanda condenando al FOGASA al abono a la mercantil demandante de determinada cantidad, en concepto de responsabilidad subsidiaria por extinción del contrato de trabajo. Aplica la misma regla que a los otros trabajadores.

Sala: Desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia. Para el cálculo de la indemnización del último trabajador que ha prestado servicios en la empresa se ha de tener en cuenta lo dispuesto en el art.33.2 del ET, en la versión anterior al RD-Ley 20/2012. Aplica el límite del triple del SMI y no del doble como pretende el recurrente. Condena en costas al organismo demandado.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Por la Abogacía del Estado, y en representación del Fondo de Garantía Salarial, se formula recurso contra la sentencia de instancia, que estimó la demanda de la empresa y condenó a dicho organismo al abono a la entidad demandante de la suma de 3.633,94 euros, en concepto de porcentaje del 40% de la indemnización abonada por aquella a un trabajador a su servicio a raíz de la extinción de su contrato de trabajo.

Así las cosas, en el único motivo del recurso, amparado en el artículo 193 "c" de la LRJS, se censura la infracción de los artículos 33.2 y 33.8 del ET, en relación con la DT 1ª del Código Civil y el artículo 2 de dicho texto legal y la jurisprudencia sobre la materia.

El objeto del recurso que analizamos es estrictamente legal y queda limitado a identificar cuál es la norma aplicable para determinar la responsabilidad subsidiaria del FGS: si el artículo 33.2 ET en la versión dada por el Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, como sostiene la parte recurrente, o la versión de dicho precepto vigente con anterioridad a la entrada en vigor del citado Real Decreto-ley, como decide la sentencia, pues respecto la indemnización por despido entiende esta última sería aplicable el límite del triple del SMI que señalaba la norma legal habida cuenta la resolución administrativa que autoriza la extinción del contrato de dicho trabajador, así como del resto de la plantilla, data del 29 de abril de 2011.

Para dar respuesta a esta cuestión hemos de partir del inalterado relato fáctico de la sentencia impugnada, que no ha sido impugnado, y a partir del mismo se debe confirmar la decisión judicial objeto de recurso, tanto por las razones formales que aplica como por las de fondo, pues respecto las primeras la citada decisión judicial considera que el FGS, a la hora de resolver la pertinente reclamación del reintegro del 40% de la indemnización previamente abonada por la empresa,

que se hizo cargo de la totalidad de las indemnizaciones legales consecuentes a los ceses, incumplió con lo previsto en el artículo 43.3 "a" de la LPA, al haber resuelto el 28 de julio de 2014 la solicitud deducida por aquella el 22 de octubre de 2012, aplicando por ello la doctrina afirmada por la sentencia del TS de 16 de mayo de 2015 sobre el silencio administrativo, lo cual cerraría el debate jurídico.

Con independencia de esto, la circunstancia de que el trabajador que se ha visto afectado indirectamente por esta contienda entre la empresa y el FGS permaneciera unos meses más en la empresa tras la aprobación de la resolución administrativa en abril de 2011 al objeto de ultimar tareas administrativas pendientes, extinguiendo definitivamente el 31 de julio de 2012 el contrato de trabajo, no supone la aplicación de la nueva legalidad, que restringe al duplo del SMI la responsabilidad del citado organismo, precisamente por el hecho de que el artículo 33.2 del ET habla de las indemnizaciones reconocidas en resoluciones administrativas a favor de los trabajadores, de modo que tratándose de una responsabilidad directa del Fondo, aunque adelantada por la empresa, nos tendremos que remitir a la fecha del dictado de aquella autorización para determinar la fijación del hecho causante que implique la aplicación de la norma en vigor en tanto allí se fijaban las indemnizaciones correspondientes.

Lo acabado de expresar, en fin, desemboca en la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia.

FALLO

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la representación letrada del FONDO DE GARANTÍA SALARIAL, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº. 15 de los de Valencia, de fecha 18 de octubre de 2016; y, en consecuencia, confirmamos la resolución recurrida.

Se condena al Fondo de Garantía Salarial a que abone al letrado impugnante la cantidad de 150 euros.

2297

Sentencia núm. 3.124, de 1 de diciembre de 2017

Materia: Reclamación de cantidad. Abono de diferencias en las prestaciones de garantía salarial reconocidas a la parte demandante. Trabajador que presta servicios por cuenta de determinada empresa declarada en estado de concurso. Extinción de la relación laboral por causas económicas. Diferencias en las prestaciones. Módulos salariales aplicables. Determinación fecha de extinción a efectos de aplicar baremos.

Juzgado: Estima la demanda, declarando el derecho del actor a percibir determinada cantidad en concepto de diferencias en las prestaciones de garantía salarial que le han sido reconocidas, condenando al organismo demandado a estar y pasar por esta declaración y a que abone al actor el importe referido, tomando como referencia la legislación aplicable a la fecha en que la empresa es declarada en concurso.

Sala: Estima el recurso y revoca la sentencia de instancia, desestimando la demanda. La legislación aplicable es la que se encuentra en vigor en el momento de la extinción de la relación laboral (que es cuando surge la responsabilidad subsidiaria del FOGASA) y no la que se encuentra en vigor en la fecha en que la empresa es declarada en concurso.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Ascensión Olmeda Fernández.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Se recurre por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL (FOGASA) la sentencia del Juzgado de lo Social de procedencia que, estimando la demanda de D. E.A.G., lo condenó a abonarle la cantidad que indica como diferencias en las prestaciones de garantía al aplicarse el límite del triple y no del doble del salario mínimo interprofesional (SMI) por considerarse en la sentencia, en supuesto de Expediente de Regulación de Empleo (ERE) extintivo concursal, que la extinción se produce con el Acuerdo con los representantes de los trabajadores de 14-5-12 y no con el posterior Auto de Homologación del Juez del Concurso de 17-7-12 y fecha de efectos posterior del despido de 23-7-12, de modo que la reforma operada por el RD Ley 20/2012, de 17 de julio, que entró en vigor el 15-7-12, rebajando el límite al duplo, aún no se había producido.

Articula el recurso, que ha sido impugnado por el demandante, a través de un denominado primero pero en realidad único motivo, al amparo del apartado c) del artículo 193 de la LJS, en el que alega infracción por la sentencia del artículo 33.2 y 3 del ET, en cuanto que se ha estimado la demanda condenando al FOGASA al pago de una prestación de indemnización por despido colectivo (ex artículo 64 de la Ley Concursal), calculado con un tope salarial diario del triple del SMI, siendo el duplo el tope legal vigente el 17-7-12, fecha en que se dicta el Auto judicial que aprueba el ERE autorizando las extinciones y siendo además que la efectiva extinción de la relación laboral del trabajador demandante se produce el 23-7-12, habiendo entrado en vigor el cambio legal el 15-7-12.

Aceptando ambas partes que no basta la declaración del concurso sino que es preciso que se produzca la posterior extinción, la cuestión que aquí se suscita es la de determinación de la fecha de la extinción.

Creemos que la tesis correcta es la que sostiene el FOGASA y no la de la sentencia recurrida, porque, si bien es cierto, como ésta dice, que con la tesis del

FOGASA se hace recaer en los trabajadores el resultado de la necesaria dilación procesal en dictar el Auto con la influencia o repercusión negativa para ellos de la aplicación del tope del duplo en vez del triple del SMI, al haberse producido en este caso la entrada en vigor de la reforma legal en el interin y que la indemnización por la extinción se fijó hasta la fecha del Acuerdo con los representantes de los trabajadores, no puede extraerse de ello que la extinción se produjera en la fecha del Acuerdo, ya que era preciso el acto posterior del Auto de autorización de la extinción con la fijación o indicación de la fecha de efectos e incluso la comunicación individual posterior con indicación de la fecha de efectos, por lo que consideramos es la fecha del Auto o de efectos de la extinción la que ha de tomarse para entender producida la extinción, máxime si tenemos en cuenta que la autorización judicial no es un mero trámite por ser obligatoria la autorización ya que, aunque la Ley Concursal dice que si ha habido acuerdo se autorizará, añade unas salvedades o supuestos en que podrá denegar (casos, por ejemplo, de que haya habido vicios del consentimiento y otros que señala). Por lo demás, este TSJCV ya ha declarado que el Auto del juez del concurso de autorización de la extinción colectiva es constitutivo y no sólo autorizante de la extinción laboral; así en sentencias, entre otras de 8-9-14, 21-10-14 y 2-10-17 (recurso 468/17). También en la sentencia de 1-9-17 (recurso 1658/16) seguimos el criterio de la fecha de efectos del despido o efectividad del mismo en supuesto de aplicación del cambio legal del tope del año 2012, si bien en este caso en supuesto de despido individual no derivado de colectivo.

Además, si acudimos a la STS de 7-6-17 (recurso 1538/16), aunque no se planteaba específicamente el tema que aquí nos ocupa, la misma habla de la legislación aplicable o en vigor en el momento **en que se declara la extinción** de la relación laboral, momento en que surge la responsabilidad subsidiaria del FOGASA y no la fecha en que la empresa es declarada en concurso, ya que en dicha fecha aún no ha surgido responsabilidad alguna del FOGASA (no había **declaración de la extinción de la relación laboral**, ni por tanto **condena a la empresa al abono de la pertinente indemnización** por la extinción de la relación laboral, por lo que no había responsabilidad alguna imputable al FOGASA), de lo que entendemos puede extraerse que no basta el acuerdo con los representantes de los trabajadores sino que es precisa la declaración de la extinción y la condena a la empresa al abono de la indemnización lo que precisa, en todo caso, del Auto de autorización.

En consecuencia, procede la revocación de la sentencia recurrida y desestimación de la demanda, sin costas al gozar el demandante del beneficio de justicia gratuita (artículos 235.1 de la Ley de la Jurisdicción Social y 2 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

FALLAMOS

Estimando el recurso de suplicación formulado por el FONDO DE GARANTÍA SALARIAL contra la Sentencia de fecha 6 de junio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Valencia, en autos 653/14 sobre CANTIDAD, siendo parte recurrida el demandante D. E.A.G., revocamos la referida Sentencia y, desestimando la demanda, absolvemos al FOGASA de las peticiones de la misma. Sin costas.